

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Januar 2023 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, den Richter Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke, die Richter Feddersen und Odörfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird der Beschluss des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 10. Januar 2022 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als im Hinblick auf die Klage und die Widerklageanträge a und c zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

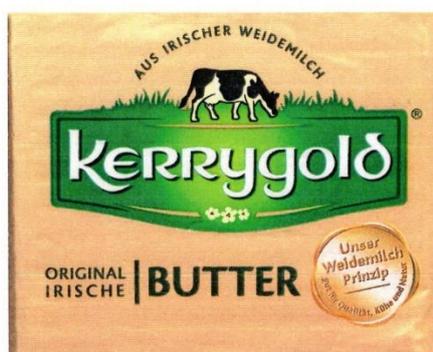
Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision und der außergerichtlichen Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist nach ihrer Behauptung die deutsche Vertriebsgesellschaft der in Irland ansässigen O. C. Ltd., die Butter, Mischstreichfette und andere Milcherzeugnisse weltweit unter der Marke "KERRYGOLD" in den Verkehr bringt. Die Klägerin vertreibt unter der Marke "KERRYGOLD" 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.

- 2 Die von der Klägerin auf dem deutschen Markt vertriebene Butter wird in Verpackungen mit goldenem Grundton für ungesalzene Butter und mit silbernem Grundton für gesalzene Butter vertrieben. In der Mitte der Verpackung ist in weißer Farbe die Marke "Kerrygold" auf einem grünen Feld aufgebracht. Über der Marke ist eine grasende Kuh dargestellt, über der in einem Bogen der Schriftzug "Aus irischer Weidemilch" aufgedruckt ist. Unterhalb der Marke befindet sich links und in der Mitte der Text "original irische Butter" und rechts ein goldenes Siegel:



- 3 Die Verpackungen der von der Klägerin angebotenen Mischstreichfette waren bis vor kurzer Zeit in einem goldenen Grundton beziehungsweise in der gesalzene Variante in einem silbernen Grundton gehalten. Auf der oberen Hälfte des Deckels befand sich der auch auf der Butterverpackung aufgebraachte Schriftzug "Kerrygold" mit der Darstellung einer grasenden Kuh. Auf der unteren

Deckelhälfte war eine Weidelandschaft mit Kühen und einem Gewässer dargestellt. Unten rechts war eine Servierportion des Mischstreichfetts zu sehen:



- 4 Die Klägerin hat die Verpackungsgestaltungen für Mischstreichfette inzwischen geändert. Sie werden in der ungesalzenen Variante nunmehr in folgender Verpackung vertrieben:



- 5 Die Beklagte ist ein in Irland ansässiges Unternehmen. Sie führte im Jahr 2019 Butter- und Mischstreichfettprodukte in den deutschen Markt ein, deren Verpackungen in der ungesalzenen Variante in goldenem Grundton, in der gesalzenen Variante in silbernem Grundton gehalten sind. Im Zentrum der Verpackungen ist die Marke "DAIRYGOLD" aufgebracht, darunter heißt es: "From County Kerry". Wiederum darunter sind grasende Kühe abgebildet. Im unteren Teil der Verpackungen befindet sich der Text "original irische Butter" beziehungsweise "aus original irischer Butter & Rapsöl". Jeweils rechts ist ein goldenes rundes Siegel zu sehen:



- 6 Die Klägerin ist der Ansicht, es handele sich bei den Produkten der Beklagten um unlautere Nachahmungen. Sie hat nach Abmahnung vom 25. Juli 2019 eine Unterlassungsverfügung vom 12. August 2019 gegen die Beklagte im Beschlusswege erwirkt. Das Landgericht hat die einstweilige Verfügung durch

Urteil bestätigt (LG Köln, Urteil vom 11. Dezember 2019 - 84 O 198/19, juris). Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen (OLG Köln, GRUR 2021, 505 = WRP 2021, 381).

7 Die Klägerin hat im vorliegenden Hauptsacheverfahren - soweit noch von Bedeutung - die Beklagte auf Unterlassung, Feststellung der Schadensersatzpflicht und auf Auskunftserteilung in Anspruch genommen. Die Beklagte hat Widerklage erhoben und die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Klägerin wegen der ihrer Ansicht nach unberechtigten Abmahnung vom 25. August 2019 und der Vollziehung der einstweiligen Verfügung vom 12. August 2019 begehrt.

8 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten nach vorherigem Hinweis durch einstimmigen Beschluss zurückgewiesen.

9 Mit der vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, will die Beklagte die Abweisung der Klage und eine Verurteilung der Klägerin nach ihren Widerklageanträgen erreichen.

Entscheidungsgründe:

10 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klage sei begründet und die Widerklage unbegründet, weil die Beklagte mit den Verpackungen für ihre Produkte jene der Klägerin in wettbewerbswidriger Weise nachgeahmt habe. Zur Begründung hat es ausgeführt:

11 Die Klägerin habe als erklärungsbelastete Partei umfassend vorgetragen, dass sie die deutsche Vertriebsgesellschaft der irischen Produktherstellerin und somit aktivlegitimiert sei. Die Beklagte habe die Aktivlegitimation der Klägerin nicht substantiiert bestritten. Die Eigenart der Verpackungen der Klägerin für

Mischstreichfette sei nicht dadurch verloren gegangen, dass diese inzwischen nicht mehr in der ursprünglichen Aufmachung vertrieben würden. Die neue Verpackung für Mischstreichfette ähnele zudem der alten erheblich. Es sei von einer im durchschnittlichen Bereich liegenden wettbewerblichen Eigenart der Produktverpackungen für Butter und Mischstreichfette auszugehen. Diese wettbewerbliche Eigenart sei nicht durch eine Vielzahl von Konkurrenzprodukten mit ähnlichen Gestaltungen entfallen. Die von der Beklagten angeführten Produktverpackungen unterschieden sich erheblich von denen der Klägerin. Der wettbewerblichen Eigenart stehe auch nicht entgegen, dass die Verpackungsgestaltung in Bezug auf die irische Weidelandschaft und die grasenden Kühe einen produktbeschreibenden Charakter aufwiesen. Die Produktverpackungen der Beklagten ahmten jene der Klägerin nach. Die Produktverpackungen der Beklagten für Butter und Mischstreichfette übernahmen die Gestaltungselemente der klägerischen Produktverpackung für Butter und Mischstreichfette. Ausreichend sei, dass die Gestaltung der Beklagten bei den Produktverpackungen für Butter und Mischstreichfette hauptsächlich die Gestaltungselemente der klägerischen Produktverpackung für Mischstreichfette übernehme. Es liege trotz der abweichenden Herstellerangabe auch eine Herkunftstäuschung des Verkehrs vor. Angesichts der Kombination von Ähnlichkeiten im Namen (Kerrygold und Dairygold), der mit der Marke der Klägerin teilweise übereinstimmenden Herkunftsbezeichnung "From County Kerry" sowie der Übernahme von gestalterischen Merkmalen bestehe die Gefahr, dass der Verkehr annehme, es handele sich bei den Dairygold-Produkten der Beklagten um eine neue Serie oder eine Zweitmarke der Klägerin.

12

II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angegriffenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann der Klage nicht stattgegeben und die Widerklage nicht abgewiesen werden. Das angefochtene Urteil kann schon deshalb keinen Bestand haben, weil das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft das Bestreiten

der Anspruchsberechtigung der Klägerin durch die Beklagte unberücksichtigt gelassen hat.

- 13 1. Ansprüche aus wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz dienen 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 schützenden Leistungen erbracht hat. Das ist in der Regel der Hersteller der nachgeahmten Ware. Dabei ist Hersteller, wer das Erzeugnis in eigener Verantwortung herstellt oder von einem Dritten herstellen lässt und über das Inverkehrbringen entscheidet. Nicht erforderlich ist, dass der Hersteller zugleich der Schöpfer oder Urheber des Originalprodukts ist (BGH, Urteil vom 2. Dezember 2015 - I ZR 176/14, GRUR 2016, 730 [juris Rn. 21] = WRP 2016, 966 - Herrnhuter Stern, mwN). Es kann aber auch der in seinem Vertrieb behinderte Alleinvertriebsberechtigte eines nachgeahmten Erzeugnisses als unmittelbar Verletzter im Sinne des § 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 über die Herkunft aus dem Betrieb des ausschließlichen Vertriebsberechtigten getäuscht wird (vgl. BGH, Urteil vom 14. April 1988 - I ZR 35/86, GRUR 1988, 620 [juris Rn. 17] - Vespa-Roller; Urteil vom 18. Oktober 1990 - I ZR 283/88, GRUR 1991, 223 [juris Rn. 15] - Finnischer Schmuck; Urteil vom 24. März 1994 - I ZR 42/93, GRUR 1994, 630 [juris Rn. 42] = WRP 1994, 519 - Cartier-Armreif [insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 125, 322]; Urteil vom 15. Juli 2004 - I ZR 142/01, GRUR 2004, 941 [juris Rn. 30] = WRP 2004, 1498 - Metallbett).
- 14 2. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Klägerin nicht die Herstellerin der von ihr in Deutschland vertriebenen Butter und Mischstreichfette, dies ist vielmehr ihre irische Muttergesellschaft.

- 15 3. Das Berufungsgericht hat die Feststellung, dass der Klägerin aus einer ausschließlichen Vertriebsberechtigung ein eigenes wettbewerbliches Leistungsschutzrecht zustehe, das sie zur Geltendmachung der streitgegenständlichen Ansprüche gegenüber der Beklagten berechtige, nicht verfahrensfehlerfrei getroffen.
- 16 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin habe als hierfür erklärungsbelastete Partei umfassend vorgetragen, dass sie die deutsche Vertriebsgesellschaft der irischen Produktherstellerin und damit aktivlegitimiert sei. Das Bestreiten der Beklagten beschränke sich demgegenüber auf die Ausführung, dass vorliegend lediglich der Originalhersteller oder der ausschließlich Vertriebsberechtigte berechtigt seien, Ansprüche wegen Unlauterkeit nach § 4 Nr. 3 UWG geltend zu machen und weder das eine noch das andere schlüssig dargelegt sei. Die Beklagte habe gemessen am Vortrag der Klägerin nähere Angaben dazu machen können und müssen, weshalb genau es sich bei der Klägerin nicht um die deutsche Vertriebsgesellschaft der irischen Herstellerin handeln sollte oder wer stattdessen aktivlegitimiert sei, zumal den Parteien der Markt umfassend bekannt sei. Die Beklagte habe vor diesem Hintergrund die Aktivlegitimation der Klägerin nicht hinreichend bestritten.
- 17 b) Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision nicht stand. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft die alleinige Vertriebsberechtigung der Klägerin als unstrittig behandelt.
- 18 aa) Gemäß § 138 Abs. 2 ZPO hat sich eine Partei grundsätzlich über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären. Sie darf sich also, wenn der Gegner seiner Erklärungslast nachgekommen ist, nicht mit einem bloßen Bestreiten begnügen, sondern muss erläutern, von welchem Sachverhalt sie ausgeht. Der Umfang der erforderlichen Substantiierung richtet sich dabei nach dem Vortrag der darlegungsbelasteten Partei. Je detaillierter dieser ist, desto höher ist die Erklärungslast gemäß § 138 Abs. 2 ZPO. Ob ein einfaches Bestreiten als

Erklärung gemäß § 138 Abs. 2 ZPO ausreicht oder ob ein substantiiertes Bestreiten erforderlich ist, hängt somit von dem Vortrag der Gegenseite ab (BGH, Urteil vom 4. April 2014 - V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 [juris Rn. 11] mwN). Etwas anderes gilt hingegen dann, wenn eine Partei einen Vortrag mit Nichtwissen gemäß § 138 Abs. 4 ZPO bestreiten kann. Nach dieser Vorschrift ist die Erklärung einer Partei mit Nichtwissen über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Weitere Voraussetzung ist, dass die Partei für die jeweiligen Tatsachen nicht darlegungs- und beweisbelastet ist. Die Zulässigkeit einer solchen Erklärung schließt die Verpflichtung der Partei zu substantiiertem Bestreiten aus. Dies gilt unabhängig von der Substantiierung des gegnerischen Vortrags. Auch ein detaillierter Vortrag kann - wenn die Voraussetzungen des § 138 Abs. 4 ZPO vorliegen - mit bloßem Nichtwissen bestritten werden. Eine Pflicht, eigene Ermittlungen anzustellen, um im Einzelnen auf den gegnerischen Vortrag eingehen zu können, besteht nicht. Ebenso darf ein Vortrag, welcher plausibel und naheliegend erscheint, mit Nichtwissen bestritten werden, ohne dass die bestreitende Partei Anhaltspunkte dafür aufzeigen muss, dass der Vortrag falsch sein könnte. Eine Grenze besteht nur insoweit, als für das Gericht und den Gegner der Umfang des Bestreitens erkennbar sein muss (BGHZ 200, 350 [juris Rn. 12] mwN).

19 bb) Nach diesen Grundsätzen durfte die Beklagte den Vortrag der Klägerin zu ihrer Klagebefugnis einfach bestreiten.

20 (1) Die Klägerin hat lediglich vorgetragen, sie sei die deutsche Vertriebsgesellschaft der irischen O. C. Ltd., die Butter, Mischstreichfette und andere Milcherzeugnisse weltweit unter der Marke "KERRYGOLD" in den Verkehr bringe. "KERRYGOLD" sei in Deutschland seit vielen Jahren Marktführer für Markenbutter, seit einigen Jahren auch für Mischstreichfette. Außerdem hat die Klägerin vorgetragen, sie sei als 100 %ige Tochter der Originalherstellerin ausschließlich Vertriebsberechtigte.

- 21 (2) Es spricht bereits alles dafür, dass die Beklagte berechtigt gewesen wäre, dieses Vorbringen der Klägerin lediglich mit Nichtwissen zu bestreiten. Ob die Klägerin als Tochtergesellschaft der Herstellerin für in Deutschland in den Verkehr gebrachte Butter und Mischstreichfette alleinige Vertriebsberechtigte ist, unterliegt nicht der eigenen Wahrnehmung der Beklagten. Die Beklagte hat vorgetragen, dass sie keine detaillierten Kenntnisse über die Binnenorganisation des Konzerns habe, in den die Klägerin eingebunden sei. Ob aufgrund der vom Berufungsgericht angenommenen umfassenden Marktkenntnis etwas Anderes zu gelten hat, kann im Streitfall offenbleiben.
- 22 (3) Jedenfalls war die Beklagte nicht gehalten, den nicht näher konkretisierten Vortrag der Klägerin substantiiert zu bestreiten. Mangels jeglicher Darlegungen der Klägerin dazu, aufgrund welcher Vertragsbeziehungen mit anderen Gesellschaften ihres Konzerns sie dazu berechtigt ist, die Ansprüche, die Gegenstand des Rechtsstreits sind und die sonst nur dem Hersteller zustehen, im eigenen Namen geltend zu machen, war es der Beklagten gestattet, das Vorbringen der Klägerin einfach zu bestreiten.
- 23 III. Danach ist der angegriffene Beschluss aufzuheben und die Sache zur Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, da sie nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Der Annahme der Entscheidungsreife steht entgegen, wenn in der Revisionsinstanz ein Gesichtspunkt Bedeutung erlangt, den die Vorinstanzen übersehen oder für unmaßgeblich gehalten haben und hierzu neuer Sachvortrag auch nur möglich erscheint oder einen Hinweis nach § 139 ZPO erfordert hätte (BGH, Urteil vom 28. Juli 2016 - I ZR 9/15, BGHZ 211, 309 [juris Rn. 56] - auf fett getrimmt, mwN). So verhält es sich im Streitfall. Die im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes siegreiche Klägerin hat - ebenso wie die Vorinstanzen - das Bestreiten ihrer Anspruchsberechtigung durch die Beklagte für unerheblich gehalten. Bei zutreffender Beurteilung der Erklärungslast der Beklagten gemäß

§ 138 ZPO hätten die Vorinstanzen der Klägerin gemäß § 139 Abs. 2 ZPO einen Hinweis erteilen und ihr Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag einräumen müssen. Es ist auch wahrscheinlich, dass die Klägerin hierzu neuen Vortrag halten kann.

24 Sollte die Klägerin ihre Anspruchsberechtigung hinreichend darlegen und erforderlichenfalls beweisen, wird das Berufungsgericht die Begründetheit der Klage- und Widerklageanträge erneut zu prüfen haben. Nach den bislang vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen kann die Klage nicht als begründet und die Widerklage nicht als unbegründet angesehen werden.

25 1. Das Anbieten einer Nachahmung kann nach § 4 Nr. 3 UWG wettbewerbswidrig sein, wenn das nachgeahmte Produkt wettbewerbliche Eigenart aufweist und besondere Umstände - wie eine vermeidbare Täuschung über die betriebliche Herkunft (Buchst. a) oder eine unangemessene Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung des nachgeahmten Produkts (Buchst. b) - hinzutreten, aus denen die Unlauterkeit folgt. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerblchen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblchen Umständen. Je größer die wettbewerblche Eigenart und je höher der Grad der Übernahme sind, desto geringere Anforderungen sind an die besonderen Umstände zu stellen, die die Unlauterkeit der Nachahmung begründen und umgekehrt (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 22. September 2021 - I ZR 192/20, GRUR 2022, 160 [juris Rn. 12] = WRP 2022, 177 - Flying V, mwN).

26 2. Die Revision wendet sich ohne Erfolg gegen die Erwägungen des Berufungsgerichts, mit denen dieses eine im durchschnittlichen Bereich liegende wettbewerblche Eigenart der klägerischen Produktverpackungen angenommen hat.

27 a) Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt:

28 Konkret werde die wettbewerbliche Eigenart der Produktverpackung für ungesalzene Butter durch einen goldenen Grundton beziehungsweise für gesalzene Butter durch einen silbernen Grundton hervorgerufen, auf dem sich ein in der Mitte aufgehelltes grünes Feld mit dem weißen Schriftzug der Marke "Kerrygold" befinde. Darüber sei eine grasende schwarz-weiße Kuh dargestellt, über die in grüner Farbe der Schriftzug "aus irischer Weidemilch" bogenartig aufgedruckt sei. Unterhalb des mittigen grünen Felds stehe ebenfalls in grüner Schrift "original irische Butter" und rechts daneben ein goldenes Siegel.

29 Die wettbewerbliche Eigenart der (inzwischen nicht mehr so vertriebenen) Produktverpackung für ungesalzene Mischstreichfette ergebe sich aus der goldenen Umrandung und dem goldenen oberen Rand, der etwa zwei Fünftel der Deckelfläche einnehme. Die Produktverpackung für gesalzene Mischstreichfette sei statt in einem goldenen in einem silbernen Grundton gestaltet und ansonsten identisch. In der oberen Hälfte des Deckels befinde sich der auch auf der Butterverpackung abgedruckte, in weißer Schrift auf grünem Grund gehaltene Schriftzug "Kerrygold" mit der grasenden Kuh. In der unteren Hälfte sei eine irisch anmutende Landschaft abgebildet, auf der eine hügelige Weide mit zwei Kühen auf der linken Seite und einem hellblauen Gewässer zu sehen sei. In der Mitte stehe in goldener Schrift das Wort "extra", darunter stünden in kleinerer, dunkelblauer Schrift die Worte "gekühlt streichart" und wiederum darunter auf hellgelbem Grund die Worte "ungesalzen" beziehungsweise "mit Meersalz". Rechts daneben sei eine Servierportion des Mischstreichfetts abgebildet, unter der die Worte "aus irischer Butter & wertvollem Rapsöl" zu lesen seien. Diese prägenden Gestaltungselemente seien auch in der nunmehr vertriebenen Produktverpackung für Mischstreichfette enthalten, die deren wettbewerbliche Eigenart fortführe. Diese Verpackung zeichne sich durch ein gold- beziehungsweise silbergefärbtes Banner auf der linken Hälfte der Oberseite aus, auf dem die Schriftzüge "Aus irischer Weidemilch", "Kerrygold" und "extra" in identischer Art und Weise dargestellt

seien. Der Hintergrund zeige ebenfalls eine hügelige Weidelandschaft mit zwei grasenden Kühen und einem Gewässer am rechten oberen Rand. In der unteren linken Ecke sei das auch auf der Butterverpackung aufgedruckte Siegel abgebildet.

30 Diese wettbewerbliche Eigenart sei nicht durch eine Vielzahl von Konkurrenzprodukten mit ähnlicher Gestaltung entfallen. Die von der Beklagten aufgeführten Produktverpackungen unterschieden sich erheblich von denen der Klägerin, so dass deren wettbewerbliche Eigenart durch deren Gestaltung nicht entfalle oder als gering einzuschätzen wäre. Am nächsten an der klägerischen Produktverpackung der Mischstreichfette liege die von der Supermarktkette "r. " vertriebene Eigenmarke. Sie zeige ebenfalls eine irische Weidelandschaft mit grasenden Kühen, allerdings ohne Wasserelement. Zudem sei die Beschriftung stark abweichend gestaltet und anders positioniert als bei der Klägerin sowie ohne das goldene Siegel, weshalb insgesamt ein abweichender Gesamteindruck hervorgerufen werde. Auch die von "M. " vertriebene Produktverpackung zeige eine vergleichbare irische Weidelandschaft, jedoch sei auch hier die Beschriftung deutlich anders gestaltet als bei der Produktverpackung der Klägerin. Insbesondere sei hier an zwei Stellen ein Schrifthintergrund in auffallendem Rot dargestellt. Bei den weiteren von der Beklagten angeführten Produktverpackungen fehle es bereits an einer Darstellung einer irischen Weidelandschaft. Die bei "L. " und "r. " vertriebenen Verpackungen zeigten nur einen kleinen Ausschnitt einer Wiese mit einer grasenden Kuh ohne weiteren Landschaftsbezug beziehungsweise nur eine farblose Schraffur einer irischen Landschaft, was von der Gestaltung der Klägerin erheblich abweiche.

31 Der wettbewerblichen Eigenart stehe auch nicht entgegen, dass die Verpackungsgestaltung in Bezug auf die irische Weidelandschaft und die grasenden Kühe einen produktbeschreibenden Charakter habe. Denn auch bei der Verwendung von produktbeschreibenden Gestaltungselementen könnten diese in einer

erheblichen Variationsbreite dargestellt werden. Bei dem Verkehr werde die Vorstellung über eine bestimmte Herkunft nicht durch die Beschreibung als solche, sondern durch deren konkrete Gestaltung ausgelöst. Wie die von der Beklagten angeführte große Anzahl von Konkurrenzprodukten zeige, stehe die Verwendung von herkunftsbezogenen Merkmalen nicht der Eignung entgegen, hiermit das Produkt individualisierend herauszustellen.

32 b) Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision ohne Erfolg.

33 aa) Der Begriff der Waren und Dienstleistungen im Sinne von § 4 Nr. 3 UWG ist weit auszulegen. Gegenstand des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes können Leistungs- und Arbeitsergebnisse aller Art sein. Maßgebend ist, ob dem Erzeugnis wettbewerbliche Eigenart zukommt, ob also seine konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 2016 - I ZR 58/14, BGHZ 210, 144 [juris Rn. 44] - Segmentstruktur, mwN). Die für die Prüfung der wettbewerblichen Eigenart erforderlichen tatsächlichen Feststellungen und ihre Würdigung liegen auf tatgerichtlichem Gebiet (BGHZ 210, 144 [juris Rn. 59] - Segmentstruktur, mwN). Sie sind im Revisionsverfahren nur daraufhin überprüfbar, ob sich das Tatgericht mit dem Prozessstoff umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt. Solche Fehler zeigt die Revision nicht auf.

34 bb) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass verpackte Produkte - wie Butter und Mischstreichfette - Gegenstand des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes sein können. Einem verpackten Produkt kann wettbewerbliche Eigenart zukommen, wenn die konkrete Gestaltung oder bestimmte Merkmale der Verpackung des Produkts geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf die betriebliche Herkunft oder die Besonderheiten der darin

verpackten Ware hinzuweisen (vgl. BGH, Urteil vom 19. Oktober 2000 - I ZR 225/98, GRUR 2001, 443 [juris Rn. 25] = WRP 2001, 534 - Viennetta; Urteil vom 2. April 2009 - I ZR 144/06, GRUR 2009, 1069 [juris Rn. 13 und 19] = WRP 2009, 1509 - Knoblauchwürste). Insoweit verhält es sich ähnlich wie bei einem Werbespruch, dem dank seiner Eignung, auf einen bestimmten Anbieter des beworbenen Produkts hinzuweisen, wettbewerbliche Eigenart zukommen kann (vgl. dazu BGH, Urteil vom 17. Oktober 1996 - I ZR 153/94, GRUR 1997, 308 [juris Rn. 19] = WRP 1997, 306 - Wärme fürs Leben; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl., § 4 Rn. 3.22a).

35 cc) Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass die von der Klägerin vertriebenen verpackten Produkte wettbewerbliche Eigenart haben. Die Revision macht ohne Erfolg geltend, die angesprochenen Verkehrskreise sähen in den Merkmalen der Produktverpackungen der Klägerin einen Hinweis auf die geografische Herkunft der Butter beziehungsweise des Mischstreichfetts aus Irland, jedoch keinen Hinweis auf die betriebliche Herkunft; das Berufungsgericht habe Vorbringen der Beklagten zum wettbewerblichen Umfeld nicht hinreichend berücksichtigt.

36 (1) Das Berufungsgericht hat sich mit dem Vortrag der Beklagten auseinandergesetzt, die Merkmale auf den Verpackungen der Klägerin seien bei zahlreichen Produkten seit Jahren auf dem Markt zu finden, und ist in rechtsfehlerfreier tatgerichtlicher Würdigung zu dem Ergebnis gelangt, dass dieser Vortrag der Annahme nicht entgegensteht, dass die von den Produkten angesprochenen Verbraucher in der konkreten Verpackungsgestaltung infolge der besonderen Kombination vorbekannter Elemente einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Butter und der Mischstreichfette der Klägerin sehen.

37 (2) Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht Feststellungen dazu getroffen, dass die angesprochenen Verkehrskreise in den wesentlichen Gestaltungselementen der hier in Rede stehenden Verpackungen einen

Hinweis auf die betriebliche Herkunft der darin vertriebenen Produkte erkennen. Das Berufungsgericht hat auf das Urteil des Landgerichts im vorliegenden Hauptsacheverfahren Bezug genommen, das seinerseits das Urteil des Berufungsgerichts im vorangegangenen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zitiert hat. Darin hat das Berufungsgericht ausgeführt, dass die Produkte der Klägerin bei nahezu allen Lebensmittelhändlern angeboten würden und über einen nicht unerheblichen Marktanteil verfügten. Aus der erheblichen Bekanntheit der Produkte der Klägerin hat das Berufungsgericht die aus Rechtsgründen nicht zu be-
anstandende Schlussfolgerung gezogen, dass wettbewerbliche Eigenart gegeben ist und der von den in Rede stehenden Produkten angesprochene Verbraucher in der Gestaltung der Verpackungen einen Hinweis auf deren betriebliche Herkunft sieht. Soweit die Revision diese Beurteilung für unzutreffend hält, ersetzt sie in einer im Revisionsverfahren unzulässigen Weise die tatgerichtliche Beurteilung des Berufungsgerichts durch ihre eigene, ohne einen Rechtsfehler des Berufungsgerichts aufzuzeigen.

38 dd) Im Ergebnis ist auch die Beurteilung des Berufungsgerichts, die wett-
bewerbliche Eigenart der klägerischen Produktverpackungen sei durchschnitt-
lich, nicht zu beanstanden.

39 Die vom Berufungsgericht zur Begründung der wettbewerblichen Eigenart
herangezogenen Elemente der Produktverpackungen der Klägerin rechtfertigen
im Ausgangspunkt allerdings nur die Annahme geringer wettbewerblicher Eigen-
art. Weidende Kühe, grüne Wiesen oder eine Weidelandschaft sowie textliche
Hinweise darauf, dass es sich bei dem in Rede stehenden Produkt um - "extra" -
original (gesalzene) Butter aus Weidemilch aus Irland handelt, haben für Butter
oder Mischstreichfette auf Butterbasis einen produkt- und im Streitfall auch her-
kunftsbeschreibenden Charakter. Dasselbe gilt für auf dem Produkt aufbrachte
Siegel, auf dem als Text "Unser Weidemilch-Prinzip, gut für Qualität, Kühe und
Natur" zu lesen ist.

40 Die vom Berufungsgericht festgestellte hohe Bekanntheit der Produkte der Klägerin erhöht jedoch die geringe originäre wettbewerbliche Eigenart der Produktverpackungen und rechtfertigt die Annahme des Berufungsgerichts, dass von durchschnittlicher wettbewerblicher Eigenart auszugehen ist (vgl. BGH, GRUR 1997, 308 [juris Rn. 20 bis 23] - Wärme fürs Leben).

41 3. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass die Produktverpackungen der Beklagten diejenigen der Klägerin jedenfalls nachschaffend nachahmen.

42 a) Das Berufungsgericht hat die Beurteilung des Landgerichts gebilligt, 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 der Klägerin auszugehen sei. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Produktverpackungen der Beklagten führten ebenfalls zentral den sehr ähnlich klingenden Markennamen "DAIRYGOLD" an, über dem - wie bei der Verpackung des Produkts der Klägerin - ebenfalls ein bogenartiger Schriftzug aufgedruckt sei. Ebenso wie bei der Produktverpackung der Klägerin finde sich in der unteren rechten Hälfte ein goldenes Siegel. Damit übernehme die Beklagte für ihre Produktverpackung gerade jene Gestaltungsmerkmale, die die wettbewerbliche Eigenart der Verpackung der Klägerin begründeten. Die Unterschiede, auf die die Beklagte hinweise, seien marginal.

43 b) Die Revision macht ohne Erfolg geltend, für die Annahme einer Nachahmung und - daran anknüpfend - für eine Herkunftstäuschung sei es nicht ausreichend, wenn sich ähnliche Gestaltungsmerkmale bei einem Produkt einer anderen Warenkategorie wiederfinden.

44 Butter und Mischstreichfette, die aus Butter und Rapsöl bestehen, stellen keine Produkte aus unterschiedlichen Warenkategorien dar. Die hier in Rede stehenden Mischstreichfette dienen nicht nur denselben Zwecken wie Butter, sondern bestehen auch - wie sich aus den Produktverpackungen ergibt - zu einem wesentlichen Teil aus Butter. Das Landgericht hat deshalb seiner vom Berufungsgericht gebilligten Beurteilung zugrunde gelegt, dass Butter und Mischstreichfette Konkurrenzprodukte sind und derselben Warenkategorie angehören. Soweit die Revision dies in Abrede stellt und geltend macht, es handele sich bei Butter und Mischstreichfetten um verschiedene Produkte, hält sie in unzulässiger Weise neuen Sachvortrag in der Revisionsinstanz. Dieser Vortrag steht zudem mit dem Vortrag der Beklagten in Widerspruch, die ausweislich des Tatbestands des landgerichtlichen Urteils, auf den das Berufungsgericht Bezug genommen hat, geltend gemacht hat, bei der Berechnung des Marktanteils der Produkte der Klägerin müsse auf den einheitlichen Markt von Butter, Mischstreichfetten und Margarine abgestellt werden.

45 4. Dass die Klage unter dem Gesichtspunkt einer vermeidbaren Täuschung über die betriebliche Herkunft nach § 4 Nr. 3 Buchst. a UWG begründet ist, kann auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen jedoch nicht angenommen werden.

46 a) Nach § 4 Nr. 3 Buchst. a UWG handelt unlauter, wer Waren oder Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind, wenn er eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeiführt. Dabei ist zwischen einer unmittelbaren Herkunftstäuschung und einer mittelbaren Herkunftstäuschung (einer Herkunftstäuschung im weiteren Sinne) zu unterscheiden. Eine unmittelbare Herkunftstäuschung liegt vor, wenn die angesprochenen Verkehrskreise annehmen, bei der Nachahmung handele es sich um das Originalprodukt. Eine Herkunftstäuschung im weiteren Sinne liegt vor, wenn der Verkehr von geschäftlichen oder organisatorischen - wie lizenz- oder gesellschaftsvertraglichen - Beziehungen

zwischen den beteiligten Unternehmen ausgeht oder wenn er die Nachahmung für eine neue Serie oder ein unter einer Zweitmarke vertriebenes Produkt des Originalherstellers hält (BGH, Urteil vom 20. September 2018 - I ZR 71/17, GRUR 2019, 196 [juris Rn. 15] = WRP 2019, 184 - Industrienähmaschinen; BGH, GRUR 2022, 160 [juris Rn. 46] - Flying V, mwN). Soll die Annahme einer vermeidbaren Herkunftstäuschung mit dem Argument bejaht werden, die angesprochenen Verkehrskreise könnten annehmen, dass lizenzvertragliche Verbindungen zwischen dem Hersteller des Originalprodukts und dem Anbieter der Nachahmung bestehen, müssen bei einer deutlichen Kennzeichnung der Produkte mit einem abweichenden Herstellerkennzeichen - über die Nachahmung hinausgehende - Hinweise vorliegen, die diese Annahme rechtfertigen. Ein solcher Hinweis kann beispielsweise darin liegen, dass die Beklagte zuvor Originalprodukte der Klägerin vertrieben hat oder die Parteien früher einmal durch einen Lizenzvertrag verbunden waren (BGH, GRUR 2019, 196 [juris Rn. 20] - Industrienähmaschinen; BGH, Urteil vom 1. Juli 2021 - I ZR 137/20, GRUR 2021, 1544 [juris Rn. 62] = WRP 2022, 48 - Kaffeebereiter). Sofern die Gefahr einer Herkunftstäuschung damit begründet werden soll, dass bei den angesprochenen Verkehrskreisen der Eindruck erweckt werde, es handele sich bei dem Produkt des Wettbewerbers um eine neue Serie oder eine Zweitmarke des Unterlassungsgläubigers, müssen entsprechende Feststellungen zu den Kennzeichnungsgewohnheiten auf dem in Rede stehenden Markt und zum Verständnis der von den Produkten angesprochenen Verkehrskreise getroffen werden (vgl. BGH, GRUR 2022, 160 [juris Rn. 53 f.] - Flying V).

47

b) Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob eine unmittelbare Herkunftstäuschung vorliegt. Es hat angenommen, es liege jedenfalls eine mittelbare Herkunftstäuschung vor. Es bestehe die Gefahr, dass der Verkehr annehme, dass es sich bei den Dairygold-Produkten der Beklagten um eine neue Serie oder eine Zweitmarke der Klägerin handele. Zwar orientiere sich der Verkehr bei Produkten des täglichen Bedarfs, die sich in der äußeren Erscheinungsform und insbesondere in der Gestaltung ihrer Verpackung von ähnlichen Produkten wenig

unterschieden, in erster Linie an der Produktbezeichnung und der Herstellerangabe. Würden aber - wie hier - auch die wesentlichen Gestaltungsmerkmale der Produktverpackung übernommen, könne auch bei eindeutiger Herkunftsangabe eine Herkunftstäuschung vorliegen. Vorliegend begründe nicht allein die Herstellerangabe die Herkunftstäuschung, sondern die Kombination von Ähnlichkeiten im Namen ("DAIRYGOLD") mit der Nutzung der - zutreffenden - Herkunftsbezeichnung ("From County Kerry"), die mit der Marke der Klägerin ("KERRY-GOLD") teilweise übereinstimme, sowie die Übernahme von gestalterischen Merkmalen der Verpackung der Produkte der Klägerin. Die Beklagte weise auf ihrer Produktverpackung auf die Herkunft aus Kerry hin. Diese Herkunftsbezeichnung habe die Beklagte bewusst und gewollt aufgenommen, um die Verwechslungsgefahr zu erhöhen.

48 c) Entgegen der Rüge der Revision ist das Berufungsgericht bei seiner Beurteilung von zutreffenden rechtlichen Anforderungen an die Annahme einer Herkunftstäuschung im weiteren Sinne ausgegangen.

49 aa) Ob die deutliche Hervorhebung des Herstellernamens ausreicht, um die Gefahr einer Herkunftsverwechslung in ausreichendem Maße einzudämmen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Eine vermeidbare Herkunftstäuschung könnte dann zu bejahen sein, wenn der Verkehr sich nicht auch an der Herstellerangabe, sondern allein an der äußeren Gestaltung orientieren und diese allein deswegen einem bestimmten Hersteller zuordnen würde. Davon kann bei Produkten des täglichen Bedarfs, die sich in ihrer äußeren Erscheinungsform und insbesondere in der Gestaltung ihrer Verpackung meist nicht wesentlich unterscheiden, sondern regelmäßig sehr stark ähneln, trotzdem aber von unterschiedlichen Herstellern stammen, nicht ausgegangen werden. Es erscheint - vor allem in einem Fall, in dem nicht einmal eine identische Übernahme vorliegt - eher fernliegend, dass der Verkehr bei solchen Produkten sowohl die Produktbezeichnung als auch die Herstellerangabe völlig vernachlässigt und sich

ausschließlich an einem Gestaltungsmerkmal orientiert (BGH, GRUR 2001, 443 [juris Rn. 33] - Viennetta).

50 bb) Aus diesen Erwägungen der Senatsentscheidung "Viennetta" kann entgegen der Ansicht der Revision nicht abgeleitet werden, dass eine Herkunftstäuschung durch eine nachgeahmte Produktverpackung bei unterschiedlichen Produkt- oder Herstellerbezeichnungen stets ausgeschlossen ist, solange keine identische Übernahme aller wesentlichen Gestaltungsmerkmale vorliegt. Soweit der Leitsatz der Senatsentscheidung "Viennetta" in diese Richtung zu verstehen sein sollte, hält der Senat hieran nicht fest. Bei der Prüfung der Frage, ob eine Herkunftstäuschung vorliegt, müssen vielmehr alle Umstände des Einzelfalls in den Blick genommen werden, insbesondere ist zu berücksichtigen, welche Produkt- und Herkunftsbezeichnungen auf der Nachahmung verwendet werden und in welcher Weise dies geschieht.

51 cc) Das Berufungsgericht ist in rechtsfehlerfreier tatgerichtlicher Würdigung davon ausgegangen, dass der Streitfall nicht mit dem Sachverhalt vergleichbar ist, der der Senatsentscheidung "Viennetta" zugrunde lag. Der dort in Rede stehende Sachverhalt war dadurch geprägt, dass auf dem als Nachahmung beanstandeten Produkt sowohl eine deutlich unterschiedliche Produktbezeichnung als auch ein ebenso deutlich abweichender Herstellername angebracht war, so dass eine Herkunftstäuschung nicht in Betracht kam (BGH, GRUR 2001, 443 [juris Rn. 32] - Viennetta).

52 Davon kann im Streitfall nicht ausgegangen werden. Vorliegend hat die Beklagte die Produktbezeichnung "DAIRYGOLD" und die Herkunftsbezeichnung ("From County Kerry") prominent an derjenigen Stelle auf der Produktverpackung verwendet, an der die Klägerin die von ihr vertriebenen Produkte mit der Bezeichnung "Kerrygold" kennzeichnet. Sie hat dabei die beiden Wortbestandteile "Kerry" und "Gold" der Produktbezeichnung "Kerrygold" der Klägerin verwendet

und zusätzlich die Produktverpackungen der Klägerin nachgeahmt. Bei einer solchen Sachlage ist die Beurteilung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, die abweichende Herstellerangabe stehe der Annahme einer Herkunftstäuschung nicht von vornherein entgegen. Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen tragen auch die Annahme, dass die Bezeichnungen "Kerrygold" und "DAIRYGOLD" vom angesprochenen Verkehr (auch) als Herstellerangaben und nicht allein als Produktbezeichnungen angesehen werden.

53 d) Die vom Berufungsgericht festgestellten Umstände reichen jedoch nicht aus, um von einer mittelbaren Herkunftstäuschung auszugehen.

54 Allein aus den Ähnlichkeiten zwischen den einander gegenüberstehenden Herstellerangaben, der von der Beklagten verwendeten Bezeichnung der geografischen Herkunft ihrer Produkte und der Übernahme von gestalterischen Merkmalen der Verpackung der Produkte der Klägerin kann nicht geschlossen werden, dass damit bei den angesprochenen Verkehrskreisen der Eindruck erweckt wird, dass es sich bei den mit "DAIRYGOLD" gekennzeichneten Produkten der Beklagten um eine neue Serie oder eine Zweitmarke der Klägerin zu ihrer Erstmarke "KERRYGOLD" handelt. Vielmehr müssen nähere tatsächliche 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 (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juni 2000 - I ZR 90/98, GRUR 2001, 251 [juris Rn. 45] = WRP 2001, 153 - Messerkennzeichnung). Die Gefahr einer mittelbaren Herkunftstäuschung unter dem Gesichtspunkt, dass bei den angesprochenen Verkehrskreisen der Eindruck erweckt wird, es handele sich bei dem Produkt des Wettbewerbers um eine neue Serie oder eine Zweitmarke des Unterlassungsgläubigers, kann beispielsweise in Betracht kommen, wenn das in Rede

stehende Produkt über einen anderen Vertriebsweg oder zu einem günstigeren Preis als das Originalprodukt angeboten wird (vgl. BGH, GRUR 2022, 160 [juris Rn. 53 f.] - Flying V). Das Berufungsgericht hat keine entsprechenden Feststellungen getroffen.

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen

Odörfer

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 20.01.2021 - 84 O 252/19 -

OLG Köln, Entscheidung vom 10.01.2022 - 6 U 20/21 -