



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

I ZR 225/98

Verkündet am:  
19. Oktober 2000  
Führinger  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ : nein  
BGHR : ja

Viennetta

UWG § 1

Bei Produkten des täglichen Bedarfs, die sich in der äußeren Erscheinungsform und insbesondere in der Gestaltung ihrer Verpackung von einer Fülle ähnlicher Produkte nur wenig unterscheiden (hier: Eiscreme in Haushaltspackungen), ist im Rahmen des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes bei der Beurteilung der vermeidbaren Herkunftstäuschung im allgemeinen davon auszugehen, daß der Verkehr sich in erster Linie an der Produktbezeichnung und der Herstellerangabe orientiert und die verschiedenen Erzeugnisse nicht ausschließlich nach der äußeren Gestaltung der Ware oder der Verpackung unterscheidet. Nur im Falle der identischen Übernahme aller wesentlichen Gestaltungsmerkmale kann eine Herkunftstäuschung trotz unterschiedlicher Produkt- oder Herstellerbezeichnungen naheliegen.

BGH, Urt. v. 19. Oktober 2000 - I ZR 225/98 - OLG Köln  
LG Köln

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Oktober 2000 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Erdmann und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Starck, Prof. Dr. Bornkamm und Dr. Schaffert

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 31. Juli 1998 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin produziert und vertreibt - ihren Angaben zufolge seit dem Jahr 1983, zumindest aber seit dem Jahr 1985 - das Speiseeis "Viennetta". Dabei handelt es sich um ein in Haushaltspackungen servierfertig abgepackt angebotenes Produkt, das aus dünnen übereinanderliegenden Eisschichten

besteht, auf die eine kakaohaltige Fettglasur aufgesprüht ist. Es besitzt eine längliche Rechteckform und weist, wie die nachstehende Abbildung zeigt, an den beiden Längsseiten ein Wellenmuster in vier übereinanderliegenden Reihen auf:



Die Beklagte bringt seit April 1996 das Eis "Café au lait" auf den Markt. Bei diesem Produkt handelt es sich um ein Speiseeis, das, wie die nachstehende Abbildung zeigt, aus zwei übereinander angeordneten Eisschichten besteht:



Die Klägerin sieht hierin einen Verstoß gegen § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt der Herkunftstäuschung durch nahezu identische Nachahmung. Sie macht geltend, die wettbewerbliche Eigenart von "Viennetta" liege insbesondere in der vorher nicht bekannten, in der Werbung besonders gepflegten und herausgestellten und bis zum Marktzutritt der Beklagten mit "Café au lait" einzigartig gebliebenen Wellenstruktur der Eiscremeschichten, die rein optische Gründe habe. Die Beklagte habe diese Wellenstruktur mit ihrem beanstandeten Produkt ohne Not übernommen. Auch wenn diesem Produkt der für "Viennetta" ferner charakteristische - zu einem besonderen Geschmackserleb-

nis führende (sogen. Blistereis) - Blättereis-Effekt fehle, werde deshalb ein nicht unbeachtlicher Teil des Verkehrs annehmen, daß das Eis "Café au lait" von der Klägerin stamme.

In der Berufungsinstanz hat die Klägerin ihre Klage ferner auch auf § 14 Abs. 2 Nr. 2, § 4 Nr. 2 MarkenG gestützt.

Die Klägerin hat beantragt,

der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen, ein Speiseeis gemäß nachstehender Abbildungen anzubieten, feilzuhalten und/oder in den Verkehr zu bringen, das dadurch gekennzeichnet ist, daß dünne Schichten Speiseeis extrudiert wellig abgelegt angeordnet sind. (Es folgen vier Abbildungen der von der Beklagten für das Eis "Café au lait" verwendeten Verpackungen.)

Sie hat ferner Auskunftserteilung und Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz begehrt.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten. Sie hat insbesondere die wettbewerbliche Eigenart des Produkts der Klägerin in Abrede gestellt und vorgebracht, wellenförmige Verzierungen seien bei Speiseeis gang und gäbe. Bei der "Wellenform" des Eises "Café au lait" handele es sich um ein durch dessen Herstellungsart und Produkteigenschaften bedingtes technisches Merkmal, das der Auflockerung des Eises diene, um so einen Cremeeiseffekt zu erzielen. Angesichts der Unterschiede in der Gestaltung der beiderseitigen Produkte könne von einer unmittelbaren Leistungsübernahme oder einem identischen

Nachmachen des Produkts "Viennetta" sowie von einer Herkunftstäuschung durch die Beklagte keine Rede sein.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Das Berufungsgericht hat das Rechtsmittel der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß es bei der Verletzungsform auf die Abbildungen von zwei Verkaufspackungen sowie des Produkts der Beklagten Bezug genommen und den Auskunftsanspruch sowie die Schadensersatzfeststellung auf die Zeit seit dem 1. April 1996 beschränkt hat.

Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

#### Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die geltend gemachten Ansprüche unter dem Gesichtspunkt ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutzes gemäß § 1 UWG für gerechtfertigt erachtet. Es hat eine vermeidbare Herkunftstäuschung angenommen und hierzu ausgeführt:

Das Produkt "Viennetta" besitze wettbewerbliche Eigenart, weil es nach seinem von dem sogenannten Blättereis-Effekt beeinflussten und durch die charakteristische Wellenstruktur der beiden Längsseiten sowie der übrigen Oberfläche maßgeblich geprägten ästhetischen Gesamteindruck geeignet sei, die angesprochenen Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft hinzuweisen.

Das folge insbesondere daraus, daß es bis zum Marktzutritt von "Café au lait" im Frühjahr 1996 kein vergleichbar gestaltetes Speiseeis gegeben habe. Die dem Erzeugnis "Viennetta" und dessen Verpackung bereits von Hause aus zukommende, zumindest durchschnittliche wettbewerbliche Eigenart sei in den mehr als zehn Jahren bis zum Marktzutritt von "Café au lait" beachtlich gestärkt worden.

Vor diesem Hintergrund kämen das Erzeugnis "Café au lait" und dessen Verpackungen nach ihrem optischen Gesamteindruck dem Produkt "Viennetta" so nahe, daß von der Gefahr einer betrieblichen Herkunftstäuschung auszugehen sei. Das Erscheinungsbild von "Café au lait" werde maßgeblich von den übereinandergeschichteten Wellenreihen bestimmt, die optisch dessen Längsseiten beherrschten und deren Bewegung ebenfalls an der Oberfläche des Eises sichtbar sei. Damit beziehe das Produkt der Beklagten seine wettbewerbliche Eigenart gerade aus einem vom Publikum als Besonderheit der Aufmachung von "Viennetta" in Erinnerung behaltenen und bei Konkurrenzprodukten nicht bekannten Gestaltungsmerkmal, wobei sich die optische Übereinstimmung bei der Umsetzung dieses Merkmals fortsetze. Da der Verbraucher sich zudem erfahrungsgemäß eher an den Gemeinsamkeiten als an den Unterschieden der Produkte orientiere, werde ein zumindest nicht unbeachtlicher Teil des Publikums wegen dieser unverkennbaren Gemeinsamkeit der Produkte in einem maßgeblichen ästhetischen Merkmal ohne längeres Nachdenken "Café au lait" für ein Schwesterprodukt des Herstellers von "Viennetta" oder jedenfalls für ein Produkt eines Unternehmens halten, das aufgrund von rechtlichen oder sonstigen Beziehungen zum Hersteller von "Viennetta" zur Verwendung dieser Gestaltung berechtigt sei. Im Hinblick auf die von der Beklagten damit geschaffene Gefahr einer betrieblichen Herkunftstäuschung im mittelbaren sowie im weiteren Sinne spielten der Umstand, daß breite Kreise

der Verbraucher womöglich mit "Viennetta" auch oder sogar in erster Linie spontan die Vorstellung von einem Blättereis verbinden würden, sowie die weiteren Unterschiede zwischen diesem Eis und "Café au lait" keine Rolle mehr.

Bei den mit der Klage angegriffenen Verpackungen der Beklagten bestehe die Gefahr einer betrieblichen Herkunftstäuschung ebenfalls; denn deren Gesamteindruck werde maßgeblich von der in sämtlichen Details groß und deutlich wiedergegebenen Abbildung des Erzeugnisses "Café au lait" geprägt, bei der insbesondere die Wellenstruktur sofort ins Auge springe. Die anderen Elemente der Ausstattung dienten lediglich als beschreibende Hinweise auf den Eisgeschmack oder seien jedenfalls ungeeignet, den Eindruck von "Café au lait" als einer Zweitmarke von "Viennetta" bzw. als einem vom Hersteller von "Viennetta" lizenzierten Produkt ausreichend entgegenzuwirken. Auch der Unternehmenshinweis "S. " auf der Verpackung des Eises schaffe nicht den notwendigen Abstand von "Viennetta".

Die Beklagte handele auch subjektiv unlauter i.S. von § 1 UWG, weil sie die Gestaltung von "Viennetta" in Kenntnis der maßgeblichen Umstände ohne Not nachgeahmt habe.

Da die Klage damit bereits gemäß § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt der vermeidbaren Herkunftstäuschung begründet sei, bedürfe es keiner Prüfung, ob sie auch gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 2, § 4 Nr. 2 MarkenG begründet wäre.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klage sei gem. § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes in der Form der vermeidbaren Herkunftstäuschung begründet, hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Das Berufungsgericht ist im rechtlichen Ansatz zutreffend davon ausgegangen, daß die Übernahme einer Gestaltungsform, die nicht (mehr) unter Sonderrechtsschutz steht, nach § 1 UWG wettbewerbswidrig sein kann, wenn das Erzeugnis von wettbewerblicher Eigenart ist und besondere Umstände hinzutreten, die die Nachahmung unlauter erscheinen lassen (st. Rspr.; vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 8.12.1999 - I ZR 101/97, GRUR 2000, 521, 523 = WRP 2000, 493 - Modulgerüst; Urt. v. 15.6.2000 - I ZR 90/98, Umdr. S. 11 - Messerkennzeichnung, jeweils m.w.N.).

1. Das Berufungsgericht hat dem in Haushaltspackungen angebotenen Speiseeis "Viennetta" der Klägerin wettbewerbliche Eigenart zugesprochen, da dieses Erzeugnis aufgrund seiner durch die Blättereisstruktur und die an den Längsseiten erkennbare Wellenform geprägte äußere Gestaltung geeignet sei, die angesprochenen Verkehrskreise auf die betriebliche Herkunft von "Viennetta" hinzuweisen. Es kann dahinstehen, ob die dagegen gerichteten Angriffe der Revision durchgreifen. Es kann unterstellt werden, daß - wie vom Berufungsgericht angenommen - sowohl der äußeren Gestaltung als auch der Verpackung des Produktes der Klägerin von Haus aus zumindest durchschnittliche wettbewerbliche Eigenart zukommt, die zum Zeitpunkt des Marktzutritts der Beklagten im Frühjahr 1996 mit dem beanstandeten Produkt "Café au lait" sogar beachtlich gestärkt war.

2. Die Revision wendet sich jedenfalls mit Erfolg dagegen, daß das Berufungsgericht das Unlauterkeitsmerkmal einer vermeidbaren Herkunftstäuschung bejaht hat. Dies gilt auch unter Beachtung des Grundsatzes, daß zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Art und Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen eine Wechselwirkung besteht; je größer die wettbewerbliche Eigenart und je höher der Grad der Übernahme ist, desto geringer sind die Anforderungen an die besonderen Umstände, die die Wettbewerbswidrigkeit begründen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urt. v. 17.6.1999 - I ZR 213/96, GRUR 1999, 1106, 1108 = WRP 1999, 1031 - Rollstuhlnachbau).

a) Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen hat die Beklagte das Produkt der Klägerin weder identisch noch nahezu identisch übernommen. Es ist jedoch von einer nachschaffenden Übernahme ausgegangen, weil die optische Übereinstimmung unverkennbar und augenfällig sei. Die sich gegenüberstehenden Produkte wiesen an den Längsseiten übereinander geschichtete Wellenreihen auf, die insofern übereinstimmend ausgestaltet seien, als sie aus eng aneinandergereihten Bögen bestünden, die hoch aufgerichtet und markant konturiert seien. Das Berufungsgericht hat dabei nicht verkannt, daß das Produkt der Klägerin vier Wellenreihen, das der Beklagten nur zwei Reihen aufweist und daß auch die Schlaufen unterschiedlich ausgebildet sind. Es hat auch berücksichtigt, daß das Produkt der Klägerin im Gegensatz zu dem der Beklagten eine Blättereisstruktur aufweist, die auch an den Längsseiten sichtbar wird.

b) Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß aufgrund der Abweichungen jedenfalls keine unmittelbare Herkunftsverwechslung festgestellt werden kann. Es ist jedoch davon ausgegangen, daß eine betriebliche

Herkunftstäuschung im mittelbaren und weiteren Sinne vorliegt, da nicht unbeachtliche Teile des Publikums das Produkt der Beklagten aufgrund der Übereinstimmungen für ein Schwester- oder Zweitprodukt von "Viennetta" bzw. für das Erzeugnis eines mit dem Hersteller von "Viennetta" rechtlich oder in sonstiger Weise verbundenen Unternehmens halten. Dies hält einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Das Berufungsgericht ist zwar im rechtlichen Ansatz zutreffend davon ausgegangen, daß eine nach § 1 UWG unzulässige vermeidbare Herkunftstäuschung auch dann vorliegen kann, wenn der Verkehr bei dem nachgeahmten Produkt annimmt, es handele sich um eine Zweitmarke des Originalherstellers, oder wenn er von geschäftlichen oder organisatorischen Beziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen ausgeht (vgl. BGH, Urt. v. 15.6.2000 - I ZR 90/98, Umdr. S. 17 ff. - Messerkennzeichnung, m.w.N.). Diese Voraussetzungen lassen sich indessen auch unter Berücksichtigung einer gesteigerten wettbewerblichen Eigenart des Produkts der Klägerin auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht bejahen, und zwar weder hinsichtlich der Produktgestaltung selbst noch hinsichtlich der vom Verbot ebenfalls erfaßten Verpackung.

aa) Soweit es um die Produktgestaltung selbst geht, mag die Verkehrsvorstellung einer Zweitmarke oder des Bestehens wirtschaftlicher oder organisatorischer Beziehungen in Betracht gezogen werden. Denn das Berufungsgericht verweist zu Recht darauf, daß der Käufer meist nicht beide Erzeugnisse zugleich vor Augen hat und sich daher auf seine Erinnerung verläßt. Für die Prüfung in der Revisionsinstanz kann auch von der von der Revision beanstandeten Feststellung des Berufungsgerichts ausgegangen werden, daß der Verkehr als charakteristisches Merkmal des Produktes der Klägerin die an den

Längsseiten sichtbare Wellenstruktur in Erinnerung behält und meint, diese trotz der Abweichungen im Produkt der Beklagten wiederzufinden. Gleichwohl kann nicht angenommen werden, daß beachtliche Teile des Verkehrs allein aufgrund der äußeren Gestaltung über die betriebliche Herkunft getäuscht werden. Das Berufungsgericht hat nicht hinreichend beachtet, daß die in Rede stehenden Produkte beider Parteien dem Verkehr bei der Kaufentscheidung nur in der jeweiligen Verpackung gegenüberstehen. Eine Veräußerung des Speiseeises ohne Verpackung scheidet aus. Damit entfällt auch eine Herkunftstäuschung allein aufgrund der äußeren Gestaltung des Produkts in der für die Verkehrsvorstellung in erster Linie maßgebenden Kaufsituation. Auf spätere Situationen, in denen das Eis aus seiner Verpackung entnommen und zum Verzehr präsentiert wird, kann nicht entscheidend abgestellt werden. Davon abgesehen, daß das Eis in dem so präsentierten Zustand ohnehin nur sehr begrenzt haltbar ist, treten mit der Portionierung die an den Schnittflächen augenfälligen substanzmäßigen sowie die aufgrund des Blättereiseffekts auch in geschmacklicher Hinsicht bestehenden - unstrittigen - Unterschiede gegenüber der allenfalls für eine Herkunftstäuschung sprechenden Wellenform des Eises deutlich in den Vordergrund. Dementsprechend liegt auch die Annahme fern, daß sich eine bei der Präsentation des ausgepackten Produkts aufgrund der Wellenstruktur ergebende Ähnlichkeit des Eises "Café au lait" mit dem Eis "Viennetta" auf eine in der Zukunft zu treffende weitere Kaufentscheidung auswirken wird. Von einer Herkunftstäuschung nicht unbeachtlicher Teile des Verkehrs kann insoweit nicht gesprochen werden.

bb) Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts entfällt eine vermeidbare Herkunftstäuschung aber auch aufgrund der von der Klägerin ebenfalls angegriffenen Gestaltung der Verpackung des Eises "Café au lait" der Beklagten. Das Berufungsgericht hat maßgebend darauf abgestellt, daß die bei-

derseitigen Verpackungen durch die naturalistischen Abbildungen der Erzeugnisse geprägt seien, bei denen insbesondere die Wellenstruktur sofort ins Auge springe. Es entstehe daher der Eindruck von "Café au lait" als einer Zweitmarke von "Viennetta" bzw. eines vom Hersteller von "Viennetta" lizenzierten Produkts. Dem kann nicht beigetreten werden.

Die Herbeiführung der Gefahr von Herkunftstäuschungen ist nur dann wettbewerbswidrig, wenn ihr nicht durch zumutbare Maßnahmen seitens des Nachahmenden entgegengewirkt wird. Die Beantwortung der Frage, welche Maßnahmen im Einzelfall zur Vermeidung von Herkunftsverwechslungen geeignet und zumutbar sind, liegt weitgehend auf tatrichterlichem Gebiet (BGH GRUR 2000, 521, 524 f. - Modulgerüst, m.w.N.). Insbesondere die Frage, welche Bedeutung der Verkehr der Anbringung von (unterscheidenden) Kennzeichnungen beimißt, bedarf einer umfassenden tatrichterlichen Würdigung aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls, um feststellen zu können, ob dadurch eine Täuschung des Verkehrs vermieden wird (BGH, Urt. v. 14.1.1999 - I ZR 203/96, GRUR 1999, 751, 753 = WRP 1999, 816 - Güllempumpen, m.w.N.). Dem ist das Berufungsgericht im Blick auf die deutlich unterschiedlichen Produktbezeichnungen und Herstellerangaben nicht hinreichend nachgegangen. Soweit es angenommen hat, der Verkehr verstehe aufgrund der gemeinsamen Wellenstruktur die Produktbezeichnung "Café au lait" als Zweitmarke von "Viennetta", hat es unberücksichtigt gelassen, daß der Verkehr die Produktbezeichnung der Beklagten schon allein aufgrund des jeweiligen Unternehmenshinweises - "L. " einerseits und "S. " andererseits - nicht dem Hersteller von "Viennetta" als Zweitmarke zurechnet. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht die unterschiedliche Herstellerangabe als ungeeignet angesehen hat, einer Herkunftstäuschung entgegenzuwirken, wird von der allgemeinen Lebenserfahrung nicht getragen. Das Berufungsgericht hat ausge-

führt, es sei zum einen an diejenigen Verbraucher zu denken, die zwar den Namen "Viennetta" und die Gestaltung dieses Eises kennen, sich aber nicht an den Hersteller ("L. ") erinnerten. Zum anderen vermöge selbst aus der Sicht derjenigen, die wüßten, daß "Viennetta" von "L. " stamme, der Hinweis "S. " nicht die Vorstellung auszuschließen, daß "Café au lait" von "S. " sich nur mit Gestattung von "L. " der sonst nur für "Viennetta" charakteristischen Wellenform bedienen dürfe.

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 wäre dann zu bejahen, 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 (vgl. BGH GRUR 1999, 751, 753 - Güllepumpen). Davon kann bei Eiscremeprodukten nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht ausgegangen werden. Die Revision weist mit Recht darauf hin, der Verkehr sei bei derartigen Produkten gewohnt, sich einer Fülle von Waren und Sortimenten gegenüberzusehen, 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. Es erscheint deshalb eher fernliegend, daß der Verkehr sowohl die Produktbezeichnung als auch die Herstellerangabe völlig vernachlässigt und sich ausschließlich an einem Gestaltungsmerkmal - der Wellenstruktur - orientiert; dies insbesondere in einem Fall, in dem nicht einmal eine identische Übernahme vorliegt, weil zumindest ein wesentliches Element, das den Gesamteindruck mitprägt - hier der Blättereis-Effekt -, nicht übernommen worden ist. Für die weitere Annahme des Berufungsgerichts, daß die Teile des Verkehrs, denen

die Hersteller "L. " und "S. " bekannt seien, von einer Gestattung seitens der Klägerin ausgehen, fehlen jegliche Anhaltspunkte. Es entspricht nicht der Lebenserfahrung, daß ein Unternehmen seinem Konkurrenten die nachschaffende Übernahme seiner Produkte gestattet.

III. Danach kann das auf die Bejahung einer vermeidbaren Herkunftstäuschung nach § 1 UWG gestützte Berufungsurteil keinen Bestand haben. Es ist deshalb aufzuheben und der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung über die Klageansprüche unter dem von der Klägerin im Berufungsverfahren ferner geltend gemachten Gesichtspunkt des Markenschutzes, zu dem das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - bislang keine Feststellungen getroffen hat, an die Vorinstanz zurückzuverweisen. Diese wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.

Erdmann

v. Ungern-Sternberg

Starck

Bornkamm

Schaffert