

Unlauterer Wettbewerb: Nachahmungsschutz für auf Verpackungen abgebildete Klemmbausteine mit Noppenstruktur

Die markenrechtliche Schutzunfähigkeit eines Klemmbausteins mit Noppenstruktur steht der lauterkeitsrechtlichen Annahme nicht entgegen, dass die Noppenstruktur der auf der Verpackung von Klemmbaustein-Spielzeug abgebildeten Bauelemente maßgeblich zur wettbewerblichen Eigenart der Produktverpackung beiträgt.

Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg 3. Zivilsenat, Urteil vom
24.02.2011, 3 U 63/10

§ 3 UWG, § 4 Nr 9a UWG, § 5 Abs 2 UWG, § 8 Abs 4 UWG, § 12 Abs 2 UWG, § 3 Abs 2 Nr 2 MarkenG, Art 7 Abs 1 Buchst e EGV 40/94, Art 7 Abs 1 Buchst ii EGV 40/94

Tenor

Die Berufung der Antragsgegner gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 12, vom 23. Februar 2010 (Geschäfts-Nr. 312 O 663/09) wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufungsinstanz haben die Antragsgegner zu tragen.

Gründe

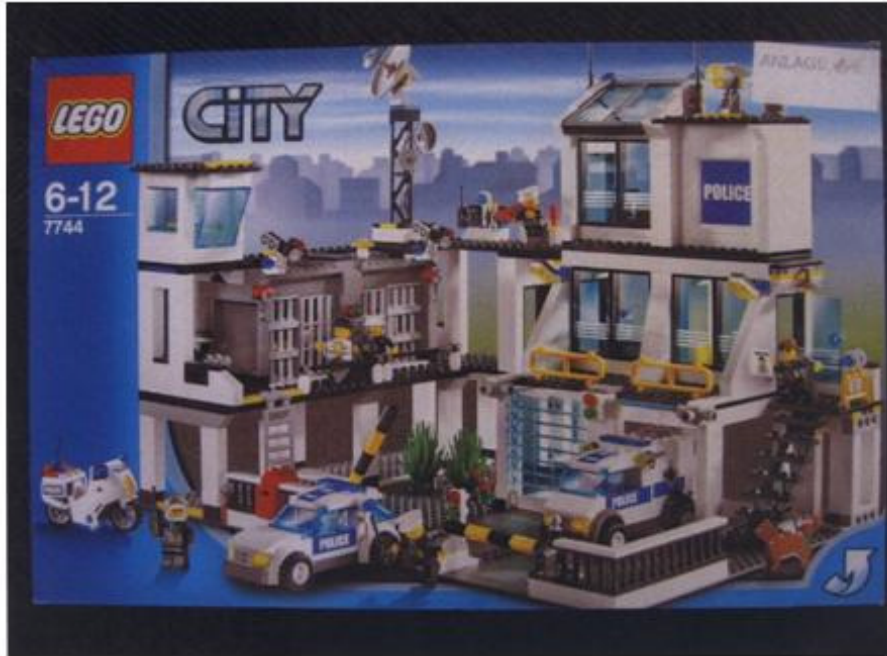
I.

1

Im vorliegenden Eilverfahren beanstanden die Antragsteller, Gesellschaften der L.-Gruppe, auf wettbewerbsrechtlicher Grundlage den Vertrieb von Spielzeug durch die Antragsgegner.

2

Die Antragstellerin zu 2. vertreibt in Deutschland u.a. Klemmbaustein-Produkte folgenden Aussehens:



3

Am 5.10.2009 informierte der Zoll die Antragsteller darüber, dass er eine an die Antragsgegnerin zu 1. adressierte Lieferung Klemmbausteine – darunter die vorliegend streitgegenständlichen Verpackungen – bei der Verzollung wegen des Verdachts der Markenverletzung aufgehalten habe (Anlage ASt 6). Eine von Antragstellerseite veranlasste Abmahnung der Antragsgegner vom 14.10.2009 blieb ohne Erfolg (Anlage ASt 9).

4

Die Antragsteller haben geltend gemacht, die von den Antragsgegnern vertriebenen Produkte verursachten in unlauterer Weise Irreführungen und Herkunftstäuschungen (§§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Nr. 13 des Anhangs zum UWG, §§ 4 Nr. 9a], 5 Abs. 2 UWG). Dies belege auch die zu einem anderen, aber ähnlichen Produkt durchgeführte Verkehrsumfrage (Anlage ASt 8). Darüber hinaus nutzten die angegriffenen Produkte die Wertschätzung der L.-Produkte in unlauterer Weise aus (§ 4 Nr. 9b] UWG). Die geltend gemachten Ansprüche folgten ferner aus den beiden Marken L. Minifigur EM 50518 und 50450 (Anlage ASt 5). Mit den Produkten der L.-Gruppe verbinde der Verkehr ein unvergleichliches Image an Qualität, Vertrautheit und Beständigkeit. L. sei seit Einführung der Auszeichnung „best brands“ im Jahr 2005 jedes Jahr wieder als „Stärkste Produktmarke“ ausgezeichnet worden (Anlage ASt 4). Die von ihnen, den Antragstellern, vertriebenen Verpackungsgestaltungen der Reihe „L. CITY“ ließen sich durch folgende Merkmale beschreiben: Der zusammengebaute Inhalt, bestehend aus den typischen L.-Steinen und klassischen L.-Minifiguren, werde gezeigt; Figuren und Fahrzeuge seien in Aktion dargestellt; Abbildung deutlich abgehoben vor nur schemenhaft erkennbarer grauer Großstadtsilhouette; Abgesetzter, durch dünnen Streifen vom Bild getrennter Rand auf der linken Seite, der sich an der Unterseite des Bildes fortsetze; Einige Fahrzeuge ragten vom Hauptbild über den Rand hinaus („3-D“-Effekt); Gestalteter Schriftzug „CITY“; Berühmtes L.-Logo in der oberen linken Ecke. Die beanstandeten Produkte seien, wie die Überprüfung anhand der vorgenannten Merkmale zeige, sehr ähnlich gestaltet.

5

Die Antragsteller haben beantragt,

6

es der Antragsgegnern im Wege der einstweiligen Verfügung bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,00, und für den Fall, dass

dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu verbieten,

7

Konstruktionsspielzeug in folgender Verpackungsgestaltung in Deutschland zu bewerben oder zu vertreiben:



8

und/oder



9

und/oder



10

Das Landgericht Hamburg, Zivilkammer 12, hat auf den am 23.10.2009 eingegangenen Antrag am 14.5.2008 antragsgemäß eine einstweilige Verfügung erlassen, die dem Prozessbevollmächtigten der Antragsteller am 30.10.2009 zugestellt wurde.

11

Die Antragsgegner haben Widerspruch eingelegt und vorgetragen: Bis auf die Darstellung des Packungsinhalts in zusammengesetzter Form und in Aktion bestünden keine Gemeinsamkeiten der zu vergleichenden Packungsgestaltungen. Die Eisenbahnpackung zeige eine völlig andere Spielsituation. Die Fahrzeuge in den angegriffenen Sets seien wesentlich detailreicher gestaltet. Eine Eignung zur Irreführung sei nicht gegeben. Das Merkmal Klemmbaustein könne in Anwendung der Entscheidung „Klemmbausteine III“ nicht zur Begründung einer Irreführungsgefahr herangezogen werden. Die Abbildung des Packungsinhalts in einer Spielsituation sei branchenüblich. Jedenfalls messe der Verkehr diesem Gestaltungsmerkmal keine herkunftshinweisende Bedeutung zu. Die abgebildete Marke „S.“ sei in keiner Weise mit der L.-Marke verwechslungsfähig. Die zunächst vorgelegte Verkehrsumfrage könne nicht

berücksichtigt werden: Sie beziehe sich auf ein anderes Produkt, welches deutlich abweichend in Annäherung an das L.-Logo gestaltet sei. Nicht berücksichtigt werde zudem, dass „L.“ eine Gattungsbezeichnung für bestimmte Bausteine sei, so wie „Maggi“ für die Gattung flüssiger Würzmittel stehe. Zu berücksichtigen sei, dass seit der Entscheidung „Klemmbausteine III“ eine Mehrzahl von Alternativprodukten auf den Markt gelangt sei, so dass der Verbraucher heutzutage wisse, dass es solche gebe, und sie auch erkenne, wenn das L.-Logo fehle (Anlagen AG 8 bis AG 12). Gleiches gelte für die nunmehr vorgelegte, auf das Produkt „S. Special Police“ bezogene Verkehrsumfrage.

12

Die Antragsgegner haben beantragt,

13

die einstweilige Verfügung vom 29.10.2009 aufzuheben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückzuweisen.

14

Die Antragsteller haben beantragt,

15

die einstweilige Verfügung zu bestätigen.

16

Die Antragsteller haben erwidert: Die von den angegriffenen Produkten ausgehende Verwechslungsgefahr werde belegt durch die mittlerweile in Bezug auf das beanstandete Polizei-Stations-Set durchgeführte Verkehrsbefragung (Anlage ASt 13). Auf die offene Frage, was dem Betrachter bei Ansicht der Verpackung einfalle, hätten 46,2 % aller Befragten und 56,9 % der relevanten Verkehrskreise (Haushalte mit Kindern unter 15 Jahren) „L.“ geantwortet. Auf die Frage nach dem Hersteller hätten ungestützt 55,4 % / 66 % angegeben, das Produkt stamme von L.. Die Befragung gehe von einem zutreffenden Adressatenkreis aus. Klemmbaustein-Produkte richteten sich an Kinder sämtlicher Alters- und Einkommensklassen; sie würden von Erwachsene sämtlicher Altersklassen für Kinder gekauft. Allenfalls könne man als Zielgruppe Personen aus Haushalten mit Kindern unter 15 Jahren eingrenzen, die jedoch, wie die besondere Auswertung zeige, noch in höherem Maße falsch zuordneten als der Durchschnitt der Gesamtbevölkerung. Die Fragestellung der Befragung sei nicht zu beanstanden.

17

Das Landgericht Hamburg, Zivilkammer 12, hat mit Urteil vom 23.2.2010 die einstweilige Verfügung vom 29.10.2009 bestätigt. Auf das Urteil des Landgerichts wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen.

18

Hiergegen wenden sich die Antragsgegner mit ihrer rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung. Sie wiederholen und vertiefen ihren erstinstanzlichen Vortrag, den sie wie folgt ergänzen: Die einstweilige Verfügung vom 29.10.2009 sei nicht ordnungsgemäß – nämlich nicht an den benannten Prozessbevollmächtigten – innerhalb Monatsfrist zugestellt worden. Es fehle an der Dringlichkeit. Erstinstanzlich hätten die Antragsteller den Vortrag der Antragsgegner nicht bestritten, ihnen seien die angegriffenen Spielfiguren und Verpackungen seit Jahren bekannt. Zu Unrecht habe das Landgericht die Aktivlegitimation und Mitbewerberstellung der Antragsteller angenommen. Jedenfalls sei das doppelte Vorgehen der beiden Antragsteller als unzulässige Mehrfachverfolgung rechtsmissbräuchlich. Die Voraussetzungen eines Verbots gemäß § 4 Nr. 9a) UWG lägen nicht vor. Die Antragsteller griffen die von den Antragsgegnern vertriebenen Packungen aus lediglich zwei Vergleichspackungen an, nämlich einer Feuerwehr- und einer Polizeistation. Hinsichtlich der angegriffenen „Railway Station“ seien die Antragsteller mit keinerlei vergleichbarer Eisenbahnstation auf dem Markt. Es gehe den Antragstellern darum, entgegen der Entscheidung „Klemmbausteine III“ ein Monopol für Darstellungen aufbaubarer Spielzeugmodelle auf Packungen zu schaffen, obwohl das Merkmal „Noppenstruktur“ technisch bedingt und als Stand der Technik nicht zugunsten der Antragsteller zu berücksichtigen sei. Es fehle hinsichtlich der „Railway Station“ an jeglicher Leistungsübernahme. Die auf die „Polizeistation“ bezogene Umfrage könne als Grundlage für ein Verbot der „Railway Station“ nicht herangezogen werden. Bezüglich der Sets „Special Police“ und „Emergency Fire Alarm“ sei angesichts der gänzlich anderen Gestaltung nicht ersichtlich, worin die Nachahmung bestehe. Das Landgericht habe in unzulässiger Weise die allein auf die „Police Station“ bezogenen Umfrageergebnisse auf die beiden anderen angegriffenen Verpackungen übertragen. Die von den Antragstellern betonten Gestaltungsmerkmale ihrer Produktverpackungen seien, soweit sie bei den angegriffenen Produkten überhaupt vorhanden seien, allesamt branchenüblich und nicht wettbewerblich eigenartig. Aufgrund anderer Gestaltung der Produktnummer und Altersempfehlung, des Firmenlogos und der Anordnung der Spielgegenstände seien die Unterschiede so wesentlich, dass das Landgericht zu Unrecht angenommen habe, die Abweichungen vom Original veränderten den Gesamteindruck nicht wesentlich. Schon wegen des Fehlens des überragend bekannten „L.“-Logos, das die Verkaufsverpackungen der Antragsteller präge, seien die angegriffenen Packungen deutlich unterschiedlich. Die angebrachte

Marke „S.“ sei in keinster Weise verwechslungsfähig. Der Rahmen der Produktlinie „L. CITY“ sei ganz offensichtlich stets in Blau gehalten. Die Gestaltung mit einem roten Logo vor blauem Hintergrund – ein regelrechter „Eyecatcher“ – sei für die „S.“-Produkte gerade nicht übernommen worden. Vielmehr werde dort der Rahmen jeweils den Spielsituationen angepasst. Aus der unterschiedlichen Gestaltung des Logos resultiere eine erhebliche Abweichung im Erscheinungsbild. Es treffe nicht zu, dass – wie das Landgericht angenommen habe – die Verpackungen der Antragsteller in gleicher Weise typische Spielsituationen zeigten. Auf den Verpackungen der Polizeistation und der Feuerwehration der Antragstellerseite seien Figuren und Fahrzeuge gerade nicht in Aktion dargestellt. Demgegenüber befänden sich auf den angegriffenen Verpackungen die Fahrzeuge in einem relativ ungeordneten Einsatz. Das Feuerwehrgebäude weise keinerlei Übereinstimmung mit der L.-Feuerwehration auf. Selbst bei Zugrundelegung der Auffassung des Landgerichts Hamburg ergebe sich, dass das erlassene Verbot zu weitgehend sei. Denn es hätte die (den Gegenstand des Hilfsantrags bildende) Einschränkung aufgenommen werden müssen, dass ein Hinweis die Herkunftstäuschung ausschließe.

19

Die Antragsgegner beantragen,

20

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 23.2.2010, Geschäfts-Nr. 312 O 663/09, aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung unter Aufhebung des Beschlusses vom 29.10.2009 zurückzuweisen,

21

hilfsweise,

22

die mit Beschluss des Landgerichts Hamburg vom 29.10.2009 erlassene einstweilige Verfügung mit der Maßgabe aufrechtzuerhalten, dass das dort ausgesprochene Verbot nur gilt, sofern diese Verpackungen nicht einen für die angesprochenen Verkehrskreise geeigneten Hinweis darauf tragen, der die Unterscheidung der durch die Verfügungsbeklagten angebotenen und/oder vertriebenen Produkte von den durch die Verfügungskläger vertriebenen Produkte herbeiführt, zum Beispiel durch den Hinweis:

23

„Bausteine von S. sind ein einheitliches Bausystem und sollten nicht mit anderen Bausteinen verwechselt werden“ und/oder

„kein „L.“-Produkt“
oder eine anderweitige nach dem Ermessen des Gerichts hinreichende
Kennzeichnung, die als ausreichender Hinweis in Art und Größe zur
Kenntlichmachung der Unterschiedlichkeit von den Produkten der
Verfügungskläger angesehen wird,

24

hilfsweise,

25

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 23.2.2010 aufzuheben und die
Sache zur erneuten Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.

26

Die Antragsteller beantragen,

27

die Berufung zurückzuweisen.

28

Die Antragsteller verteidigen das landgerichtliche Urteil, wiederholen und
vertiefen ihren erstinstanzlichen Vortrag. Sie ergänzen ihren Vortrag wie folgt:
Die einstweilige Verfügung sei ordnungsgemäß und fristgerecht zugestellt
worden, nämlich an den Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin zu 1. am
3.11.2009 (Anlage ASt 32) sowie an die seinerzeit noch nicht anwaltlich
vertretene Antragsgegnerin zu 2. am 3.11.2009 (Anlage ASt 34). Die
Dringlichkeitsvermutung sei nicht widerlegt, da sie, die Antragsteller, erstmals
durch die Grenzbeschlagnahme von den streitgegenständlichen Produkten
erfahren hätten. Beide Antragsteller seien aktivlegitimiert. Die Antragstellerin zu
2. sei als deutsche Vertriebsgesellschaft unmittelbare Wettbewerberin der
Antragsgegner. Die Antragstellerin zu 1. sei nicht nur Markeninhaberin, sondern
von den anderen Gesellschaften der L. Gruppe, darunter der u.a. für den
europaweiten Vertrieb zuständigen L. A/S, zur Geltendmachung
wettbewerbsrechtlicher Ansprüche in Deutschland ermächtigt. Die L. A/S,
Muttergesellschaft der Antragstellerin zu 2., stehe selbst in einem konkreten
Wettbewerbsverhältnis zu den Antragsgegnern, weil sie
über www.L.com/de einen Online-Shop für L.-Produkte betreibe.

29

Die angegriffenen Verpackungen seien, wie erstinstanzlich dargelegt,
wettbewerbsmäßig eigenartig. Die wettbewerbsmäßige Eigenart sei nicht deshalb
reduziert, weil nach der Entscheidung „Klemmbausteine III“ andere
Klemmbausteinprodukte auf den deutschen Markt gelangt seien. Anderweitige
Bausteinprodukte spielten am Markt noch immer kaum eine Rolle. Entgegen der

Auffassung der Antragsgegner sei die Noppengestaltung im Rahmen der wettbewerblichen Eigenart sehr wohl zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Polizeistation folge die Annahme einer Herkunftstäuschung schon aus der Verkehrsbefragung gemäß Anlage ASt 13. Es zähle der Erinnerungseindruck, bei dem ein Abgleich mit den bekannten Gestaltungsmerkmalen stattfinde, nicht der Produktvergleich Seite an Seite.

30

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die angefochtene Entscheidung sowie die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

31

Die zulässige Berufung ist nicht begründet. Der Verfügungsantrag ist zulässig (1.). Die geltend gemachten Unterlassungsansprüche bestehen gemäß § 4 Nr. 9a) UWG (2.).

32

1. Der Antrag ist zulässig .

33

a) Die Antragstellerin zu 1. ist als gewillkürter Prozessstandschafter der L. A/S prozessführungsbefugt . Ein Dritter kann aufgrund einer Ermächtigung des Rechtsinhabers auf Unterlassung aus dessen Recht klagen, wenn er ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Rechtsverfolgung hat (BGH Urteil v. 5.10.2000, I ZR 166/98 – DB Immobilienfonds, juris-Rz. 32; Urteil v. 13.10.1994, Az. I ZR 99/92, GRUR 1995, 54, 55 – Nicoline; Urteil v. 19.1.1989, Az. I ZR 217/86 – Kronenthaler, GRUR 1990, 361, 362). Hierbei können auch wirtschaftliche Interessen zur Begründung eines schutzwürdigen Interesses an der Prozessstandschaft herangezogen werden (BGH Urteil v. 5.10.2000, I ZR 166/98 – DB Immobilienfonds, juris-Rz. 32; Urteil v. 13.10.1994, Az. I ZR 99/92, GRUR 1995, 54, 55 – Nicoline). Die Antragstellerin zu 1. hat durch Vorlage der eidesstattlichen Versicherung des Herrn K. (Anlage ASt 37, dort Ziff. 5) glaubhaft gemacht, dass die Fa. L. A/S sie zur Geltendmachung (auch) der vorliegend verfolgten Unterlassungsansprüche ermächtigt habe. Die Antragstellerin zu 1. hat ein hinreichendes eigenes wirtschaftliches Interesse an der Durchsetzung der Ansprüche der hier konzernmäßig verbundenen Fa. L. A/S.

34

b) Es besteht ferner der erforderliche Verfügungsgrund . Denn die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG ist nicht widerlegt. Im Ausgangspunkt ist die gemäß § 12 Abs. 2 UWG zugunsten des Verletzten

wirkende Vermutung der Dringlichkeit widerlegt, wenn der Verletzte das als rechtswidrig beanstandete Verhalten in positiver Kenntnis der maßgeblichen Umstände längere Zeit hingenommen hat, so dass aus seinem Abwarten geschlossen werden kann, ihm sei die Angelegenheit nicht eilig; maßgebend sind hierbei keine starren Fristen, sondern die Umstände des Einzelfalls (siehe nur Senat, Urteil v. 10.4.2008, Az. 3 U 78/08). Vorliegend haben die Antragsgegner lediglich unsubstantiiert zu einer Vorkennntnis der Antragsteller vorgetragen. Zudem hat diese unter Vorlage der zollamtlichen Benachrichtigung dargelegt, erst durch diese am 5.10.2009 von der Lieferung der streitgegenständlichen Produkte erfahren zu haben.

35

c) Das Vorgehen der Antragsteller ist auch nicht rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG. Die gemeinsame, in einem Prozess erfolgende Geltendmachung von gesetzlichen Unterlassungsansprüchen mehrerer Konzerngesellschaften ist gerade das Gegenteil der vom BGH als rechtsmissbräuchlich gebrandmarkten Mehrfachverfolgung, bei der Konzerngesellschaften in getrennten Verfahren vorgehen. In der einschlägigen Entscheidung (BGH GRUR 2000, 1089 – Missbräuchliche Mehrfachverfolgung I) nennt der BGH ausdrücklich das gemeinsame Vorgehen zweier konzernmäßig verbundener Unternehmen als Streitgenossen eines Verfahrens als im Gegensatz zum getrennten Vorgehen nicht zu beanstandende Alternative.

36

d) Die Antragsteller haben die rechtzeitige Vollziehung gem. § 929 Abs. 2 ZPO glaubhaft gemacht. Diese Beanstandung der Antragsgegner ist ohne Substanz.

37

2. Der Antrag ist begründet. Die Voraussetzungen des § 4 Nr. 9a) UWG liegen vor.

38

a) Gegenstand des Antrags ist das Verbot,

39

- Konstruktionsspielzeug
- in folgender Verpackungsgestaltung
- in Deutschland zu bewerben oder zu vertreiben:
- [es folgen die aus dem Antrag ersichtlichen Bilder der Produktkartons „Fire Alarm“, „Railway Station“ und „Special Police“]

40

Dieser Antrag beinhaltet wegen der Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform ein hinreichend bestimmtes und auch charakteristisches Verbot.

41

b) Die beanstandeten Produkte sind im Sinne des § 4 Nr. 9a) UWG unlautere Nachahmungen.

42

Die Übernahme einer Gestaltungsform, die nicht unter Sonderrechtsschutz steht, kann nach § 4 Nr. 9 a) UWG wettbewerbswidrig sein, wenn das Erzeugnis von wettbewerblicher Eigenart ist und besondere Umstände hinzutreten, die die Nachahmung unlauter erscheinen lassen (st. Rspr., siehe nur BGH GRUR 2007, 984, 985 – Gartenliege; BGH WRP 2007, 1076, 1078 – Handtaschen; BGH WRP 2007, 313, 317 – Stufenleitern; BGH GRUR 2006, 79, 80 – Jeans; BGH GRUR 2003, 332, 336 – Abschlussstück; BGH GRUR 2001, 443, 444 – Viennetta). Zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen besteht eine Wechselwirkung in dem Sinne, dass je größer die wettbewerbliche Eigenart und je höher der Grad der Übernahme ist, die Anforderungen an die besonderen Umstände desto geringer sind, die die Wettbewerbswidrigkeit begründen (BGH WRP 2007, 1076, 1078 – Handtaschen; BGH WRP 2007, 313, 317 – Stufenleitern; BGH GRUR 2006, 79, 80 – Jeans). Danach kann ein Anspruch gemäß § 4 Nr. 9a) UWG bestehen, wenn die Gefahr der Herkunftstäuschung gegeben ist und der Nachahmer zumutbare und geeignete Maßnahmen unterlässt, sie zu vermeiden; dies setzt in aller Regel voraus, dass das nachgeahmte Erzeugnis bei den maßgeblichen Verkehrskreisen eine gewisse Bekanntheit erlangt hat (BGH WRP 2007, 1076, 1078 – Handtaschen; BGH GRUR 2006, 79, 80 – Jeans).

43

aa) Unter wettbewerblicher Eigenart wird die Eignung eines Erzeugnisses verstanden, aufgrund seiner konkreten Gestaltung oder aufgrund bestimmter Merkmale für die angesprochenen Verkehrskreise auf die betriebliche Herkunft oder die Besonderheit des Erzeugnisses hinzuweisen (BGH WRP 2007, 1076, 1078 – Handtaschen; BGH GRUR 2006, 79, 80 – Jeans; BGH GRUR 2003, 332, 336 – Abschlussstück). Für den wettbewerbsrechtlichen Schutz kommen danach alle diejenigen Erzeugnisse in Betracht, bei denen der Verkehr Wert auf ihre betriebliche Herkunft legt und gewohnt ist, aus bestimmten Merkmalen auf die betriebliche Herkunft zu schließen (BGH GRUR 2001, 251, 253 – Messerkennzeichnung). Für das Vorliegen der wettbewerblichen Eigenart ist eine Bekanntheit des betreffenden Erzeugnisses zwar nicht Voraussetzung,

jedoch kann der Grad der wettbewerblichen Eigenart, der für die Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen Unlauterkeit des Vertriebs von Nachahmungen bedeutsam ist, durch seine tatsächliche Bekanntheit im Verkehr verstärkt werden (BGH GRUR 2007, 984, 986 – Gartenliege). Die Eignung, herkunftshinweisend zu wirken kann allerdings entfallen, wenn die konkrete Ausgestaltung des Produkts oder seine Merkmale aufgrund der Entwicklung der Verhältnisse auf dem Markt nicht mehr geeignet sind, die angesprochenen Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen (BGH a.a.O. – Gartenliege).

44

Technische Merkmale, die bei gleichartigen Erzeugnissen aus technischen Gründen notwendigerweise verwendet werden müssen, können allerdings, sofern sie nicht mehr unter Sonderrechtsschutz stehen, nach dem Grundsatz der Freiheit des Standes der Technik eine wettbewerbliche Eigenart nicht begründen (BGH GRUR 2010, 80, Tz. 27 – LIKEaBIKE). Daraus folgt aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht, dass die Übernahme von Merkmalen, die dem Stand der Technik entsprechen, stets wettbewerbsrechtlich zulässig ist: Ist ein Merkmal zwar technisch bedingt, aber frei wählbar oder austauschbar, so kann es zur wettbewerblichen Eigenart beitragen, sofern der Verkehr mit ihm eine Herkunfts- und Qualitätserwartung verbindet und die durch die Übernahme solcher Merkmale verursachte Gefahr der Herkunftstäuschung durch zumutbare Maßnahmen vermieden werden kann (BGH GRUR 2010, 80, Tz. 27 – LIKEaBIKE; BGH NJW-RR 2010, 53, Tz. 10 – Ausbeinmesser). Technische Notwendigkeit liegt vor, wenn Merkmale aus technischen Gründen zwingend bei gleichartigen Konstruktionen verwendet werden müssen und der erstrebte technische Erfolg anders nicht erreichbar ist (BGH GRUR 1996, 210, 211 – Vakuumpumpen; GRUR 2000, 521, 523 – Modulgerüst I).

45

In der Gesamtschau kommt der Verpackungsgestaltung, wie sie die Antragsteller am Beispiel der Polizei- und Feuerwehrrationen dokumentiert haben, wettbewerbliche Eigenart zu. Für die im Einzelnen von den Antragstellern angeführten Merkmale gilt Folgendes:

46

(1.) „Der zusammengebaute Inhalt, bestehend aus den typischen L.-Steinen und klassischen L.-Minifiguren, werde gezeigt“: Die allgemeine Gestaltungsidee, auf Spielzeugverpackungen das enthaltene Spielzeug in aufgebautem Zustand, damit zwangsläufig in „Spielsituation“ zu zeigen, dürfte branchenüblich und daher nicht wettbewerblich eigenartig sein.

47

Die weiter betonte „Typik“ der L.-Steine beinhaltet in erster Linie die „Noppenstruktur“. Das Landgericht hat zu Recht entschieden, dass dieser Noppenstruktur wettbewerbliche Eigenart zukommt. Hierbei handelt es sich um ein Merkmal, das zur Herbeiführung einer technischen Lösung – Klemmeigenschaft der Bausteine – erforderlich ist. Nach dem oben dargelegten Maßstab kann ein solches technisches Merkmal nur dann zur wettbewerblichen Eigenart beitragen, wenn es zwar technisch bedingt, aber frei austauschbar in dem Sinne ist, dass der erstrebte technische Zweck auch auf andere Weise erreicht werden kann. Der BGH hat die Feststellung eines zwingenden oder austauschbaren Charakters vielfach mit Blick auf die am Markt vorhandenen weiteren Produktgestaltungen beantwortet und ggf. daraus geschlossen, dass die jeweils in Rede stehende Gestaltung nicht unbedingt notwendig sei, sondern Abweichungen zulasse (siehe insbesondere BGH GRUR 2000, 521, 523 – Modulgerüst I). Bei differenzierten Erscheinungsformen am Markt genügt dem BGH für die Annahme eines technisch zwingenden Charakters einer Gestaltung nicht die Feststellung, es handele sich um eine für den Gebrauchszweck „optimale“ Kombination technischer Merkmale (BGH NJW-RR 2010, 53. 55 – Ausbeinmesser). Im vorliegenden Fall fehlt genauer Vortrag zum Marktumfeld. Den eingereichten Produktbeispielen von Wettbewerbern mit Klemmbaustein-Produkten ist aber überwiegend gemeinsam, dass sie mit den Klemmbausteinen der Antragsteller kompatibel („verbaubar“) sind, mithin eine identische Noppenstruktur aufweisen. Um ein technisch zwingendes Gestaltungsmerkmal handelt es sich gleichwohl nicht. Denn es ist durchaus vorstellbar, dass Klemmbausteine auch mit andersartiger Noppenstruktur – etwa größeren oder anders geformten Noppen – in technisch funktionsfähiger Weise hergestellt werden können. Dass die Wettbewerber dem Vorbild der Antragsteller folgen, hat daher nicht technische Gründe, sondern dürfte darauf beruhen, dass Klemmbausteine – im Hinblick auf die jahrzehntelang patent-, marken- und lauterkeitsrechtlich gesicherte Monopolstellung von L. – auch gegenwärtig nur dann erfolgreich vermarktet werden können, wenn diese zu bereits bei den Verbrauchern vorhandenem, von der Antragstellerseite stammendem Spielzeug passen. Gleiches dürfte für die „typischen“ L.-Figuren gelten.

48

Die markenrechtliche Schutzunfähigkeit der Verkörperung einer technischen Lösung (Schutzunfähigkeit gem. § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG/Eintragungshindernis gem. Art. 7 Abs. 1 lit. e] ii] GMV) ist – entgegen der Auffassung der Antragsgegner – für den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz nicht maßgeblich. Die den L.stein mit acht Noppen betreffende markenrechtliche Löschungsentscheidung des EuGH (Rs.C-48/09 [L. Juris A7S ./ HABM], EuZW 2010, 876) besagt, dass das

Eintragungshindernis des Art. 7 Abs. 1 lit. e) ii) GMV der Eintragung einer Marke entgegensteht, die aus der Form der Ware besteht, die für das Erreichen einer technischen Wirkung technisch kausal und hinreichend ist, selbst wenn diese Wirkung auch durch andere Formen erreicht werden kann, die die gleiche oder eine andere technische Lösung nutzen. Die Eintragung einer Marke ist also bereits dann ausgeschlossen, wenn es sich um eine von mehreren möglichen Formen zur Erreichung der technischen Lösung handelt. Nach der genannten Rechtsprechung des BGH zum ergänzenden Leistungsschutz kann aber ein technisches Merkmal, dass lediglich der angemessenen Lösung einer technischen Aufgabe dient, dabei aber frei wählbar oder austauschbar ist, durchaus wettbewerbliche Eigenart begründen. Der dem Eintragungshindernis zugrundeliegende Zweck, sonderschutzrechtlich nicht (mehr) geschützte technische Lösungen nicht über das Markenrecht dauerhaft zu monopolisieren, hat zwar dem Grunde nach auch im Bereich des Lauterkeitsrechts seine Berechtigung. Allerdings ist ein weniger strenger lauterkeitsrechtlicher Maßstab im Hinblick darauf nicht zu beanstanden, dass die Verbotsnorm des § 4 Nr. 9 a) UWG eben über die reine Formgebung hinaus weitere einschränkende Kriterien – wettbewerbliche Eigenart, Herkunftstäuschung – vorsieht, die auch im Bereich des Lauterkeitsrechts sicherstellen, dass der Sonderrechtsschutz nicht umgangen wird.

49

Das Argument der Antragsgegner, die gemeinschaftsrechtliche Harmonisierung des Markenrechts einerseits und des Lauterkeitsrechts andererseits gebiete es, die Frage der Herkunftstäuschung allein nach Markenrecht zu beurteilen, auf Herkunftstäuschung beruhende lauterkeitsrechtliche Ansprüche hingegen auszuschließen, ist unzutreffend. Die gemeinschaftsrechtlich bestimmte Vorschrift des § 5 Abs. 2 UWG zeigt gerade, dass lauterkeitsrechtliche Ansprüche auch auf Herkunftstäuschung gründen können. Der EuGH sieht dies – entgegen der Meinung der Antragsgegner – nicht anders, wie der bereits genannten Entscheidung zum „Acht-Noppen-Stein“ zu entnehmen ist. Darin führt der EuGH aus, dass zwar markenrechtlicher Schutz gegen sklavische Nachahmung einer technischen Lösung nicht mittels Eintragung einer dreidimensionalen Marke erreicht werden könne, dass diese „Situation“ jedoch gegebenenfalls im Licht der Regeln über den unlauteren Wettbewerb zu prüfen sei (EuGH, Rs.C-48/09 (L. Juris A7S ./ HABM), EuZW 2010, 876, Tz. 61).

50

Es ist also festzuhalten, dass die auf den Verpackungen der Antragsteller sichtbare Noppenstruktur der Spielkomponenten der angemessenen Lösung einer technischen Aufgabe dienen, ohne technisch zwingend zu sein. Ferner messen die angesprochenen Verkehrskreise dieser Gestaltung aufgrund des jahrzehntewährenden sonderschutzrechtlichen Monopols der Antragsteller, das

zur überragenden Bekanntheit der von den Antragstellern stammenden Klemmbausteine mit Noppen geführt hat, eine deutlich herkunftshinweisende Bedeutung bei. Diesen Sachverhalt vermag der Senat, dessen Mitglieder zur angesprochenen Zielgruppe gehören, aus eigener Anschauung festzustellen.

51

(2.) „Figuren und Fahrzeuge seien in Aktion dargestellt“: Eine Darstellung von Spielzeug „in Aktion“ dürfte branchenüblich sein und daher zur wettbewerblichen Eigenart nicht beitragen.

52

(3.) „Abbildung deutlich abgehoben vor nur schemenhaft erkennbarer grauer Großstadtsilhouette“: Über eine nur schemenhaft erkennbare Großstadtsilhouette verfügen auch die weiteren von den Antragsgegnern vorgelegten Spielzeugverpackungen, insbesondere Ministeck und Playmobil. Auch dies dürfte ein branchenübliches Gestaltungsmerkmal sein.

53

(4.) bis (7.) „Abgesetzter, durch dünnen Streifen vom Bild getrennter Rand auf der linken Seite, der sich an der Unterseite des Bildes fortsetze“; „Einige Fahrzeuge ragten vom Hauptbild über den Rand hinaus“ („3-D“-Effekt); „Gestalteter Schriftzug ‚CITY‘“; „Berühmtes L.-Logo in der oberen linken Ecke“: Bei der Gestaltung in Form eines links und an der unteren Seite der Packung befindlichen blauen Randes („Rahmen“) nebst links oben angebrachten L.-Logos handelt es sich um eine markante und in den Produkten der Antragsteller wiederkehrende Gestaltung. Gleiches gilt für die aus dem „Rahmen“ herausragenden Spielzeuge und den Schriftzug „CITY“. Hier handelt es sich um Gestaltungsmerkmale, die in der Produktlinie „L. CITY“ jedenfalls seit dem Jahr 2008 ständig Verwendung finden und einen hohen Wiedererkennungswert haben, wie dem „Trade Catalogue 2008“ (Anlage ASt 1) auf den Seiten 31 ff. entnommen werden kann.

54

(8) In der Gesamtbetrachtung kommt der Verpackungsgestaltung der Antragsteller im Hinblick auf die deutlich sichtbare, charakteristische Noppenstruktur des gezeigten Spielzeugs, dem dargestellten „3-D-Effekt“ durch aus dem Rahmen herausragendes Spielzeug sowie der Anordnung des bekannten „L.“-Logos in der linken oberen Ecke auf blauem Rahmenhintergrund wettbewerbliche Eigenart zu.

55

bb) Die angegriffenen Verpackungen der Antragsgegner stellen Nachahmungen dar. Unter Nachahmung im Sinne des § 4 Nr. 9 UWG

wird in Anlehnung an die zu § 1 UWG a.F. ergangene Rechtsprechung je nach dem Grad der Übereinstimmung mit dem Original die unmittelbare Leistungsübernahme, die fast identische Leistungsübernahme sowie die nachschaffende Leistungsübernahme verstanden (Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl. 2011, § 4 Rz. 9.35 ff.). Eine unmittelbare Leistungsübernahme ist die unveränderte Nachbildung des Originals. Fast identisch ist eine Leistungsübernahme, wenn die Nachbildung nur geringfügige, im Gesamteindruck unerhebliche Abweichungen vom Original beinhaltet. Unter nachschaffender Leistungsübernahme versteht man die Benutzung des Originals als Vorbild für eine Nachbildung unter Einsatz eigener Leistung, die eine Annäherung an das Original darstellt, indem sie wiedererkennbare wesentliche Elemente des Originals aufweist, anstatt sich deutlich davon abzusetzen (zu allem Vorstehenden Köhler/Bornkamm, § 4 Rz. 9.35 ff.). Zu Recht hat das Landgericht die angegriffenen Produktverpackungen als nachschaffende Leistungsübernahme eingeordnet.

56

(1) Die Verpackung des Sets „Special Police“ zeigt eine Spielsituation unter Verwendung des aufgebauten Packungsinhalts, dessen Noppenstrukturen deutlich erkennbar sind. Auf der linken oberen Seite des Verpackungsdeckels befindet sich auf blauem Hintergrund abgesetzt die als rotes Quadrat gestaltete Marke „S.“ mit darunter befindlicher Artikel-Nummer. Es fehlt der durchgehende blaue Rand links und unten; auch ragen die gezeigten Spielzeuge nicht „aus dem Bild heraus“. Gleichwohl finden sich mit der Noppenstruktur der gezeigten Spielwaren und der quadratischen roten Marke auf blauem Grund links oben Gestaltungsmerkmale, die an wesentliche Gestaltungsmerkmale der L.-City-Produkte angenähert bzw. – hinsichtlich der Noppenstruktur – diese glatt übernehmen. Diese Merkmale haben dank der Verwendung auf der Produktserie der Antragsteller einen hohen Wiedererkennungswert. Dass die Marke „S.“ im Übrigen deutlich anders gestaltet ist, fällt angesichts der genannten Übereinstimmungen nicht entscheidend ins Gewicht.

57

(2) Entsprechendes gilt für die Verpackung des Sets „Fire Alarm“, die einen durchgehenden - hier rot gestalteten – Rand mit als rotem Quadrat gestalteten Logo „S.“ und darunter befindlicher Bestellnummer und Altersangabe („6Y+“) aufweist und Spielwaren mit Noppenstrukturen und L.-ähnliche Spielfiguren deutlich ins Bild setzt. Der Feuerwehr-Leitwagen ragt geringfügig „aus der Bildfläche heraus“. Auch hier wirken sich die gegebenen Gestaltungsunterschiede nicht maßgeblich aus.

58

(3) Entsprechendes gilt schließlich für das Set „Railway Station“. Hier ist der linke Rand durchgehend, wenn auch in braun-rot gehalten; das „S.“-Logo erscheint in gleicher Weise, ebenso die Noppenstruktur der gezeigten Spielwaren. Diese Packungsdarstellung betont in besonderer Weise die im Vordergrund groß gezeigten L.-ähnlichen Spielfiguren.

59

cc) Die Produktverpackungen der Antragsgegner verursachen eine vermeidbare Herkunftstäuschung. Das Unlauterkeitsmoment der vermeidbaren Herkunftstäuschung setzt in aller Regel voraus, dass das nachgeahmte Erzeugnis eine gewisse Bekanntheit bei den angesprochenen Verkehrskreisen erlangt hat; denn nur, wenn dem Verkehr die Existenz des Originals bekannt ist, kann es überhaupt zu einer Herkunftstäuschung kommen (BGH GRUR 2002, 820, 822 – Bremszangen). Diese Voraussetzung ist angesichts der überragenden Bekanntheit der Produkte der Antragsteller vorliegend erfüllt.

60

Dass eine Herkunftstäuschung eintritt, ist nach Auffassung des Senats schon aufgrund der soeben dargelegten nachschaffenden Übernahme wesentlicher Gestaltungsmerkmale der Produktreihe „L. City“ naheliegend. Untermauert wird diese Annahme durch die von den Antragstellern veranlasste Verkehrsbefragung zur Herkunftstäuschung bezüglich des „S.“-Produkts „Special Police“ (Anlage ASt 13). Die von den Antragsgegnern vorgebrachten Einwände gegen die hierbei angewandte Methodik verfangen nicht. Die Frage nach dem Hersteller (Frage 3: „Unabhängig davon, ob Sie so etwas schon einmal gesehen haben oder nicht: Können Sie mir vielleicht sagen, von wem dieses Spielzeug stammt, ich meine, von welchem Hersteller?“) erfolgt nach zwei offenen Fragen (Frage 1: „Sehen Sie sich bitte einmal diese Spielzeugpackung an. Was fällt Ihnen alles zu dieser Packung ein? Und woran denken Sie dabei sonst noch?“; Frage 2: „Haben Sie solch ein Spielzeug schon einmal gesehen?“), also ohne suggestive Lenkung in Richtung „L.“. Auf Frage 3 antworteten 55,4 % aller Befragten und 66 % der Personen aus Haushalten mit Kindern unter 15 Jahren, dass sie L. für den Hersteller hielten. Dass die Umfrage sich nur auf eine der drei beanstandeten Produktgestaltungen bezog, steht gem. §§ 294, 286 ZPO der tatrichterlichen, vom Senat geteilten Würdigung nicht entgegen, dass aufgrund der Ähnlichkeit dieser Verpackungen eine Herkunftsverwirrung in gleicher Weise eintreten werde.

61

Nur eine unvermeidbare Herkunftstäuschung ist hinzunehmen (Köhler/Bornkamm, § 4 Rz. 9.45). Vermeidbar ist eine Herkunftstäuschung dann, wenn sie durch geeignete und zumutbare Maßnahmen verhindert werden kann (BGH GRUR 2005, 166, 167 – Puppenausstattungen). Im vorliegenden

Fall wäre es ein Leichtes für die Antragsgegner, die Gefahr von Herkunftsirrtümern durch einen klaren Hinweis auf der Packung auszuschließen, dass es sich nicht um L. handelt.

62

c) Begehungsgefahr besteht im vollen Antragsumfang. Die von der Antragsgegnerseite gewünschte Einschränkung des Tenors im Sinne des „Hilfsantrags“ ist nicht veranlasst. Die von der Antragsgegnerseite eingeführten Produktverpackungen weisen einen ausdrücklichen, auf die Herkunft bezogenen Hinweis gerade nicht auf. Deshalb könnte auch die strafbewehrte Verpflichtung, zukünftig einen aufklärenden Hinweis anzubringen, die durch den vorliegend zu beurteilenden Lebenssachverhalt gesetzte Begehungsgefahr für die Einführung von Produkten ohne Hinweis nicht beseitigen. Im Übrigen liegt es allein im Risiko des Verletzers, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass zukünftige Handlungen den Verbotsbereich nicht tangieren.

63

d) Es fehlt schließlich mit Blick auf die Antragstellerin zu 1. auch nicht an der Stellung als Mitbewerber. Denn sie ist – wie dargelegt – Prozesstandschafter der Fa. L. A/S (s.o. II.1.a)], deren unmittelbare Konkurrentenstellung die Antragstellerseite glaubhaft gemacht. Denn nach dem Inhalt der eidesstattlichen Versicherung des Herrn K. (Anlage ASt 37) vertreibt die Fa. L. A/S über das Internet auch in Deutschland L.-Produkte.

64

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.