



OBERLANDESGERICHT KÖLN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn M [REDACTED], Österreich,

Beklagten und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigte:

die Rechtsanwälte [REDACTED]
München,

g e g e n

die **Julius-K 9 Bt**, vertreten durch ihren Komplementär Gyula Sebö,
Fas u.11, 2310, Szigetzentmiklos, Ungarn,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Sosalla in St. Ingbert,

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln

auf die mündliche Verhandlung vom 28.10.2011

unter Mitwirkung seiner Mitglieder

[REDACTED]

f ü r R e c h t e r k a n n t:

- 1.) Die Berufung des Beklagten gegen das am 31.3.2011 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 31 O 402/10 – wird zurückgewiesen.
- 2.) Die Kosten des Berufungsverfahrens hat der Beklagte zu tragen.
- 3.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte kann jedoch die Vollstreckung des Unterlassungs- und des Auskunftsanspruches durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Sicherheitsleistung beträgt hinsichtlich der Unterlassungsverpflichtung 50.000 € und hinsichtlich der Auskunftspflichtung 20.000 €.

Die Vollstreckung des Kostenerstattungsanspruches kann der Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4.) Die Revision wird nicht zugelassen.

Begründung

A

Wegen des Sachverhaltes wird gem. § 540 Abs.1 S.1 Ziff.1 ZPO auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Im Berufungsverfahren, in dem der Beklagte weiter die Abweisung der Klage begehrt, rügt er die Antragsänderung nach der mündlichen Verhandlung vom 27.1.2011 als unzulässig und Widersprüche zu der Entscheidung des Handelsgerichts Wien vom 18.12.2009 im Verfahren 011 CG 225/09 i-5. In der Sache trägt er vor, die Klägerin habe nicht bewiesen, dass ihr die „Position zukomme, in ihren Rechten verletzt zu sein“. Tatsächlich habe sie im Jahre 2002 nur mit Beißgeschirren gearbeitet. Zudem seien auch das von einem [REDACTED] unter der (*in erster Instanz irrtümlich als* „[REDACTED]“ *bezeichneten*) Firma [REDACTED] vertriebene Hundegeschirr sowie das von den Polarentdeckern Scott und Amundsen verwendete und andere Geschirre zu berücksichtigen. Außerdem handele es sich um eine Auftragsarbeit, lägen im Einzelnen bezeichnete Abweichungen vor, beruhten die Übereinstimmungen auf der Anatomie des Hundes und komme die von der Kammer zugrunde gelegte Annahme wirtschaftlicher Verbindungen zwischen den Parteien nicht in Betracht. Die Klägerin verteidigt die angefochtene Entscheidung.

B

Die Berufung ist zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg. Die von dem Beklagten vertriebenen Hundegeschirre stellen auch unter Berücksichtigung seines Berufungsvorbringens gem. §§ 3, 4 Nr. 9 a UWG unlautere fast identische Leistungsübernahmen dar, weswegen sämtliche geltend gemachten Ansprüche begründet sind.

I.

Die Verurteilung des Beklagten nach dem Antrag, den die Klägerin erst mit Schriftsatz vom 8.2.2011 neu gefasst hatte, ist nicht deswegen verfahrensfehlerhaft, weil dieser Schriftsatz erst nach der mündlichen Verhandlung vom 27.1. 2011 eingereicht worden ist.

Die Parteien hatten sich in jener mündlichen Verhandlung mit dem Übergang in das schriftliche Verfahren einverstanden erklärt. Dieses Verfahren ist gem. § 128 Abs. 2 ZPO dem Verfahren mit mündlicher Verhandlung gleichgestellt. Die Neufassung des Antrags stellte daher keinen Anlass dar, erneut die Verfahrensart zu wechseln und eine weitere mündliche Verhandlung anzuberaumen. Auf der Grundlage seiner jetzt geäußerten Rechtsauffassung hätte es vielmehr dem Kläger obliegen, innerhalb der gem. § 128 Abs. 2 ZPO gesetzten Frist, den Antrag als „völlig neuen Streitgegenstand“ zu rügen. Das hätte im Übrigen keinen Erfolg haben können: Der neu gefasste Antrag enthält keinen neuen Streitgegenstand, sondern eine reine Klarstellung. Er unterscheidet sich – von redaktionellen Änderungen abgesehen – von demjenigen Antrag, der in der Klageschrift angekündigt war, nur dadurch, dass nunmehr Abbildungen der angegriffenen Hundegeschirre - und nicht mehr derjenigen der Klägerin - zum Gegenstand des Antragswortlauts gemacht worden sind und so das unveränderte Petitum im Antrag auch bildlich zutreffend wiedergegeben worden ist.

II.

Unterlassungsanspruch

Das Landgericht hat den geltend gemachten Unterlassungsanspruch mit zutreffender und erschöpfender Begründung, auf die der Senat zustimmend Bezug nimmt, aus §§ 3, 4 Nr. 9 a, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG zuerkannt. Die Einwände der Berufung geben lediglich Anlass zu folgenden Ergänzungen:

1.) Dem Geschirr kommt aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung von Hause aus wettbewerbliche Eigenart zu. Bei der gebotenen Gesamtbetrachtung des Geschirres ergibt sich ohne weiteres, dass – was der Beklagte auch selbst nicht behauptet - nicht etwa sämtliche Einzelheiten durch die Anatomie des Hundes oder die Gebrauchsfunktion vorgegeben sind. Das belegt auch das vorgelegte Umfeld mit den

als Anlagen B 48, B 49 und B 51 vorgelegten Modellen, die eine deutlich abweichende Gestaltung aufweisen.

2.) Ohne Erfolg rügt der Beklagte, das jetzt von der Klägerin angebotene Geschirr sei schon früher von anderen Anbietern vertrieben worden, und die Kammer habe hierzu Beweisantritte übergangen. Aus der in Rede stehenden Herkunftstäuschung könnte die Klägerin nur dann keine Ansprüche herleiten, wenn genau so gestaltete Hundegeschirre bereits vorher von Dritten in einem Umfang in Deutschland vertrieben worden wären, dass sich bereits betriebliche Herkunftsvorstellungen entwickeln konnten. Davon kann indes - worauf der Beklagte schon in der Berufungsverhandlung hingewiesen worden ist - auf der Grundlage seines Vortrags keine Rede sein.

a) Der Beklagte hatte - unter Vorlage eines Internetauftrittes (Anlage B 13) - behauptet, es handele sich um ein Hundegeschirr der Fa. [REDACTED] in F [REDACTED]. Dem war in erster Instanz und ist im Berufungsverfahren nicht nachzugehen, weil der Beklagte nicht vorgetragen hat, dass das Geschirr in Deutschland vertrieben worden sei. Der als Anlage B 12 vorgelegte Zeitungsausschnitt belegt das nicht, weil die Zeitung („Landbote Zürich“) in der Schweiz erschienen ist. Zudem lassen sich dem Bild und erst recht dem Internetauftritt die Einzelheiten jener Hundegeschirre nicht hinreichend entnehmen.

b) Der Beklagte beruft sich mit den Anlagen B 34 - B 45 weiter auf Fotos, die Hunde mit Geschirr zeigen, und zwar bei den historischen Polarexpeditionen von Scott und Amundson in den Jahren 1911/1912, im Kriegseinsatz und später beim Militär in Friedenszeiten. All das verhilft der Berufung nicht zum Erfolg. Die Abbildungen belegen schon nicht, dass die älteren Geschirre von dem Kläger 1:1 übernommen wären. Das kann aber auf sich beruhen. Der wettbewerblichen Eigenart können nur Modelle entgegenstehen, die bei Marktzutritt der Klägerin bereits auf dem deutschen Markt waren. Selbst wenn der Verkehr - wovon nicht ausgegangen werden kann - in den klägerischen Modellen die vom Militär verwendeten Hundegeschirre teilweise wiedererkennen würde, stünde das dem Anspruch nicht entgegen, weil der Verkehr die Klägermodelle dann als das Geschirr ansehen würde, das nicht schon auf dem Markt ist, sondern (nur) beim Militär verwendet wurde bzw. wird.

c) Nach einem weiteren erstinstanzlichen Einwand des Beklagten handelt es sich bei dem klägerischen Produkt um einen Nachbau des Hundegeschirrs eines deutschen Herstellers „Dogs and Horses“. Das genügt den an einen substantiierten Vortrag zu stellenden Anforderungen nicht. Das konkrete Aussehen jener angeblichen Geschirre wird nicht dargelegt. Zudem fehlt – auch in zweiter Instanz - jeder Vortrag zu möglichen Umsätzen in Deutschland, die belegen könnten, dass das Produkt hier hinlänglich bekannt gewesen sei. Es ist noch nicht einmal konkret behauptet, dass das Geschirr überhaupt in Deutschland auf dem Markt gewesen sei.

3.) Unerheblich ist auch der zweitinstanzliche Vortrag des Beklagten, der Zeuge [REDACTED] könne bekunden, dass die Klägerin im Jahre 2002 nur mit sog. Beißwürsten, nicht aber mit Hundegeschirr gehandelt habe. Das kann unterstellt werden, weil unstreitig ist, dass der Beklagte erst seit 2009 die angegriffenen Geschirre vertreibt. Es kommt damit nicht darauf an, dass der Vortrag neu ist und der Senat nicht von den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO ausgehen könnte.

4.) Es liegt eine nahezu identische Nachahmung vor. Der im Zeitpunkt der Kaufentscheidung allein wahrnehmbare Unterschied der unterschiedlichen Beschriftung hat bei der Beurteilung außer Betracht zu bleiben, weil es sich – wie der Verkehr erkennt - um beliebig austauschbare, von dem Käufer auszuwählende Zusatzelemente handelt. Die im Berufungsverfahren aufgeführten, anschließend in Anlehnung an die Auflistung ab S. 13 der Berufungsbegründung abzuhandelnden Gesichtspunkte ändern – wie der Senat bereits in der mündlichen Verhandlung im einzelnen dargelegt hat - nichts daran, dass es sich nach der maßgeblichen Auffassung der an Hundegeschirren interessierten Verbraucher um eine fast identische Nachahmung handelt.

Die unter a) und c) aufgeführten Gesichtspunkte beeinflussen die Fragestellung nicht, weil sie die allein maßgebliche optische Wahrnehmung nicht betreffen;

Der unter b) angeführte Einwand tritt nicht zu, weil bei der gebotenen Gegenüberstellung jeweils der entsprechenden Geschirrrößen erkennbar ist, dass die Haltegriffe nicht unterschiedlich befestigt sind;

Die mit Punkt d) angeführten Zick-Zacknähte gehören gerade zu den vielen Übereinstimmungen. Dass das Material reflektieren soll, nimmt der Verkehr nicht wahr;

Der zu Punkt e) angeführte Unterschied besteht allerdings tatsächlich. Er trägt dazu bei, dass es sich nicht um eine identische, sondern nur um eine fast identische Nachahmung handelt. Indes findet diese Abweichung nur, wer gezielt nach ihr sucht. Sie ist so unauffällig, dass sie den Vorwurf der unlauteren Nachahmung nicht beseitigen kann.

Die unter Punkt f) angeführte angeblich geringere Scharfkantigkeit des Brustbandgurtes ist unerheblich, weil sie nicht zu sehen und – wie die Erörterung in der Verhandlung ergeben hat - auch nicht zu fühlen ist.

Dass die angegriffenen Geschirre - wie der Beklagte unter Punkt g) vorträgt – eine „schönere Anmutung“ haben, stellt schon keinen Tatsachenvortrag dar und kann angesichts des nahezu identischen Gesamteindrucks von dem Senat auch nicht bestätigt werden.

5.) Die Ausführungen der Kammer zur Unlauterkeit dieser nahezu identischen Nachahmung auf Seite 9 der angefochtenen Entscheidung unter c) treffen ebenfalls zu. Dass dem Beklagten zur Vermeidung drohender Herkunftstäuschungen Abweichungen in der Gestaltung zumutbar sind, folgt aus dem Umstand, dass - wie das wettbewerbliche Umfeld zeigt – Hundegeschirre, an denen der Hund festgehalten und auch hochgehoben werden kann, ohne Funktionsverlust auch anders gestaltet werden können.

Zutreffend hat die Kammer auch entschieden, dass die Anbringung der Marke „Dox-lock“ auf den angegriffenen Geschirren als Abgrenzung nicht genügt. Das gilt auch angesichts der angeführten – in der Instanz bestätigten - Entscheidung des Handelsgerichts Wien, das (auf S. 10) auf diesen Gesichtspunkt maßgeblich abgestellt hat. Es mag zutreffen, dass die Interessenten in gewisser Zahl diese Marke zur Kenntnis nehmen werden. Es steht aber schon nicht fest, dass ihnen bei der Kaufentscheidung (noch) in Erinnerung ist, dass die Produkte der Klägerin, die sie wegen ihres Aussehens und nicht der Bezeichnung in Erinnerung behalten haben, nicht auch mit dieser Marke gekennzeichnet sind. Überdies werden auch die Kunden, die die unterschiedliche Bezeichnung wahrnehmen, in unlauterer Weise getäuscht werden. Es ist nämlich – wie die Kammer schon ausgeführt hat – wegen der Quasi-Identität der

Produkte zu erwarten, dass die Kunden angesichts unterschiedlicher Bezeichnungen tatsächlich nicht vorhandene wirtschaftliche Beziehungen annehmen werden. Diese Verbraucher werden nicht meinen, der Anbieter der „Doxlock“-Geschirre mache das ursprüngliche Geschirr unerlaubt nach, sondern die Geschirre sind so ähnlich, dass die Kunden die Ausstattung mit der abweichenden Bezeichnung auf eine – angenommene - Erlaubnis des ursprünglichen Anbieters zurückführen werden.

III.

Annexansprüche

Auch der Auskunfts- sowie der Antrag auf Feststellung der Schadensersatzpflicht sind begründet. Der Senat verweist auch insoweit auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts in der angefochtenen Entscheidung, denen nicht hinzuzufügen ist, zumal die Berufung insoweit Einwendungen nicht vorbringt.

C

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs.1 ZPO.

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

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gem. § 543 ZPO liegen nicht vor. Der Senat wendet gefestigte Rechtsgrundsätze auf den vorliegenden Einzelfall an.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird gem. § 12 Abs. 4, 2. Alt. UWG unter Berücksichtigung der vorgetragenen Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beklagten, auf dessen Interesse an der Abänderung der Entscheidung im Übrigen abzustellen ist, endgültig auf insgesamt 100.000 € festgesetzt.

Ausgefertigt

Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

