

Anspruch auf Unterlassung von Produktvertrieb bei wettbewerbswidriger Nachahmung

OLG Köln

Urteil vom 16.02.2018

Az.: 6 U 90/17

Tenor

Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das am 09.05.2017 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 31 0 397/16 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Antragsgegnerin.

Gründe

I.

Die Antragstellerin nimmt die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung auf Unterlassung des Vertriebs eines Lippenpflegemittels in der konkret aus der einstweiligen Verfügung des Landgerichts Köln ersichtlichen Form in Anspruch.

Die Antragstellerin ist eine Tochterfirma der US-Unternehmensgruppe U Group, die Kosmetikprodukte herstellt. Die Antragstellerin wurde gegründet, um das dem Streit zugrundeliegende Produkt in Deutschland zu vertreiben.

Ein besonders erfolgreiches Produkt der U Group insbesondere

in den Vereinigten Staaten ist der F-Lippenbalsam (F für „F“). Die Antragstellerin trägt unter Vorlage entsprechender Artikel und Bilder vor, es handele sich um ein Trendprodukt, das seit 2009 in den USA angeboten und einen besonderen Anklang auch bei Prominenten gefunden habe.

Dieses Produkt wird in einem kugelig-rundlichen Kunststoffbehälter vertrieben, welches etwas größer als eine Walnuss ist, aufgeschraubt werden kann und aus zwei in etwa gleich hohen Hälften besteht. Das Pflegeprodukt wird in verschiedenen Duft- bzw. Geschmacksrichtungen angeboten, wobei die Farbe des Behälters jeweils an die Duft- bzw. Geschmacksrichtung angepasst sein soll.

Die Antragstellerin bietet das Produkt seit November 2014 in Deutschland an. Der Vertrieb erfolgte zunächst exklusiv über die Parfümeriekette E. Die Antragstellerin gibt den Umsatz im Jahr 2016 mit etwa 23 Mio. € an, was einem Marktanteil von 29 % entspricht. Seit Dezember 2014 vertreibt die Antragstellerin das Produkt in einer Blisterverpackung. Sie hat durch Vorlage von Unterlagen dargelegt, dass der Markteintritt in Deutschland intensiv beworben worden ist. Seit September 2015 erfolgt der Verkauf über lizenzierte Händler. Das Produkt wird mit einem Verkaufspreis von 6 € pro Stück angeboten.

Die Antragsgegnerin betreibt im Wesentlichen Einzelhandel sowie Im- und Export von Mode-Textilien aller Art und Accessoires. Die Produkte der Antragsgegnerin werden in eigenen Einzelhandelsläden sowie in ausgewählten weiteren Geschäften vertrieben.

Die Antragsgegnerin vertrieb zumindest im November 2016 ebenfalls Lippenbalsamprodukte, jeweils zu einem Stückpreis von 4,99 €. Die Produkte waren versehen mit dem Schriftzug „P“. Diese hatten folgendes Aussehen:

[Abbildung]

[Abbildung]

[Abbildung]

[Abbildung]

Die Produkte waren dabei wie im Folgenden dargestellt beschriftet und auf der Bodenseite der Behältnisse befand sich ein Aufkleber, der folgendes Aussehen hatte:

[Abbildung]

[Abbildung]

Über eine weitere Verpackung verfügten die Produkte der Antragsgegnerin nicht. Sie waren lediglich mit einer Banderole aus Zellophan versehen.

Die Form des Behältnisses ist kugelig, mit einer Abflachung im Bodenbereich, um festen Stand zu ermöglichen. Die Kugel lässt sich mittig aufschrauben, so dass die darin enthaltene Lippenpflegesubstanz zum Vorschein kommt. Diese befindet sich in der unteren Hälfte des Behältnisses und wölbt sich in einer Art Halbkugel nach oben. Die Pflegesubstanz ist farblich gestaltet.

Am 12.11.2016 und am 22.11.2016 erwarb eine Mitarbeiterin der Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin einen Teil der angegriffenen Produkte.

Die Antragstellerin ist der Ansicht gewesen, bei den angegriffenen Produkten der Antragsgegnerin handele es sich um Nachahmungen des „F lip balsam“. Es liege auch ein Verstoß gegen § 4 Kosmetik-VO und Art. 19 Abs. 1 EG-Kosmetik-VO Nr. 1223/2009 vor, weil der Vertrieb der angegriffenen Produkte durch die Antragsgegnerin ohne eine Außenverpackung mit leicht lesbaren und deutlich sichtbaren Angaben zu den Inhaltsstoffen sowie in einem Behälter ohne jegliche Angaben zum Verwendungszweck in deutscher Sprache erfolge.

Auf Antrag der Antragstellerin vom 24.11.2016 hat das Landgericht der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen

Verfügung bei Meidung der üblichen Ordnungsmittel untersagt,

a) in der Bundesrepublik Deutschland im geschäftlichen Verkehr Lippenpflegeprodukte in einem Behälter anzubieten und zu vertreiben und/oder anbieten und vertreiben zu lassen, der in geschlossenem Zustand rundlich gestaltet ist und aus zwei zusammenschraubbaren Hälften besteht und in dessen untere Hälfte die aufzutragende Pflegesubstanz gleich einer nach oben hin rundlich gewölbten Kuppe eingelassen ist, wenn dies geschieht wie in der einstweiligen Verfügung bildlich wiedergegeben. Hinsichtlich der Abbildungen wird auf die vorstehend dargestellten Abbildungen der Produkte Bezug genommen.

b) in der Bundesrepublik Deutschland im geschäftlichen Verkehr Lippenpflegeprodukte ohne Angaben zum Verwendungszweck in deutscher Sprache auf den Markt bereitzustellen, wenn dies geschieht, wie bildlich in der einstweiligen Verfügung wiedergegeben. Auf die vorstehenden Abbildungen wird Bezug genommen.

c) in der Bundesrepublik Deutschland im geschäftlichen Verkehr Lippenpflegeprodukte ohne gut lesbare und deutlich sichtbare Angaben zu den Bestandteilen auf dem Markt bereitzustellen, wenn dies geschieht wie bildlich im Rahmen der einstweiligen Verfügung wiedergegeben. Auf die vorstehenden Abbildungen wird auch insoweit Bezug genommen.

Gegen diese einstweilige Verfügung hat die Antragsgegnerin Widerspruch eingelegt. Die Antragstellerin hat sinngemäß beantragt, die einstweilige Verfügung zu bestätigen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt, die einstweilige Verfügung vom 30.11.2016 aufzuheben und den Antrag auf ihren Erlass zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin hat vorgetragen, sie vertreibe seit ihrer Gründung im Jahr 2012 die hier angegriffenen Lippenpflegeprodukte in Deutschland. Zuvor seien die Produkte

bereits seit 2002 durch ihre Muttergesellschaft, die Bestseller A/S, in Deutschland vertrieben worden. Darunter habe sich unter anderem auch ein Lip Gloss in verschiedenen Farben befunden.

Das Landgericht hat die einstweilige Verfügung mit dem angefochtenen Urteil bestätigt. Der Verfügungsgrund sei gemäß § 12 Abs. 2 UWG zu vermuten. Die Vermutung sei nicht widerlegt.

Der Unterlassungsanspruch hinsichtlich des Vertriebs der Produkte in der konkret zum Gegenstand des Antrages gemachten Form beruhe auf §§ 3, 4 Nr. 3a, § 8 Abs. 1 UWG.

Das von der Antragstellerin vertriebene Produkt verfüge über eine wettbewerbliche Eigenart, die sich aus der Kombination der einzelnen Gestaltungsmerkmale des Produkts ergebe. Dies legt das Landgericht im Einzelnen dar. Die wettbewerbliche Eigenart sei nicht durch die im Produktumfeld vertriebenen Lippenpflegeprodukte geschmälert. Die von der Antragsgegnerin vorgelegten Produkte erweckten keinen anderen Gesamteindruck, was das Landgericht ebenfalls im Einzelnen darlegt.

Soweit die Antragsgegnerin sich auf ihre eigenen, in kugelförmigen Behältnissen angebotenen Kosmetikprodukte beziehe, könne offenbleiben, ob und wann diese in Deutschland angeboten worden seien, weil diese einen anderen Gesamteindruck erweckten. Durch die weiße, teilweise transparente Gestaltung entstehe ein „kühler“, eleganter und puristischer Eindruck, von dem sich die teilweise knallig-, teilweise pastell-farbige Gestaltung der Produkte der Antragstellerin abhebe. Auch habe die Antragsgegnerin in den kugeligen Behältern nur Kosmetika oder Schminke angeboten, so dass sich auch die Produkte unterscheiden hätten. Der Lip Gloss befinde sich ebenfalls in weiß-transparenten Behältnissen, durch welche an transparenten Stellen die Farbe des konkreten Produkts erkennbar gewesen sein mag. Demgegenüber bleibe bei den Produkten der Antragstellerin der

Inhalt verborgen.

Die angegriffenen Produkte stellten eine Nachahmung der Produkte der Antragstellerin dar. Diese griffen nahezu alle für das Produkt der Antragstellerin prägenden Gestaltungsmerkmale auf. Die Unterschiede führten nicht zu einem anderen Gesamteindruck.

Aufgrund der nahezu identischen Nachahmung bestehe auch die Gefahr einer jedenfalls mittelbaren Herkunftstäuschung gemäß § 4 Nr. 3a UWG. Der Verbraucher werde trotz der Bezeichnung „P“, die dem Verbraucher bekannt sei, davon ausgehen, dass gesellschaftliche oder lizenzvertragliche Beziehungen zwischen den Parteien bestünden. Gerade bei der breiten Angebotspalette der Antragsgegnerin sei dem Verbraucher bekannt, dass diese Produkte Dritter unter eigenem Namen vermarkte.

Es liege auch ein Verstoß gegen § 4 Nr. 3b UWG vor, weil die Wertschätzung der Produkte der Antragstellerin unangemessen ausgenutzt würde.

Die weiteren Unterlassungsverpflichtungen ergäben sich aus §§ 3, 3a UWG in Verbindung mit § 4 Kosmetik-V0 und Art. 19 Abs. 1 f und g EU-Kosmetik-V0 Nr. 1223/2009. Diese Vorschriften seien Marktverhaltensregelungen. Die Inhaltsstoffe und der Verwendungszweck seien nicht hinreichend erkennbar.

Gegen dieses Urteil des Landgerichts Köln, auf das gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer Berufung. Es hätten weder Verfügungsgrund noch –anspruch bestanden.

Die Produkte der Antragsgegnerin seien seit dem Jahr 2002 auf dem Markt erhältlich, während die Produkte der Antragstellerin seit November 2014 auf dem deutschen Markt und seit 2009 auf dem Markt in den USA erhältlich seien.

Die Muttergesellschaft der Antragsgegnerin habe bereits im Jahr 2002 eine neue Verpackung für Kosmetikprodukte erstellt.

Diese Verpackungen seien rund gestaltet gewesen und die halbrunde Unterseite habe von der halbrunden Oberseite aufgeschraubt werden können. Diese Produkte seien unter dem Namen „P“ verkauft worden. Die Gestaltung der Produkte habe wie folgt ausgesehen:

[Abbildung]

Es sei auch ein Lip Gloss vertrieben worden, das folgende Gestaltung gehabt habe:

[Abbildung]

Bei diesem Produkt habe der obere Teil aufgeschraubt werden können, während sich im unteren Teil das Lippenpflegeprodukt befunden habe. Die Gestaltung des Produktes habe ein breites Echo gefunden.

Die so gestalteten Kosmetikprodukte seien seit dem Jahr 2002 in hoher Anzahl in der gesamten EU, Norwegen, Russland und der Schweiz vertrieben worden.

Entgegen der Ansicht des Landgerichts Köln erweckten diese von der Antragsgegnerin seit dem Jahr 2002 vertriebenen Produkte keinen anderen Gesamteindruck als die Produkte der Antragstellerin. Das Landgericht habe dabei auch außer Acht gelassen, dass die Antragsgegnerin farbige Lippenpflegeprodukte angeboten hätte.

Entgegen der Ansicht des Landgerichts habe die Antragsgegnerin auch dargelegt, wann und in welchem Umfang sie die entsprechenden Produkte in Deutschland in Verkehr gebracht habe. Der Verkehr sei mit umfangreichen Produkten aus dem Kosmetikbereich konfrontiert worden.

Es liege auch kein Verfügungsgrund vor. Es könne – auch im Rahmen der Vermutung des § 12 Abs. 2 UWG – nur im Rahmen einer Abwägung der gegenseitigen Interessen entschieden werden, ob ein Verfügungsgrund angenommen werden könne. In diesem

Zusammenhang müsse berücksichtigt werden, dass die Antragsgegnerin die Produkte bereits seit vielen Jahren vertreibe.

Der Verfügungsanspruch können ebenfalls nicht angenommen werden.

Die Produkte der Antragstellerin verfügten schon nicht über eine wettbewerbliche Eigenart, weil die Produkte der Antragsgegnerin und anderer Anbieter in vergleichbarer Form bereits seit langer Zeit auf dem deutschen Markt erhältlich gewesen seien, so dass die angesprochenen Verkehrskreise in den angesprochenen Merkmalen keinen Herkunftshinweis sähen. Dies gelte auch für die Kombination der einzelnen Merkmale des Produkts der Antragstellerin.

Das Herausragen der Lippenpflegesubstanz begründe kein anderes Ergebnis. Dieses Merkmal sei zwingend und technisch bedingt. Nur so werde ein Auftragen der Substanz auf die Lippen ermöglicht.

Auch die Bonbon-Farben begründeten keine wettbewerbliche Eigenart. Die Assoziation mit bestimmten Geschmacksrichtungen würde vom Verkehr nicht wahrgenommen. Die Gestaltung sei auch in dem Bereich üblich.

Die Haptik, die bestritten werde, begründe eine wettbewerbliche Eigenart nicht.

Die genannten Designmerkmale seien auch nur dann von wettbewerblicher Relevanz, wenn die angesprochenen Verkehrskreise auf diese Merkmale Wert legten und gewohnt seien, aus diesen Merkmalen auf die betriebliche Herkunft zu schließen. Dies könne bei den vom Landgericht für das Produkt der Antragstellerin als prägend angesehenen Elementen auch in ihrer Kombination nicht angenommen werden, weil die Elemente einzeln und in ihrer Kombination bekannt seien. Teilweise seien die Merkmale auch technisch bedingt. Die Pflegesubstanz müsse herausragen, damit diese auf die Lippen aufgetragen

werden könne.

Die Verpackung des Produkts der Antragstellerin sei insgesamt üblich und nicht geeignet, das Produkt von anderen Produkten der Mitbewerber zu unterscheiden.

Die vom Landgericht angenommene Nachahmung im Sinne des § 4 Nr. 3 UWG liege jedenfalls nicht vor. Die Nachahmung setze voraus, dass das Vorbild bekannt gewesen sei. Fehle es an der Bekanntheit sei eine Nachahmung schon begrifflich ausgeschlossen. Dies sei anzunehmen, weil die Antragsgegnerin bereits 12 Jahre vor der Antragstellerin ein entsprechendes Produkt in Deutschland vertrieben habe. Eine Nachahmung sei daher unmöglich.

Es fehle auch an einer Übernahme der prägenden Gestaltungsmerkmale durch die Antragsgegnerin.

Soweit das Landgericht Unterlassungsansprüche wegen eines Rechtsbruchs angenommen hat, seien diese ebenfalls nicht gegeben. Bei Art. 19 EG-Kosmetik-VO handele es sich schon nicht um eine Marktverhaltensregelung. Auch werde gegen diese Vorschrift nicht verstoßen. Die Inhaltsangaben würden vollständig und zutreffend auf dem Produkt in Form eines Papierstreifens angebracht. Dass das Etikett geöffnet werden müsse, führe zu keinem anderen Ergebnis. Es müsse berücksichtigt werden, dass auf dem Boden des Produkts mittels eines Pfeils auf die Möglichkeit des Öffnens hingewiesen werde. Auch ein Piktogramm weise auf diese Möglichkeit hin.

Der Hinweis auf die Verwendung sei offensichtlich entbehrlich, weil es sich dem Verkehr aufdränge, dass es sich um ein Lippenpflegeprodukt handele. Die Produkte befänden sich in einer entsprechenden Verkaufslage zusammen mit anderen Kosmetikprodukten. Diese würden auch entsprechend ausgelobt. Der Käufer könne sich daher sicher sein, ein Lippenpflegeprodukt zu erwerben. Darüber hinaus würden die Produkte auch entsprechend ausgelobt und dem Kunden eine

Rechnung übergeben, aus der sich ebenfalls entsprechendes ergebe.

Die Antragsgegnerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Köln vom 09.05.2017 (Az. 31 0 397/16) abzuändern, die einstweilige Verfügung aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Antragstellerin verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages.

II.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Antragsgegnerin hat keinen Erfolg. Der Antragstellerin steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gemäß §§ 3, 4 Nr. 3 a, § 8 Abs. 1, 3 Nr. 1 UWG zu. Auch der Anspruch auf Unterlassung hinsichtlich der Kennzeichnung ist gegeben. Auf die Begründung der angefochtenen Entscheidung kann zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen werden. Ergänzend ist im Hinblick auf die Berufungsbegründung folgendes auszuführen:

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der sich der Senat angeschlossen hat (vgl. OLG Köln, Urteil vom 18.12.2015 – 6 U 44/15, juris), kann der Vertrieb eines nachahmenden Erzeugnisses wettbewerbswidrig sein, wenn das nachgeahmte Produkt über wettbewerbliche Eigenart verfügt und besondere Umstände hinzutreten, die die Nachahmung unlauter erscheinen lassen. So verhält es sich, wenn die Nachahmung geeignet ist, eine Herkunftstäuschung hervorzurufen und der Nachahmer geeignete und zumutbare Maßnahmen zur Vermeidung der Herkunftstäuschung unterlässt. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerblichen

Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen, so dass bei einer größeren wettbewerblichen Eigenart und einem höheren Grad der Übernahme geringere Anforderungen an die besonderen Umstände zu stellen sind, die die Wettbewerbswidrigkeit der Nachahmung begründen und umgekehrt (BGH, Urteil vom 28.05.2009 – I ZR 124/06, GRUR 2010, 80 – LIKEaBIKE; Urteil vom 22.03.2012 – I ZR 21/11, GRUR 2012, 1155 – Sandmalkasten; Urteil vom 24.01.2013, GRUR 2013, 951 – Regalsystem; Urteil vom 17.07.2013 – I ZR 21/12, GRUR 2013, 1052 – Einkaufswagen III; Senat, Urteil vom 10.07.2013 – 6 U 209/12, GRUR-RR 2014, 25 – Kinderhochstuhl „Sit up“, jeweils mwN).

a) Die Antragstellerin ist unstreitig aktivlegitimiert, die streitgegenständlichen Ansprüche geltend zu machen.

b) Das Landgericht hat mit Recht angenommen, dass der Lippenbalsam der Antragstellerin in seiner konkreten Gestaltung bezogen auf die Endverbraucher eine wettbewerbliche Eigenart aufweist, die als hoch anzusehen ist.

Für die Annahme wettbewerblicher Eigenart genügt es, dass der Verkehr bei den in Rede stehenden Produkten Wert auf deren betriebliche Herkunft legt und aus deren Gestaltung Anhaltspunkte dafür gewinnen kann. Dafür wiederum ist maßgeblich, ob sich das unter Rückgriff auf vorhandene Formen und Stilelemente entwickelte Leistungsergebnis von anderen vergleichbaren Erzeugnissen in einem Maß abhebt, dass hierdurch im angesprochenen Verkehr die Vorstellung ausgelöst wird, dieses Produkt stamme aus einem bestimmten Betrieb (BGH, GRUR 2012, 1155 – Sandmalkasten; GRUR 2013, 1052 – Einkaufswagen III; Senat, Urteil vom 10.08.2012 – 6 U 17/12, GRUR-RR 2013, 24 – Gute Laune Drops, jeweils mwN). Der Gesamteindruck eines Erzeugnisses kann dabei durch Gestaltungsmerkmale bestimmt oder mitbestimmt werden, die für sich genommen nicht geeignet sind, im Verkehr auf dessen Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen hinzuweisen. Derartige Gestaltungsmerkmale können in ihrem Zusammenwirken

eine wettbewerbliche Eigenart verstärken oder begründen, da diese von dem Gesamteindruck abhängt, den die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des jeweiligen Erzeugnisses vermitteln (BGH, GRUR 2010, 80 – LIKEaBIKE; GRUR 2013, 951 – Regalsystem; GRUR 2013, 1052 – Einkaufswagen III). Dabei kann auch die als neu empfundene Kombination bekannter Gestaltungselemente eine wettbewerbliche Eigenart begründen (BGH, Urteil vom 15.09.2005 – I ZR 151/02, GRUR 2006, 79 – Jeans I; Urteil vom 26.06.2008 – I ZR 170/05, GRUR 2008, 1115 – ICON). Abzustellen ist nicht auf einzelne Gestaltungsmerkmale, sondern auf den durch seine prägenden Merkmale hervorgerufenen Gesamteindruck des jeweiligen Produkts (BGH, GRUR 2010, 80 – LIKEaBIKE; Senat, Urteil vom 26.07.2013 – 6 U 28/13, GRUR-RR 2014, 65, 66 – Pandas).

Merkmale, die bei gleichartigen Erzeugnissen aus technischen Gründen zwingend verwendet werden müssen, können allerdings aus Rechtsgründen keine wettbewerbliche Eigenart begründen. Die Übernahme solcher technisch notwendiger Gestaltungsmerkmale ist mit Rücksicht auf den Grundsatz des freien Stands der Technik wettbewerbsrechtlich (außerhalb eines Sonderrechtsschutzes) nicht zu beanstanden. Dagegen können Merkmale, die zwar technisch bedingt, aber frei wählbar oder austauschbar sind, ohne dass damit Qualitätseinbußen verbunden sind, wettbewerbliche Eigenart (mit-) begründen (BGH, Urteil vom 10.01.2008 – I ZR 67/05, GRUR 2008, 790 – Baugruppe; Urteil vom 02.04.2009 – I ZR 199/06, GRUR 2009, 1073 – Ausbeinmesser; GRUR 2010, 80 – LIKEaBIKE; Urteil vom 15.04.2010 – I ZR 145/08, GRUR 2010, 1125 – Femur-Teil; GRUR 2012, 1155 – Sandmalkasten). Auch unter dem Gesichtspunkt, den freien Stand der Technik für den Wettbewerb offenzuhalten, besteht kein Anlass, beliebig kombinier- und austauschbaren Merkmalen eine herkunftshinweisende Eignung im Sinne des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes von vornherein abzusprechen (BGH, GRUR 2013, 951 – Regalsystem).

Auf dieser Grundlage hat das Landgericht dem

Lippenpflegeprodukt der Antragstellerin in seiner konkreten Aufmachung wettbewerbliche Eigenart zuerkannt. Auch die Antragsgegnerin hat nicht aufgezeigt, dass zum Zeitpunkt der Markteinführung Wettbewerber Produkte mit einer auch nur ähnlichen Gesamtwirkung angeboten haben. Vielmehr hebt sich die Gestaltung deutlich von den auf dem Markt befindlichen üblichen Verpackungen ab.

Für das Design des Produkts der Antragstellerin sind – wie die Antragstellerin zutreffend dargelegt hat – zahlreiche Designelemente prägend. So zeichnet sich die Umverpackung des eigentlichen Pflegebalsams durch eine in der Wahrnehmung kugelförmige Gestaltung (z.B. in der Präsentation als „süße Kugeln“) aus, wobei der Deckel abgeschraubt wird und die Pflegesubstanz sich aus dem unteren Teil des Behältnisses herauswölbt. Die Öffnung erfolgt optisch etwa in der Mitte, wobei die Fuge tatsächlich leicht nach unten versetzt ist.

Die Gestaltung des Behältnisses erfolgt farblich in Pastellfarbtönen. Die Gestaltung lehnt sich ferner an Fruchtrichtungen an, was teilweise farblich und teilweise durch Duftkomponenten erfolgt. Auch die matte Gestaltung der Oberfläche ist einzubeziehen.

Soweit die Form des Produkts der Antragstellerin nicht kugelförmig, sondern eiförmig ist, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Denn durch die Form, die tatsächlich leicht ovoid gestaltet ist, wird ein kugelförmiger Eindruck erzeugt.

Zu keinem anderen Ergebnis führt die Tatsache, dass die aus der Unterseite des Tiegels der Antragstellerin sich nach oben wölbende Pflegesubstanz nur nach dem Öffnen des Produkts zu erkennen ist. Zum einen kann das Produkt auch bei zahlreichen Verkaufsstellen geöffnet werden. Zum anderen kommt eine Herkunftstäuschung Dritter auch nach dem Kauf im Rahmen des Gebrauchs in Betracht.

Auch die Tatsache, dass einzelne Elemente, die den

Gesamteindruck des Produkts der Antragstellerin prägen, vorbekannt sind, vermag kein anderes Ergebnis zu begründen. Zwar hat die Antragsgegnerin vorgetragen, dass ihre Muttergesellschaft im Jahr 2002 Kosmetikprodukte in einer runden kugelförmigen Verpackung auf dem Markt gebracht hat. Die sodann von der Antragsgegnerin aufgezeigten Gestaltungen von Produktverpackungen für Kosmetikprodukte begründen aber kein anderes Ergebnis. Insoweit hat die Antragsgegnerin schon nicht glaubhaft gemacht, dass die folgende Gestaltung, für Lippenpflegeprodukte verwandt wurde:

[Abbildung]

Vielmehr wird hier ein runder Kosmetiktiegel dargestellt, der für Cremeprodukte bekannt ist. Die Besonderheit des Produkts der Antragstellerin, eine Art „Lippenstift“ in einer kugelförmigen Verpackung zu gestalten, hat die Antragsgegnerin jedoch nicht behauptet. Allein die Tatsache, dass Kosmetikprodukte in vergleichbaren Verpackungen veräußert worden sein mögen, begründet keinen Zweifel an der wettbewerblichen Eigenart der Produkte der Antragstellerin.

Dies gilt auch, soweit ein Lip Gloss von der Muttergesellschaft der Antragsgegnerin vertrieben worden sein mag. So fehlt auch hier die maßgeblich prägende Besonderheit in der Gestaltung einer Art eines Lippenstifts in kugeliger Form. Vielmehr handelt es sich bei der Gestaltung der Antragsgegnerin wiederum um die Gestaltung eines üblichen und bekannten Tiegels. Die unterschiedliche farbliche Gestaltung der Produkte durch die Muttergesellschaft der Antragsgegnerin führt ebenfalls zu Abweichungen im Gesamteindruck.

Soweit der Prozessbevollmächtigte im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vorgetragen hat, es seien auch Lippenpflegeprodukte, jedenfalls Lip Gloss in einfarbigen kugelförmigen Behältnissen vertrieben worden, hat die Antragsgegnerin diesen von der Antragstellerin bestrittenen Vortrag nicht glaubhaft gemacht. Die von der Antragsgegnerin

vorgelegten Eidesstattlichen Versicherungen ihres „Brand Directors“ N sind zur Glaubhaftmachung dieser Behauptung nicht geeignet. In den eidesstattlichen Versicherungen wird dargelegt, dass die Behältnisse der verschiedenen Kosmetikprodukte, einschließlich Lip Gloss rund geformt gewesen seien. Sodann werden folgende Tiegel eingeblendet:

[Abbildung]

Im Folgenden wird versichert, dass das Lip Gloss, welches in Deutschland angeboten worden sei, folgendes Design habe:

[Abbildung]

Der Inhalt der Eidesstattlichen Versicherung kann vor diesem Hintergrund nur dahin verstanden werden, dass die an erster Stelle genannten Tiegel für verschiedene Kosmetikprodukte verwandt wurden, nicht aber für Lip Gloss. Anderenfalls hätte die vorgenommene Differenzierung keinen Sinn. Dies entspricht auch dem Vortrag aus der Berufungsbegründung der Antragsgegnerin, in der eine entsprechende Differenzierung vorgenommen wird.

Folglich kommt es nicht darauf an, ob und in welchem Umfang die Produkte durch die Antragsgegnerin oder ihre Muttergesellschaft vertrieben wurden. Aus diesem Grund ist auch nicht erheblich, ob der im Rahmen des Berufungsverfahrens teilweise neue Vortrag der Antragsgegnerin im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens zu berücksichtigen ist. Auch die Tatsache, dass es sich bei einem Lip Gloss nicht zwingend um ein Lippenpflegeprodukt handelt, ist vor diesem Hintergrund nicht erheblich.

Soweit die Antragsgegnerin meint, das Herausragen der Pflegesubstanz könne die wettbewerbliche Eigenart nicht begründen, weil es technisch bedingt sei, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Richtig ist zwar, dass bei der konkret gewählten Form der Gestaltung eines kugelförmigen Behältnisses für einen Lippenstift ein Herausragen der Pflegesubstanz

erforderlich sein kann, um das einfache Auftragen auf die Lippen zu ermöglichen. Allerdings sind auch zahlreiche andere Gestaltungen für die Verpackung eines Lippenpflegeproduktes möglich, bei denen ebenfalls ein Auftragen auf die Lippen ermöglicht wird. So wird dies beispielsweise durch einen „klassischen“ Lippenstift durch einen Drehmechanismus gelöst oder es wird aus einer Tube das Auftragen durch die besondere Gestaltung der Öffnung ermöglicht. Da andere Möglichkeiten der Gestaltung gegeben sind, die technisch ein Auftragen ermöglichen, kann – wie dargelegt – dieses Gestaltungsmerkmal entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin die wettbewerbliche Eigenart des Produkts der Antragstellerin (mit-) begründen.

Soweit die Antragsgegnerin die Haptik bestreitet und vorträgt, die farbliche Gestaltung könne die wettbewerbliche Eigenart nicht begründen, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Die Haptik hat der Senat durch Augenscheinnahme des eingereichten Produkts der Antragstellerin zur Kenntnis nehmen können. Diese prägen – wie auch die Farben – in der Kombination mit den weiteren dargestellten Gestaltungsmerkmalen das Produkt der Antragstellerin, auch wenn einzelne Merkmale branchenüblich und vorbekannt sind.

Die vom Landgericht angenommene erhebliche Bekanntheit des Produkts der Antragstellerin spricht ebenfalls für die wettbewerbliche Eigenart. Das Gleiche gilt für den Erfolg des Produkts. So hat die Antragstellerin die Absatzzahlen für Deutschland vorgelegt. Im Jahr 2016 hatte die Antragstellerin auf dem Lippenpflegemarkt bei Drogerien einen Anteil von 29%, was die Antragstellerin glaubhaft gemacht hat. Auch die im Einzelnen dargelegte und glaubhaft gemachte umfangreiche Bewerbung der jeweiligen Produkte und die Präsenz in den Medien sind zu berücksichtigen.

Das Landgericht ist vor diesem Hintergrund zutreffend davon ausgegangen, dass die durchschnittliche wettbewerbliche Eigenart gesteigert ist und nunmehr eine hohe wettbewerbliche Eigenart anzunehmen ist.

c) Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass es sich bei dem beanstandeten Produkt um eine Nachahmung des Produkts der Antragstellerin handelt. Eine solche ist gegeben, wenn nach dem Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Erzeugnisse die Nachahmung nur geringfügige Abweichungen vom Original aufweist (BGH, Urteil vom 08.12.1999, GRUR 2000, 521 – Modulgerüst; GRUR 2010, 1125 – Femur-Teil). Dabei kommt es darauf an, ob gerade die übernommenen Gestaltungsmittel die wettbewerbliche Eigenart des nachgeahmten Produkts begründen (BGH, GRUR 2010, 1125 – Femur-Teil).

Die von der Antragstellerin hervorgehobenen Merkmale finden sich zu großen Teilen in dem Produkt der Antragsgegnerin wieder. Das Landgericht hat daher zutreffend angenommen, dass eine nachschaffende Übernahme vorliegt.

Wesentliches Element der Gestaltung ist dabei die kleine rundliche Dose, die aufgeschraubt werden kann. Im Inneren der Dose wölbt sich der eigentliche Lippenbalsam nach außen, so dass einerseits die Form einer Kugel oder Frucht entsteht, andererseits das Produkt der Antragstellerin vergleichbar einem klassischen Lippenstift genutzt werden kann. Diese Elemente stimmen bei den Produkten der Parteien überein. Ebenfalls ist eine Fuge bei beiden Produkten sichtbar, an der die jeweilige „Kugel“ geöffnet werden kann. Die Produkte werden in zahlreichen unterschiedlichen bunten Farbtönen angeboten. Beide Produkte verfügen über eine Abflachung, auf der das Produkt jeweils zum Stehen gebracht werden kann. Dieser Gesamteindruck, der die wettbewerbliche Eigenart begründet, stimmt bei beiden Produkten in hohem Maß überein.

Die Produktunterschiede können keinen anderen Eindruck vermitteln, was die Antragsgegnerin im Rahmen der Berufung auch nicht geltend macht. Soweit die Antragsgegnerin davon ausgeht, dass keine Nachahmung vorliege, weil das von ihr vertriebene Produkt deutlich vor dem Produkt der Antragstellerin auf dem Markt präsent gewesen sei, begründet dies kein anderes Ergebnis, weil die Produkte der

Antragsgegnerin – wie dargelegt – einen anderen Gesamteindruck vermitteln.

Soweit die unterschiedliche Färbung der Pflegesubstanz (weiß bei der Antragstellerin und teilweise die Farbe der Umverpackung oder eine andere Farbe bei der Antragsgegnerin) deutlich wird, stellt dies einen Unterschied dar. Letztlich führt dieser Unterschied aber nicht dazu, dass keine Nachahmung vorläge, weil der Unterschied zu gering ist.

d) Zutreffend hat das Landgericht auch angenommen, dass für den angemessen gut informierten und angemessen aufmerksamen und kritischen durchschnittlichen Verbraucher, auf den es ankommt (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl., § 4 Rn. 3.41, mwN), zu einer erheblichen Täuschungsgefahr komme. Dies ist erforderlich, weil die Nachahmung an sich die Unlauterkeit im Sinne des § 4 Nr. 3 UWG noch nicht begründet (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO, § 4 Rn. 3.40, mwN). Die Unlauterkeit ergibt sich vielmehr, wenn sie eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft des nachgeahmten Produktes herbeiführt. Der Täuschung steht die Begründung der Täuschungsgefahr gleich (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO, § 4 Rn. 3.41, mwN).

Damit muss das nachgeahmte Produkt eine gewisse Bekanntheit haben (vgl. BGH, Urteil vom 24.05.2007 – I ZR 104/04, GRUR 2007, 984 – Gartenliege, mwN). Eine solche Bekanntheit hat die Antragstellerin vorgetragen und glaubhaft gemacht. Insbesondere war das Produkt bereits bei den angesprochenen Verkehrskreisen in erheblichem Umfang bekannt, bevor das konkret angegriffene Produkt der Antragsgegnerin auf den Markt gebracht wurde. Soweit die Antragsgegnerin vorgetragen hat, sie habe vor der Antragstellerin vergleichbare Produkte auf den Markt gebracht, führt dies – aus den vorstehend dargelegten Gründen – zu keinem anderen Ergebnis.

Unter Berücksichtigung der Bekanntheit des Produktes der

Antragstellerin, seiner hohen wettbewerblichen Eigenart und der Tatsache, dass die Antragsgegnerin nachschaffend das Produkt der Antragstellerin übernommen hat, wird der Verkehr über die betriebliche Herkunft getäuscht.

Die Herkunftstäuschung ist auch nicht durch die Kennzeichnung ausgeschlossen. Die Herbeiführung der Gefahr von Herkunftstäuschungen ist nur dann wettbewerbswidrig, wenn ihr nicht durch zumutbare Maßnahmen seitens des Nachahmenden entgegengewirkt wird. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, welche Bedeutung der Verkehr der Anbringung von (unterscheidenden) Kennzeichnungen beimisst, um feststellen zu können, ob dadurch eine Täuschung des Verkehrs vermieden wird (vgl. BGH, Urteil vom 19.10.2000 – I ZR 225/98, GRUR 2001, 443 – Viennetta).

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 ist zu bejahen, wenn der Verkehr sich nicht auch an der Herstellerangabe, sondern allein an der äußeren Gestaltung orientiert und diese allein deswegen einem bestimmten Hersteller zuordnen würde (vgl. BGH, GRUR 2000, 443 – Viennetta, mwN).

Davon kann bei dem von der Antragstellerin vertriebenen Lippenbalsam ausgegangen werden. Zwar ist der Verkehr daran gewöhnt, sich einer Fülle verschiedener Produkte zur Lippenpflege gegenüber zu sehen. Die Produktgestaltung des Produktes der Antragstellerin weist dabei aber als einziges eine – wenn auch leicht ovoide – Kugelform auf. Der Verkehr ist daran gewöhnt, entsprechende Produkte in der Form eines klassischen Lippenstiftes, in einem Tiegel oder in einer Tube zu erwerben. Die Form der Antragstellerin ist hingegen neuartig und dem Verbraucher bislang nicht bekannt.

Nichts anderes ergibt sich für den vorliegenden Fall aus der Entscheidung Hot Sox des Bundesgerichtshofs (Urteil vom

19.11.2015 – I ZR 109/14, GRUR 2016, 720). Zwar geht der Bundesgerichtshof davon aus, dass der Verkehr im Grundsatz zwei mit verschiedenen Marken gekennzeichnete Produkte auch zwei verschiedenen Herstellern zuordnet. Der Bundesgerichtshof hat aber auch angenommen, dass eine solche Zuordnung nicht erfolgt, wenn die Bezeichnung lediglich als Handelsmarke wahrgenommen wird. So liegt der Fall hier. Die Antragsgegnerin vertreibt – worauf die Antragstellerin ausdrücklich hinweist – zahlreiche unterschiedliche Produkte, die sie über dritte Hersteller bezieht. Dies ist den angesprochenen Verkehrskreisen bekannt.

2. Ob daneben auch eine unlautere Rufausbeutung im Sinne des § 4 Nr. 3b UWG gegeben ist, kann vor diesem Hintergrund dahinstehen.

3. Soweit das Landgericht einen Unterlassungsanspruch entsprechend Ziffer 1b und 1c des Tenors angenommen hat, ist das Urteil ebenfalls nicht zu beanstanden. Auf die zutreffenden Ausführungen der angefochtenen Entscheidung kann Bezug genommen werden.

Soweit die Berufung meint, es handele sich bei der Vorschrift des Art. 19 VO (EU) Nr. 1223/2009 nicht um eine Marktverhaltensregelung, ist dem nicht beizutreten. Die Vorschrift dient dem Schutz der menschlichen Gesundheit und damit dem Interesse der Verbraucher. Sie stellt aus diesem Grund eine Marktverhaltensregelung dar (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO, § 3a Rn. 1.201 sowie für Art. 20 Abs. 1 der Verordnung: BGH, Urteil vom 28.01.2016 – I ZR 36/14, GRUR 2016, 418 – Feuchtigkeitsspendendes Gel-Reservoir).

Mit Recht hat das Landgericht auch angenommen, dass ein Verstoß gegen § 4 Kosmetik-Verordnung in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 Buchst. g VO (EU) Nr. 1223/2009 anzunehmen ist. Nach Art. 19 Abs. 1 Buchst. g der Verordnung dürfen kosmetische Mittel nur auf dem Markt bereitgestellt werden, wenn die

Behältnisse und Verpackungen kosmetischer Mittel unverwischbar, leicht lesbar und deutlich sichtbar eine Liste der Bestandteile enthalten. Diese Angabe brauche nur auf der Verpackung zu erscheinen.

Aus dieser Regelung wird deutlich, dass die Angaben zu den Inhaltsstoffen von außen auf die Verpackung aufzubringen sind. Die deutliche Sichtbarkeit ist schon nach dem Wortlaut dahin zu verstehen, dass die Angaben ohne Eingriff des Verbrauchers in die Substanz der Verpackung möglich sein müssen. Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Denn der Verbraucher soll die Möglichkeit haben, ohne weitere Schwierigkeiten von den Inhaltsstoffen Kenntnis nehmen zu können. Diese würde erschwert, wenn der Verbraucher erst in die Substanz der Verpackung eingreifen müsste. Viele Verbraucher werden hiervor zurückschrecken. Der Hinweis mittels eines Pfeiles oder eines Piktogramms kann vor diesem Hintergrund nicht ausreichen.

Selbst wenn angenommen würde, dass es unschädlich wäre, zunächst den Aufkleber öffnen zu müssen, wären die Hinweise nicht erkennbar, weil die Schrift derart klein gestaltet ist, dass diese ohne Hilfsmittel nicht gelesen werden kann. Auch vor diesem Hintergrund liegt eine leichte Lesbarkeit nicht vor.

Die Kennzeichnung ist auch nicht ausreichend, soweit nicht ersichtlich ist, um welches Produkt es sich handelt. Dies hat das Landgericht zutreffend und mit nicht ergänzungsbedürftiger Begründung angenommen. Die Berufung wiederholt lediglich die erstinstanzliche Argumentation, mit der sich das Landgericht erschöpfend auseinandergesetzt hat.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO. Das Urteil ist mit seiner Verkündung rechtskräftig.

5. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird wie folgt festgesetzt: 100.000 €.