BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 157/09

Verkündet am:
5. Mai 2011
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Creation Lamis

UWG § 6 Abs. 2 Nr. 6

Für eine deutliche Imitationsbehauptung im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG reicht es nicht aus, wenn das beworbene Produkt erst aufgrund zu ermittelnder weiterer Umstände als Imitat erkennbar wird, die außerhalb der Gesamtdarstellung der Werbung und des präsenten Wissens der durch sie angesprochenen Adressaten liegen (Fortführung von BGH, Urteil vom 6. Dezember 2007 - I ZR 169/04, GRUR 2008, 628 Rn. 31 = WRP 2008, 930 - Imitationswerbung).

BGH, Urteil vom 5. Mai 2011 - I ZR 157/09 - KG Berlin
LG Berlin

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Mai 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Kirchhoff und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts vom 24. Juli 2009 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin handelt mit hochpreisigen Parfüms eigener bekannter Marken und tritt auch als Lizenznehmerin solcher Produkte auf. Die Beklagte zu 1, deren Geschäftsführerin die Beklagte zu 2 ist, vertreibt vorwiegend im Internet niedrigpreisige Parfüms unter anderem der Dachmarke "Creation Lamis", deren Duft jeweils dem Duft teurerer Markenparfüms ähnelt. Dabei verwendete sie Bestelllisten, in denen den Produkten der Marke "Creation Lamis" jeweils ein teureres Produkt, etwa der Marken "Chopard", "Jil Sander", "Davidoff" oder "JOOP!", gegenübergestellt wurde. Zudem bot die Beklagte zu 1 im Internet auf

derselben Seite, auf der sie ein Parfüm der Marke "Creation Lamis" anbot, zugleich auch ein teures Markenparfüm an oder wies auf der Angebotsseite eines teuren Markenparfüms auch auf ein niedrigpreisiges Parfüm hin.

2 Die Klägerin hat behauptet, als exklusive Lizenznehmerin Parfümprodukte unter anderem der Marken "Chopard", "Jil Sander", "Davidoff" und "JOOP!" herzustellen und zu vertreiben. Sie hat die Gegenüberstellungen der Beklagten in den Bestelllisten und auf den Internetseiten als wettbewerbswidrig beanstandet und Unterlassung verlangt. Darüber hinaus hält die Klägerin den Vertrieb der Produkte der Marke "Creation Lamis" auch dann für unzulässig, wenn auf die Gegenüberstellung verzichtet wird. Sie hat vorgetragen, die von den Beklagten angebotenen Parfümimitate ähnelten in Produktnamen und Gestaltungen den Originalen soweit, dass der Verkehr die Produkte als Nachahmung der Markendüfte erkenne. Die Klägerin hat dies als unzulässige vergleichende Werbung und unangemessene Ausnutzung der Wertschätzung ihrer Parfümprodukte beanstandet.

3 Die Klägerin hat zum einen beantragt, es den Beklagten zu verbieten, Parfümprodukte anzubieten, zu bewerben oder zu vertreiben oder anbieten oder vertreiben zu lassen und dabei unter Verwendung bestimmter Vergleichslisten darauf hinzuweisen, es handele sich um Nachahmungen der Marken Chopard, Jil Sander, Davidoff oder Joop. Diesen Antrag haben die Beklagten anerkannt.

4 Zum anderen hat die Klägerin beantragt,

> den Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu untersagen, Duftwässer anzubieten, zu bewerben oder zu vertreiben oder anbieten, bewerben oder vertreiben zu lassen, deren Duftrichtung durch die jeweils nachfolgenden Begriffe und eingeblendeten Ausstattungen bezeichnet wird:

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Icy Cold

Orient Charma

Bluish

Sunset Boulevard

La Naissance d'elle

Jail Blue

Jail Red

hilfsweise in Bezug auf Jail Red die nachfolgend eingeblendete Ausstattung anzubieten, zu bewerben oder zu vertreiben oder anbieten, bewerben oder vertreiben zu lassen:

Jail Red

5 Ferner hat die Klägerin Auskunft und Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten begehrt.

6 Das Landgericht hat die Beklagten ihrem Anerkenntnis entsprechend verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Die Berufung der Klägerin, mit der sie einen weiteren Hilfsantrag gestellt hat, durch den der Unterlassungsantrag auf drei konkrete Internetseiten beschränkt wird, und mit der sie Auskunft auch über die Vorlieferanten der beanstandeten Parfümprodukte erstrebt hat, ist erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten begehren, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

7 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin stünden die noch geltend gemachten Ansprüche gegen die Beklagten wegen des Vertriebs von Parfüms mit den angegriffenen Begriffen und Ausstattungen nicht zu. Zur Begründung hat es ausgeführt:

8 Die Beklagten seien nicht bereits unter dem Gesichtspunkt der Fortwirkung der vorangegangenen, möglicherweise unlauteren Verwendung von Duftvergleichslisten gehalten, die Bezeichnungen und Ausstattungen der von ihnen vertriebenen Parfüms zu ändern. Der Absatz dieser Parfümprodukte sei auch ohne Bezugnahme auf die bekannten Markenprodukte denkbar. Zudem sei nicht ersichtlich, dass die allenfalls bis zur Rechtskraft des landgerichtlichen Urteils erfolgten und damit lange zurückliegenden Werbevergleiche noch in einem Ausmaß im Gedächtnis möglicher Kunden verhaftet geblieben seien, dass sie das von der Klägerin begehrte Verbot rechtfertigen könnten.

9 Zwar könne unterstellt werden, dass es sich bei dem Angebot der angegriffenen Parfümprodukte um vergleichende Werbung handele. Diese sei aber weder nach § 6 Abs. 2 Nr. 6 noch nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG unlauter. Eine vergleichende Werbung im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG erfordere eine deutlichere Bezugnahme auf die Produkte des Mitbewerbers. Es könne nicht angenommen werden, die angesprochenen Verkehrskreise entnähmen den angegriffenen Bezeichnungen und Ausstattungen der Beklagten die Aussage, das betreffende Produkt dufte wie das Markenparfüm der Klägerin mit (zuweilen in gewissem Maße) ähnlichem Namen oder ähnlicher Ausstattung. Vielmehr würden die Endverbraucher allenfalls zu bloßen Assoziationen geführt. Gleiches gelte für gewisse optische Ähnlichkeiten zwischen den Markenparfüms und den angegriffenen Produkten. Ohne anderweitig erworbenes Hintergrundwissen könnten die Verbraucher nicht annehmen, bei den Produkten der Beklagten handele es sich um Nachahmungen der Markendüfte der Klägerin.

10 Das Angebot der Beklagten nutze auch nicht unangemessen die Wertschätzung der Markenprodukte aus, da jede der angegriffenen Produktausstattungen noch einen hinreichenden Abstand zur Ausstattung des entsprechenden Originalproduktes wahre und damit kein Imagetransfer vom Original auf die Nachahmung erfolge.

11 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die Feststellungen des Berufungsgerichts reichen nicht aus, um die Tatbestände der unlauteren vergleichenden Werbung (§§ 3, 6 Abs. 2 Nr. 4 und 6 UWG) und der Rufausbeutung (§ 4 Nr. 9 Buchst. b UWG) für das Angebot der Beklagten auszuschließen.

12 1. Der auf die Abwehr künftiger Rechtsverstöße gerichtete Unterlassungsanspruch ist nur begründet, wenn auf der Grundlage des zum Zeitpunkt

der Entscheidung geltenden Rechts Unterlassung verlangt werden kann. Zudem muss die Handlung zum Zeitpunkt ihrer Begehung wettbewerbswidrig gewesen sein, weil es anderenfalls an der Wiederholungsgefahr fehlt (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 29. April 2010 - I ZR 23/08, GRUR 2010, 652 Rn. 10 = WRP 2010, 872 - Costa del Sol, mwN). Der Zeitpunkt der Begehung der beanstandeten Handlung ist auch für die Feststellung der Schadensersatzpflicht und die Auskunftserteilung maßgeblich (BGH, Urteil vom 20. Januar 2005 - I ZR 96/02, GRUR 2005, 442 = WRP 2005, 474 - Direkt ab Werk).

13 Das zur Zeit der beanstandeten Verhaltensweise der Beklagten geltende Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 (BGBl. I S. 1414) ist zwar Ende 2008 geändert worden. Diese - der Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken dienende - Gesetzesänderung ist für den Streitfall jedoch ohne Bedeutung. Die von der Klägerin beanstandeten Angebote der Beklagten erfüllen sowohl die Voraussetzungen einer Wettbewerbshandlung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2004 als auch diejenigen einer geschäftlichen Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG in der jetzt geltenden Fassung. Die Vorschriften der § 4 Nr. 9 Buchst. b, § 6 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4 und 6 UWG haben durch die UWG-Novelle 2008 keine inhaltliche Änderung erfahren.

14 2. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht Ansprüche der Klägerin unter dem Gesichtspunkt einer Fortwirkung der vorangegangenen ausdrücklichen Duftvergleiche verneint. Die Revision wendet dagegen ohne Erfolg ein, die von den Beklagten früher in unlauterer Weise für die Werbung verwendeten Vergleichslisten und Vergleichsdarstellungen würden in den maßgeblichen Verkehrskreisen dergestalt fortwirken, dass weiterhin eine Zuordnung der Imitate zu den Originalprodukten möglich sei.

15 a) Eine an sich nicht zu beanstandende geschäftliche Handlung kann zwar ausnahmsweise Abwehransprüche nach § 8 Abs. 1 UWG auslösen, wenn

der Verkehr mit ihr die Erinnerung an eine frühere unlautere Handlung verbindet und wegen dieser Fortwirkung zu einer Vorstellung vom Inhalt der späteren Handlung gelangt, die wettbewerbsrechtlich zu beanstanden ist, auch wenn die frühere Handlung nicht wiederholt wird (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 1964 - Ib ZR 179/62, GRUR 1964, 686, 688 - Glockenpackung II; Urteil vom 24. Juni 1982 - I ZR 108/80, GRUR 1982, 685, 686 = WRP 1982, 648 - Ungarische Salami II; Urteil vom 5. Oktober 2006 - I ZR 229/03, GRUR 2007, 67 Rn. 21 = WRP 2006, 1516 - Pietra di Soln). Die Fortwirkung darf allerdings nicht bloß unterstellt werden. Vielmehr kommt es darauf an, ob die frühere Angabe in einem solchen Umfang und in einer solchen Intensität verwendet worden ist, dass sie sich einem erheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise genügend eingeprägt hat, um fortwirken zu können (vgl. BGH, GRUR 2007, 67 Rn. 21 - Pietra di Soln; Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl., § 5 UWG Rn. 2.122).

16 b) Eine relevante Fortwirkung der früheren Werbevergleiche hat das Berufungsgericht bei den Kunden der Beklagten wegen des inzwischen erfolgten Zeitablaufs von etwa 3½ Jahren nicht feststellen können. Diese tatrichterliche Würdigung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

17 aa) Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht dabei nicht die Darlegungs- und Beweislast für ein aus früherem Werbeverhalten fortwirkendes Verkehrsverständnis verkannt. Für die Voraussetzungen der Unzulässigkeit einer Handlung trägt grundsätzlich der Kläger die Darlegungs- und Beweislast. Ein Ausnahmefall, in dem den Beklagten eine prozessuale Erklärungspflicht trifft, weil der Kläger außerhalb des Geschehensablaufs steht und deshalb anspruchsbegründende Tatsachen nicht darlegen und beweisen kann, liegt nicht vor. Auch spricht wegen des Zeitablaufs von etwa 3½ Jahren zwischen dem vom Berufungsgericht festgestellten letztmaligen Werben unter Verwendung der Bestelllisten und bildlichen Gegenüberstellungen und dem für die vorliegende Entscheidung maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen

Verhandlung beim Berufungsgericht keine tatsächliche Vermutung für eine Fortwirkung der früheren Werbung im Verkehrsverständnis.

18 Dabei ist ohne Belang, dass der zeitliche Abstand zwischen dem für die Entscheidung des Berufungsgerichts maßgeblichen Zeitpunkt und der Einstellung der Verwendung der Duftvergleichslisten und bildlichen Gegenüberstellungen darauf beruht, dass die Beklagten insoweit in erster Instanz ein Teilanerkenntnis abgegeben haben.

19 bb) Nicht durchgreifen können auch die Einwände der Revision, es entspreche der Lebenserfahrung, dass die von den Beklagten für ihre Nachahmungen unverändert verwendeten Wortbezeichnungen leichter erinnert werden könnten als etwa nichtssagende Nummern und dass das Berufungsgericht nicht beachtet habe, dass die Beklagten nicht nur Wortlisten, sondern auch jeweils besser einprägsame Abbildungen der sich gegenüberstehenden Produkte verwendet hätten. Zum einen hat das Berufungsgericht bei seiner Beurteilung beachtet, dass die Beklagten in ihrer vorherigen Werbung nicht nur Duftvergleichslisten, sondern auch sonstige Vergleiche eingesetzt haben. Zum anderen könnte ein Erfahrungssatz, wonach sich Wortbezeichnungen besser als bloße Ziffernfolgen einprägen und Abbildungen besser als Wortbezeichnungen, noch nicht den Schluss tragen, dass ein derart gebildetes Verkehrsverständnis gerade bei alltäglichen Waren wie den hier in Rede stehenden Parfümprodukten auch über eine längere Zeitspanne fortdauert.

20 cc) Ohne Erfolg beruft sich die Revision in diesem Zusammenhang darauf, dass in Fällen des Verrats von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nach § 17 UWG der Verletzer dauerhaft zur Unterlassung verpflichtet sei, weshalb vorliegend nichts anderes gelten könne. Anders als Ergebnissen, die der Verletzer mit unter Verstoß gegen § 17 UWG erlangten Kenntnissen erzielt hat, setzt hier die Wettbewerbswidrigkeit voraus, dass die spätere Werbung vom Verkehr noch im Lichte der früheren Werbeaussage verstanden wird.

21 3. Revisionsrechtlicher Nachprüfung hält dagegen nicht stand, dass das Berufungsgericht Ansprüche der Klägerin auf Unterlassung, Auskunft und Schadensersatz nach § 8 Abs. 1, § 9 Satz 1 in Verbindung mit §§ 3, 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG, § 242 BGB verneint hat.

22 a) Wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen aus §§ 3, 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG steht nicht entgegen, dass die Klägerin nach ihrer Behauptung Lizenznehmerin der Marken "Chopard", "Jil Sander", "Davidoff" und "JOOP!" ist (vgl. BGH, Urteil vom 1. Oktober 2009 - I ZR 94/07, GRUR 2010, 343 Rn. 26 = WRP 2010, 527 - Oracle). Es besteht insoweit kein Vorrang markenrechtlichen Schutzes.

23 b) Die Feststellungen des Berufungsgerichts reichen nicht aus, um Ansprüche der Klägerin aus §§ 3, 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG zu verneinen.

24 aa) Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob das Angebot der angegriffenen Parfümnachahmungen als vergleichende Werbung im Sinne des § 6 Abs. 1 UWG anzusehen ist. Es hat dies aber zugunsten der Klägerin unterstellt. Damit ist auch für das Revisionsverfahren davon auszugehen, dass die Originalprodukte aufgrund der Gesamtaufmachung der Parfümnachahmungen in Gestalt von Form und Farbe der Flakons und Verpackungen sowie der Bezeichnungen erkennbar werden.

25 bb) Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht kein fehlerhaftes Verständnis davon gezeigt, wann im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG eine Ware oder Dienstleistung als Imitation oder Nachahmung dargestellt wird.

26 (1) Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass der Anwendungsbereich von § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG nicht auf eine explizite Be-

zeichnung der beworbenen Ware oder Dienstleistung als Imitation beschränkt ist.

27 Auch eine implizite Behauptung einer Imitation oder Nachahmung erfüllt den Tatbestand des § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG (vgl. EuGH, Urteil vom 18. Juni 2009 - C-487/07, GRUR 2009, 756 Rn. 75 = WRP 2009, 930 - L'Oréal/Bellure; BGH, GRUR 2010, 343 Rn. 29 - Oracle; Urteil vom 6. Dezember 2007 - I ZR 169/04, GRUR 2008, 628 Rn. 26 = WRP 2008, 930 - Imitationswerbung; Beschluss vom 11. März 2010 - I ZR 203/08, GRUR-RR 2010, 407 = WRP 2010, 761). Erforderlich ist dafür aber eine klare und deutliche, über eine bloße Gleichwertigkeitsbehauptung hinausgehende Imitationsbehauptung, aus der - ohne Berücksichtigung sonstiger, erst zu ermittelnder Umstände - hervorgeht, dass das Produkt des Werbenden gerade als eine Imitation oder Nachahmung des Produkts eines Mitbewerbers beworben wird (vgl. BGH, GRUR 2010, 343 Rn. 29 - Oracle; GRUR 2008, 628 Rn. 26 - Imitationswerbung). Nicht ausreichend ist es, wenn das Originalprodukt aufgrund der Aufmachung und Bezeichnung der Imitate lediglich erkennbar wird und mit der Werbung entsprechende Assoziationen geweckt werden.

28 (2) Entgegen der Ansicht der Revision besteht kein Anlass, das Erfordernis einer deutlichen Imitationsbehauptung im Hinblick auf die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 18. Juni 2009 aufzugeben, nach der es genügt, dass die Werbebotschaft in Anbetracht ihrer Gesamtdarstellung und des wirtschaftlichen Kontextes im jeweiligen Fall geeignet ist, den betreffenden Verkehrskreisen den Gedanken an eine Imitation implizit zu vermitteln (vgl. EuGH, GRUR 2009, 756 Rn. 75 - L'Oréal/Bellure).

29 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist Gegenstand des Verbots vergleichender Werbung nach Art. 3a Abs. 1 Buchst. h der Richtlinie 84/450/EWG in der durch die Richtlinie 97/55/EG geänderten Fassung (jetzt Art. 4 Buchst. h Richtlinie 2006/114/EG), dass das beworbene Produkt als Imitation

oder Nachahmung der Markenware oder -dienstleistung erkennbar gemacht wird (vgl. EuGH, GRUR 2009, 756 Rn. 75 - L'Oréal/Bellure). Eine solche Erkennbarkeit lag in dem vom Gerichtshof entschiedenen Fall vor, weil in der Werbung Duftvergleichslisten benutzt wurden, die den Zweck und die Wirkung hatten, die betreffenden Verkehrskreise auf das Originalparfüm hinzuweisen, dessen Imitationen der Verwender der Vergleichslisten vertrieb (vgl. EuGH, GRUR 2009, 756 Rn. 76 - L'Oréal/Bellure). Diese Ausführungen des Gerichtshofs stehen mit dem Erfordernis der deutlichen bzw. "offenen" Imitationsbehauptung in der Rechtsprechung des Senats im Einklang, für dessen Prüfung die vergleichende Werbung in ihrer Gesamtdarstellung und ihrem wirtschaftlichen Kontext zu würdigen ist. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV ist nicht erforderlich, da diese Auslegung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass keinerlei Raum für vernünftige Zweifel an der Entscheidung der gestellten Rechtsfrage bleibt (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - C-283/81, Slg. 1982, 3415 = NJW 1983, 1257 Rn. 16 - CILFIT; BGH, GRUR 2009, 61 Rn. 33 - Imitationswerbung).

30 cc) Das Berufungsgericht hat auch in tatrichterlicher Würdigung ohne Rechtsfehler angenommen, die Verbraucher würden der beanstandeten Werbung für sich allein die erforderliche deutliche Imitationsbehauptung nicht entnehmen können, sondern dafür andere Erkenntnisquellen wie etwa eine konkrete Unterrichtung, Hinweise bei der Akquisition, die Verwendung von Vergleichslisten oder anderweitige Duftvergleiche benötigen; das aber reiche für einen Verstoß gegen § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG nicht aus.

31 Zwar ist die Eignung der Werbebotschaft zur Vermittlung des Imitations- oder Nachahmungsgedankens nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union auch anhand ihres wirtschaftlichen Kontextes zu prüfen (vgl. EuGH, GRUR 2009, 756 Rn. 75 - L'Oréal/Bellure). Auf den wirtschaftlichen Kontext kommt es danach aber nur insoweit an, als er geeignet ist, die Imitationsbehauptung in der Werbung erkennbar zu machen. Das könnte etwa

bei der Wahl bestimmter Publikationsmedien in Betracht kommen. Nicht ausreichend ist es dagegen, wenn das beworbene Produkt erst aufgrund zu ermittelnder weiterer Umstände als Imitat erkennbar wird, die außerhalb der Gesamtdarstellung der Werbung und des präsenten Wissens der durch sie angesprochenen Adressaten liegen. Das Verbot vergleichender Werbung nach Art. 3a Abs. 1 Buchst. h der Richtlinie 84/450/EWG bzw. die Unlauterkeit der vergleichenden Werbung nach § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG beruht nicht darauf, dass das Produkt eines Mitbewerbers nachgeahmt wird. Anknüpfungspunkt ist vielmehr der Umstand, dass das beworbene Produkt offen als Imitation oder Nachahmung des mit einem geschützten Zeichen versehenen Produkts dargestellt wird (Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 6 Rn. 182). Wird die Verbindung zwischen dem Imitat oder der Nachahmung und dem Originalprodukt aufgrund außerhalb der Gesamtdarstellung der Werbung liegender Umstände hergestellt, die sich aus anderen Quellen ergeben, ermöglicht das zwar die Identifizierung des jeweiligen Imitats. Der Darstellung selbst fehlt aber die erforderliche deutliche Bezugnahme auf die nachgeahmten Markenprodukte (vgl. BGH, GRUR 2008, 628 Rn. 30 f. - Imitationswerbung).

32 Reichen allerdings die bei den von der Werbung jeweils angesprochenen Verkehrskreisen präsenten Kenntnisse ohne zusätzliche Recherchen oder Informationen aus, die beworbenen Waren deutlich als Imitate der Originalware zuzuordnen, ist der Tatbestand des § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG erfüllt. Soweit in der Rechtsprechung des erkennenden Senats ausgeführt worden ist, „Hintergrundwissen“ sei für die Feststellung einer unlauteren Imitationswerbung unerheblich (vgl. BGH, GRUR 2008, 628 Rn.31 - Imitationswerbung), bezieht sich diese Aussage nicht auf derartiges präsentes Wissen. Dabei ist für die Frage, ob eine vergleichende Werbung das beworbene Produkt als Imitation oder Nachahmung darstellt, die Sichtweise eines durchschnittlichen Mitglieds der jeweils angesprochenen Verkehrskreise maßgebend (Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 6 Rn. 186).

33 Die vom Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung aufgrund der beanstandeten Werbung bei Endverbrauchern allenfalls festgestellten Assoziationen an Markenparfümprodukte rechtfertigen nicht die Annahme einer offenen Imitationsdarstellung.

34 dd) Die Revision hat jedoch Erfolg, soweit sie sich dagegen wendet, dass das Berufungsgericht bei der Prüfung nach § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG allein die von der Werbung angesprochenen Endverbraucher berücksichtigt hat.

35 (1) Die Klägerin hat in erster Instanz vorgetragen, dass sich die Beklagten mit den beanstandeten Bezeichnungen und Ausstattungen der Parfümprodukte auch an gewerbliche Wiederverkäufer und Zwischenhändler wendeten, bei denen ein höherer bzw. speziellerer Wissensstand als bei Endverbrauchern zu berücksichtigen sei. Das Landgericht hat eine Imitationswerbung im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG verneint, ohne auf die angesprochenen Verkehrskreise einzugehen und insbesondere zwischen gewerblichen Abnehmern und Endverbrauchern zu unterscheiden. Die Klägerin brauchte deshalb darauf in ihrer Berufungsbegründung gleichfalls nicht näher einzugehen. Es reichte aus, dass sie erkennbar auch insoweit auf ihren erstinstanzlichen Vortrag Bezug nahm.

36 Das Berufungsgericht hat indes bei seiner Beurteilung allein auf die Sicht der Endverbraucher abgestellt. Es hat rechtsfehlerhaft keine Feststellungen dazu getroffen, ob gewerbliche Wiederverkäufer und Zwischenhändler im vorliegenden Fall als relevanter Verkehrskreis in die Prüfung einzubeziehen sind und ob sie gegebenenfalls die beanstandeten Ausstattungen und Bezeichnungen wegen eines von Endverbrauchern abweichenden präsenten Kenntnisstandes als offene Imitationsbehauptung auffassen. Für das Revisionsverfahren ist deshalb beides zugunsten der Klägerin zu unterstellen (vgl. BGH, GRUR 2010, 343 Rn. 33 ff. - Oracle).

37 (2) Der Rechtsfehler des Berufungsgerichts ist nicht deshalb für die Entscheidung ohne Bedeutung, weil sich das von der Klägerin begehrte Verbot auf ein generelles Unterlassen sowohl gegenüber gewerblichen Wiederverkäufern und Zwischenhändlern als auch gegenüber Endverbrauchern richtet und das beanstandete Verhalten jedenfalls nach dem Verständnis der Endverbraucher nicht als unlauter zu beurteilen ist.

38 Bei einem wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsantrag besteht die begehrte Rechtsfolge in dem Verbot gerade der bestimmten - als rechtswidrig angegriffenen - Verhaltensweise (Verletzungsform), die der Kläger in seinem Antrag und der zur Antragsauslegung heranzuziehenden Klagebegründung festgelegt hat. Die so umschriebene Verletzungsform bestimmt und begrenzt damit den Inhalt des Klagebegehrens (BGH, Urteil vom 29. Mai 2008 - I ZR 189/05, GRUR 2008, 1121 Rn. 16 = WRP 2008, 1516 - Freundschaftswerbung im Internet). Die hier angegriffene Verhaltensweise umfasst nicht nur die Werbung gegenüber Endverbrauchern, sondern erstreckt sich nach dem Vorbringen der Klägerin zugleich auch auf die Werbung gegenüber gewerblichen Wiederverkäufern und Zwischenhändlern. Das Klagebegehren wird damit durch ein Verhalten der Beklagten konkretisiert, das sich zugleich an zwei unterschiedliche Kundenkreise richtet. Bei einer solchen Fallgestaltung reicht es für die Unlauterkeit und ein darauf beruhendes Verbot aus, dass die Verbotsvoraussetzungen im Hinblick auf einen dieser Verkehrskreise erfüllt sind (vgl. BGH, Urteil vom 2. Oktober 2003 - I ZR 150/01, BGHZ 156, 250 Rn. 23 - Marktführerschaft; Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 5 Rn. 2.75).

39 4. Die Revision wendet sich auch mit Erfolg dagegen, dass das Berufungsgericht die geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung, Auskunft und Schadensersatz nach § 8 Abs. 1, § 9 Satz 1 in Verbindung mit §§ 3, 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG, § 242 BGB verneint hat. Nach der Vorschrift des § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG ist vergleichende Werbung unlauter, die den Ruf des von einem Mitbe-

werber verwendeten Kennzeichens in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt.

40 a) Nicht zugestimmt werden kann allerdings der Ansicht der Revision, aus der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 18. Juni 2009 (GRUR 2009, 756 - L'Oréal/Bellure) zu Art. 5 Abs. 2 MarkenRL folge, dass es im Rahmen von § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG nicht auf die Vorstellungen der einzelnen angesprochenen Verkehrskreise ankomme. Notwendige Voraussetzung für eine Beeinträchtigung durch das unlautere Ausnutzen der Unterscheidungskraft oder der Wertschätzung der Marke nach Art. 5 Abs. 2 MarkenRL ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ein Grad der Ähnlichkeit zwischen der bekannten Marke und dem Zeichen, der bewirkt, dass die beteiligten Verkehrskreise das Zeichen und die Marke miteinander verknüpfen (vgl. EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2001 - C-112/99, GRUR 2002, 354 Rn. 57 = WRP 2001, 1432 - Toshiba/Katun; EuGH, GRUR 2009, 756 Rn. 36 f. - L'Oréal/Bellure; vgl. auch BGH, Urteil vom 1. Oktober 2009 - I ZR 134/07, GRUR 2010, 161 Rn. 33 = WRP 2010, 252 - Gib mal Zeitung).

41 b) Das Berufungsgericht hat im Rahmen seiner Prüfung des § 4 Nr. 9 Buchst. b UWG festgestellt, dass die von den Beklagten beworbenen Produkte in ihren Ausstattungen und Bezeichnungen noch einen hinreichenden Abstand zu den jeweiligen Originalprodukten aufwiesen, so dass noch keine unangemessene Ausnutzung der Wertschätzung festgestellt werden könne. Für die Sichtweise der Endverbraucher, die das Berufungsgericht zugrunde gelegt hat, ist dies nicht zu beanstanden. Für diesen Verkehrskreis kann daher auch die für eine Unlauterkeit nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG erforderliche Verknüpfung der jeweiligen Waren nicht angenommen werden.

42 Das Berufungsgericht hat im Einzelnen die sich jeweils gegenüberstehenden Produkte hinsichtlich Kennzeichnung und Ausstattung beurteilt. Entgegen der Rüge der Revision hat es dabei nicht nur die Unterschiede, sondern

auch die Gemeinsamkeiten beachtet und maßgeblich auf den Gesamteindruck abgestellt, der sich unter Berücksichtigung einer möglichen Bekanntheit des durch die Marke gekennzeichneten Produkts und dessen etwaiger Eigenart ergibt. Mit der Rüge, das Berufungsgericht habe dabei zu Unrecht dem Flakon des Parfüms "All About Eve - JOOP!" keine wettbewerbliche Eigenart und dem Schriftzug des Parfüms "Cool Water" fehlerhaft nur Allerweltscharakter zuerkannt, setzt die Revision lediglich ihre eigene Wertung an die Stelle derjenigen des Berufungsgerichts, ohne einen revisionsrechtlich relevanten Rechtsfehler aufzuzeigen.

43 c) Das Berufungsgericht hat indes auch insoweit keine Feststellungen zum Verständnis der gewerblichen Wiederverkäufer und Zwischenhändler getroffen, deren Wahrnehmung auf einem anderen Wissensstand beruht als die Wahrnehmung der Endverbraucher. Die Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen es deshalb nicht, eine Beeinträchtigung des Rufs der in Rede stehenden Kennzeichen nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG zu verneinen.

44 5. Die Angriffe der Revision haben ferner insoweit Erfolg, als das Berufungsgericht Ansprüche der Klägerin nach § 8 Abs. 1, § 9 Satz 1 in Verbindung mit §§ 3, 4 Nr. 9 Buchst. b UWG, § 242 BGB verneint hat.

45 Auch in dieser Hinsicht ist die Annahme des Berufungsgerichts, eine unangemessene Ausnutzung der Wertschätzung der nachgeahmten Markenparfüms liege nicht vor, nur insoweit rechtsfehlerfrei, als durch die entsprechende Werbung der Kreis der Endverbraucher angesprochen worden ist. Da das Berufungsgericht jedoch keine Feststellungen zum Verständnis der gewerblichen Wiederverkäufer und Zwischenhändler getroffen hat, durfte es eine Unlauterkeit nach § 4 Nr. 9 Buchst. b UWG nicht verneinen.

46 III. Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Ohne Erfolg macht die Revisionserwiderung geltend, der

Verbotsantrag sei im Hinblick darauf, was mit "Bezeichnung einer Duftrichtung" gemeint sei, nicht hinreichend bestimmt.

47 Durch diesen Verbotsantrag soll den Beklagten untersagt werden, selbst oder durch Dritte bestimmte Parfümprodukte mit den im Antrag wiedergegebenen Bezeichnungen und bildlich dargestellten Ausstattungen anzubieten, zu bewerben oder zu vertreiben. Die im Antrag verwendete Formulierung, wonach durch die jeweils nachfolgenden Begriffe und eingeblendeten Ausstattungen die Duftrichtung der Duftwässer bezeichnet werde, steht der Bestimmtheit nicht entgegen. Damit ist nicht gemeint, dass durch die vom Antrag erfassten Ausstattungen auf allgemeine, im Antrag aber nicht bestimmte Duftrichtungen, wie etwa "fruchtig" oder "frisch", hingewiesen werden müsse. Mit der Formulierung wird vielmehr allein auf die bestimmte Duftrichtung der konkreten Produkte Bezug genommen, die mit den beanstandeten Begriffen und Ausstattungen beworben werden. Aus diesem Grunde verfehlt der Antrag entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung auch nicht die konkrete Verletzungsform.

48 IV. Danach ist das Berufungsurteil auf die Revision der Klägerin aufzuheben. Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil das Berufungsgericht noch Feststellungen dazu zu treffen hat, ob sich die Beklagten mit ihren beanstandeten Angeboten auch an Wiederverkäufer wenden und wie diese Angebote gegebenenfalls von Wiederverkäufern aufgefasst werden. Die Sache ist deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

49 Sofern auch die Wiederverkäufer als maßgeblicher Verkehrskreis zu berücksichtigen sind, wird das Berufungsgericht Folgendes zu beachten haben:

50 1. Sollte das Berufungsgericht zu der Feststellung gelangen, dass ein durchschnittlicher Angehöriger des Verkehrskreises der gewerblichen Wiederverkäufer und Zwischenhändler die in Rede stehenden Bezeichnungen und

Ausstattungen als offene Imitationsbehauptung auffasst (§ 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG), so liegt auch eine unlautere Ausnutzung der Wertschätzung des Originalprodukts im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG und - unter der Voraussetzung wettbewerblicher Eigenart des für die Imitationsbehauptung herangezogenen Markenparfüms - des § 4 Nr. 9 Buchst. b UWG vor (BGH, GRUR 2010, 343 Rn. 42 - Oracle).

51 2. Für die auf § 6 Abs. 2 Nr. 4 und 6 UWG gestützten Ansprüche kommt es nicht darauf an, ob die Klägerin - wie von ihr behauptet - Lizenznehmerin der Markenparfümprodukte ist. In den Fällen des § 6 Abs. 2 Nr. 4 und 6 UWG sind - anders als beim ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutz - nicht nur die konkret betroffenen Hersteller anspruchsberechtigt. Die Vorschriften des § 6 Abs. 2 Nr. 4 und 6 UWG zeichnen sich zwar auch durch ihren individualschützenden Charakter aus. Das könnte dafür sprechen, nur den betroffenen Mitbewerbern, also in erster Linie dem Zeicheninhaber und gegebenenfalls Inhabern einer ausschließlichen Lizenz, eine Anspruchsberechtigung zuzusprechen (vgl. Dittmer in Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht, 2. Aufl., § 6 UWG Rn. 91; Ohly in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl., § 6 Rn. 73; MünchKomm.UWG/Köber, § 6 Rn. 238). Die von § 6 Abs. 2 Nr. 4 und 6 UWG erfassten Fälle vergleichender Werbung sind aber auch verboten, weil sie den Wettbewerb verzerren, die Mitbewerber schädigen und die Entscheidung der Verbraucher negativ beeinflussen können (vgl. EuGH, GRUR 2009, 756 Rn. 68 - L'Oréal/Bellure). Diesem Zweck der Verbote widerspräche es, nur dem konkret Betroffenen die Legitimation zur Anspruchsverfolgung zuzuerkennen. Zur effektiven Durchsetzung ihrer durch ein unlauteres Verhalten nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 oder 6 UWG betroffenen Interessen können sich deshalb alle in § 8 Abs. 3 UWG genannten Anspruchsteller auf diese Unlauterkeitstatbestände stützen (so auch Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 6 Rn. 194; Müller-Bidinger in Ullmann, jurisPK-UWG, 2. Aufl. § 6 Rn. 201).

52 3. Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob die Klägerin gegebenenfalls Auskunft auch über Namen und Anschrift der Vorlieferanten der Beklagten begehren kann. Ein derartiger selbständiger Anspruch auf Drittauskunft setzt voraus, dass der Klägerin eigene wettbewerbsrechtliche Ansprüche gegen die zu benennenden Dritten zustehen. Dafür kommen im Streitfall Ansprüche aus wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9 Buchst. b UWG) in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 24. März 1994 - I ZR 42/93, BGHZ 125, 322, 330 - Cartier Armreif; Urteil vom 17. Mai 2001 - I ZR 291/98, BGHZ 148, 26, 30 f. - Entfernung der Herstellungsnummer II). Hingegen wird nicht davon ausgegangen werden können, dass die Vorlieferanten der Beklagten selbst in unlauterer Weise vergleichend geworben haben (§ 6 UWG).

Bornkamm Pokrant Büscher

Kirchhoff Koch

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 25.01.2006 - 97 O 2/05 -
KG Berlin, Entscheidung vom 24.07.2009 - 5 U 48/06 -