

2016 016

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 12/68

URTEIL

Verkündet am

3. Dezember 1969

Z u g ,

Justizangestellter

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Firma S [REDACTED]-Werke GmbH, F [REDACTED], B [REDACTED]-Allee [REDACTED],
vertreten durch ihren Geschäftsführer Ernst B [REDACTED],
F [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die offene Handelsgesellschaft in Firma Heinrich Ad. B [REDACTED],
vertreten durch die persönlich haftenden Gesellschafter Hans
und Walter B [REDACTED], H [REDACTED]-L [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Dezember 1969 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Dr. Sprenkman, Dr. Simon, Dr. Merkel und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 30. November 1967 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien stehen im Wettbewerb mit Fertigpflastern gegen Hühneraugen und dergleichen. Die Klägerin legt der Beklagten eine wettbewerbswidrige Nachahmung ihrer Pflaster und zusätzlich eine Verletzung ihrer Ausstattungsrechte zur Last.

Die Klägerin vertreibt ihre Pflaster seit 1952 entsprechend den verschiedenen Verwendungszwecken in vier verschiedenen Ausführungen. Alle fleischfarbenen Pflaster bestehen aus zwei Schichten eines weichen Baumwollgewebes. Die untere Schicht ist ein Ring, der die wunde Stelle umgibt. Die zur Abdeckung der kranken Stellen bestimmte obere Deckschicht ist etwas kleiner gehalten und hat im Unterschied zur Unterschicht einen gezahnten Rand, dessen

Zacken ein bis zwei Millimeter vor dem glatten Rand der Unterschicht enden. Über diesen Zackenrand heißt es in einer Beschreibung auf der Verpackungsrückseite: "Wunderbar glattes Anschmiegen durch besonders gezahnte Randverjüngung". Mit der Randzahnung befaßten sich verschiedene Gebrauchsmuster der Klägerin, die inzwischen abgelaufen sind.

Die Pflaster gegen Hühneraugen haben die Form einer Ellipse und entsprechen in der Größe etwa einem Groschenstück; die etwas kleineren Pflaster gegen weiche Hühneraugen zwischen den Zehen haben die Form eines Trapezes mit abgerundeten Ecken. Die Pflaster gegen Hornhaut und die Pflaster gegen Ballenschmerzen haben das Aussehen eines zu breit geratenen Eies bzw. eines Rechtecks mit zwei gegenüberliegenden Abrundungen, jeweils in der Größe zweier Fünfmarkstücke.

Die Klägerin, die ihre Pflaster unter dem Firmenschlagwort "Dr. S. 's" in zwei Verpackungsarten anbietet, hat nach ihren Angaben einen größeren Marktanteil als alle Mitbewerber zusammen. Nach ihren Behauptungen hat sie von 1952 bis 1960 10 Millionen Klarsichtpackungen mit ca. 50 Millionen Pflastern sowie weitere 25 Millionen Pflaster in einer anderen Verpackungsart vertrieben, und zwar als einzige Herstellerin von Fußpflastern mit gezahntem Rand. Sie hat für ihre Erzeugnisse durch Inserate, Plakate und Aufsteller geworben, wobei auf den zahlreichen Abbildungen meistens der Zackenrand der Pflaster zu erkennen ist.

Die Beklagte hatte zunächst doppelschichtige Fußpflaster in drei Ausführungen für Hühneraugen, Hornhaut



und Ballenschutz mit glatten Außenrändern vertrieben. Seit Anfang 1963 bietet sie zusätzlich ein Pflaster-sortiment an, das als vierte Art ein Druckschutzpflaster für den Zehenzwischenraum umfaßt und dessen sämtliche Ausführungen nunmehr eine gezahnte Deckschicht haben und in der Formgebung mit den Pflastern der Klägerin übereinstimmen (vgl. Anl. 4 zur Klage). In der Farbgebung sind sie etwas dunkler getönt als die Pflaster der Klägerin.

Die Klägerin hat Klage auf Unterlassung, Auskunft und Feststellung der Schadensersatzpflicht erhoben und zur Begründung geltend gemacht, die Beklagte ahme ihr Gesamtsortiment an Fußfertigpflastern in unlauterer Weise bis in das Detail nach, um den guten Ruf der außerordentlich bekannten Dr. S. [REDACTED]'s-Pflaster für sich auszunutzen. Diese Absicht werde ferner darin erkennbar, daß die Beklagte sich auch im übrigen ihr, der Klägerin, angenähert habe, indem sie anstelle der ursprünglich olivgrünen Packungen nunmehr solche mit dunkelblauem Blickfang und vergrößertem Klarsichtfenster benutze, ferner in ihrer Hühneraugenpackung nur noch sechs Pflaster statt wie bisher neun anbiete und zusätzlich ein Zwischenzehenpflaster in Sechserpackung in ihr Programm aufgenommen habe. Die sonstigen Unterschiede in der Verpackungsaufmachung seien um so weniger geeignet, eine Verkehrungsverwirrung auszuschließen, als der Verbraucher die Verpackung überhaupt nicht zu Gesicht bekomme, wenn ihm beim Fußpfleger Pflaster angeheftet würden, und weil auch sonst seine Aufmerksamkeit bei der Benutzung der Pflaster in erster Linie auf das Aussehen dieser Pflaster gerichtet sei.

Die Beklagte, die Klageabweisung beantragt, hat vorgetragen, die beanstandete Zahnung der Deckschicht sei technisch-funktionell bedingt, was durch die abgelaufenen Gebrauchsmuster der Klägerin bestätigt werde. Zudem sei die kaum erkennbare Randzahnung zur Herkunftskennzeichnung ungeeignet, zumal sie nicht einmal in der Werbung herausgestellt worden sei. Auch die gleiche Formgebung der beiderseitigen Pflaster könne keine Verwechslung bewirken, da der Verkehr nicht darauf achte. Der Verkehr unterscheide Pflaster und medizinische Präparate allein nach dem Namen des Herstellers, der Marke oder nach der Verpackung. Insoweit bestünden zwischen der Packung der Klägerin mit gelber Grundfarbe und dem Firmennamen Dr. S. [REDACTED]'s in einem blauen Etikett sowie dem zusätzlichen Markennamen "Super Zino-Pads" einerseits und der Packung der Beklagten mit türkisblauer Grundfarbe und dem Firmennamen B. [REDACTED] in einem roten Etikett andererseits auffällige und einprägsame Unterschiede, auch im Hinblick auf die Art der Klarsichtfenster und die Anordnung der farblich unterschiedlichen Pflaster.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt und zur weiteren Begründung des Klagebegehrens das Ergebnis einer Verkehrsbefragung vorgelegt, wonach 38 % derjenigen Befragten, welche als Fußpflasterkonsumenten in Betracht kommen, bei Vorlage der vier Pflastersorten der Klägerin diese als "Dr. S. [REDACTED]-Pflaster" identifiziert hätten. Sie hat ferner ausgeführt, daß sich die mit dem Klageantrag erfaßte Pflastergestaltung nicht mit dem Gegenstand der abgelaufenen Gebrauchsmuster decke,

da es nach diesen auf die Zahnung beider Schichten oder jedenfalls der Unterschicht ankomme, was die Beklagte gerade nicht vornehme. Im übrigen biete, wie eine Reihe Gutachter bestätigt hätten, eine wellenlinienartige Randgestaltung den gleichen Vorteil wie eine Zahnung.

In der letzten mündlichen Verhandlung hat die Klägerin ihren Unterlassungsantrag neu gefaßt und den bisherigen, mit der Klageschrift angekündigten Unterlassungsantrag nur noch hilfsweise gestellt. Demgemäß hat sie beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils

I. die Beklagte zu verurteilen,

1. es bei Meidung von Strafen zu unterlassen

- a) Hühneraugenpflaster
- b) Hornhautpflaster
- c) Ballenpflaster
- d) Zwischenzehenpflaster

entsprechend den als Anlage 4 zur Klage überreichten Mustern herzustellen, anzubieten oder in den Verkehr zu bringen;

hilfsweise:

es bei Meidung von Strafen zu unterlassen, fleischfarbene Fußpflaster zu vertreiben, die aus zwei Schichten bestünden, von denen die obere Schicht einen gezahnten Rand aufweise;

2. Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen, wieviele der vorstehend bezeichneten Gegenstände sie hergestellt und/oder vertrieben

habe unter Vorlage eines nach Datum und Lieferungen geordneten Verzeichnisses und unter Angabe der dabei erzielten Preise und Gewinne;

II. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser aus den in Ziffer I 1 bezeichneten Handlungen entstanden sei und noch erwachsen werde.

Das Oberlandesgericht hat nach Durchführung einer Meinungsumfrage die Berufung zurückgewiesen.

Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Den in der letzten mündlichen Verhandlung gestellten Hauptantrag hat das Berufungsgericht als unzulässig abgewiesen, weil er eine nicht sachdienliche Klageänderung darstelle. Den Hilfsantrag hat es in Übereinstimmung mit dem Landgericht als unbegründet abgewiesen und dazu folgendes ausgeführt: Die von der Beklagten nicht bestrittene Nachahmung sei nicht schon deshalb sittenwidrig, weil die Pflaster der Klägerin Eigenart und überdurchschnittliche Qualität aufwiesen oder die Identität der Erzeugnisse zu Verwechslungsgefahren führen könne. Unlauter handle ein Nachahmer vielmehr erst dann, wenn er ohne zwingenden Grund seinem Erzeugnis die äußere Form des Originals gebe, sich nicht um die Gefahr von Verwechslungen kümmere und

die zumutbaren Vorkehrungen zur Vermeidung oder Eindämmung der Verwechslungsgefahr unterlasse. Im vorliegenden Falle könne von der Beklagten nicht verlangt werden, daß sie auf die mit dem Hilfsantrag beanstandete Nachahmung der Randzahnung der oberen Deckschicht verzichte, denn diese habe - wie sich auch aus den früheren Gebrauchsmustern der Klägerin ergebe - eine technisch vorteilhafte Funktion. Der damit angestrebte Effekt lasse sich zwar auch durch eine wellenförmige Randgestaltung der Deckschicht herbeiführen, doch sei nicht ersichtlich, daß der Effekt dann in gleicher Weise wie durch eine Zahnung erreicht werde. Jedenfalls handle die Beklagte nicht sittenwidrig, wenn sie einen gezahnten Rand vorziehe. Entscheidend sei schließlich, daß durch die Nachahmung des gezahnten Randes keine Herkunftstäuschung bewirkt werde, wie die Meinungsumfrage bestätigt habe. Viel auffälliger als der Ersatz des gezahnten Randes durch eine wellenförmige Randgestaltung sei die unterschiedliche Farbgebung. Auch die Aufmachung der beiderseitigen Verpackungen unterscheide sich erheblich. Soweit die Klägerin der Beklagten außer der Randzahnung weitere Nachahmungen vorwerfe, sei das nicht Gegenstand des Klageantrages.

II. Diese Würdigung wird von der Revision in verschiedener Richtung angegriffen.

Der Revision, die in erster Linie den Hauptantrag weiterverfolgt, ist zuzugeben, daß das Berufungsgericht diesen Antrag zu Unrecht als unzulässige Klageänderung beurteilt hat.

Durch den hilfsweise gestellten ursprünglichen Unterlassungsantrag sollte der Beklagten schlechthin der Ver-

trieb solcher Fußpflaster verboten werden, die fleischfarben sind, die aus zwei Schichten bestehen und bei denen die obere Deckschicht einen gezahnten Rand aufweist. Im Vergleich zu diesem umfassend formulierten Antrag stellt der neue Hauptantrag eine Einschränkung dar, da das Verbot nur noch solche Pflaster erfaßt, die außer in den genannten Merkmalen auch noch in der Größe und der Formgebung mit den Pflastern der Klägerin übereinstimmen. Das verkennt auch das Berufungsgericht nicht. Es meint aber, durch die Aufnahme der zusätzlichen Merkmale erstrebe die Klägerin ein Verbot, das einen anderen Inhalt als das ursprünglich beantragte habe. Die darin liegende Klageänderung, welcher die Beklagte widersprochen habe, sei nicht sachdienlich. Der Streit der Parteien einschließlich der veranstalteten Beweisaufnahme habe lediglich die begrenzte Frage der Randzahnung der oberen Deckschicht zum Gegenstand gehabt. Es erscheine sachlich geboten, nunmehr diesen seit vier Jahren umstrittenen Punkt zu entscheiden und nicht zu einem neuen Antrag überzugehen, über den nicht entschieden werden könne, ohne daß der Rechtsstreit praktisch von vorne beginne.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum. Zutreffend macht die Revision geltend, der Vorwurf unlauterer Nachahmung habe sich von Anfang an gegen die mit der Anlage 4 zur Klageschrift überreichten vier Fußpflaster der Beklagten gerichtet und sei damit begründet worden, daß die Beklagte mit diesen Pflastern das entsprechende Sortiment der Klägerin bis in alle Einzelheiten haargenau kopiert habe. Indem die Klägerin später auch ihren Antrag auf diese konkreten Pflaster abstellte, nahm sie eine Anpassung an die sogenannte konkrete Verletzungs-

form vor, was sich gerade im gewerblichen Rechtsschutz vielfach als unerläßlich erweist und häufig unter Mithilfe des Gerichts erfolgt. In dieser Anpassung an die konkrete Verletzungsform liegt freilich - wie erwähnt - zugleich eine nicht unerhebliche Einschränkung des ursprünglichen Klagebegehrens. Da aber diese Einschränkung ohne Änderung des Klagegrundes erfolgte, ist sie nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung in § 268 ZPO nicht als Klageänderung anzusehen.

Da eine Klageänderung nicht vorliegt und der eingeschränkte Hauptantrag zulässigerweise gestellt worden ist, muß der Hilfsantrag als gegenstandslos angesehen werden. Denn er ist insofern ungewöhnlich, als er umfassender formuliert ist als der Hauptantrag mit der Folge, daß er im Falle der Abweisung des Hauptantrages als unbegründet zwangsläufig ebenfalls abgewiesen werden müßte. Seine Weiterverfolgung kann daher vernünftigerweise nur so verstanden werden, daß sie lediglich hilfsweise für den Fall erfolgt, daß das Berufungsgericht zu Recht eine unzulässige Klageänderung angenommen haben sollte. Da aber eine solche Klageänderung nicht vorliegt, kommt der Hilfsantrag nicht mehr zum Zuge, so daß das Klagebegehren nur noch im Rahmen des eingeschränkten Hauptantrages nachzuprüfen ist. Die Einschränkung des Klagebegehrens hat allerdings ihrerseits zur Folge, daß der über den Hauptantrag hinausgehende Teil des ursprünglichen Klagebegehrens - mangels Zustimmung der Beklagten in eine teilweise Klagerücknahme - auf jeden Fall der Abweisung verfällt, wobei dahinstehen kann, ob das Verhalten der Klägerin als Verzicht, als einseitige Erledigungserklärung oder als bloßes Nichtverhandeln zu werten ist.

III. Der Verfahrensfehler des Berufungsgerichts nötigt nicht zur Zurückverweisung des Rechtsstreites, da über den eingeschränkten Klageantrag auf Grund der bisherigen Feststellungen und Ermittlungen des Berufungsgerichts in Verbindung mit dem unstreitigen Parteivortrag abschließend entschieden werden kann.

1. Das begehrte Verbot läßt sich - wie anscheinend auch die Revision nicht erkennt - nicht aus einem Sonderrechtsschutz herleiten. Die in Betracht kommenden Gebrauchsmusterrechte der Klägerin sind abgelaufen. Der hilfsweise geltend gemachte Ausstattungsschutz greift nicht durch. Dabei kann dahinstehen, ob die in Rede stehenden Merkmale - Zweischichtigkeit, Randzahnung der Deckschicht, Formgebung, Größe und Fleischfarbe der Fußpflaster - als zum Wesen der Ware gehörend von vornherein dem Ausstattungsschutz entzogen sind. Denn selbst wenn es sich um ausstattungsschutzfähige willkürlich wählbare "Zutaten" zur Ware handeln sollte, dann bestünde doch jedenfalls an diesen Merkmalen ein erhebliches Freihaltebedürfnis mit der Folge, daß Ausstattungsrechte erst bei einem gesteigerten Durchsetzungsgrad anerkannt werden könnten. Für eine gesteigerte Verkehrsgeltung läßt sich aber weder aus der Meinungsumfrage noch aus den Angaben der Klägerin Ausreichendes herleiten.

2. Werden Sonderschutzrechte nicht verletzt, dann ist nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts die Ausnutzung fremder Leistungen regelmäßig erst dann wettbewerbswidrig im Sinne des § 1 UWG, wenn über die Nachahmung hinaus unlautere Begleitumstände hinzutreten. Als ein solcher Begleitumstand kommt insbesondere der Gesichtspunkt vermeidbarer Herkunftstäuschung

in Betracht, sofern es sich bei dem Vorbild um ein eigenartiges, überdurchschnittliches Erzeugnis handelt, wenn ferner durch die Nachahmung die Gefahr betrieblicher Herkunftsverwechslungen begründet wird und wenn der Nachahmer zumutbare Maßnahmen zur Beseitigung oder Minderung der Verwechslungsgefahr unterläßt (BGHZ 41, 55, 57 f - Klemmbausteine; BGHZ 35, 341, 348 f - Buntstreifen-satin; BGH GRUR 1961, 581, 583 f - Hummel II; 1967, 315, 317 - skai cubana; insbesondere BGHZ 50, 125, 130 - Pulverbehälter).

Es gehört zu den Besonderheiten des Streitfalles, daß Herkunftstäuschungen allenfalls im geringen Ausmaß zu befürchten sein könnten. Zwar sind die beiderseitigen Pflaster infolge ihrer übereinstimmenden Formgebung miteinander verwechselbar, was durch die schwer einprägsame unterschiedliche Farbnuancierung der beiderseits fleischfarbenen Pflaster nicht ausgeschlossen wird. Diese übereinstimmende Formgebung könnte aber überhaupt nur dort eine irrige betriebliche Zuordnung zur Folge haben, wo die Pflaster getrennt von ihrer Verpackung in Erscheinung treten, namentlich wenn sie vom Fußpfleger angebracht werden, Selbst in diesen Fällen drohen der Klägerin keine ins Gewicht fallende Absatznachteile. Wenn nämlich der Verbraucher irrig annimmt, das vom Fußpfleger aufgeklebte Pflaster der Beklagten sei ein Dr. S. 's Pflaster, dann erwächst aus diesem Irrtum nicht die Gefahr, daß der Verbraucher bei weiteren Ergänzungskäufen die Pflaster der Beklagten vorzieht. Davon abgesehen treten Pflaster der in Rede stehenden Art dem Verbraucher in der Regel nicht als Einzelstücke, sondern in Verpackungen gegenüber. Diese Verpackungen aber sind nach den rechtsirrtumsfreien Ausführungen des Berufungsgerichtes derart abweichend auf-

gemacht und gekennzeichnet, daß die unterschiedliche Herkunft deutlich erkennbar ist. Im Regelfall scheidet also der Vorwurf vermeidbarer Herkunftstäuschung von vornherein aus.

Für die verbleibenden Ausnahmefälle würde der Vorwurf vermeidbarer Herkunftstäuschungen voraussetzen, daß es sich bei dem nachgeahmten Erzeugnis nicht um Massenware handelt, deren betrieblicher Herkunft der Verkehr keine Beachtung zu schenken pflegt, sondern um überdurchschnittliche Erzeugnisse von wettbewerblicher Eigenart. Daß die Pflaster der Klägerin überdurchschnittliche Erzeugnisse sind, hat das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht rechtsirrtumsfrei festgestellt. Die weiterhin erforderliche wettbewerbliche Eigenart im Sinne der Rechtsprechung zu § 1 UWG wäre dann anzunehmen, wenn der Verkehr gewohnt ist, aus denjenigen Gestaltungsmerkmalen, deren Nachahmung beanstandet wird, auf die betriebliche Herkunft zu schließen (vgl. BGH GRUR 1963, 152, 155 - Rotaprint; 1966, 97, 100 f - Zündaufsatz; BGHZ 50, 125, 130 - Pulverbehälter). Da der Hauptantrag abweichend vom ursprünglichen Klageantrag nicht auf ein einzelnes Merkmal, sondern auf das Verbot der konkreten Pflaster abgestellt ist, würde es im Streitfall genügen, wenn die verschiedenen Gestaltungsmerkmale der Pflaster - insbesondere die Randzahnung der oberen Deckschicht sowie Form, Größe und Farbe der Pflaster - in ihrem Zusammenspiel als eigenartig anzusprechen wären. Alle diese Merkmale erscheinen indessen ihrer Natur nach wenig geeignet, dem Verkehr als herkunftskennzeichnendes Unterscheidungsmerkmal zu dienen. Der Verkehr rechnet damit, daß Körperpflaster von den verschiedensten Herstellern fleischfarben ausgeführt werden und daß sie diejenige Form

und Größe haben, die sich nach dem jeweiligen Verwendungszweck empfiehlt. Was die Randzahnung anbelangt, so weist die Klägerin auf ihrer Verpackung selbst darauf hin, daß diese ein wunderbar glattes Anschmiegen bewirke. Für den Verkehr besteht daher von vornherein wenig Anlaß zu der Annahme, daß die in Rede stehenden Merkmale lediglich bei Pflastern der Klägerin in Erscheinung treten und daß an ihnen die Herkunft der Pflaster aus dem Betrieb der Klägerin erkannt werden könnte. Diese aus der allgemeinen Lebenserfahrung hergeleiteten Erwägungen stehen mit dem Ergebnis der vom Berufungsgericht veranstalteten Verkehrsbefragung im Einklang. Da der Hälfte der Befragten Originalmuster vorgelegt wurden, gibt diese Befragung nicht allein über das Merkmal des gezahnten Randes, sondern auch über die Wirkung des Gesamteindrucks Aufschluß. Obwohl die Klägerin über den weitaus größten Anteil auf dem Fußpflastermarkt verfügt und obwohl sie sich als die bekannteste Fachfirma erwies, vermochten 80 % derjenigen Befragten, die als Benutzer oder Käufer von Fußpflastern in Betracht kommen, am Aussehen der Pflaster nicht zu erkennen, woher diese stammten.

Bei der Prüfung, ob die Nachahmung der Fußpflaster unter dem Gesichtspunkt vermeidbarer Herkunftstäuschungen als unlauter zu mißbilligen ist, muß nach alledem davon ausgegangen werden, daß die Pflaster der Klägerin nur eine geringe wettbewerbliche Eigenart aufweisen und daß zudem Herkunftsverwechslungen im Regelfall überhaupt nicht zu befürchten sind. Nun hat die Umfrage allerdings zu Gunsten der Klägerin ergeben, daß ihre Pflaster in Originalausführung immerhin auf Grund ihres Aussehens - insbesondere wegen ihrer Formgebung und auch wegen der Randzahnung -

von 16 % der befragten Benutzer und Käufer einschlägiger Artikel der namentlich genannten Firma Dr. S. zuge-
schrieben werden. Dabei kann dahinstehen, ob und inwie-
weit dieses Ergebnis dadurch beeinflusst worden ist, daß
die Klägerin als Fachbetrieb am bekanntesten ist, daß
sie zeitweise im Hinblick auf die Randzahnung ein Mono-
polrecht besaß und daß Fertigpflaster der in Rede stehen-
den Art bislang nur von den Parteien angeboten wurden,
während die sonstigen Mitbewerber anscheinend anders-
artige Pflasterbinden oder normale Klebepflaster ver-
trieben haben. Denn für den Vorwurf unlauterer Nachahmung
genügt es nicht, daß das nachgeahmte Erzeugnis von einem
nicht unbeachtlichen Teil des Verkehrs auf Grund seines
Aussehens einem bestimmten Herstellungsbetrieb zugeord-
net werden kann, und zwar auch dann nicht, wenn man weiter-
hin berücksichtigt, daß der Verkehr mit einem Dr. S.-
Erzeugnis die Vorstellung einer langjährigen Erfahrung auf
dem Gebiet der Fußpflege verbindet. Wollte man diesen Um-
stand als Voraussetzung für ein Nachahmungsverbot genügen
lassen, dann würde dies zumindest bei Erzeugnissen, die
eine Zeit lang unter Sonderschutz standen und während
dieser Zeit auf dem Markt bekannt wurden, praktisch
dazu führen, daß der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit
umgekehrt und auf dem Weg über das Wettbewerbsrecht ein
zeitlich unbefristeter Sonderschutz gewährt würde. Das
aber ist nicht der Sinn der Regeln über den lautenen
Wettbewerb. Nach diesen Regeln handelt vielmehr der Mit-
bewerber erst dann unlauter, wenn er es bei der Nachahmung
überdurchschnittlicher und eigenartiger Erzeugnisse unter-
läßt, zumutbare und geeignete Maßnahmen zu treffen, um
der Gefahr von Herkunftstäuschungen entgegenzuwirken.

Nach Meinung der Klägerin sind der Beklagten Änderungen vor allem in der Art der Randzahnung zuzumuten. Über diese Randzahnung heißt es in dem grundlegenden Gebrauchsmuster Nr. 1 626 819 der Klägerin, das allgemein ein- oder mehrschichtige Schutzpolster für medizinische und kosmetische Zwecke betraf, es werde dadurch außer der besseren Haftung des Polsters erreicht, daß der auf das Polster ausgeübte Druck auf eine wesentlich größere Fläche verteilt und ein scharfer schmerzender Druckrand verhindert werde. In den weiteren Gebrauchsmustern Nr. 1 819 098, 1 819 925 und 1 868 007 wird ebenfalls auf derartige Vorteile sowie auf die Vermeidung von Faltenbildung als Folge der Randzahnung hingewiesen. Aus diesen Angaben folgert das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß, daß die Randzahnung eine technisch vorteilhafte Funktion ausübt. Ist das aber der Fall, dann kann der Beklagten nach Ablauf des Gebrauchsmusterschutzes nicht zugemutet werden, auf die Ausnutzung der mit der Zahnung verbundenen Vorteile zu verzichten. Das stellt ersichtlich auch die Revision nicht in Abrede. Sie meint aber, daß sich diese Vorteile gleichermaßen oder möglicherweise sogar noch besser durch eine andere Randgestaltung erreichen ließen, etwa durch eine wellenförmige Ausführung, die sogar noch den Vorzug einer geringeren Ausfransung aufweise, oder - anstelle der Zahnung der oberen Deckschicht - durch eine Randveränderung beider Schichten oder zumindest der unteren Schicht, die in dem Gebrauchsmuster sogar bevorzugt empfohlen worden sei. Die Revision erkennt hier indessen folgendes: Unter wettbewerblichen Gesichtspunkten ist - wie der Senat bereits in der Pulverbehälter-Entscheidung näher ausgeführt hat - niemand gehalten, aus dem Stande der Technik, wenn dieser mehrere Lösungen anbietet, die objektiv angeblich beste Lösung zu

suchen; denn es soll unter mehreren Lösungen, die als angemessene Verwirklichung einer technischen Aufgabe erscheinen, frei gewählt werden dürfen (BGHZ 50, 125, 129). Die Freiheit der Beklagten, unter den verschiedenen Möglichkeiten technisch vorteilhafter Randgestaltungen zu wählen, könnte allenfalls dann zu beschränken sein, wenn die Verwendung einer identischen Randzahnung eine erhebliche Herkunftstäuschung zur Folge hätte und wenn abweichende Gestaltungen diese Gefahr in einem ins Gewicht fallenden Ausmaß verringern würden. Wie bereits dargelegt, ist aber im Streitfall von vornherein keine erhebliche Gefahr der Herkunftstäuschung zu befürchten. Darüberhinaus lassen weder die Beweisaufnahme noch der Vortrag der Klägerin ausreichende Anhaltspunkte dafür erkennen, daß die von der Klägerin genannten, wenig ins Auge fallenden Änderungen überhaupt geeignet wären, verbleibende Gefahren nennenswert zu mindern.

An dem zuletzt genannten Grunde scheitert auch die weitere Erwägung der Revision, die Beklagte habe - wenn sie schon die Randzahnung der oberen Deckschicht glaube identisch übernehmen zu müssen - wenigstens in der Umrißform auf Unterschiede bedacht sein müssen. Bei zweien der jetzt angegriffenen Pflaster, nämlich dem Hühneraugenpflaster und dem Pflaster gegen Ballenschmerzen, handelt es sich um landläufige Formgebungen ohne jede Eigenart, welche die Beklagte auch schon früher verwendet hatte. Was die Tropfenform des Hornhaut-Schutzpflasters und die Trapezform des Zwischenzehenpflasters anbelangt, so macht auch die Klägerin nicht geltend, daß diese Formgebung sich nicht auf Grund des besonderen Verwendungszweckes der Pflaster empfiehlt. Wie sich aus der ursprünglichen Fassung des Klagebegehrens ersehen läßt, hat die Klägerin

in der Umrißform selbst keine charakteristische herkunftskennzeichnende Eigenart erblickt. Um so mehr wäre es ihre Sache gewesen, nach Einbeziehung dieses Merkmals in den Klageantrag in nachprüfbarer Weise darzulegen, inwiefern Form und Größe der Pflaster überhaupt geeignet sind, betriebliche Herkunftsverwechslungen herbeizuführen, und inwieweit der Beklagten solche Abwandlungen zumutbar sind, welche die Verwechslungsgefahr nennenswert hätten vermindern können. Da zu diesen entscheidungserheblichen Fragen ein substantiierter Vortrag der Klägerin fehlt, muß bei der revisionsrechtlichen Überprüfung davon ausgegangen werden, daß für zumutbare Formänderungen nur ein geringer Spielraum bestand und daß etwaige Änderungen die Verwechslungsgefahr allenfalls geringfügig beeinflußt haben würden. Das Unterlassen derartiger Änderungen rechtfertigt es aber nicht, die grundsätzlich zulässige Nachahmung als unlauter zu mißbilligen, zumal die Gefahr von Herkunftstäuschungen infolge der unterschiedlichen Verpackungsaufmachung ohnehin nur gering ist.

3. Der Gesichtspunkt vermeidbarer Herkunftstäuschungen vermag nach alledem das begehrte Verbot nicht zu rechtfertigen. Andere unlautere Begleitumstände, welche die Nachahmung als wettbewerbswidrig erscheinen lassen könnten, sind nicht ersichtlich. Es fehlen insbesondere Anhaltspunkte dafür, daß die Beklagte unter Aufgabe ihrer eigenen früheren Entwicklung in unlauterer Weise darauf ausgegangen ist, sich zielbewußt an den guten Ruf der Klägerin anzuhängen. Für einen derartigen Vorwurf genügt es nicht, daß die Beklagte ihr Pflastersortiment um ein Zwischenzehenpflaster erweitert und ihre sämtlichen Pflaster nach Ablauf der Gebrauchsmusterrechte mit einer vorteilhaften Randzahnung versehen hat. Da der Verkehr die unterschied-

liche Herkunft der beiderseitigen Pflaster anhand der unterschiedlichen Verpackung erkennen kann, ist es im übrigen wettbewerbsrechtlich unschädlich, wenn die übereinstimmende Ausführung der Pflaster den Eindruck erwecken sollte, als seien die Pflaster der Beklagten ebenso gut brauchbar wie diejenigen der Klägerin. Denn wenn dieser Eindruck sachlich richtig ist - Gegenteiliges behauptet auch die Klägerin nicht - dann ist es bei nicht unter Sonderrechtsschutz stehenden Massenerzeugnissen für die Gesundheitspflege durchaus wettbewerbsgerecht, wenn Mitbewerber sich darum bemühen, den Verbraucher mit gleichwertigen Angeboten zu versorgen.

Die Beklagte handelt nach den rechtsirrtumsfreien Ausführungen des Berufungsgerichtes auch nicht deshalb unlauter, weil sie den Inhalt ihrer Packungen mit den kleineren Pflastern von neun auf sechs Stück ermäßigt hat. Unstreitig habe, so führt das Berufungsgericht dazu aus, die Klägerin den weitaus größten Anteil am Fußpflastermarkt. Infolgedessen sei es weitgehend zu einer Verbrauchergewohnheit geworden, Sechserpackungen zu kaufen und entsprechende Preise einzukalkulieren. Im Interesse der Konkurrenzfähigkeit sei daher die Beklagte genötigt gewesen, ebenfalls Packungen anzubieten, die den zum größten Teil auf dem Markt befindlichen preislich annähernd entsprächen. Das sei mit Packungen zu neun Pflastern nicht möglich gewesen. Daß diese im wesentlichen tatrichterlichen Ausführungen aus Rechtsgründen zu beanstanden seien, macht auch die Revision nicht geltend.

Die Revision der Klägerin war nach alledem unter
Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Krüger-Nieland	Sprenkman	Simon
Merkel	Girisch	