

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

UWG § 1

P u l v e r b e h ä l t e r

Der Nachbau technischer Merkmale eines fremden Erzeugnisses stellt grundsätzlich auch dann keinen Wettbewerbsverstoß dar, wenn er technisch nicht unbedingt notwendig ist. Der Nachbau ist dann nicht zu beanstanden, wenn ein vernünftiger Gewerbetreibender, der auch den Gebrauchszweck und die Verkäuflichkeit des Erzeugnisses berücksichtigt, die übernommene Gestaltung dem offenbarten Stand der Technik einschließlich der praktischen Erfahrung als angemessene technische Lösung entnehmen kann.

Die Sittenwidrigkeit des Nachbaus kann auch nicht mit dem Hinweis auf Verwechslungsgefahren und Ausnutzung von Gütevorstellungen begründet werden, soweit sie ihren Grund allein in der Übernahme der technischen Merkmale haben.

Der Nachbauende ist im Rahmen des Zumutbaren verpflichtet, die Gefahr der betrieblichen Herkunftsverwechslung durch geeignete Maßnahmen zu beseitigen oder wenigstens zu verringern.

BGH, Urt. v. 3. Mai 1968. - I ZR 66/66 - OLG Frankfurt (Main)
LG Frankfurt (Main)

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 66/66

URTEIL

Verkündet am
3. Mai 1968
Werner,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter:

gegen

1.

2.

3.

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Mai 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Pehle, Dr. Sprenkmann, Dr. Mösl, Alff und Dr. Merkel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 24. Februar 1966 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Die Klägerin hat auch die weiteren Kosten der gegen den Beklagten D. [REDACTED] gerichteten Klage zu tragen.

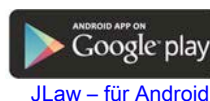
Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin gehört zu den führenden Unternehmen auf dem Gebiet der Schweißtechnik und Reparaturschweißung. Seit dem 1. Januar 1964 vertrieb sie eine nach ihrem Vortrag auf dem deutschen Markt führende Flamspritze, zu deren Bestandteilen eine Mischkammer gehört, auf die ein Vorratsbehälter für Schweißpulver (Metallpulver) aufgesetzt wird. Der Pulverbehälter unterscheidet sich von früheren Behältern dieser Art dadurch, daß er anstatt aus Metall aus milchig-durchsichtigem Kunststoff besteht; auch ist er nicht oben offen und mit einem Deckel verschließbar, sondern besteht aus einem Stück. Er kann mittels eines



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



Bajonettverschlusses auf die Mischkammer aufgesetzt werden und weist in seinem oberen Teil zwei scharfe Harmonikafalten auf. Gefüllte Pulverbehälter sind auch einzeln im Handel, um an die Besitzer von Flamspritzpistolen verkauft zu werden.

Die beklagte Firma M [REDACTED] Friedrich D [REDACTED] oHG ist seit dem 1. Mai 1965 ein Einzelunternehmen des Beklagten zu 1, des Kaufmanns Erwin P [REDACTED]; sie stellt unter - nach der Behauptung der Klägerin bestimmender - Mitarbeit des Kaufmanns Sch [REDACTED] (Beklagten zu 2), eines früheren langjährigen Angestellten der Klägerin, seit dem letzten Vierteljahr des Jahres 1964 ebenfalls Flamspritzpistolen der nachstehend abgebildeten Art mit Mischkammer und Pulverbehälter her und bringt sie auf den Markt.



Die Klägerin erblickt darin unlauteren Wettbewerb. Sie hat geltend gemacht, die Beklagten hätten, um den marktbeherrschenden guten Ruf der Erzeugnisse der Klägerin für sich auszunutzen, ihr Erzeugnis dem der Klägerin durch Übernahme der Formgestaltung von Mischkammer und Pulverbehälter angeglichen und dadurch bewußt eine Verwechslungsgefahr herbeigeführt. Dies ergebe sich aus einem Vergleich der beiderseitigen Erzeugnisse, insbesondere in der Gesamtform, und aus der Übereinstimmung von vielen Einzelheiten, wie sie in den Klageanträgen aufgeführt seien. Daß die Beklagten planmäßig vorgegangen seien, folge auch aus anderen Umständen, etwa dem Versuch der Abwerbung von Angestellten - der gelegentlich sogar gelungen sei - und der Mitnahme von Kundenlisten durch den Beklagten Sch[REDACTED]. Die Beklagten hätten, wenn sie die Gefahr von Verwechslungen hätten vermeiden wollen, unschwer andere Gestaltungsformen finden können.

Die Klägerin hat im Berufungsrechtszug die behauptete Übereinstimmung der Mischkammer nicht mehr beanstandet und hat zuletzt folgende Anträge gestellt:

1. Den Beklagten wird bei Meidung von Geldstrafen in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafen bis zu 6 Monaten für jeden Fall der Zuwiderhandlung untersagt,

Pulverbehälter für Flamspritzpistolen gemäß anliegender Fotografie herzustellen, feilzuhalten und in Verkehr zu bringen, die

- a) aus einem milchiggrauen, geschlossenen Kunststoffkörper bestehen,
- b) an ihrem oberen Ende zwei scharf geknickte, parallele Harmonikafalten aufweisen,
- c) an ihrem unteren Ende in einen Hals auslaufen, auf dessen Außenseite zwei einander gegenüberliegende flache Nocken angeordnet sind.

2. Die Beklagten werden verurteilt,

der Klägerin über das Herstellen, Feilhalten und Inverkehrbringen von Gegenständen nach
1) Auskunft zu erteilen, insbesondere durch Angabe der hergestellten Stückzahlen, der jeweils gelieferten Mengen und der jeweils in Rechnung gestellten Preise.

3. Es wird festgestellt, daß die Beklagten verpflichtet sind, der Klägerin allen aus Herstellung, Feilhalten und Inverkehrbringen der Gegenstände nach
1) entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie haben die von der Klägerin behaupteten Übereinstimmungen der Erzeugnisse in Abrede gestellt und damit die Gefahr von Verwechslungen verneint. Dazu haben sie geltend gemacht, daß es sich um eine durchschnittliche Formgebung ohne Eigentümlichkeit handle, wobei technische Merkmale vom Verkehr nicht als Hinweis auf die Herkunft aufgefaßt würden und daher keine Verkehrsgeltung zugunsten des Herstellers erlangen könnten. Selbst wenn die Erzeugnisse miteinander verwechselt werden sollten, bedeute dies noch keine Verwechslung der Herstellerfirmen. Die Pistolen und die Behälter würden nur an Fachkreise verkauft, die über die Herkunft nicht getäuscht werden könnten, zumal die jeweiligen Firmenbezeichnungen deutlich auf den Erzeugnissen hervorgehoben seien. Die von der Klägerin angeführten Einzelteile seien technisch bedingt, die Beklagten hielten zudem ihre Erzeugnisse in den Abmessungen der DIN-Normen. Die Pulverbehälter seien nur Zubehör zur Spritzpistole und daher nicht geeignet, Herkunftsvorstellungen hervorzurufen. Schwerdt sei lediglich freier Mitarbeiter ohne Einfluß

auf die Unternehmensführung, habe die Firma nicht mit aufgebaut und habe gegenüber der Klägerin keinen unlauteren Wettbewerb begangen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; sein Urteil ist gerichtet gegen

1. die Firma M [REDACTED], Friedrich D [REDACTED] oHG,
2. ihren persönlich haftenden Gesellschafter, den Kaufmann Erwin P [REDACTED],
3. den Kaufmann Karl Sch [REDACTED].

Gegen dieses Urteil haben Friedrich D [REDACTED], Karl Sch [REDACTED] und Erwin P [REDACTED] Berufung eingelegt; später ist die Berufung "vorsorglich" auch für die Firma M [REDACTED], Friedrich D [REDACTED] oHG, eingelegt worden. Vor dem Berufungsgericht hat die Klägerin erklärt, die Klage richte sich gegen den unter der Firma M [REDACTED] Friedrich D [REDACTED] handelnden Kaufmann Erwin P [REDACTED] sowie gegen den Kaufmann Karl Sch [REDACTED]. Hinsichtlich des Beklagten Friedrich D [REDACTED] haben die Parteien den Rechtsstreit bezüglich der Anträge 1 und 2 in der Hauptsache für erledigt erklärt, ebenso bezüglich des Antrags 3, soweit dieser Antrag die Zeit nach dem Ausscheiden des Beklagten D [REDACTED] aus der Firma M [REDACTED] betrifft; insoweit haben sie wechselseitig Kostenbelastung beantragt.

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und die Klage gegen den Beklagten D [REDACTED], soweit sie nicht erledigt ist, abgewiesen; die Kosten der Berufung und des erledigten Teils des Rechtsstreits hat es der Klägerin auferlegt.

Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt die Klägerin ihre zuletzt gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Das Berufungsgericht legt zunächst dar, daß sich die Berufung der Klägerin nur gegen die Beklagten P [REDACTED] und S [REDACTED] richte; die Klage sei gegen drei Personen (P [REDACTED], Sch [REDACTED] und D [REDACTED]) erhoben worden, von denen seit dem 1. Mai 1965 unstreitig der Kaufmann P [REDACTED] identisch sei mit der früheren oHG M [REDACTED] Friedrich D [REDACTED], die von ihm seit dem Ausscheiden des Gesellschafters D [REDACTED] als Einzelfirma fortgeführt werde. Insofern sei die "vorsorgliche" Ausdehnung der Berufung auf die oHG ohne rechtliche Bedeutung gewesen.

Soweit im Berufungsrechtszug Anträge gegen den Beklagten D [REDACTED] verlesen worden seien, hätten die Parteien nicht berücksichtigt, daß gegen ihn kein Urteil erster Instanz ergangen sei, der Rechtsstreit insoweit also in der ersten Instanz anhängig geblieben sei. Gleichwohl habe das Berufungsgericht - unter Bezugnahme auf das Urteil BGHZ 30, 213 - auch über die gegen D [REDACTED] gerichtete Klage entscheiden können, soweit sie nicht durch übereinstimmende Erklärungen der Parteien für erledigt erklärt worden sei.

2. Die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht nicht geprüft habe, ob das Landgericht tatsächlich ein Ausscheiden D [REDACTED] aus dem Rechtsstreit angenommen habe und aus welchem Grunde die Parteibezeichnung des landgerichtlichen Urteils von der Parteibezeichnung im Schriftsatz

der Klägerin vom 2. April 1965 abweiche; daß D. [REDACTED] aus der Gesellschaft ausgeschieden sei, so meint die Revision weiter, habe jedenfalls nicht ohne weiteres sein Ausscheiden aus dem Rechtsstreit zur Folge gehabt.

Diese Darlegungen können ebenso auf sich beruhen wie die Frage, ob das Oberlandesgericht zu Recht der angeführten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 30, 213) die Meinung entnehmen konnte, in einem Falle wie dem vorliegenden könne über einen in erster Instanz anhängig gebliebenen Teil des Rechtsstreits vom Berufungsgericht mit entschieden werden. Denn im Berufungsrechtszug haben die Parteien das teilweise Ausscheiden D. [REDACTED] aus dem Rechtsstreit anerkannt und demgemäß den Rechtsstreit gegen ihn zum größeren Teil für erledigt erklärt. Das Berufungsgericht hat danach in Richtung gegen D. [REDACTED] nur noch über den Klageantrag zu 3) für die Zeit vor dem Ausscheiden Dehnes aus der Firma M. [REDACTED] entschieden. Das entsprach den Anträgen der Parteien und beschwert die Klägerin nicht; auch die Revision erhebt insoweit keine Angriffe gegen das Ergebnis des angefochtenen Urteils.

II. In der Sache hat das Berufungsgericht die Klageansprüche für unbegründet angesehen.

Das angefochtene Urteil legt dar, daß die Klage nur noch auf die Pulverbehälter der Flammsspritzpistole bezogen sei. In Rede stehe insoweit lediglich der Vorwurf unlauteren Wettbewerbs (§ 1 UWG) unter dem Gesichtspunkt des sogenannten sklavischen Nachbaus der Pulverbehälter. Da sich die Klägerin weder auf gewerbliche Schutzrechte noch auf eine Verkehrsgeltung im Sinne des § 25 WZG berufe, müßten besondere Umstände vorliegen, aus denen die Klägerin gegebenenfalls eine Verletzung der guten wettbewerblichen Sitten geltend machen könnte.

Solche Umstände sieht das Berufungsgericht nicht für gegeben an. Auch wenn man unterstelle, daß es sich bei den Pulverbehältern der Klägerin um überdurchschnittliche Erzeugnisse handle, müßten zwischen ihnen und den Erzeugnissen der Beklagten solche Übereinstimmungen bestehen, daß die beteiligten Verkehrskreise geneigt seien, sie der gleichen Herkunftsstätte zuzuschreiben.

Eine solche Übereinstimmung bestehe nicht. Der Behälter der Klägerin erwecke einen gedrunghenen, fast gestauchten Eindruck und wirke kompakt und eckig; dagegen sehe der M[REDACTED]-Behälter der Beklagten schlank und gestreckt, leicht und elegant aus. Dieser unterschiedliche Gesamteindruck werde durch die Übereinstimmung einzelner Merkmale nicht aufgehoben. Als solche Einzelmerkmale habe die Klägerin insbesondere den Bajonettverschluß, das Vorhandensein eines Halses zwischen der Öffnung und dem eigentlichen Behälterraum, die geschlossene Form (Fehlen eines Deckels), den Durchmesser und die zwei scharfen Harmonikafalten hervorgehoben. Davon seien die drei ersten Merkmale technisch bedingt, also nicht geeignet, auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betriebe hinzuweisen; das gleiche gelte von dem Durchmesser der Behälter und von den Falten, die als Balgen dienten und beim Ausströmen des Pulvers ein Vakuum vermeiden sollten.

Soweit der Verkehr solche Übereinstimmungen bemerken sollte, würde ein daraus etwa zu entnehmender Herkunftshinweis dadurch wieder aufgehoben, daß die Erzeugnisse beider Parteien unübersehbar den jeweiligen Firmenaufdruck trügen; zudem würden die Behälter nicht von Laien, sondern von Fachleuten erworben, die nicht so leicht einer Herkunftstäuschung unterlägen. Damit sei insgesamt ein hin-

reichend großer Abstand von den Erzeugnissen der Klägerin gewahrt; in diesem Rahmen sei es den Beklagten nicht zuzumuten, auf technisch notwendige oder zweckmäßige Gestaltungen zu verzichten.

III. Diese Darlegungen halten den Angriffen der Revision stand.

1. Der wettbewerbsrechtliche Schutz technischer Gestaltungen reicht im allgemeinen nicht so weit wie der Ausstattungsschutz; da es um den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb geht, kommt in der Regel nicht ein Schutz gegen den Nachbau als solchen oder den Vertrieb des nachgebauten Erzeugnisses, sondern nur ein Begehren nach der Richtung in Betracht, daß bei dem Vertrieb Maßnahmen getroffen werden, die geeignet sind, die durch die erlaubte Übernahme der technischen Gestaltungsmerkmale bedingte Gefahr der Verwechslung der beiderseitigen Erzeugnisse nach Möglichkeit einzudämmen, und die dem Beklagten auch zugemutet werden können. Diese Beschränkung ergibt sich daraus, daß in den Fällen der Übernahme gemeinfreier technischer Merkmale der Schutz seinen Grund nicht in der vom Kläger erbrachten technischen Leistung hat; für den Schutz dieser Leistung sorgen vielmehr die in den Sondergesetzen für technische Schutzrechte enthaltenen Vorschriften mit der starren zeitlichen Begrenzung des Schutzes.

Bei einem Fall wie dem vorliegenden scheidet auch - entgegen der Ansicht der Revision - der Gesichtspunkt des Schutzes gegen eine unmittelbare Leistungsübernahme (BGH GRUR 1966, 503, 509 - Apfelmadonna) aus; denn ein solcher Schutz kommt nur in den Sonderfällen in Betracht, bei denen die Übernahme der fremden Leistung im wesentlichen

deshalb als anstößig empfunden wird, weil ein Sonder-
schutz der Leistung nicht erwirkt werden konnte und der
Übernehmende wegen der Ersparnis eigener Aufwendungen
einen so erheblichen geschäftlichen Vorsprung vor dem
anderen erreicht - der für seine Leistung zwangsläufig
erhebliche Kosten und Mühen aufwenden mußte -, daß bei
allgemeiner Anerkennung der Rechtmäßigkeit einer solchen
Leistungsübernahme der auch im Allgemeininteresse liegende
Anreiz zur Entwicklung fortschrittlicher Leistungen ge-
nommen werden würde (vgl. BGH GRUR 1966, 617, 620 - Saxophon).
Derartige Umstände sind im vorliegenden Fall ersichtlich
nicht gegeben.

2. Im Rahmen des § 1 UWG kann allerdings ein Schutz
auch gegenüber der Übernahme technisch-funktioneller Ge-
staltungsmerkmale gegeben sein.

a) Die Übernahme gemeinfreier technischer Gestaltungs-
merkmale darf jedoch nicht in einer Weise erschwert wer-
den, die mit dem Sinn des gesetzlichen Schutzes technischer
Lehren nicht vereinbar wäre; das würde aber geschehen, wenn
man in Anlehnung an einzelne, in der bisherigen Recht-
sprechung zur Frage des Ausstattungsschutzes entwickelte
Formulierungen darauf abstellen würde, dem Schutz seien
nur diejenigen Gestaltungsmerkmale entzogen, die "technisch
unbedingt notwendig" seien (BGHZ 11, 129 - Zählkassetten),
und alle diejenigen ohne weiteres zugänglich, die zur
Förderung der technischen Brauchbarkeit nur "geeignet"
und also technisch lediglich "zweckmäßig" seien (BGHZ 18,
175 - Werbeidee; BGH GRUR 1959, 423 - Fußballstiefel). Es
ist der Sinn der gesetzlichen Regelung, einerseits neue
technische Lehren von einem gewissen Rang befristet zu
schützen, den Erfinder also dafür zu belohnen, daß er den
Stand der Technik bereichert hat, andererseits aber auch,

die Allgemeinheit nach Ablauf des Monopols des Erfinders an dieser Bereicherung der Technik teilnehmen zu lassen, oder, falls ein solches Monopol nicht besteht, die technische Lehre von vornherein der Allgemeinheit zugute kommen zu lassen. Schon hieraus ergibt sich, daß es für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Übernahme gemeinfreier technischer Mittel nicht der entscheidende Gesichtspunkt ist, ob die Übernahme technisch unbedingt notwendig ist oder nicht. Im übrigen wird sich die Frage, ob ein Gestaltungsmerkmal technisch bedingt ist, in vielen Fällen nicht rein objektiv dahin beantworten lassen, ob der jeweils erstrebte technische Erfolg nur mittels des übernommenen Gestaltungsmerkmals oder auch auf andere Weise erreicht werden könne. Das gilt vor allem, wenn ein Erzeugnis einem Gebrauchszweck dient, in dem sich mehrere technische Funktionen vereinigen, wobei es häufig so liegt, daß kein absolut geltendes Verhältnis zwischen der technischen Wichtigkeit und Bedeutung der einzelnen Funktionen besteht. Außerdem wird das Urteil hierüber von den Verbrauchererwartungen beeinflusst, die jeder vernünftige Gewerbetreibende mit in Rechnung stellen muß und darf. Das Recht auf Benutzung des freien Standes der Technik wird mißachtet, wenn man im Einzelfall den Übernehmer einer gemeinfreien technischen Gestaltung auf das Risiko verweist, es mit einer anderen Lösung zu versuchen oder es auf einen Rechtsstreit darüber ankommen zu lassen, ob nach dem letzten Stand der Technik eine andere gleichwertige Lösung objektiv möglich ist.

Ob eine technische Gestaltung in diesem Sinne als zweckmäßig dem Gemeingebrauch im Rahmen des § 1 UWG freizuhalten ist, muß hiernach ausschlaggebend danach beurteilt werden, ob ein vernünftiger Gewerbetreibender, der auch den

Gebrauchszweck und die Verkäuflichkeit der Ware im Auge hat, diese Gestaltung dem offenbaren Stand der Technik einschließlich der praktischen Erfahrung als angemessene technische Lösung entnehmen kann. Niemand ist gehalten, aus dem Stand der Technik, wenn dieser mehrere Lösungen anbietet, die objektiv angeblich

"beste" Lösung zu suchen; unter mehreren Lösungen, die als angemessene Verwirklichung einer technischen Aufgabe erscheinen, soll frei gewählt werden dürfen.

b) Aus diesen Grundsätzen ergibt sich für die Betrachtung im Rahmen des § 1 UWG, daß bei Übernahme gemeinfreier technischer Merkmale der Wettbewerbsverstoß nicht schon in dem Nachbau als solchen, sondern erst in dem Inverkehrbringen des nachgebauten Erzeugnisses erblickt werden kann; aber selbst der Vertrieb ist nicht für sich allein wettbewerbswidrig, sondern erst dann, wenn er auf eine wettbewerbsrechtlich zu beanstandende Art und Weise vorgenommen wird, wobei der Gesichtspunkt der Irreführung des Publikums über die betriebliche Herkunft der Erzeugnisse im Vordergrund steht. Dabei reicht selbst die Gefahr der Verwechslung der Erzeugnisse für sich allein noch nicht aus, um den Vorwurf des Wettbewerbsverstoßes zu begründen; denn sie ist vielfach durch die erlaubte Übernahme der technischen Gestaltungsmerkmale bedingt und tritt um so eher auf, je mehr das Vorbild dem technischen Zweck und nur diesem angepaßt ist, was namentlich bei Massenerzeugnissen häufig zutrifft.

Die Rechtsprechung hat deshalb stets daran festgehalten, daß der Vertrieb technischer Erzeugnisse, bei denen gemeinfreie Gestaltungsmerkmale übernommen wurden, nur bei Hinzutreten besonderer Umstände als wettbewerbswidrig angesehen werden kann. Ein Wettbewerbsverstoß ist

danach unter dem Gesichtspunkt der vermeidbaren Herkunftstäuschung dann als gegeben angenommen worden, wenn es sich bei dem Vorbild um ein eigenartiges, überdurchschnittliches Erzeugnis handelt und der Übernehmende sein Erzeugnis in den Verkehr bringt, ohne sich um die Gefahr von Herkunftstäuschungen zu kümmern und ohne zumutbare und geeignete Maßnahmen zu treffen, um dieser Gefahr entgegenzuwirken.

aa) Das Erfordernis der Eigenart und Überdurchschnittlichkeit setzt nicht voraus, daß es sich um ein Erzeugnis von besonderer Eigenart und überragender technischer Qualität handle; vielmehr soll dieses Erfordernis nur negativ klarstellen, daß einem wettbewerbsrechtlichen Schutz diejenigen Erzeugnisse nicht zugänglich sind, denen jede "wettbewerbliche Eigenart" deshalb fehlt, weil der Verkehr bei ihnen nach allgemeiner Erfahrung keinen Wert auf die Herkunft aus einem bestimmten Betriebe legt. Das trifft im allgemeinen bei Massenware, aber auch bei dieser nicht immer zu. Dieses Erfordernis besagt daher nur, daß für den wettbewerbsrechtlichen Schutz alle diejenigen Erzeugnisse in Betracht kommen, bei denen der Verkehr immerhin Wert auf ihre betriebliche Herkunft legt und gewohnt ist, aus bestimmten Merkmalen, die allerdings auch technischer Natur sein können, auf die betriebliche Herkunft zu schließen (BGH GRUR 1963, 152, 155 - Rotaprint). Damit wird aber deutlich, daß dieses Erfordernis keine eigenständige Bedeutung hat, sondern in dem weiteren für die Anwendung des § 1 UWG vorauszusetzenden Erfordernis aufgeht, daß durch den Vertrieb des nachgebauten Erzeugnisses auf Grund der Übereinstimmung bestimmter, vom Publikum als Herkunftszeichen angesehener Merkmale die Gefahr einer betrieblichen Herkunftsverwechslung begründet wird. Aus diesem Erfordernis folgt

ferner, daß das nachgebaute Erzeugnis des Verletzten im Verkehr bekannt sein muß, wobei allerdings eine Verkehrsgeltung im Sinne des § 25 WZG nicht erforderlich ist.

bb) Auch das Merkmal, daß der Unternehmer sich nicht um die Gefahr von Herkunftsverwechslungen "kümmert" (Lindenmaier, GRUR 1949, 309, 311; Nerreter, GRUR 1957, 525, 531), hat nicht die Bedeutung eines zusätzlichen subjektiven Erfordernisses und erscheint deshalb entbehrlich. Wenn nämlich der Übernehmende objektiv die nach den Umständen geeigneten und zuzumutenden Maßnahmen trifft, um der Gefahr von Verwechslungen zu begegnen, so hat er sich ausreichend um die Verwechslungsgefahr "gekümmert" und seinen wettbewerbsrechtlichen Pflichten genügt. Trifft er diese Maßnahmen dagegen nicht, so bedarf es im Rahmen des Unterlassungsanspruchs für die Annahme eines Wettbewerbsverstoßes nicht des zusätzlichen Merkmals eines gewissenlosen Inkaufnehmens der Verwechslungsgefahr.

cc) Der Vertrieb technischer Erzeugnisse, bei denen gemeinfrei gewordene technische Merkmale übernommen sind, ist hiernach grundsätzlich nicht wettbewerbswidrig. Besteht jedoch die Gefahr einer betrieblichen Herkunftstäuschung, so verstößt es gegen die Regeln des lauterer Wettbewerbs, wenn der Nachbauende es unterläßt, geeignete und zuzumutende Maßnahmen zur Verhütung oder Verringerung der Gefahr echter Herkunftsverwechslungen zu ergreifen.

c) Kommt der Nachbauende dieser Pflicht nach, dann kann ein Wettbewerbsverstoß auch nicht allein damit begründet werden, jener nutze eine Gütevorstellung aus, die der Verkehr mit dem Erzeugnis des früher auf den Markt gekommenen Herstellers verbindet. Soweit

die Gütevorstellung lediglich an technische Merkmale und Gebrauchsvorteile anknüpft, ist dies wiederum die selbstverständliche Folgerung aus dem Recht auf Benutzung des freien Standes der Technik.

Verbindet sich dagegen die Gütevorstellung ausnahmsweise mit einem besonderen Ruf des früher auf den Markt gekommenen Herstellers, namentlich mit einem Vertrauen auf die bei ihm gewohnte gute Verarbeitung oder Konstruktion, dann muß dies im Rahmen der Frage Berücksichtigung finden, welche Maßnahmen dem Übernehmenden zugemutet werden müssen, um der Gefahr einer betrieblichen Herkunftsverwechslung vorzubeugen. Dieser Gesichtspunkt ist vor allem zu beachten, wenn es sich um technisch hochentwickelte Gegenstände handelt, bei denen es nach der Verkehrsauffassung maßgeblich auch auf die Güte der Verarbeitung ankommt. (BGH GRUR 1963, 152, 156 - Rotaprint). Eine strengere Beurteilung in der Zumutbarkeitsfrage ist in diesen Fällen deshalb geboten, weil dann zu der Gefahr bloßer Herkunftsverwechslung die einer Täuschung von Qualitätserwartungen des Publikums tritt. Ähnlich kann es liegen, wenn durch verschlechterte, aber verwechselbare Nachahmung die Gefahr besteht, daß die fremde Ware in Mißkredit gebracht wird. Im vorliegenden Fall ist eine derartige Täuschungsgefahr jedoch nicht ersichtlich.

d) Welche Maßnahmen im Einzelfall zur Vermeidung von Herkunftsverwechslungen geeignet und zumutbar sind, kann zumeist ohne Befragung technischer Sachverständiger beantwortet werden. Bei der Frage der Zumutbarkeit sind die Erwägungen, welche dazu führen, den Ausstattungsschutz für die zum Wesen der Ware rechnenden Merkmale zu versagen, entsprechend heranzuziehen. Es kommt auch hier insbesondere

darauf an, ob es dem Übernehmenden billigerweise verwehrt werden kann, den im Schrifttum offenbaren und durch praktische Erfahrung bestätigten Stand der Technik bei seiner Produktion zugrunde zu legen; ebenso ist auch hier von Bedeutung, ob die Verbraucher auf das Vorhandensein bestimmter Merkmale, die sie für den Gebrauchszweck als wesentlich ansehen, Wert legen (BGH GRUR 1962, 144 = BGHZ 35, 341 - Buntstreifensatin). Wenn die Änderung der technischen Gestaltung nicht zumutbar erscheint, kann die Anbringung sonstiger unterscheidender Hinweise geboten sein.

Die Frage, ob eine Maßnahme geeignet ist oder ausreicht, um die Gefahr von Herkunftstäuschungen zu vermeiden oder zu verringern, liegt im Einzelfall weitgehend auf dem Gebiet tatrichterlicher Beurteilung (BGH GRUR 1954, 337 - Radschutz). Zu Maßnahmen, die hierzu nicht geeignet sind, etwa weil sie von den in Betracht kommenden Verkehrskreisen nicht wahrgenommen werden würden, ist der Übernehmende nicht verpflichtet (OLG Düsseldorf GRUR 1953, 394).

3. Bei Anlegung dieser Maßstäbe, die das Berufungsgericht im wesentlichen beachtet hat, fällt den Beklagten kein Rechtsverstoß zur Last.

a) Die Revision meint, das Berufungsgericht habe die Anträge der Klägerin nicht im vollen Umfang abweisen dürfen, da die Klägerin, worauf sie in ihrem Schriftsatz vom 3. Februar 1966 hingewiesen habe, vorläufigen Patentschutz für ihren Pulverbehälter zuerkannt bekommen habe.

Diese Rüge dringt nicht durch. Die Klägerin hatte selbst vorgetragen, daß der Beklagten in diesem Rechtsstreit nicht zum Vorwurf gemacht werde, sich die der konkreten Ausgestaltung der Pulverbehälter der Klägerin

zugrunde liegenden, gegenüber dem unstreitigen Stande der Technik neuen Gedanken zunutze gemacht zu haben; dies könne und werde Gegenstand eines Patentverletzungsprozesses sein. Vorgeworfen werde der Beklagten, daß sie bei der Entwicklung ihres Pulverbehälters den gleichen Weg gegangen sei wie die Klägerin, obwohl technisch gleichwertige andere Lösungsmöglichkeiten vorhanden gewesen seien. Der bloße Hinweis auf eine Auslegeschrift bot für das Berufungsgericht keinerlei Anlaß, über die von der Klägerin selbst begrenzte Klagebegründung hinaus auch zu prüfen, ob ein gewerbliches Schutzrecht der Klägerin verletzt worden sei.

b) Auf die Ausführungen der Revision, wonach das Erzeugnis der Klägerin neuartig und überdurchschnittlich sei, braucht nicht eingegangen zu werden; denn das Berufungsgericht hat zugunsten der Klägerin unterstellt, daß der von ihr hergestellte Pulverbehälter eine sich von anderen Behältern deutlich unterscheidende besondere Ausgestaltung aufweise und somit als überdurchschnittlich anzusehen sei; er sei dadurch geeignet, die beteiligten Verkehrskreise darauf hinzuweisen, daß er aus einem bestimmten Unternehmen komme; ferner habe die Klägerin an diesem Erzeugnis eine gewisse Verkehrsbekanntheit im Sinne eines "wettbewerblichen Besitzstandes" erlangt.

Da sich das angefochtene Urteil mit dieser Unterstellung nicht in Widerspruch gesetzt hat, sind die Angriffe der Revision, mit denen sie die Überdurchschnittlichkeit dartun will, gegenstandslos.

c) Die Revision hält es für rechtsfehlerhaft, daß das Berufungsgericht lediglich die äußeren Formen der beiderseitigen Erzeugnisse auf ihre Unterschiede hin gewürdigt habe; sie meint, für die Fachkreise, die mit den Pulverbehältern angesprochen würden, müsse die Gleichheit der Mittel im Vordergrund stehen, mit denen die technische Lösung versucht worden sei; diese Gleichheit sei aber vollkommen, ihr gegenüber trete der Unterschied in der äußeren Form der Behälter völlig zurück.

Auch dieser Angriff ist unbegründet. Angesichts der grundsätzlichen Zulässigkeit des Nachbaus kommt es in diesem Zusammenhang allein auf die Frage an, ob die Beklagten die ihnen zumutbaren Maßnahmen getroffen haben, um die durch die Ähnlichkeit der Formen bedingte Verwechslungsgefahr zu vermindern. Übereinstimmungen, die lediglich durch die Übernahme der technisch zweckmäßig erscheinenden Merkmale begründet sind, können - wie dargelegt - die Anwendung des § 1 UWG nicht rechtfertigen.

Zu der danach allein noch maßgebenden Frage des zumutbaren Abstandes hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum ausgeführt, daß es nicht zuzumuten wäre, technisch notwendige oder zweckmäßige Gestaltungen fortzulassen, also etwa eine andere als die deckellose Form zu wählen oder auf die Nachgiebigkeit des Behälters zu verzichten, da andernfalls das Nachrinnen des Metallpulvers nicht gewährleistet wäre. Auch die Gestaltung der Falten als scharfkantig und ihre Anzahl (zwei) erscheine technisch zweckmäßig, da die Falten die Nachgiebigkeit erhöhten und eine einzige Falte unzureichend wäre, während mehr als zwei Falten bei der Kleinheit des Behälters nicht erforderlich seien oder ihn unnötig vergrößern würden. Gegen die Ausweichvorschläge der Klägerin - Membrane oder verschiebbarer

Boden statt der Harmonikafalten, Schraubgewinde statt Bajonettverschluß - habe die Beklagte unwidersprochen eingewendet, daß diese Lösungen technisch und wirtschaftlich nicht gleichwertig und daher nicht zumutbar seien. Die Verwendung milchiggrauen Kunststoffs sei bei Kunststoffbehältern allgemein üblich und wegen der Durchsichtigkeit technisch wesentlich; die Klägerin habe nicht dargetan, daß Kunststoff anderer Färbung technisch gleichwertig sei.

Diese Darlegungen entsprechen den oben angeführten allgemeinen Grundsätzen zur Frage des Nachbaus. Insbesondere ist es rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht es als für den Übernehmenden unzumutbar ansieht, auf zweckmäßige technische Gestaltungen zu verzichten, die zum freien Stand der Technik gehören. Gegen die tatrichterliche Würdigung im einzelnen, mit der der Berufsrichter die von der Klägerin in Anspruch genommenen Merkmale als technisch zweckmäßig angesehen hat, hat die Revision keine begründeten Einwände vorzubringen.

Die hiernach zumutbaren Maßnahmen zur Verminderung der Verwechslungsgefahr haben die Beklagten vorgenommen. Sie bringen auf ihren Pulverbehältern ihre deutlich wahrnehmbare Bezeichnung M [REDACTED] an, die nicht nur aufgeklebt, sondern haltbar in Farbe aufgebracht ist, während die Erzeugnisse der Klägerin unter der Bezeichnung E [REDACTED] im Verkehr bekannt sind. Zu Recht konnte das Berufungsgericht auch den Umstand als die Verwechslungsgefahr vermindern in Betracht ziehen, daß für den Erwerb der Pulverbehälter nur Fachleute in Betracht kommen, die einer Herkunftstäuschung schwerer unterliegen als ein nicht sachkundiges Laienpublikum, zumal die Pulverfüllung nach dem unstreitigen Parteivortrag recht wertvoll (bis zu 100 oder 120 DM)

sein kann. Nimmt man diese Umstände zusammen mit den vom Berufungsgericht hervorgehobenen Unterschieden in der äußeren Form der beiderseitigen Erzeugnisse, dann konnte der Berufsrichter ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis kommen, daß das Maß der Verwechslungsgefahr in zumutbarem Maße verringert worden ist. Auch für die Annahme einer mittelbaren Verwechslungsgefahr bietet ein Sachverhalt wie der vorliegende keinen hinreichenden Anlaß.

Bei dieser Sachlage kann die Revision auch nicht damit durchdringen, daß sie einen von der Klägerin recht allgemein gestellten Antrag auf Anhörung eines Sachverständigen als übergangen rügt.

d) Fehlt es sonach an einer wettbewerbsrechtlich unzulässigen Übernahme fremder technischer Gestaltungsmerkmale, dann kann es auch rechtlich nicht beanstandet werden, daß das Oberlandesgericht im Rahmen der hier gestellten Anträge nicht den Vorfällen nachgegangen ist, die die Klägerin bezüglich des Beklagten zu 2 und des Abwerbens von Angestellten behauptet hatte.

IV. Da das angefochtene Urteil auch im übrigen keinen Rechtsfehler ersehen läßt, war die Revision der Klägerin mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts war dahin zu ergänzen, daß die Klägerin auch die Kosten des nicht erledigten Teils der gegen den Beklagten Dehne gerichteten Klage zu tragen hat, den das Berufungsgericht abgewiesen hat.

Pehle

Sprenkman

Mösl

Alff

Merkel