

BGer 4C.60/2003 vom 2. Juli 2003

Bundesgericht, 2003-07-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.60_2003

FR: TF 4C.60/2003 du 2 juillet 2003

IT: TF 4C.60/2003 del 2 luglio 2003

Regeste

Immaterialgüter-, Wettbewerbs- und Kartellrecht

Erwägungen

E. 1

Die Vorinstanz hat zunächst ausgeführt, dass die Klägerin ihr Produkt "Petit Gervais" bereits Ende der 70er-Jahre auf den Markt gebracht habe. Bis Mitte 1995, als die Beklagten ihr Produkt "Petit Suisse" lanciert hätten, habe es keine Frischkäsegallerte mit vergleichbarer Ausstattung gegeben. Aufgrund der langen Konkurrenzlosigkeit und der auffälligen Ausstattung - d.h. sechs zusammengefügte kleine Plastikbecher in drei unterschiedlichen Farben der Farbbereiche gelb, orange, grün, rot und lila - sei eine Kennzeichnungskraft des klägerischen Sixpacks gegeben. Die Plastikbecher der beklaglichen "Petit Suisse" entsprächen dabei aufgrund ihrer besonderen Form (Eierbecher-Form), der speziellen Farbgebung (kräftig leuchtende Farben aus den Bereichen rot, gelb, grün, orange und lila) und vor allem der Farbkombination (drei verschiedene Farben pro Sixpack) weitgehend den klägerischen "Petit Gervais". Kleine Unterschiede wie beispielsweise die Reihenfolge der Kombination der Farben, die Nuancierung der Farbtöne etc. - beträfen nur Details und würden im Erinnerungsbild völlig verblassen. Demgegenüber würden sich die Deckfolien der "Petit Gervais" einerseits sowie der "Petit Suisse" andererseits in verschiedener Hinsicht - z.B. Schriftzüge "Petit Gervais" und "Petit Suisse", Logo des Herstellers etc. - deutlich unterscheiden. Der für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr massgebende Gesamteindruck hänge nicht nur von der Gewichtung der einzelnen Ausstattungselemente ab, sondern werde auch von der Art der Warenpräsentation mitbeeinflusst. Diesbezüglich sei festzuhalten, dass die fraglichen Produkte mit von oben herab einsehbaren Deckfolien bzw. nach vorn gerichteter Deckfolie präsentiert würden, so dass nicht gesagt werden könne, die Seitenansicht mit den Plastikbechern bilde das prägende Element und die Deckfolie werde nicht oder erst nach dem Kaufentschluss wahrgenommen. Hinzu komme, dass die Deckfolien auch deshalb speziell beachtet würden, weil sämtliche wichtigen Produkteinformationen - insbes. Verfalldatum und Symbol für Aroma - darauf verzeichnet seien. Der Gesamteindruck, der sich dem rechtserheblichen Durchschnittsabnehmer biete, führe somit zu keiner Verwechslungsgefahr. Da keine Verletzung von Art. 3 lit. d UWG vorliege, sei die Klage abzuweisen.

E. 2

Die Klägerin hält die Meinung des Obergerichtes, eine Verwechslungsgefahr sei zu verneinen, für unzutreffend. Zunächst geht sie mit der Auffassung der Vorinstanz einig, dass die Ausstattung der beklaglichen Produkte bezogen auf die Plastikbecher nahezu identisch mit der Ausstattung ihrer Produkte sei. Demgegenüber kritisiert sie die Meinung

des Obergerichtes, dass für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr nicht nur auf die Ausstattung der Produkte, sondern auch auf die Warenpräsentation abzustellen sei, weil diese weder bewiesen noch für die Beurteilung der Streitfrage relevant sei. Ferner werde den Unterschieden auf den Deckfolien im Zusammenhang mit der Beurteilung der Verwechslungsgefahr eine falsche Bedeutung beigemessen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei daher eine Verwechslungsgefahr zu bejahen, weil die Produkte der Parteien in Merkmalen, die den Gesamteindruck wesentlich prägen, identisch seien.

E. 3

Gemäss Art. 2 UWG ist unlauter und widerrechtlich jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebahren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst. Unlauter handelt gemäss Art. 3 lit. d UWG insbesondere, wer Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines andern herbeizuführen.

E. 3.1

Unter diesen mitunter als wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz bezeichneten Tatbestand fallen sämtliche Verhaltensweisen, bei denen das Publikum durch die Schaffung von Verwechslungsgefahr irreführt wird, insbesondere um den Ruf der Wettbewerber auszubeuten, mit denen die Verwechslungsgefahr geschaffen wird (BGE 128 III 353 E. 4 S. 359, 126 III 239 E. 3a S. 245, je mit Hinweisen). Dabei ist die Gefahr der Verwechslung nach dem Gesamteindruck und der Aufmerksamkeit und Wahrnehmungsfähigkeit des Durchschnittskäufers zu beurteilen (BGE 116 II 365 E. 4a S. 370, mit Hinweisen). Das Risiko von Verwechslungen ist umso grösser, je näher sich die Waren sind, für welche die in Frage stehenden Zeichen gebraucht werden. Wenn zwei Zeichen für identische Warengattungen verwendet werden, ist bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr ein besonders strenger Massstab anzulegen. Zu beachten ist zudem, dass bei Massenartikel des täglichen Bedarfs mit einer geringeren Aufmerksamkeit und einem geringeren Unterscheidungsvermögen der Konsumenten zu rechnen ist als bei Spezialprodukten, deren Absatzmarkt auf einen mehr oder weniger geschlossenen Kreis von Berufsleuten beschränkt ist (BGE 126 III 315 E. 6b/bb, 122 III 382 E. 3a S. 387 f., je mit Hinweisen). Die Verwechslungsgefahr wird als Rechtsfrage vom Bundesgericht frei geprüft, soweit es um das Verständnis des allgemeinen Publikums geht, welches die streitige Leistung in Anspruch nimmt und kein Branchenverständnis spezifischer Verkehrskreise in Frage steht (BGE 126 III 239 E. 3a S. 245 m.w.H.).

E. 3.2

Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz zunächst zutreffend festgehalten, dass für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr nicht nur ein einzelnes Ausstattungselement - beispielsweise die weitgehend identischen Plastikbecher -, sondern der Gesamteindruck massgebend ist. Umstritten ist in diesem Zusammenhang einerseits, ob bei der Beurteilung des Gesamteindrucks auf die Produktepräsentation in den Verkaufsläden abgestellt werden darf (nachfolgend E. 3.2.1). Andererseits ist zu prüfen, ob die Vorinstanz in Bezug auf die Beurteilung der Verwechslungsgefahr die Bedeutung der Deckfolie richtig eingeschätzt hat (nachfolgend E. 3.2.2).

E. 3.2.1

Zunächst ist grundsätzlich festzuhalten, dass das Obergericht zutreffend davon ausgegangen ist, dass der Gesamteindruck, der für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr massgebend ist, unter anderem auch von der Warenpräsentation abhängig ist. In einem früheren Entscheid hat das Bundesgericht ausgeführt, dass die damals zu beurteilenden Dosen für "Choco-Nuts" dazu geeignet seien, stapelweise aufgeschichtet zu werden, so dass die Kennzeichen auf dem Deckel zum Vornherein ausser Betracht fielen (BGE 103 II 211 E. 2 S. 215). Damit wurde die Produktepräsentation für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr mitberücksichtigt. Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz in Bezug auf die Produktepräsentation festgehalten, dass die Früchtequarks am 4./5. Oktober 1996 in den Kühlvitrinen von verschiedenen Coop-Filialen ausnahmslos klar unter der Augenhöhe eines durchschnittlich grossen Konsumenten platziert gewesen seien und ab einer Einreihung ab 1,20 m - teilweise ab 1,40 m - entweder ausnahmslos oder zumindest zu einem grossen Teil mit der Deckfolie nach vorne aufgestellt worden seien. Aus der guten Sichtbarkeit der Deckfolien schliesst das Obergericht, dass für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr nicht nur die Seitenansicht massgebend sei, sondern dass der Gesamteindruck aufgrund der Warenpräsentation auch von der Deckfolie bestimmt werde. Diese Einschätzung ist nicht zu beanstanden. Soweit die Klägerin geltend macht, diese Feststellung beruhe auf einem Sachverhalt vom 4./5. Oktober 1996 und beziehe sich sowohl für die Beurteilung des Unterlassungsanspruchs als auch des Schadenersatzanspruchs auf einen falschen Zeitpunkt, erweist sich die Berufung als unbegründet. Naturgemäss ist es unmöglich, lückenlos eine in jedem Einzelfall für jeden einzelnen Laden und jeden beliebigen Zeitpunkt gültige Feststellung zu treffen. Vielmehr darf sich der Sachrichter in derartigen Situationen sowohl in räumlicher (einzelne Läden) als auch zeitlicher Hinsicht (bestimmte Zeitpunkte) mit der üblichen Produktepräsentation behelfen. Zwar ist einzuräumen, dass in vereinzelt Verkaufsläden die konkrete Präsentation von der üblichen Produktepräsentation abweichen kann und dass im Einzelfall nur die Seitenansicht mit den charakteristischen Plastikbechern erkennbar ist, wenn das ganze Regal bis zuoberst gefüllt oder der erste Stapel bereits verkauft ist, doch ändert dies nichts daran, dass die übliche Produktepräsentation für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr massgebend sein muss. Hätte die Klägerin geltend machen wollen, dass der von der Vorinstanz unterstellte Sachverhalt entspreche nicht der üblichen Präsentation, hätte sie die entsprechenden Einwände im kantonalen Verfahren erheben müssen. Dies hat sie unbestritten nicht getan. Unzulässig ist auch der Einwand der Klägerin, die Vorinstanz habe ihre Feststellungen zur Produktepräsentation in Bezug auf eine Verpackung getroffen, die im Vergleich zur hier umstrittenen Verpackung von der Beklagten im Anschluss an den Erlass des vorsorglichen Verbotes modifiziert worden sei. Diesbezüglich sind dem angefochtenen Entscheid keine Anhaltspunkte zu entnehmen, dass die Warenpräsentation nach dem vorsorglichen Verbot der vorliegend zu beurteilenden Verpackung verändert worden sein soll, so dass die Klägerin mit ihrer ergänzenden Sachverhaltsdarstellung nicht zu hören ist (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG). Insgesamt hat die Vorinstanz bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr zu Recht nicht nur die einzelnen Ausstattungselemente - Plastikbecher und Deckfolie -, sondern auch die Produktepräsentation mitberücksichtigt.

E. 3.2.2

Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr hat die Vorinstanz die Bedeutung der Deckfolie als Ausstattungsmerkmal speziell hervorgehoben. Einerseits wurde zur Begründung ausgeführt, dass die Früchtequarks mit nach vorne gerichteter bzw. von oben herab einsehbarer Deckfolie präsentiert würden, so dass die Seitenansicht nicht das

prägende Ausstattungselement sei. Andererseits führte die Vorinstanz insbesondere gestützt auf eine Meinungsumfrage aus, dass die Deckfolie bei einer überwiegenden Anzahl von Konsumenten selbst dann Beachtung finde, wenn sie bei der Warenpräsentation nicht sichtbar sei, weil sich das Verfalldatum, das bei verderblichen Produkten eine grosse Rolle spiele, sowie sämtliche Produkteinformationen auf der Deckfolie befänden. Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang beanstandet, die Vorinstanz hätte nicht auf eine Marktumfrage abstellen dürfen, erweist sich ihre Kritik als unbegründet. Zutreffend ist zwar, dass Marktumfragen nach der Rechtsprechung nicht ohne weiteres ein geeignetes Mittel zur Beurteilung der Verwechslungsgefahr sind (BGE 126 III 315 E. 4b S. 317 f.). Die Klägerin übersieht jedoch, dass nicht die (Rechts-)Frage der Verwechslungsgefahr Gegenstand der Marktumfrage war, sondern die (Tat-)Frage, ob die Deckfolie beim Kaufentscheid berücksichtigt werde. Entgegen der Meinung der Klägerin hat die Vorinstanz mit ihrem Hinweis, die Ergebnisse der Marktumfrage seien von der Klägerin nicht substantiiert bestritten worden, auch nicht Art. 8 ZGB verletzt. Zwar hat sich die Klägerin in der Tat kritisch zur Marktumfrage geäußert. Umgekehrt hat sie nicht bestritten, dass auch von dem Teil der Konsumenten, der seinen Kaufentscheid aufgrund der Seitenansicht trifft (55,3%), dennoch weitere Informationen wie Aromen und Verfalldatum auf der Deckfolie beachtet werden, und dass der Teil der Konsumenten, die nicht allein aufgrund der Seitenansicht ihren Entscheid fällen (44,7%), ebenfalls auf das Aroma, das Verfalldatum und den Preis und die Marke achten. Wenn aber insofern keine substantiierten Bestreitungen vorliegen, durfte das Obergericht aus der Marktumfrage ableiten, dass die Deckfolie von einer überwiegenden Anzahl von Käufern beim Einkaufen tatsächlich beachtet werde.

E. 3.2.3

Insgesamt ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz im Hinblick auf die Beurteilung der Verwechslungsgefahr auch die Produktepräsentation berücksichtigt und anschliessend festgehalten hat, die Deckfolie werde aufgrund der Präsentation und der dort verzeichneten Informationen von der überwiegenden Anzahl der Konsumenten berücksichtigt.

E. 3.3

Wenn aber die Deckfolie aufgrund der Präsentation bzw. der dort aufgeführten Produkteinformationen beachtet wird, stellt sich die Frage, ob die Unterschiede der Deckfolie so beschaffen sind, dass eine Verwechslungsgefahr zu verneinen ist.

E. 3.3.1

Diesbezüglich hat die Vorinstanz die Unterschiede und Gemeinsamkeiten in der Gestaltung der Deckfolien im Einzelnen herausgearbeitet. Im Vergleich der Deckfolien seien vorab die deutlich unterschiedlichen Produktnamen "Petit Suisse" bzw. "Petit Gervais" und - bei den Produkten der Klägerin - die Markenbezeichnung "DANONE" selbst bei geringer Aufmerksamkeit unübersehbar. Bei geringfügig grösserer Aufmerksamkeit werde auf den beklaglichen Packungen auch die Beifügung "exclusivité Coop" ohne weiteres erkennbar. Die Vorinstanz durfte daher zu Recht davon ausgehen, dass sich die Deckfolien insbesondere aufgrund der Produktebezeichnung und des beim Produkt der Klägerin immer vorhandenen Markenzeichens "DANONE" deutlich unterscheiden. Auch die Klägerin geht mit der Vorinstanz einig, dass sich aus den Deckfolien allein keine Verwechslungsgefahr ergeben könne. Mit dem Hinweis, die Deckfolien der fraglichen Frischkäsegallerten seien

nicht besonders originell und es bestünden zahlreiche Übereinstimmungen, ist nicht dargetan, weshalb die Vorinstanz eine Verwechslungsgefahr zu Unrecht verneint haben soll.

E. 3.3.2

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass es sich bei den hier zu beurteilenden Produkten um Massenartikel des täglichen Bedarfs handelt, bei denen in der Regel von einer geringeren Aufmerksamkeit und einem geringeren Unterscheidungsvermögen der Konsumenten auszugehen ist. Wenn nämlich beim Kaufentscheid die Deckfolien im Hinblick auf das Verfalldatum und weitere Produkteinformationen speziell beachtet werden, besteht für einen durchschnittlich aufmerksamen Konsumenten keine Verwechslungsgefahr, zumal sich die Produkte in Bezug auf dieses Ausstattungsmerkmal wie erläutert klar unterscheiden.

E. 3.3.3

Auch der Einwand der Klägerin, die von den Konsumenten allenfalls beachteten Informationen auf den Deckfolien wie Verfalldatum, Aroma und Preis seien frei von jeder Kennzeichnungskraft, weshalb durch deren Wahrnehmung der in der Erinnerung verbleibende Gesamteindruck der Ausstattung nicht beeinflusst werde, ist nicht überzeugend. Wie erläutert wird die Aufmerksamkeit der Käufer durch das Verfalldatum und weitere Produkteinformationen auf die Deckfolie gelenkt. Dass sich die Deckfolien aufgrund verschiedener Ausstattungsmerkmale - insbesondere Produktnamen und Markenbezeichnung - klar unterscheiden, wurde von der Vorinstanz zutreffend dargelegt (vgl. Erw. 3.3.1). Wenn sich aber die Deckfolien als Ganzes in einer in Erinnerung bleibenden Weise unterscheiden, ist gar nicht erforderlich, dass einzelnen Elementen der Deckfolie - wie das Verfalldatum bzw. andere Produkteinformationen - für sich allein betrachtet Kennzeichnungskraft zukommt.

E. 3.3.4

Schliesslich überzeugt auch der Hinweis der Klägerin nicht, dass die Verwechslungsgefahr auch dadurch belegt werde, dass während der Zeit vom 12. Juni 1995 (Markteinführung der Produkte der Beklagten) bis am 13. Mai 1996 (vorsorgliches Verbot) ihr Umsatz um mehr als 50% zurückgegangen sei. Diesbezüglich hat die Vorinstanz zutreffend festgehalten, dass der um 10% günstigere Preis ein Grund für den Umsatzrückgang gewesen sein könnte, zumal die Konsumenten den Preisangaben auf der Deckfolie offenbar besondere Beachtung schenken. Sodann ist zu berücksichtigen, dass bereits aufgrund des Auftretens eines Konkurrenzproduktes mit einem gewissen Umsatzrückgang zu rechnen ist, und zwar unabhängig von einem unlauteren Wettbewerbsverhalten. Schliesslich wird von der Vorinstanz zutreffend auch darauf hingewiesen, dass der Umsatz der klägerischen Produkte nicht in die Höhe schnellte, als der Beklagten der Vertrieb ihrer Produkte vorsorglich verboten wurde.

E. 3.4

Insgesamt ist somit die Auffassung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, dass zum Gesamteindruck, der beim rechtserheblichen Durchschnittskonsumenten entstehe, auch die Deckfolie gehöre, und daher eine Verwechslungsgefahr auszuschliessen sei, weil sich die Deckfolie der Beklagten unbestritten klar von der Deckfolie der Klägerin unterscheide. Die gegenteilige Auffassung der Klägerin, die Plastikbecher seien das Hauptidentifikationsmerkmal für die klägerischen Produkte, überzeugt aus den dargelegten

Gründen nicht. Die Berufung ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

E. 4

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.