Inhaltsverzeichnis

B
Stichwortverzeichnis 19

3.1 Art. 3 lit. d und 2 UWG

Regeste:
Art. 3 lit. d und 2 UWG – Art. 3 lit. d und 2 UWG statuieren kein generelles Verbot der Nachahmung. Stehen keine patent-, urheber- oder modellrechtlichen Schutzansprüche entgegen, ist die Nachahmung fremder Erzeugnisse daher grundsätzlich erlaubt. Wer jedoch Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen, handelt gemäss Art. 3 lit. d UWG (und Art. 2 UWG) unlauter. Von einem Verstoss gegen das Gebot des lauteren Wettbewerbes kann indes erst die Rede sein, wenn der Nachahmer wettbewerbsverfälschende Mittel einsetzt.

Aus dem Sachverhalt:

Die X. GmbH vertreibt unter der Marke «Z» Snowboardsocken, welche auch in den Filialen der Y. AG angeboten werden. Daneben verkauft die Y. AG unter ihren Eigenmarken «A» und «B» eigene Ski-/Snowboardsocken. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2012 gelangte die X. GmbH an die Y. AG und verlangte die Einstellung des Imports, Vertriebs und Verkaufs des Sockenmodells «A». Die Y. AG weigerte sich, die betreffenden Produkte aus dem Verkauf zu nehmen. In der Folge reichte die X. GmbH Klage beim Obergericht ein und beantragte insbesondere, der Y. AG sei zu verbieten, die Socken «A» und «B» in der Schweiz anzubieten, zu vertreiben, zu verkaufen oder sonst wie in Verkehr zu bringen, zu bewerben oder in die Schweiz zu importieren.

Aus den Erwägungen:

(...)

5.1 Die Klägerin stützt ihre Anträge einzig auf das Lauterkeitsrecht und nicht auf spezialgesetzliche Schutzrechte wie Patent-, Marken- oder Designschutz. Stehen keine patent-, urheber- oder modellrechtlichen Schutzansprüche entgegen, ist die Nachahmung fremder Erzeugnisse grundsätzlich erlaubt. Aus der Bestimmung von Art. 3 lit. d UWG (und Art. 2 UWG) lässt sich kein generelles Verbot der Nachahmung ableiten. Wer jedoch Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen, handelt gemäss Art. 3 lit. d UWG (und Art. 2 UWG) unlauter. Von einem Verstoss gegen das Gebot des lauteren Wettbewerbes kann indes erst die Rede sein, wenn ein Wettbewerbsteilnehmer eine fremde geistige Leistung in einer Art und Weise verwendet, die mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht mehr zu vereinbaren ist (BGE 116 II 471 E. 3a S. 472, 474). Die grundsätzlich bestehende Nachahmungsfreiheit kann durch das UWG nämlich nur dann relativiert werden, wenn der Nachahmer wettbewerbsverfälschende Mittel einsetzt. Sie darf nicht dazu eingeschränkt werden, um einen direkten Imitationsschutz von Arbeitsergebnissen zu schaffen (Jecklin, Leistungsschutz im UWG?, Bern

2003, S. 143). In diesem Sinne fallen unter den Tatbestand von Art. 3 lit. d UWG sämtliche Verhaltensweisen der Schaffung einer Verwechslungsgefahr mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen, bei denen das Publikum durch die Schaffung der Verwechslungsgefahr irregeführt wird, insbesondere um den Ruf der Wettbewerber auszubeuten. Die Verwechselbarkeit kann dabei darin bestehen, dass die Ware eines Konkurrenten wegen ihrer äusseren Ausstattung – d.h. die äussere Form, die Aufmachung wie Farbe und dergleichen von Ware und Verpackung (Gubler, Der Ausstattungsschutz nach UWG, Bern 1991, S. 36; BGE 93 II 272 E. 6. S. 280 f.; BGE 90 IV 168 E. 2. S. 172) – für das bereits auf dem Markt befindliche Erzeugnis eines anderen gehalten werden kann. Indessen ist keine direkte warenbezogene Verwechselbarkeit erforderlich. Sie kann auch bloss eine mittelbare oder indirekte sein, indem beim Publikum der Eindruck erweckt wird, die verwechselbar gekennzeichneten oder ausgestatteten Waren stammten aus Betrieben, die wirtschaftlich eng verbunden seien. Die Gefahr der Verwechslung mit ähnlich gekennzeichneten Produkten ist anhand der tatsächlichen Warenpräsentation in gesamter Würdigung aller Umstände in Betracht zu ziehen, die für den durchschnittlich aufmerksamen Käufer die Individualisierung der gekennzeichneten Produkte mitprägen. Entscheidend ist der Eindruck, den die Ausstattung für die Abnehmerkreise in ihrer gesamten Erscheinung entfaltet (vgl. BGE 135 III 446 E. 6.2 S. 451). 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 Spezialprodukten, deren Absatz auf einen mehr oder weniger geschlossenen Kreis von Berufsleuten beschränkt ist, mit einer höheren Aufmerksamkeit und einem höheren Unterscheidungsvermögen der Konsumenten zu rechnen ist als bei Massenartikeln des täglichen Bedarfs (BGE 135 III 446 E. 6.1 S. 450 f. mit weiteren Hinweisen). Wo genau die erlaubte Verwendung fremder geistiger Leistungen aufhört und die unlautere Irreführung des Konsumenten oder die schmarotzerische Ausbeutung des Mitbewerbers beginnt, lässt sich nicht generell bestimmen, sondern ist in Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles und aufgrund einer Interessenabwägung zu entscheiden (BGE 116 II 471 E. 3a S. 474).

5.2 Die Schaffung einer Verwechslungsgefahr ist wettbewerbsrechtlich nur relevant, sofern die nachgeahmte Ausstattung Kennzeichnungskraft besitzt, indem sie vom Publikum als Herkunftshinweis verstanden wird. Mithin setzt der Schutz einer Ausstattung nach Art. 3 lit. d UWG vor der Schaffung einer Verwechslungsgefahr voraus, dass ihr Kennzeichnungskraft zukommt, sei es originär, indem sie dank ihrer Originalität von Anfang an auf einen bestimmten Hersteller hinweist, sei es derivativ, indem sie als nicht originelle Ausstattung diese individualisierende Eigenschaft infolge ihrer Durchsetzung im Verkehr erlangt hat (BGE 135 III 446 E. 6.2 S. 451 mit Hinweisen auf Recht-sprechung und Literatur).

6. Im Rahmen des Ausstattungsschutzes ist demnach vorab zu prüfen, ob die Ausstattung als Ganzes, d.h. mit allen ihren Gestaltungselementen gleich einem Zeichen schutzfähig ist. Nur wenn der Ausstattung Kennzeichnungskraft zukommt, ist in einem weiteren Schritt zu

erörtern, ob diese mit derjenigen eines Konkurrenten verwechselbar ist (vgl. BGE 135 III 446 E. 6.2 S. 451). Grundsätzlich darf nämlich jeder seiner Ware jene Form geben, die sie am gefälligsten und damit am besten verkäuflich macht. Anders verhält es sich indes, wenn eine Ware eine bestimmte Form oder Ausstattung nur deshalb erhalten hat, damit sie von gleichen oder ähnlichen Erzeugnissen anderen Ursprungs unterschieden werden kann. Unter dieser Voraussetzung ist die Form nicht ästhetisch bedingt, sondern bloss äussere Zutat zur Kennzeichnung der Ware und darf daher von anderen Herstellern nicht nachgemacht werden (BGE 104 II 322 E. 5a S. 332). Diese Kennzeichnungskraft der Ausstattung kann sich aus ihrer Originalität oder ihrer Verkehrsdurchsetzung ergeben. Die Nachahmung ist demnach erlaubt, wenn sie nicht zu Verwechslungen mit den Waren des Konkurrenten führen, weil die Ausgestaltung der Ware dem kaufenden Publikum über die Herkunft nichts sagt.

Originär kennzeichnungskräftig ist eine Ausstattung, wenn sie bestimmt und geeignet ist, die Ware aufgrund ihrer Originalität von gleichen oder gleichartigen Erzeugnissen anderen Ursprungs zu un-terscheiden (BGE 135 III 446 E. 6.3.1 mit Hinweis auf BGE 116 II 365 E. 3b, 108 II 69 E. 2b, 90 IV 168 E. 2). Die im Markenrecht hinsichtlich der Kennzeichnungskraft eines Zeichens geltenden Grundsätze sind in gleicher Weise auch im Wettbewerbsrecht anwendbar (BGE 90 IV 168 E. 2 in fine; David/Jacobs, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2005, S. 72 Rz 225; Pedrazzini/Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb UWG, 2. A., Bern 2002, S. 97 Rz 5.119). Für die Originalität als Voraussetzung des Schutzes einer Ausstattung ist verlangt, dass sie infolge ihrer eigenartigen und einprägsamen Gestaltung eine charakteristische, individualisierende Wirkung entfaltet. Dies erfordert, dass sie sich insgesamt durch eine besondere Gestaltung von gewöhnlichen oder gebräuchlichen Ausstattungen für gleichartige Waren oder Dienstleistungen deutlich unterscheidet, namentlich indem sich die verwendeten Schrift- und Bildelemente insgesamt von einer gewöhnlichen blossen Sachbezeichnung deutlich abheben oder sich die Verpackungsform oder Verpackungsart deutlich von derjenigen unterscheidet, die gemeinhin für gleichartige Waren verwendet wird und bloss dem natürlichen Bedürfnis entspricht, wie diese in Verkehr gebracht oder aufbewahrt werden. Regelmässig kennzeichnungskräftig sind vom Gewohnten abweichende Fantasieverpackungen – im Gegensatz zu rein funktionell bedingten Verpackungen – sowie ganze Etiketten, Signete, die namentlich geschaffen werden, um die damit versehenen Produkte und Dienstleistungen von andern zu unterscheiden und den Abnehmer zu veranlassen, sich beim nächsten Erwerb daran zu erinnern (David/Jacobs, a.a.O., S. 72 Rz 225). Vorausgesetzt ist allerdings, dass sich ihre Elemente nicht in rein beschreibenden Angaben wie Sachbezeichnungen, Beschaffenheitsangaben oder Herkunftsbezeichnungen oder in elementaren Zeichen, auf deren freie Verwendung der Verkehr im Hinblick auf die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen angewiesen ist, erschöpfen (BGE 135 III 446 E. 6.3.1 S. 452; vgl. zum Ganzen David/Jacobs, a.a.O., Rz 225).

Eine Ausstattung kann in den beteiligten Verkehrskreisen auch dann die Wirkung eines Hinweises auf einen bestimmten Hersteller haben, obschon sie an sich nichts Neues oder Originelles darstellt. So hat eine Ausstattung Verkehrsgeltung erlangt, wenn sie geeignet ist, als

Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betrieb zu wirken (sog. derivative Kennzeichnungskraft; Gubler, a.a.O., S. 59 f.). Von Verkehrsgeltung kann demzufolge nur die Rede sein, wenn der Vertrieb eines Erzeugnisses wegen seiner täuschenden Ähnlichkeit mit einem bereits bestehenden andern Erzeugnis derselben Art eine Irreführung der Käuferschaft zu veranlassen vermag, und zwar in dem Sinne, dass sich ein nicht unerheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise daran gewöhnt hat, die Ware des ersten Herstellers mit einer bestimmten – und zwar immer derselben – Herkunftsstätte in Verbindung zu bringen (BGE 83 II 154 E. 4a S. 160 f.; BGE 70 II 112; BGE 69 II 297). Die Verkehrsdurchsetzung ist von der klagenden Partei zu beweisen.

6.1 (...)

6.2 Die betreffenden «Z-Socks» bietet die Klägerin in den Farbvariationen Z41 Grey/Blue und Z46 Grey Melange/Anthracite an. In der Gestaltung unterscheiden sich die beiden klägerischen Sockenmodelle – bis auf die Farbe der Fläche im Bereich der Wade und des Fussrückens – nicht. Beide Modelle weisen im vorderen Bereich des Sockenschafts eine hellgraue Fläche auf, welche mit zwei regelmässigen Rundungen in die blaue bzw. anthrazite Fläche im Bereich der Wade greift. Diese Strukturen heben sich farblich vom dunklen Hintergrund der Socken ab und erinnern an Schienbein- bzw. Wadenpolster. Die Andeutung von Schienbein- und Wadenschonern bei Sportsocken ist grundsätzlich nicht besonders originell, sondern naheliegend. Es soll in diesem Bereich des Beines, wo beim Snowboard- oder Skifahren Druckstellen oder Reibungsirritationen entstehen können, ein besonderer Schutz angedeutet werden. Die entsprechenden Flächen der Socken der Klägerin sind an den betreffenden Stellen denn auch zum Schutz anders, dichter gestrickt. Die gestalterische Hervorhebung von Flächen des Sockenschafts im Bereich des Schienbeins und der Wade ist denn auch recht häufig anzutreffen, wie die Beklagte mit den eingereichten Auszügen aus Webseiten diverser Onlineshops belegt hat. Jedoch unterscheidet sich die konkrete Gestaltung der Schienbein- und Wadenpolster der verschiedenen Hersteller hinsichtlich der Form und Farbe. Viele Socken weisen zwar eine durch Linien abgegrenzte Fläche im Bereich des Schienbeins oder der Wade auf, ohne dass sich diese Flächen aber farblich vom Hintergrund abheben. Weiter finden sich häufig Socken mit nur zwei Farben. Demgegenüber heben sich die Schienbeinpolster der Socken der Klägerin als hellgrau ausgefüllte Flächen deutlich vom Hintergrund der Socken ab. Beim Sockenmodell Grey/Blue hebt sich überdies auch das Wadenpolster in blau vom dunklen Hintergrund der Socke ab. Die Wadenpolster weisen vier vertikal verlaufende, dunkle Streifen in gleichem Abstand zueinander auf und werden durch zwei mäandrierende, ebenfalls dunkle Streifen nach aussen hin abgeschlossen, wodurch sie gleichzeitig als Trennlinie die Begrenzung zum Schienbeinpolster bilden. Sie weisen drei runde Ausbuchtungen auf, welche parallel zum Schienbeinpolster verlaufen. Dadurch entsteht der Eindruck eines wellenartigen Ineinandergreifens von Schienbein- und Wadenpolster. Bei der Gestaltung der betreffenden Sockenmodelle der Klägerin wurden jeweils drei Farben verwendet, wobei sich die hellgraue Fläche am Schienbein mit den zwei runden Ausbuchtungen am deutlichsten vom dunklen Hintergrund des Sockenschafts abhebt. Die Beklagte gesteht selber ein, dass es auf dem

Schweizer Markt bislang keine exakt identische Produktgestaltung gab. Durch die auffällige Gestaltung des Sockenschafts, welche den Gesamteindruck der Socken massgeblich bestimmt, fallen die beiden Sockenmodelle Z41 Grey/Blue und Z46 Grey Melange/Anthracite auf und unterscheiden sich von der Ausstattung der Konkurrenzprodukte. Der Sockenschaft mit den farblich deutlich hervorgehobenen, wellenartig ineinandergreifenden Schienbein- und Wadenpolster kann gut wiedererkannt werden und ist einprägsam.

Im Vergleich zum Sockenschaft ist der Fussbereich beider Sockenmodelle der Klägerin auffällig dunkel gehalten. Die hellgraue Farbe, durch welche sich insbesondere das Schienbeinpolster vom Hintergrund der Socken abhebt, findet sich im Fussbereich nicht mehr. Auf dem Fussrücken wird einzig die Farbe der Wadenpolster des jeweiligen Sockenmodells in einer kleinen Fläche wieder aufgenommen. Vom dunkeln Fussteil der Sockenmodelle hebt sich einzig die weisse Aufschrift in Grossbuchstaben «SNOWBOARD» mit vorangestelltem Hinweis «L» bzw. «R» auf dem Fussrücken deutlich ab und springt ins Auge. Für diese Aufschrift wurde ein helles Weiss verwendet. Diese Farbe findet sich – bis auf die eingestickte Angabe der Grösse im vorderen Bereich des Fussteils – bei beiden Sockenmodellen anderswo nirgends. Es mag zutreffend, dass der Begriff «Snowboard» grundsätzlich nur beschreibend ist und auch andere Sockenmodelle Aufschriften tragen. Im Gesamteindruck erscheint der im Vergleich zum Sockenschaft dunkel gehaltene Fussteil der Socken mit der hellen, hervorstechenden und mithin dominanten Aufschrift «SNOWBOARD» sowie der zehenseitigen Ergänzung «L» bzw. «R» am Aussenrist dennoch originell und einprägsam. Insgesamt kommt der Gestaltung der beiden Sockenmodelle der Klägerin Z41 Grey/Blue und Z46 Grey Melange/Anthracite im Schaft- und Fussteil durch die erwähnten prägenden Elemente demnach eine individualisierende Wirkung zu; mithin ist die Kennzeichnungskraft zu bejahen.

7. Kommt der Ausstattung der Produkte der Klägerin gemäss den vorstehenden Erwägungen Kennzeichnungskraft zu, so ist im Weiteren zu prüfen, ob die von der Klägerin behauptete Verwechslungsgefahr zwischen den streitgegenständlichen Ausstattungen besteht.

7.1 Wie bereits erwähnt, bietet die Klägerin die betreffenden «Z-Socks» in den Farbvariationen Grey/Blue und Grey Melange/Anthracite an. Nach den vorstehenden Ausführungen kommt den auffallenden hellgrauen Schienbeinpolster, welche wellenartig in die blauen bzw. anthraziten Wadenpolster greifen, sowie dem dunkel gehaltenen Fussteil mit der hervorstechenden Aufschrift «SNOWBOARD» Kennzeichnungskraft zu. Die von der Beklagten verkauften Socken der Eigenmarken «A» und «B» weisen ebenfalls eine farbliche Hervorhebung in der Form eines wellenartig inei-nandergreifenden Schienbein- und Wadenpolsters auf. Während das Schienbeinpolster der Socken der Klägerin nur zwei bzw. das Wadenpolster drei Ausbuchtungen aufweist, verhält es sich bei den Socken der Beklagten umgekehrt; drei Ausbuchtungen des angedeuteten Schienbeinpolsters und zwei des Wadenpolsters. Dieser Unterschied sticht aber – insbesondere auch aufgrund derselben Farbgebung – nicht stark hervor. Unterschiede in Einzelheiten sind grundsätzlich ohnehin nicht re-levant, sondern einzig der Gesamteindruck, den die Vergleichsgegenstände in der Erinnerung des Durchschnittskäufers

hinterlassen (BGE 103 II 211 E. 2. S. 214; BGE 90 II 51 E. 5. S. 56). Vor diesem Hintergrund fallen auch die von der Beklagten weiter aufgeführten Unterschiede nicht ins Gewicht. So ist die Abweichung der Hintergrundfarbe des Sockenschafts unerheblich und nur im direkten Vergleich der Produkte zu erkennen. Entscheidend ist jedoch nicht das gleichzeitige Vergleichen, sondern das Erinnerungsbild (BGE 116 II 365 E. 4a S. 370). Ob der elastische Bund am knieseitigen Ende nun ca. 6 cm oder ca. 9 cm hoch ist, lässt sich wiederum nur bei genauer Betrachtung im direkten Vergleich erkennen und geht bei einer Gesamtbetrachtung des Produktes unter. Der von der Beklagten erwähnte Schriftzug «Z-Socks» am knieseitigen Ende der Socken der Klägerin ist sehr unauffällig und hebt sich – bis auf das in Orange angedeutete kleine «Z» – kaum vom Hintergrund ab. Im Fussbereich unterscheiden sich die angebotenen Socken der Parteien hingegen deutlich. So ist dieser Bereich bei den Socken der Marken «A» und «B» viel heller gehalten als bei den betreffenden «Z-Socks» der Klägerin. Dabei fällt das weisse Gitterdesign auf, welches fast den ganzen Fussteil der Socke – bis auf die Zehen, Ferse und einen kleinen Bereich auf dem Fussrücken – umschliesst. Im Gegensatz zur dominanten Aufschrift «SNOWBOARD» auf dem Fussteil der «Z-Socks», hebt sich der Schriftzug «SKI + SNOWBOARD» auf dem Fussrücken der Socken der Beklagten kaum vom Hintergrund ab. Vom dunkelfarbigen Fussteil der betreffenden «Z-Socks» mit dem auffällig hervorstechenden Schriftzug bleibt ein anderer Eindruck in der Erinnerung haften als vom überwiegend weiss gehaltenen Fussteil der Sockenmodelle der Beklagten. Mithin grenzen sich die Sockenmodelle «A» und «B» von den betreffenden Modellen der Klägerin durch die auffällig andere Gestaltung des Fussteils hinreichend ab.

7.2 Sodann erachtet die Beklagte eine Verwechslungsgefahr der betreffenden Produkte der Parteien auch aufgrund der unterscheidungskräftigen Verpackung als ausgeschlossen. Die Klägerin hält dagegen, die Verpackung werde nach dem Kauf entfernt. Daher habe der Konsument im Zeitpunkt, in welchem er die Socken tatsächlich nutze, keinen Hinweis mehr auf den Hersteller des Produktes.

7.2.1 Aus den obigen Erwägungen Ziffer 5.1 erhellt, dass die Beurteilung der Gefahr einer Verwechslung nicht isoliert durch einen Vergleich der Gestaltung der betreffenden Produkte vorzu-nehmen ist, sondern anhand der tatsächlichen Warenpräsentation in Würdigung aller Umstände. Die Frage der Verwechselbarkeit der betreffenden Waren beurteilt sich somit nach dem Gesamteindruck, den ihre äussere Aufmachung auf die breite Käuferschicht macht (BGE 90 IV 168 E. 3 S. 173). Zur gesamten äusseren Aufmachung gehört auch die Verpackung der Ware (BGE 103 II 211 E. 3a S. 216). So kann der nachahmende Konkurrent durch eine deutlich abweichende Bezeichnung und Verpackung dem Eindruck vorbeugen, seine Ware stamme vom gleichen Hersteller (vgl. BGE 108 II 327 E. 5a S. 332 f.).

7.2.2 Dem Gericht wurden die betreffenden Produkte von der Klägerin unverpackt vorgelegt. In der Klageschrift findet sich immerhin ein Foto von verpackten Socken beider Parteien in den Verkaufsregalen der Beklagten, so wie sie den Konsumenten präsentiert werden. Die Klägerin behauptet nicht, dass die Socken der Käuferschaft auch unverpackt zum Kauf ange-

boten würden und davon ist denn auch beim betreffenden Produkt nicht auszugehen. Ein Auspacken der Socken vor dem Kaufentscheid würde vom Verkäufer wohl nicht toleriert. Zur Beurteilung der Verwechslungsgefahr anhand der tatsächlichen Warenpräsentation muss daher auf die in der Klageschrift abgedruckte Farbfotografie abgestellt werden, obschon darauf nicht «Z-Socks Snowboard», sondern Skisocken der Marke «Z-Socks» zu sehen sind. Sollten die streitgegenständlichen «Z-Socks Snowboard» im Verkaufsregel anders daherkommen, was die Klägerin nicht geltend macht, so ginge dies zu ihren Lasten als der beweisbelasteten Partei (Art. 8 ZGB).

Aus einem Vergleich der Präsentation der Produkte in den Verkaufsregalen ergeben sich offensichtliche Unterschiede: Während die Klägerin eine die Ware fast gänzlich umschliessende Verpackung in Rechteckform verwendet, werden die Socken «A» und «B» durch ein schlichtes Band mit dem entsprechenden Markenaufdruck zusammengehalten. Die Vorderseite der Verpackung der «Z-Socks» zeigt eine schematische Darstellung der Socken, welche mit einer Beschreibung versehen ist. Damit wird offenbar auf die funktionellen Eigenschaften des Produkts hingewiesen. Eine derartige Hervorhebung besonderer Eigenschaften findet sich auf der unscheinbaren Verpackung der Beklagten nicht. Insgesamt vermittelt die Verpackung der «Z-Socks» den Eindruck eines aufwändigeren Produktes. Das Aussehen der «Z-Socks» bleibt der Käuferschaft aufgrund der umschliessenden Verpackung weitgehend verborgen. Zudem ist auf der Verpackung der Klägerin die Marke «Z-Socks» unübersehbar aufgedruckt. Bei Konsumgütern des täglichen Bedarfs, wozu das Bundesgericht auch Modeartikel zählt, kommt der Namensangabe besonderes Gewicht zu, weil der Konsument im Allgemeinen zwischen den verschiedenen Produkten sehr wohl zu unterscheiden weiss. Entsprechend ist eine unterscheidungskräftige Markenangabe ausschlaggebend (BGE 105 II 301 E. 4a. S. 301; BGE 116 II 365 E. 4c S. 371). Aufgrund der dargelegten Umstände erscheint eine direkte Verwechslung der betreffenden Socken beim Kaufentscheid bzw. beim Griff in das Verkaufsregal auch aufgrund der unterschiedlichen Verpackung ausgeschlossen.

Aus dem Verweis auf den sog. «Limmi-Entscheid» des Bundesgerichts (4C.169/2004 vom 8. September 2004) kann die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Dort ging es um zwei ähnlich aussehende Zitronenflaschen, die beim oberflächlichen Betrachter ein einheitliches Bild hinterlassen. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass eine Etikette nicht in jedem Fall geeignet sei, eine ansonsten zu bejahende Verwechslungsgefahr zu beseitigen. Nur wenn damit beim durchschnittlich aufmerksamen Käufer der Eindruck beseitigt werden könne, es handle sich um das von ihm gesuchte Produkt, vermöge dieses Mittel der Verwechslungsgefahr vorzubeugen. Durch eine Etikette werde der durch eine Form geprägte Eindruck nicht ohne weiteres verändert, selbst wenn sie anders dimensioniert oder gar zusätzlich angebracht sei. Es könne insbesondere auch bei Lebensmitteln nicht ohne weiteres angenommen werden, der durchschnittlich aufmerksame Käufer orientiere sich durch die Lektüre der Anschriften. Ihm bekannte Produkte werde er vielmehr anhand der Ausstattung wählen, ohne sich durch die Konsultation einer Etikette zwingend zu vergewissern, dass er nicht ein Konkurrenzprodukt gewählt habe (Urteil des Bundesgerichts 4C.169/2004 vom 8. September 2004

E. 2.4). Das Bundesgericht stellte somit darauf ab, ob mit der Etikette eine Verwechslung der im Übrigen ähnlichen Ausstattung der Produkte beim Kauf derselben verhindert werden kann. Im hier zu beurteilenden Fall präsentieren sich die Produkte im Verkaufsregal jedoch eben gerade nicht verwechselbar ähnlich, so dass der Käufer die Produkte erst durch die Lektüre der Anschriften unterscheiden könnte. So heben sich die Verpackungen der betreffenden Socken in Form, Ausmass und Farbe auf den ersten Blick deutlich voneinander ab.

7.2.3 Aufgrund der augenfälligen Unterschiede in der Präsentation der Produkte im Verkaufsregal besteht auch keine mittelbare Verwechslungsgefahr im Sinne der Entstehung eines falschen Ein-drucks, dass zwischen den Herstellern der Produkte eine enge wirtschaftliche oder vertragliche Beziehung bestehen würde. Die deutlich aufwändigere Verpackung der «Z-Socks» lässt auf ein anderes, hochwertigeres Produkt schliessen. Die ähnliche Gestaltung der Socken in Bereich des Schaftes ist bei einer Betrachtung der verpackten Produkte im Regal aufgrund der fast gänzlich umschliessenden Verpackung der «Z-Socks» kaum zu erkennen. Die schematische Darstellung auf der Verpackung zeigt die konkrete Gestaltung der Socken (Farbe und Muster) nicht, sondern stellt die funktionellen Eigenschaften des Produkts in den Vordergrund. Zudem tragen beide Verpackungen eine Markenaufschrift. Die Klägerin führt unbestritten aus, dass die registrierten Eigenmarken «A» und «B» von der Beklagten für eine Vielzahl von Bekleidungsstücken im tiefen Preissegment beansprucht werde. Entsprechend dürften «A» und «B» als Eigenmarken der Beklagten für günstige Bekleidung allenfalls eine gewisse Bekanntheit geniessen. So oder anders ergeben sich dem Konsumenten beim Kaufentscheid vor dem Regal aufgrund der Warenpräsentation keine Anhaltspunkte für eine enge wirtschaftliche oder vertragliche Beziehung zwischen den Parteien. Damit fehlt es auch an einer mittelbaren Verwechslungsgefahr. Lediglich die Platzierung der Produkte nebeneinander in den Verkaufsregalen reicht hier aufgrund der gesamten Umstände, insbesondere der sehr unterschiedlichen Verpackung, zur Herbeiführung von Verwechslungen nicht aus. Mithin wird damit – entgegen der Auffassung der Klägerin – auch nicht suggeriert, die Produkte der Beklagten würden einen gleichwertigen Ersatz für die «Z-Socks» darstellen. Hätte die Beklagte dies angestrebt, so wäre insbesondere eine aufwändigere, hochwertigere Verpackung unabdingbar gewesen, welche ebenfalls auf bestimmte funktionelle Eigenschaften der verpackten Socken hinweisen würde.

7.2.4 Die Klägerin führt in Bezug auf die Verpackung grundsätzlich treffend aus, dass diese vor dem Gebrauch der Socken entfernt werde und nach der ersten Benützung des Produktes somit nicht mehr vorhanden sei. Hingegen vermag nicht zu überzeugen, dass die Konsumenten allfällige negative Erfahrungen mit den Socken der Beklagten fälschlicherweise auf die angeblich beinahe identisch gestalteten Produkte der Klägerin projizieren könnten. Der Käufer wird ein Produkt, mit welchem er negative Erfahrungen gemacht hat, künftig meiden wollen. Dies erfordert, dass er das betreffende Produkt im Verkaufsregal identifiziert. Mithin wird er beim Griff in das Regal eine höhere Aufmerksamkeit walten lassen. Findet der Käufer die Socken der Beklagten im Regal vor, deren Verpackung lediglich aus einem Band mit einem Aufdruck der Marke besteht und einen Blick auf das Design der Socken erlaubt, wird er diese

zweifellos wiedererkennen und nicht mit den Socken der Klägerin verwechseln. Wie vorstehend bereits ausgeführt, sind diese von der Packung fast gänzlich umschlossen und lassen die konkrete Gestaltung kaum erkennen. Entsprechend kann der Käufer die «Z-Socks» faktisch nicht mit dem in Erinnerung verbliebenen Bild der Socken der Beklagten vergleichen. Zudem würde er sich auch daran erinnern, dass die Socken der Beklagte – anders als die «Z-Socks» – im Doppelpack verkauft wurden. Dies nota bene zu einem erheblich tieferen Preis – nämlich weniger als die Hälfte – als ein Paar «Z-Socks». Neben der Qualität und der Eigenschaften eines Produktes ist offenkundig auch der Preis beim Kaufentscheid bestimmend.

7.3 Gemäss den vorstehenden Ausführungen fehlt es zusammenfassend an der vorausgesetzten Gefahr einer Verwechslung beim Kauf der betreffenden Produkte. Im Gesamteindruck unterscheiden sich die betreffenden Sockenmodelle der Parteien insbesondere aufgrund der unterschiedlichen Gestaltung des Fussbereichs. Zudem ist eine direkte Verwechslung der Socken auch durch die völlig unterschiedliche Verpackung ausgeschlossen. Gleichzeitig wird damit auch dem Eindruck vorgebeugt, dass die Produkte vom gleichen Hersteller oder von wirtschaftlich eng verbundenen Produzenten stammen (vgl. BGE 108 II 327 E. 5a S. 332 f.).

8. Die Klägerin wirft der Beklagten im Weiteren vor, sich unnötig an ihre Produkte angelehnt zu haben, um in schmarotzerischer Manier von der am Markt geleisteten Aufbauarbeit und dem dadurch geschaffenen Goodwill, der den «Z-Socks»-Produkten zukomme, zu profitieren. Dabei habe die Beklagte nicht nur die eigentliche Sockenausstattung übernommen, sondern die farbliche Ausrichtung der gesamten Produktlinie. Sie platziere ihre Socken «A» bewusst neben den «Z-Socks», um implizit die Botschaft zu vermitteln, ihre Socken seien ein Ersatz für bzw. gleich gut wie die teureren «Z-Socks».

Die Beklagte wendet ein, die Produkte würden sich im Gesamteindruck voneinander unterscheiden. Die wenigen gemeinsamen Elemente seien gemeinfrei und somit nicht schutzwürdig. Von einer Übernahme sämtlicher prägender Gestaltungselemente, einer sklavischen Nachbildung gleichkommend, könne nicht gesprochen werden. Die Klägerin verwende überdies nicht für alle ihre «Z-Socks-Modelle» die streitgegenständlichen Produktausstattungsmerkmale, weshalb kaum vorstellbar sei, dass bei einem durchschnittlichen Endabnehmer allein aufgrund der gewählten Grundformen und -farben eine Gedankenassoziation zur Klägerin geweckt werde. Die Platzierung der Socken «B» und «A» im Verkaufsgestell sei aufgrund der betriebswirtschaftlichen, vermarktungstechnischen und organisatorischen Gegebenheiten erfolgt und sei daher kein Indiz für ein planmässiges Vorgehen. Sodann würden die streitgegenständlichen Snowboardsocken der Klägerin gar nicht neben den Socken der Beklagten hängen; in Tat und Wahrheit handle es sich dabei um ein anderes Sockenmodell der Klägerin.

8.1 Verhaltensweisen, mit der sich ein Mitbewerber unnötig an die Leistungen eines Dritten anlehnt oder deren Ruf ausbeutet, gelten unabhängig von der Gefahr allfälliger Verwechslungen als unlauter. Unlauter handelt demnach, wer mit seinem Werbeauftritt im Ergebnis den guten Ruf von unter einem anderen Zeichen bekannten Waren auf seine eigenen überträgt

(Imagetransfer), indem er Gedankenassoziationen zu diesen weckt, ohne dass es einer Verwechslungsgefahr bedarf. Insofern ist namentlich nicht die Verwendung eines Zeichens vorausgesetzt, das demjenigen des Mitbewerbers derart ähnlich ist, dass es damit in Alleinstellung verwechselbar wäre. Es genügt vielmehr, wenn ein Zeichen, das dem bekannten Drittzeichen ähnlich ist, in einer Weise verwendet wird, dass es nicht anders denn als Anlehnung an jenes gedeutet werden kann, und dies objektiv geeignet ist, bei den Adressaten eine gedankliche Verbindung zum Drittzeichen bzw. zu den damit bezeichneten Produkten zu wecken. Beim anlehnenden Vergleich geht es – im Gegensatz zu den anderen Tatbeständen des Art. 3 lit. e UWG – primär nicht um eine Gegenüberstellung mit den Angeboten der Konkurrenz, sondern darum, durch den Vergleich die eigene Leistung mit derjenigen des Mitbewerbers zu koppeln, um dessen Bekanntheitsgrad auszunutzen (Oetiker, in: Jung/Spitz [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum UWG, Bern 2010, Art. 3 lit. e N 36). In der Rechtsprechung wurde sodann auch die Anlehnung an die Kennzeichnungs- und Werbekraft einer älteren Marke unbesehen eigentlicher Fehlzurechnungen als unlauter erachtet, wenn das jüngere Zeichen unmissverständlich eine Botschaft des Inhalts «Ersatz für» oder «gleich gut wie» vermittelt. Eine entsprechende, produktebezogene Anlehnung bzw. Rufausbeutung lässt sich unter den Tatbestand von Art. 3 lit. e UWG subsumieren, wonach unter anderem unlauter handelt, wer sich, seine Waren, Werke und Leistungen in unnötig anlehnender Weise mit anderen, ihren Waren, Werken oder Leistungen vergleicht. Dabei kann der vorausgesetzte Vergleich auch konkludent, implizit durch Werbe- oder Marketingmassnahmen erfolgen, die sich an die Ausstattung des Konkurrenten annähern, und nicht explizit vorgenommen werden muss (BGE 135 III 446 E. 7.1 S. 460). Eine (verdeckte) Rufausbeutung liegt mithin vor, wenn ein Konkurrent die Gestaltung eines fremden Produkts übernimmt und dieses gewollt und planmässig an dessen Merkmale annähert, um von dessen gutem Ruf zu profitieren (Schmid, Basler Kommentar zum UWG, 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. e N 94; Baudenbacher, a.a.O., Art. 2 N 240). Eine unlautere Rufausbeutung setzt demnach weiter voraus, dass dem ausgebeuteten Gegenstand (Ware, Kennzeichen, Hersteller) ein guter Ruf eigen ist, der grundsätzlich auf die Ware des Ausbeutenden zu übertragen sein muss (Baudenbacher, in: Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Basel/Genf/München 2001, Art. 2 N 243). Es darf sich nicht um Allerweltserzeugnisse, weniger bekannte Marken, nur kurz oder kaum gebrauchte Zeichen handeln (vgl. Jung, in: Jung/Spitz [Hrsg.], a.a.O., Bern 2010, Art. 2 N 105). Eine besondere Ausbeutungsabsicht im Sinne eines subjektiven Merkmals ist nicht erforderlich (Baudenbacher, a.a.O., Art. 2 N 243). Das Verbot der unlauteren Anlehnung an eine Konkurrenzausstattung soll allerdings nur eindeutige Fälle unnötiger Anlehnung erfassen, die nicht durch ein Informationsbedürfnis zu rechtfertigen sind (Oetiker, a.a.O., Art. 3 lit. e N 36 in fine).

8.2.1 Im Rahmen der Prüfung der Verwechslungsgefahr wurde bereits dargelegt, dass die betreffenden Socken der Klägerin und der Beklagten zwar im Bereich des Sockenschafts über eine ähnliche Ausstattung verfügen (Erw. 7.1 vorne). Die Sockenmodelle der Beklagten «B» und «A» weisen – wie jene der Klägerin – eine farbliche Hervorhebung in der Form eines wellenartig ineinandergreifenden Schienbein- und Wadenpolsters auf. Entgegen der Auffassung der Beklagten sind die Ähnlichkeiten im Design des Sockenschafts nicht technisch bzw.

funktionell bedingt. Es mag zutreffen, dass zum Schutz des Schienbeins, der Wade sowie der Ferse und des Fussspanns vor Reibung bzw. Druck eine Polsterung an den entsprechenden Stellen notwendig ist. Wie die Beklagte mit den eingereichten Abbildungen von Konkurrenzprodukten selber belegt, führt dies jedoch nicht zwingend zu einer derart weitgehenden Übereinstimmung der Gestaltung des Sockenschafts, wie dies bei den betreffenden Produkten der Parteien der Fall ist. Wie vorstehend in Erw. 7.1 dargelegt, grenzt die Beklagte ihre Produkte jedoch durch die andere Gestaltung des Fussteils der betreffenden Socken von jenen der Klägerin ab. Mithin liegt insgesamt keine sklavische Übernahme der Gestaltung der Produkte der Klägerin vor. Hätte die Beklagte ihre Sockenmodelle zwecks Rufausbeutung gewollt und planmässig an jene der Klägerin angenähert, hätte sie den Fussteil ihrer Sockenmodelle nicht deutlich anders gestaltet, sondern sich am kennzeichnungskräftigen Design der «Z-Socks» orientiert. Da die diversen Sockenmodelle der Klägerin unbestritten jeweils ein anderes Design aufweisen, kann im Übrigen der Auffassung der Beklagten gefolgt werden, wonach beim durchschnittlichen Endabnehmer allein aufgrund der Gestaltung der Socken nicht automatisch und unmittelbar eine Gedankenassoziation zur Klägerin bzw. ihren Produkten hervorgerufen werde.

8.2.2 Sodann hat die Beklagte ihre Produkte insbesondere auch durch die völlig andere Gestaltung der Verpackung von den Produkten der Klägerin abgegrenzt. Die Beklagte bietet ihre Sockenmodelle in einem Zweierpack an, wobei die beiden Sockenpaare lediglich von einem Band umschlossen werden, welches gut ersichtlich die Markenaufschrift «A» und «B» trägt. Anders als bei den «Z-Socks» wird auf keine funktionellen Eigenschaften hingewiesen. Die unscheinbare Verpackung der beiden Sockenmodelle der Beklagten lässt im Vergleich zur deutlich aufwändigeren Aufmachung der «Z-Socks», welche die funktionellen Eigenschaften hervorhebt, auf ein günstigeres Produkt schliessen. Die unterschiedliche Präsentation der streitgegenständlichen Produkte der Parteien lösen beim Konsumenten offenkundig eine andere Erwartungshaltung in Bezug auf die Produkteigenschaften und -qualität aus. Folglich werden beim durchschnittlichen Konsumenten keine Gedankenassoziationen zwischen den Produkten entstehen, wodurch die Beklagte von einem – seitens der Klägerin behaupteten – guten Ruf ihrer deutlich teureren «Z-Socks» profitieren könnte. Dazu hätte die Beklagte zumindest auf ein hochwertigeres Erscheinungsbild ihrer Produkte in den Verkaufsregalen achten müssen, um eine gewisse Annährung an die Präsentation der Produkte der Klägerin zu erzielen. Mithin kann nach dem Gesagten auch keine Rede davon sein, dass die Beklagte ihre Sockenmodelle dem Konsumenten als gleich gut wie jene der Klägerin oder als Ersatz für diese anpreist. Eine gewollte und planmässige Annährung liegt demnach nicht vor.

8.3 Im Weiteren scheidet eine unnötige Anlehnung bzw. Rufausbeutung auch aufgrund des fehlenden Nachweises eines guten Rufs der betreffenden «Z-Socks»-Modelle aus. Die Klägerin verweist in Bezug auf ihre Reputation auf die ihr verliehenen Awards. Zu Recht wendet die Beklagte ein, dass die aufgeführten Awards nicht die streitgegenständlichen Socken betreffen würden. So oder anders wäre damit nicht erstellt, dass die Modelle Z41 Grey/Blue und Z46 Grey Melange/Anthracite einen guten Ruf geniessen. Ein grundsätzlich gutes Produkt

muss beim Publikum nicht zwingend auch bekannt sein und über einen guten Ruf verfügen, von welchem ein Konkurrent überhaupt profitieren könnte. Ein demoskopisches Gutachten oder andere aussagekräftige Beweise hat die Klägerin nicht eingereicht bzw. beantragt. Sie gesteht selber ein, dass der Absatz der betreffenden Sockenmodelle seit 2008 auf konstant tiefem Niveau stagniert, was sich aus den aufgelegten Lieferlisten ergibt. Die streitgegenständliche Ausstattung der Produkte geniesst daher beim Publikum offenkundig kaum eine hohe Bekanntheit. Vor diesem Hintergrund reicht ein Auszug aus dem eigenen «Awardbook» der Klägerin zum Nachweis eines guten Rufs der streitgegenständlichen Sockenmodelle, welchen die Beklagte ausnutzen könnte, nicht aus. Diverse der aufgeführten Awards wurden im Übrigen nicht für Socken, sondern für andere Produkte verliehen, weshalb auch nicht erstellt ist, dass die Klägerin generell als Herstellerin von Socken einen guten Ruf geniesst.

9. Die Klägerin macht schliesslich auch eine unlautere Irreführung geltend. Die Socken der Beklagten würden Gestaltungsmerkmale aufweisen, welche neben ihrer primären ästhetischen Wirkung auch auf gewisse funktionale Eigenschaften (Kompression, Luftzirkulation, usw.) hindeuten würden. Die damit implizit gemachten Funktionsversprechen würden die Socken der Marken «A» und «B» – im Unterschied zu den «Z-Socks» – nicht erfüllen. Demgegenüber stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, aufgrund der Wahl der Produktausstattung und der Verpackungsgestaltung würden keine unzutreffenden Güte- oder Prestigevorstellungen beim Publikum geweckt, was die Qualität der Ware bzw. den Wert der verwendeten Materialien oder die dahinter stehende Funktionalität oder Technologie anbelange. Aufgrund des fehlenden Bekanntheitsgrades der streitgegenständlichen Produktausstattung der Klägerin stelle das Publikum keine gedankliche Verbindung her.

9.1 Als Unterfall der Unlauterkeit wird in Art. 2 UWG die Täuschung und Irreführung gesondert aufgeführt. Erstere liegt vor, wenn durch unrichtige Angaben und eine dadurch bei den angesprochenen Verkehrskreisen hervorgerufene Fehlvorstellung das Wahrheitsgebot im Wettbewerb verletzt wird. Die Irreführung verletzt demgegenüber das Klarheitsgebot durch richtige oder zumindest richtig gestellte Angaben, die jedoch bei einer gewichteten Gesamtbetrachtung unvollständig oder verschleiert sind, eine unzutreffende Zweitbedeutung aufweisen oder sonst einen unzutreffenden Eindruck beim Durchschnittsteilnehmer des angesprochenen Verkehrskreises hervorrufen (Jung, a.a.O., Art. 2 N 39).

9.2 Die Klägerin legt nicht substanziiert dar, durch welche Gestaltungsmerkmale der Sockenmodelle «A» und «B» dem Konsumenten nicht vorhandene Eigenschaften bzw. eine besondere Qualität suggeriert werden. Anders als die Klägerin hebt die Beklagte auf der Verpackung keine besonderen funktionellen Eigenschaften ihrer Produkte hervor. Soweit die Klägerin die Auffassung vertritt, dass die farblich angedeuteten Flächen im Bereich des Schienbeins und der Wade einen besonderen Schutz vor Reibung andeuten, kann darin keine Irreführungen gesehen werden, da die Klägerin weder substanziiert behauptet noch den Nachweis liefert, dass für einen entsprechenden Schutz keinerlei Vorkehrungen getroffen worden wären. Ein täuschendes Verhalten könnte darin ohnehin nicht gesehen werden, da der Konsument auf-

grund der rudimentären Verpackung bestehend aus einem Band die Socken ohne weiteres berühren und selber feststellen kann, ob die angedeuteten Schienbein- und Wadenpolster tatsächlich einen besonderen Schutz bieten, indem die Socken an diesen Stellen dichter gestrickt sind. Der Konsument ist daher durchaus in der Lage, einen vernünftigen Kaufentscheid zu treffen. Nicht zuletzt wird er aufgrund des deutlich tieferen Preises («Z-Socks» sind rund vier Mal teurer: Preis ein Paar «Z-Socks» rund CHF 40.–, Preis zwei Paar Socken der Marke «A» oder «B» CHF 19.–) nicht ernsthaft davon ausgehen, dass die Socken der Beklagten dasselbe Qualitätsniveau erreichen, wie die Klägerin von ihren Produkten behauptet und auf der Verpackung hervorhebt. Der Vorwurf einer Täuschung oder Irreführung erweist sich somit als unbegründet.

10. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass beim Kauf der in Frage stehenden Produkte der Parteien keine Gefahr von Verwechslungen besteht. Weiter hat sich die Beklagte nicht unnötig und mithin in unzulässiger Weise an die Ausstattung der beiden Sockenmodelle Z41 Grey/Blue und Z46 Grey Melange/Anthracite angelehnt, um von deren Image zu profitieren. Auch eine Irreführung des Publikums ist nicht erstellt. Demnach ist die Klage abzuweisen.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 15. Juli 2014

B

Stichwortverzeichnis

Nachahmung fremder Erzeugnisse, 5