



Dr. Stefan Abel

Rechtsanwalt, München*

Zur Drittwirkung der Anlehnungswerbung auf nichttechnische gewerbliche Schutzrechte*

Erstveröffentlichung in: *WRP* 2006, 510 – 518

Inhalt

- 1. Problem**
- 2. Dogmatischer Ansatz und prozessuale Verwertbarkeit**
 - 2.1. Dogmatischer Ansatz**
 - 2.2. Prozessuale Verwertbarkeit**
- 3. Drittwirkung der Anlehnungswerbung auf Schutzvoraussetzungen**
 - 3.1. Ausbeutung und Beeinträchtigung von Ruf und Unterscheidungskraft**
 - 3.1.1. Rufausbeutung und –beeinträchtigung im ergänzenden Leistungsschutz**
 - 3.1.2. Ausbeutung von Ruf und Unterscheidungskraft im Markenrecht**
 - 3.2. Wettbewerbliche und geschmacksmusterrechtliche Eigenart sowie markenrechtliche Unterscheidungskraft**
 - 3.2.1. Wettbewerbliche Eigenart**
 - 3.2.2. Geschmacksmusterrechtliche Eigenart**
 - 3.2.3. Markenrechtliche (konkrete) Unterscheidungskraft**
 - 3.3. Relevanz für weitere Schutzvoraussetzungen**
 - 3.3.1. Bekanntheit einer Marke oder eines Erzeugnisses**
 - 3.3.2. Herkunftstäuschung**



4. Zusammenfassung

1. Problem

Die Verwendung fremder Marken und Erzeugnisse zur Anpreisung eigener Produkte ist ein bekanntes Phänomen und mittlerweile durch die Vorschriften der Richtlinie 97/55/EG vom 06.10.1997 und § 6 UWG zur vergleichenden Werbung spezialgesetzlich geregelt. Hiernach sind Bezugnahmen auf Produkte Dritter in der Werbung im Allgemeinen unzulässig und zu unterlassen, wenn der Vergleich nicht der sachlichen Qualifizierung des beworbenen Produkts dient. Werbliche Anpreisungen unter Verwendung eines fremden Kennzeichens sind daher nach § 6 Abs. II Nr. 4 und 6 UWG unzulässig, wenn sie vorrangig dazu dienen, das Image einer fremden Leistung anzuzapfen¹. Als praxisrelevante Beispiele, die häufig unter dieses Verbot fallen, können angeführt werden: unspezifizierte *Qualitätsvergleiche* („ähnlich X“) und *Stilvergleiche* („im Stil von X“) sowie offene *Nachahmungsanpreisungen* („günstige X-Imitation“). Auch die *Kennzeichnung* eigener Produkte mit fremden Zeichen nimmt Bezug auf eine fremde Leistung und ist, vorrangig durch das Markenrecht², verboten. Zur hier interessierenden Fallgruppe der Anlehnungswerbung gehört auch die gezielte *Entlehnung sonstiger werblicher Elemente* (im folgenden auch als „Zeichen“ bezeichnet) Dritter, die nicht

* Sozietät Bardehle Pagenberg Dost Altenburg Geissler, Patent- und Rechtsanwälte

** Der Beitrag ist Prof. Dr. Karl-Heinz Fezer zum 60. Geburtstag gewidmet. Der Verfasser war von 1990 bis 1991 Mitarbeiter am Lehrstuhl für Wirtschaftsrecht, Recht der Wirtschaftsordnung und der internationalen Wirtschaftsbeziehungen an der Universität Konstanz.

¹ S. z.B. BGH, GRUR 2005, 348 ff. – *Bestellnummernübernahme*.

² Zum Schutz durch Wettbewerbsrecht Fezer, Markenrecht, 3. Aufl. 2001, § 2 Rz. 1 ff.; Bornkamm, GRUR 2005, 97 ff.



markenrechtlich geschützt sind, etwa eine besondere Verpackung, ein charakteristischer Werbespruch oder ein besonderes Schriftbild von Werbetexten.

Bei solchen offenen und verdeckten Bezugnahmen auf fremde Leistungen – hier zusammenfassend als Anlehnungswerbung bezeichnet - stellt sich aber nicht nur die Frage ihrer rechtlichen Zulässigkeit, die häufig zu verneinen ist. Eine andere Frage, die sich in Anbetracht solcher Anlehnungswerbung Dritter erhebt, und der im Folgenden nachgegangen wird, ist, ob und inwiefern diese Auswirkungen auf Tatbestandsmerkmale von Schutzrechten an den in Bezug genommenen Zeichen, Waren oder Dienstleistungen haben kann. Die Frage nach einer solchen Drittwirkung zu stellen liegt nahe, weil die Anlehnungswerbung ein bestimmtes Ansehen des Referenzzeichens oder der Referenzware oder –dienstleistung voraussetzt und das Ansehen eines Zeichens, einer Ware oder Dienstleistung Einfluss auf ihren Schutz hat. Die Anlehnungswerbung Dritter könnte insbesondere im ergänzenden Leistungsschutz eine Rolle für die Beurteilung des Tatbestandsmerkmals der Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung einer Nachahmung (§ 4 Nr. 9 b UWG) spielen, sie könnte Einfluss haben auf die Beurteilung der wettbewerblichen Eigenart einer nachgeahmten Ware sowie von Bedeutung sein für die Beurteilung der häufig problematischen Unterscheidungskraft von Bild- und dreidimensionalen Marken, welche das Erzeugnis oder seine Verpackung selbst abbilden.

Die Heranziehung der Anlehnungswerbung Dritter zur argumentativen Begründung oder Unterstützung von Schutzvoraussetzungen hat in der Rechtspraxis bislang einen kaum erkennbaren Stellenwert. Eine Bezugnahme auf eine Anlehnungswerbung Dritter oder des Verletzers selbst war lange Zeit auch praktisch kaum möglich, weil die Anlehnungswerbung konkurrierender Hersteller und Vertriebshändler eher einen Einzelfall darstellt und werbliche



Anpreisungen in den unteren Vertriebsstufen und insbesondere im Verhältnis von Endverbraucher zu Endverbraucher kaum erkennbar waren. Indessen hat sich dies in der jüngsten Zeit mit der Entstehung von Internetmarktplätzen grundlegend geändert. Im Internet sind Handelsplattformen entstanden, die das Marktgeschehen, insbesondere zwischen Händlern der letzten Vertriebsstufe und Endverbrauchern sowie zwischen Endverbrauchern untereinander intensiv belebt haben und eine Beobachtung dieses Marktgeschehens erlauben. Der Markt ist auf dieser Handelsstufe durch die Internethandelsplattformen erheblich transparenter geworden und die erkennbaren Fälle der Anlehnungswerbung haben in einem Umfang zugenommen, der sie für den angesprochenen Gesichtspunkt ihrer Drittwirkung auf gewerbliche Schutzrechte gerichtlich verwertbar erscheinen lässt.

2. Dogmatischer Ansatz und prozessuale Verwertbarkeit

2.1. Dogmatischer Ansatz

Der dogmatische Ansatz für die Berücksichtigung der Anlehnungswerbung Dritter bei der Beurteilung von Voraussetzungen und Umfang gewerblicher Schutzrechte liegt in dem tatsächlichen Befund, dass eine gehäuft auftretende Anlehnungswerbung für Konkurrenzprodukte ein Licht auf Bekanntheit und Ansehen des bei der Anlehnungswerbung verwendeten fremden Zeichens und der zugehörigen fremden Ware oder Dienstleistung wirft. Es handelt sich um einen faktischen Reflex, der sich daraus ergibt, dass eine solche Anlehnungswerbung zumindest das subjektive Verständnis des Werbenden voraussetzt und belegt, dass es sich bei dem in Bezug genommenen Zeichen oder dem zugehörigen Produkt um einen Gegenstand handelt, der sich gewinnbringend in der Werbung für das eigene Produkt einsetzen lässt. Dies setzt wiederum die Erwartungshaltung des Werbenden voraus, der Beworbene kenne das Zei-



chen und das dahinter stehende Produkt. Der die Anlehnungswerbung Betreibende erwartet, dass das fremde Zeichen zumindest eine gewisse Aufmerksamkeit für seine Werbung auslöst. Ebenso erwartet er im Regelfall auch, dass er mit der Referenz beim Beworbenen positive Assoziationen auslöst, die sich für den von ihm beworbenen Gegenstand ausnutzen lassen.

Die Anlehnungswerbung Dritter beleuchtet damit reflexartig das Verständnis des Werbenden und das von ihm vorausgesetzte Verkehrsverständnis seiner Zielgruppe, wonach das in der Werbung verwendete fremde Zeichen seiner Werbung zumindest Aufmerksamkeit verschafft oder auch positive Assoziationen hervorruft, die auf dem von ihm beworbenen Gegenstand übertragen werden. Anlehnungswerbung Dritter belegt unmittelbar das Verständnis des Werbenden, wonach das von ihm verwendete fremde Zeichen eine gewisse Bekanntheit genießt und, im Regelfall, sein Verständnis, dass das fremde Zeichen selbst oder die mit ihm zu assoziierenden fremden Produkte ein positives Ansehen bei den von ihm angesprochenen Verkehrskreisen genießen. Gleichzeitig indiziert eine solche Werbung auch ein entsprechendes Verkehrsverständnis des vom Werbenden angesprochenen Publikums.

Klarzustellen ist, dass dieser reflexartige Beleg des Verkehrsverständnisses zur Bekanntheit und zu positivem Ansehen des in Bezug genommenen Zeichens und der mit ihm verbundenen fremden Produkte nicht davon abhängig ist, ob diese Anlehnungswerbung wettbewerbsrechtlich oder markenrechtlich unzulässig ist. Es handelt sich um einen rein faktischen Befund, der auch dann gilt, wenn die Anlehnungswerbung rechtlich zulässig sein sollte. Maßgeblich ist, dass in der Werbung eine Bezugnahme auf eine fremde Leistung enthalten ist. Sie belegt im oben bezeichneten Umfang, dass der Verkehr dem verwendeten fremden Zeichen eine gewisse Bekanntheit und in der Regel der



den zugehörigen Produkten ein gewisses Ansehen beimisst. Auf die Frage der Rechtswidrigkeit der Werbung kommt es insoweit nicht an.

Die Anlehnungswerbung Dritter stellt damit je nach Regelmäßigkeit und Anzahl gleichartiger Anlehnungswerbungen anderer Personen ein mitunter starkes Indiz für die allgemeine Verkehrsauffassung hinsichtlich Bekanntheit und Ruf der Referenzzeichen und –produkte dar. Bekanntheit und Ansehen eines Zeichens und der zugehörigen Produkte sind relevant für die Tatbestandsmerkmale der wettbewerblichen und geschmacksmusterrechtlichen Eigenart sowie der markenrechtlichen (konkreten) Unterscheidungskraft, für die Kennzeichnungskraft, Verkehrsgeltung und Bekanntheit einer Marke, sowie für das Erfordernis der „gewissen Bekanntheit“ des nachgeahmten Produkts im ergänzenden Leistungsschutz und nicht zuletzt auch für die Tatbestände der Rufausnutzung und –beeinträchtigung einer Marke bzw. eines Produkts im Marken- und Wettbewerbsrecht.

Zwar handelt es sich bei all diesen Tatbestandsmerkmalen – wie bei der Bestimmung der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr – nicht um Tatfragen, sondern um Rechtsfragen. Bei der Annahme oder Ablehnung dieser Schutzvoraussetzungen handelt es sich um normative Bestimmungen des Schutzbereiches, die revisibel sind³. Diese Rechtsfragen sind aber auf der Grundlage tatsächlicher Feststellungen zu beurteilen, an die das Revisionsgericht gebunden ist. Hierbei spielen Indizien oder Nachweise für die Verkehrsauffassung

³ Vgl. *Fezer*, Markenrecht, § 14 Rz. 83 f., 417 und § 8 Rz. 33 (zur markenrechtlichen Verwechslungsgefahr, Bekanntheit und konkreten Unterscheidungskraft); *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl. 2006, § 4 Rz. 9.33 (zur wettbewerblichen Eigenart), *Ullmann* GRUR 2005, 89 ff., 90 (zur konkreten Unterscheidungskraft und Verwechslungsgefahr). Der EuGH tendiert hingegen dazu, diese Fragen als Tatfragen zu qualifizieren, s. EuGH, Beschl. v. 1.12.2005, Rs. C-512/04 P, Rz. 23–27 (zur markenrechtlichen Verwechslungsgefahr) sowie EuGH GRUR Int. 2005, 135 ff., 138f. (Rz. 51, 56) – *Maglite* (zur konkreten Unterscheidungskraft einer Marke).



eine erhebliche Rolle⁴. Ihre Bedeutung wird auch nicht insoweit geschmälert, als sich die Gerichte gegebenenfalls zu den angesprochenen Verkehrskreisen zählen und dadurch selbst Feststellungen zur Verkehrsauffassung treffen können. Denn derartige Feststellungen der Gerichte beschränken sich in der Regel auf den Fall, dass gewichtige Indizien für die Verkehrsauffassung nicht vorliegen. Die Anlehnungswerbung Dritter wird somit bei der Beurteilung dieser Schutzvoraussetzungen im Allgemeinen zu berücksichtigen sein und für die Annahme oder Ablehnung dieser Merkmale (mit-) entscheidend sein.

2.2. Prozessuale Verwertbarkeit

Wie bereits angesprochen finden die meisten Fälle erkennbarer Anlehnungswerbung Dritter im Internet statt. Dort haben sich in den letzten Jahren Handelsplattformen etabliert, die Tausende von Angeboten verschiedenster Art und Preisstufen enthalten. Die Angebote der größten Handelsplattformen enthalten zahlreiche Angebote von Gewerbetreibenden an Gewerbetreibende sowie an Private. In großer Zahl stammen die Angebote aber von Privaten, die an private Abnehmer gerichtet sind. Die Angebote enthalten in der Regel eine fotografische Abbildung der Ware sowie eine vom Anbieter selbst formulierte Produktbeschreibung. Angebote zu bestimmten Erzeugnissen und bestimmte Angebotstexte sind über Suchfunktionen gezielt recherchierbar. Bei rechtsverletzenden, insbesondere wettbewerbs- oder markenrechtsverletzenden Angeboten wurde in der Rechtsprechung bereits eine Auskunftspflicht der Anbieter der Handelsplattform über die Identität des Anbieters anerkannt⁵ und der führende Anbieter einer Handelsplattform kommt dieser Auskunfts-

⁴ Sehr weitgehend EuGH GRUR Int. 2005, 135 ff., 138f. (Rz. 51, 56) – *Maglite*: („capable of establishing that those marks could become distinctive” - näher unten 3.2.3.; einschränkend hingegen *Ullmann*, GRUR 2005, 89 ff., 90.

⁵ LG Hamburg, CR 2005, 66 ff., 69.



pflicht im Regelfall auch unproblematisch nach. Die von ihm mitgeteilten Daten über Namen und Adressen der Anbieter erweisen sich jedenfalls in der überwiegenden Zahl als zutreffend.

Die in solchen Angeboten enthaltene Anlehnungswerbung Dritter kann z. B. über den Ausdruck dieser Angebote in ein Verfahren eingeführt werden. Solche Computerausdrucke können nicht die Regel des gewohnheitsrechtlichen oder eines gesetzlich geregelten Anscheinsbeweises für sich in Anspruch nehmen, sondern unterliegen der freien Beweiswürdigung.⁶ Mit qualifizierter elektronischer Signatur versehene elektronische Dokumente können nach § 292 a ZPO zwar einen Anscheinsbeweis für sich in Anspruch nehmen, dies gilt aber nur sehr beschränkt, nämlich für das Beweisthema der Authentizität einer Willenserklärung, also nicht für die Richtigkeit ihres Inhalts. Die freie Beweiswürdigung des Computerausdrucks kann aber ergänzt werden durch das Zeugnis desjenigen, der den Ausdruck veranlasst hat. Im Übrigen wird die Richtigkeit solcher elektronisch erzeugten Dokumente meist nur dann bestritten, wenn objektive Umstände vorliegen, die gegen die Richtigkeit sprechen.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der Anbieter zumeist mit Namen und Adresse identifiziert werden kann. Er kann somit als Zeuge zur Anlehnungswerbung vernommen werden. Durchgreifende Bedenken gegen seine Benennung als Zeugen aus persönlichkeitsrechtlichen Gründen dürften jedenfalls dann nicht bestehen, wenn die Anlehnungswerbung eine Rechtsverletzung gegenüber dem Schutzrechtsinhaber darstellt, da der in seinen Persönlichkeitsrechten Beeinträchtigte sein eigenes, für die Beeinträchtigung ursächli-

⁶ Zöllner/Geimer, Zivilprozessordnung, 25. Auflage 2005, § 415 Rz. 8.



ches Verhalten bei der im Persönlichkeitsrecht abzustellenden Interessenabwägung mitberücksichtigen lassen muss⁷.

3. Drittwirkung der Anlehnungswerbung auf Schutzvoraussetzungen

Die Anlehnungswerbung Dritter ist bei der Beurteilung von Schutzvoraussetzungen grundsätzlich in Betracht zu ziehen und geeignet, verschiedene Schutzvoraussetzungen zu begründen. Die Anlehnungswerbung Dritter kann für die Beurteilung der nichttechnischen Schutzrechte im gewerblichen Rechtsschutz, nämlich für den ergänzenden Leistungsschutz, für das Geschmacksmuster- und für das Markenrecht erhebliche Relevanz haben. Hierzu im Einzelnen:

3.1. Ausbeutung und Beeinträchtigung von Ruf und Unterscheidungskraft

Nach § 4 Nr. 9 b UWG ist das Angebot von Nachahmungen unzulässig, wenn der Anbieter damit die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder beeinträchtigt. Auch im Markenrecht stellt die unangemessene Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft oder der Wertschätzung einer Marke einen eigenen Verletzungstatbestand dar (§§ 14 Abs. 2 Nr. 3, 15 Abs. 3 MarkenG, Art. 9 Abs. 1 b GMV).

3.1.1. Rufausbeutung und –beeinträchtigung im ergänzenden Leistungsschutz

⁷ Palandt/*Sprau*, Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl. 2006, § 823 Rz. 98.



Was den lauterkeitsrechtlichen Tatbestand der Rufausbeutung und –beeinträchtigung durch Nachahmung angeht, ist zunächst die allgemeine Feststellung anzutreffen, dass eine offene oder verdeckte Anlehnung an die fremde Leistung für die Annahme des Tatbestands der Rufausbeutung genügt⁸. Verwiesen wird hierbei auf die Entscheidungen des BGH *grau/magenta*⁹, *Les-Paul-Gitarren*¹⁰, *Tele-Info-CD*¹¹. Diese Entscheidungen betreffen Fälle, in denen dem Nachahmer selbst eine Anlehnung vorzuhalten ist. Diese wurde teilweise bereits in der Übernahme von Gestaltungsmerkmalen gesehen¹² und teilweise lag die Anlehnung nicht in der Nachahmung selbst, sondern in der Übernahme eines Zeichens des nachgeahmten Produkts für die Aufmachung der Nachahmung¹³. Die Frage, ob mit der Nachahmung eine Rufausnutzung oder –beeinträchtigung verbunden ist, weil Dritte für die Nachahmung mit einer Anlehnung Werbung treiben, war allerdings nicht Gegenstand dieser Entscheidungen.

Gleichwohl erscheint die generelle Feststellung, dass eine offene oder verdeckte Anlehnung an die fremde Leistung zur Annahme einer Rufausbeutung genügt, richtig. Es kommt nicht darauf an, ob der Nachahmer selbst sich zu Marketingzwecken einer Anlehnung bedient oder ob er dies Dritten überlässt. Auch wenn sich die Annäherung des Nachahmers auf die Übernahme von Gestaltungsmerkmalen des Originals beschränkt, kann dies für die Annahme

⁸ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, a.a.O. (Fn. 3), § 4 Rz. 9.55.

⁹ BGH GRUR 1997, 754 ff., 756.

¹⁰ BGH GRUR 1998, 830 ff., 833.

¹¹ BGH GRUR 1999, 923 ff., 927.

¹² BGH GRUR 1998, 830 ff., 833 – *Les-Paul-Gitarren*; BGH GRUR 1999, 923 ff., 927 – *Tele-Info-CD*.

¹³ BGH GRUR 1997, 754, 755 f. – *grau/magenta*.



der Übertragung von Gütevorstellungen ausreichen¹⁴. Wenn nun Dritte in der eingangs¹⁵ genannten Weise Anlehnungswerbung betreiben, so zeigt dies, dass der Nachahmung die Eignung zur Ausnutzung des Rufes des Produktes, auf das mit der Anlehnungswerbung Bezug genommen wird, innewohnt. Die Möglichkeit eines Imagetransfers, die für die Annahme des Merkmals der Ausnutzung der Wertschätzung nach § 4 Nr. 9 b UWG ausreicht¹⁶, manifestiert sich in der Anlehnungswerbung Dritter nicht weniger als in Anlehnungen des Nachahmers selbst. Hätten die Nachahmungen aufgrund ihrer Gestaltung nicht die Eignung, die Wertschätzung der Originale auszunutzen, wären solche Werbehinweise sinn- und grundlos.

Handelt es sich bei den nachgeahmten Produkten um Ware, die gegenüber dem Original qualitativ minderwertig ist, so ist mit der Eignung zum Imagetransfer, der sich in der Anlehnungswerbung manifestiert, zumeist auch die Gefahr einer Rufbeeinträchtigung im Sinne des § 4 Nr. 9 b UWG verbunden¹⁷. Aber auch wenn die Ware nicht minderwertig ist, kann die Anlehnungswerbung Dritter die Annahme einer Rufbeeinträchtigung begründen. Beruht der gute Ruf, für dessen Vorliegen die Anlehnungswerbung Dritter ein gewichtiges Indiz ist, auf der Exklusivität des Originals, wird auch hier von

¹⁴ So ausdrücklich jetzt BGH GRUR 2005, 349 ff., 353 – *Klemmbausteine III*; s. auch BGH GRUR 1998, 830 ff., 833 – *Les-Paul-Gitarren*; BGH GRUR 1999, 923 ff., 927 – *Tele-Info-CD* (Fn. 10).

¹⁵ S. 1.

¹⁶ Die konkrete Eignung der Nachahmung zur Ausnutzung der Wertschätzung einer Ware oder Dienstleistung ist im ergänzenden Leistungsschutz ausreichend; ein Nachweis, dass mit der Nachahmung tatsächlich eine Rufausnutzung herbeigeführt wurde, ist nicht erforderlich. Vgl. etwa BGH GRUR 2006, 79 ff., 82 (Rz. 36) – *Jeans*, wonach für § 4 Nr. 9 a UWG (Herkunfts Täuschung) die Gefahr einer solchen ausreicht (std. Rspr.) und BGH GRUR 1998, 830 ff., 833 – *Les-Paul-Gitarren*, der für den Rufbeeinträchtigungstatbestand ebenfalls auf die Gefahr der Rufschädigung abstellt.

¹⁷ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, a. a. O. (Fn. 3), Rz. 9.59 m. N. z. BGH-Rspr.



der Gefahr der Beeinträchtigung dieses Rufes auszugehen sein, wenn die Nachahmung in großem Umfang und zu niedrigen Preisen vertrieben wird¹⁸. Die Indizwirkung der Anlehnungswerbung Dritter besteht hierbei jedoch nur hinsichtlich der Wertschätzung; für die Exklusivität eines Produktes ist das Vorkommen von Anlehnungswerbung Dritter für sich genommen noch kein Beleg. Zur Feststellung der Exklusivität des Produktes bedarf es vielmehr besonderer Umstände.

3.1.2. Ausbeutung und –beeinträchtigung von Ruf und Unterscheidungskraft im Markenrecht

Bei den markenrechtlichen Tatbeständen der Ausbeutung oder –beeinträchtigung von Ruf oder Unterscheidungskraft eines Zeichens ist der Ausgangspunkt ein anderer. Während sich beim ergänzenden Leistungsschutz nach § 4 Nr. 9 b UWG gegen Rufausbeutung und –beeinträchtigung per se Güter gleicher Gattung gegenüberstehen, spielt die Ausbeutung und Beeinträchtigung von Ruf oder Unterscheidungskraft im Markenrecht typischerweise¹⁹ außerhalb des Waren- bzw. Dienstleistungsähnlichkeitsbereichs eine Rolle.

Der Tatbestand ist aber weitgehend gleich: Mit dem Begriff der Wertschätzung ist wie im ergänzenden Leistungsschutz auch im Markenrecht der gute Ruf gemeint²⁰. Und wie im ergänzenden Leistungsschutz genügt auch im

¹⁸ Vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, a. a. O. (Fn. 17).

¹⁹ Zum markenrechtlichen Schutz vor Rufausbeutung und –beeinträchtigung innerhalb des Waren- bzw. Dienstleistungsähnlichkeitsbereichs s. Fezer, Markenrecht, a.a.O. (Fn. 2), § 14 Rz. 435.

²⁰ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, a. a. O. (Fn. 3), Rz. 9.52; Fezer, Markenrecht, a. a. O. (Fn. 2), § 14 Rz. 425.



Markenrecht die objektive Eignung zum Imagetransfer im konkreten Fall, ohne dass es auf einen nachweisbaren Eintritt von Beeinträchtigung oder Ausnutzung ankäme²¹. Die weitere Beurteilung, ob die Gefahr eines Imagetransfers gegeben ist, richtet sich dann vornehmlich nach der Entfernung der Waren bzw. Dienstleistungen voneinander und nach der Art des Rufinhalts²².

Die Anlehnungswerbung Dritter spielt hier für das Tatbestandsmerkmal der Rufausbeutung insoweit eine Rolle, als die Verwendung des Zeichens durch Dritte für andere Güter ein Indiz für die Eignung des Transfers des Images des Zeichens auf diese Waren oder Dienstleistungen darstellt. Sie sind ein Indiz für die Auffassung des Werbenden, dass sich das Zeichen zur Förderung des Absatzes seiner Güter einsetzen lasse. Sie ist, je nach Regelmäßigkeit und Anzahl gleichartiger Anlehnungswerbung anderer Personen ein Indiz oder ein Beleg für die Eignung des Zeichens zur Übertragung seines Images auf Güter der von diesen Dritten beworbenen Art.

Je nach Häufigkeit dieser Werbung wird man von einem Verhältnis der Wechselwirkung zu den anderen Beurteilungskriterien, insbesondere zur Waren- bzw. Dienstleistungsähnlichkeit und zur Art des Rufinhaltes ausgehen können, nämlich dergestalt, dass eine nur in Einzelfällen vorkommende Anlehnungswerbung Dritter eine größere Entfernung der Waren bzw. Dienstleistungen und eine wenig güterkompatible Art des Rufinhaltes des verwendeten Zeichens graduell auszugleichen vermag und eine regelmäßige Anlehnungswerbung verschiedener Personen auch dann zur Annahme der Eignung zum Imagetransfer führen kann, wenn die Waren- bzw. Dienstleistungsähnlichkeit und die Art ihres Rufinhaltes per se nicht dafür sprechen. Die Anlehnungs-

²¹ *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, 2. Auflage 2003, § 14 Rz. 838 m. N.

²² *Ingerl/Rohnke*, a.a.O. (Fn. 21), § 14 Rz. 850 m. N. z. Rspr.



werbung Dritter ist ein Indiz dafür, dass die Waren- bzw. Dienstleistungsähnlichkeit hinreichend groß ist, um die Gefahr eines Imagetransfers des verwendeten fremden Zeichens auf die beworbenen Waren oder Dienstleistungen anzunehmen. Die Anlehnungswerbung ist auch ein Indiz dafür, dass die Art des Rufinhalts und des fremden Zeichens auch für das beworbene Produkt positiv wirkt.

Wie beim ergänzenden Leistungsschutz ist die Anlehnungswerbung für die Annahme einer Rufbeeinträchtigung auch aus markenrechtlicher Sicht nur von beschränkter Bedeutung. Sie vermag die Möglichkeit eines Imagetransfers zu indizieren bzw. zu belegen; ob sich dieser dann aber in einer Rufschädigung auswirkt ist wiederum aufgrund anderer Umstände zu beurteilen (z.B. Qualität des beworbenen Produkts, Image des das fremde Zeichen verwendenden Unternehmens, Verwendung des fremden Zeichens mit herabsetzenden Äußerungen, etc.)²³.

Erscheint die Waren- bzw. Dienstleistungsähnlichkeit als gering und auch die Art des Rufes des fremden Zeichens als wenig kompatibel mit dem beworbenen Produkt und liegen auch keine sonstigen Umstände vor, die für die Annahme einer Rufbeeinträchtigung sprechen, so wird man die Verwendung des Zeichens in der Anlehnungswerbung Dritter für eine Produktgattung jedenfalls als Indiz und unter Umständen auch als Beleg dafür werten müssen, dass sich das fremde Zeichen für die in der Anlehnungswerbung Dritter beworbenen Waren zur Erzielung eines Aufmerksamkeitseffekts eignet. Eine solche Ausnutzung der Wirkung einer Marke, eine besondere Aufmerksamkeit auf sich zu ziehen, wird als Ausnutzung der Unterscheidungskraft angesehen²⁴,

²³ Näher *Ingerl/Rohnke*, a. a. O. (Fn. 21), § 14 Rz. 856.

²⁴ BGH WRP 2005, 896 ff., 898 – *Lila Postkarte*, m. w. N. z. BGH-Rspr.



die dem Tatbestand der Rufausnutzung gleichgestellt ist²⁵. Würde sich das Zeichen nicht jedenfalls zur Ausnutzung eines Aufmerksamkeitswerts nutzen lassen, wäre die Anlehnungswerbung sinnlos. Eine regelmäßig festzustellende Anlehnungswerbung verschiedener Dritter, bei der das fremde Zeichen für eine Produktgattung verwendet wird, muss daher als Beleg dafür gewertet werden, dass mit der Verwendung dieses Zeichens jedenfalls eine damit verbundene Aufmerksamkeit für diese Art von Produkten ausgenutzt werden kann.

3.2. Wettbewerbliche und geschmacksmusterrechtliche Eigenart sowie markenrechtliche Unterscheidungskraft

Der Nachahmungsschutz nach § 4 Nr. 9 a–c UWG kann nur für Leistungsergebnisse mit wettbewerblicher Eigenart in Anspruch genommen werden. Das deutsche und europäische Geschmacksmusterrecht verlangt für den Nachahmungsschutz ebenfalls Eigenart des Erzeugnisses. Im Markenrecht ist mit dem Tatbestandsmerkmal der konkreten Unterscheidungskraft ebenfalls ein gewisses Maß an Originalität Schutzvoraussetzung, die insbesondere bei Bild- und Formmarken eine Rolle spielt, welche die Ware, für die sie Schutz beanspruchen, selbst abbildet. Grundlage für die Beurteilung der wettbewerblichen und geschmacksmusterrechtlichen Eigenart, sowie der Unterscheidungskraft einer Marke ist wiederum die Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise. In der Anlehnungswerbung Dritter, insbesondere wenn sie von den Abnehmern der Produkte selbst stammt, spiegelt sich die Verkehrsauffassung wieder und sie enthält damit eine Aussage über die Originalität des Referenzprodukts oder des Referenzzeichens. Zur Bedeutung der Anlehnungswerbung in diesem Kontext im Einzelnen:

²⁵ Kritisch zu diesem Kollisionstatbestand *Fezer*, Markenrecht, a. a. O. (Fn. 2), § 14 Rz. 424.



3.2.1. Wettbewerbliche Eigenart

Wettbewerbliche Eigenart eines Erzeugnisses liegt vor, wenn seine konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des Erzeugnisses geeignet sind, die angesprochenen Verkehrskreise auf die betriebliche Herkunft oder Besonderheiten des Erzeugnisses hinzuweisen²⁶. Die Beurteilung dieser Rechtsfrage²⁷ wird meist auf Grund von Feststellungen zum wettbewerblichen Umfeld des Erzeugnisses und seines Abstandes zu Konkurrenzprodukten beurteilt. Ist ein solcher Abstand auf Grund des Vertriebs gleichartig gestalteter Erzeugnisse nicht (mehr) festzustellen, kann gleichwohl von wettbewerblicher Eigenart ausgegangen werden, wenn die angesprochenen Verkehrskreise trotzdem noch zwischen Original und Nachahmung unterscheiden²⁸. Neben dem Abstand zum wettbewerblichen Umfeld werden als Indizien für das Bestehen wettbewerblicher Eigenart auch ein besonderer wirtschaftlicher Erfolg angesehen, die Bekanntheit des nachgeahmten Erzeugnisses, dafür verliehene Designerpreise, seine Neuheit und eine den sondergesetzlichen Anforderungen entsprechende Gestaltungshöhe²⁹.

Als weiteres Indiz, unter Umständen auch als Beleg für das Bestehen wettbewerblicher Eigenart, wird man auch die Anlehnungswerbung Dritter zu berücksichtigen haben. In der Regelmäßigkeit und der Häufigkeit des Vorkommens solcher unmittelbaren oder mittelbaren Bezugnahmen auf ein Konkurrenzprodukt in der Werbung verschiedener Personen wird man einen Hin-

²⁶ BGH GRUR 2006, 79 ff., 81 (Rz. 21) – *Jeans*, std. Rspr.

²⁷ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, a. a. O. (Fn. 3), § 4 Rz. 9.33.

²⁸ BGH GRUR 1998, 830 ff., 833 – *Les-Paul-Gitarren*; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, a. a. O. (Fn. 3), § 4 Rz. 9.26.

²⁹ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, a. a. O. (Fn. 3), § 4 Rz. 9.33.



weis darauf sehen müssen, dass es sich bei dem Referenzerzeugnis um ein besonderes Produkt handelt. Dies gilt insbesondere dann, wenn diese werbenden Dritten selbst zu den angesprochenen potentiellen Abnehmern des Referenzerzeugnisses gehören. Eine solche Anlehnungswerbung zeigt, dass der Werbende das Referenzerzeugnis für etwas Besonderes hält, ansonsten würde er nicht davon ausgehen, dass sich eine Bezugnahme auf dieses Produkt in der Werbung für ein Konkurrenzprodukt nutzbringend einsetzen lässt und gar nicht auf den Gedanken der Anlehnungswerbung kommen. Die Anlehnungswerbung zeigt gleichzeitig seine Einschätzung, dass auch die von ihm angesprochenen Verkehrskreise das Referenzerzeugnis für ein besonderes Produkt halten.

Der Verfasser hält ein wiederholtes Vorkommen solcher Anlehnungswerbung durch verschiedene Personen, die selbst zu den angesprochenen Verkehrskreisen des Referenzprodukts zählen, für ein mindestens ebenso gewichtiges Indiz wie die übrigen oben³⁰ genannten Kriterien: Eine solche Anlehnungswerbung lässt den unmittelbaren Schluss auf die Verkehrsauffassung zu, dass das Referenzerzeugnis im Verkehr als etwas Besonderes betrachtet wird. Die Bezugnahme auf dieses Produkt durch die Produktmarke oder die Verwendung der Firma des Herstellerunternehmens belegt unmittelbar, dass der Verkehr das Referenzprodukt mit einer bestimmten betrieblichen Herkunft verbindet. Demgegenüber vermögen die oben genannten Kriterien hierauf nur mittelbar hinzuweisen.

Was das Kriterium Erfolg und Bekanntheit eines Produkts angeht ist festzustellen, dass Erfolg und Bekanntheit nicht notwendig etwas darüber aussagen, ob die angesprochenen Verkehrskreise mit dem Erzeugnis Besonderheiten

³⁰ S. unter 3.2.1.



oder betriebliche Herkunftsvorstellungen verbinden. Neuheit und die Erfüllung von sondergesetzlichen Anforderungen an eine bestimmte Gestaltungshöhe sowie der Abstand zum wettbewerblichen Umfeld demonstrieren die Besonderheit eines Erzeugnisses, was aber ebenfalls nur einen mittelbaren - wenn auch nahe liegenden - Schluss darauf zulässt, dass die angesprochenen Verkehrskreise diese Besonderheiten auch tatsächlich erkennen. Auch die Verleihung von Designerpreisen mag ein wichtiges Indiz darstellen, setzt aber nicht zwingend voraus, dass die angesprochenen Verkehrskreise die Besonderheit des Erzeugnisses erkennen oder dass sie es mit einer besonderen betrieblichen Herkunft verbinden. Was die Zuordnung eines Erzeugnisses zu einer bestimmten betrieblichen Herkunft angeht, lassen diese Kriterien ebenfalls nur einen mittelbaren Schluss zu.

Für die Fallgruppe der Anlehnungswerbung Dritter durch Entlehnung werblicher Elemente ist dieser Befund allerdings einzuschränken. Hier ist die Indizwirkung für die wettbewerbliche Eigenart des Produkts, das mit den entlehnten Elementen beworben wird, schwächer als bei den anderen Fallgruppen der Anlehnungswerbung. Die Entlehnung muss hier nicht notwendig auf der Überlegung beruhen, dass die mit den entlehnten Elementen beworbene Ware ein besonderes Ansehen genießt. Sie kann auch darauf beruhen, dass der Werbende das entlehnte werbliche Element als solches für zugkräftig hält. Insofern, also hinsichtlich des entlehnten werblichen Elements (z. B. Werbeslogan) besteht hier eine Indizwirkung für seine wettbewerbliche Eigenart (auch werbliche Elemente wie Werbeslogans können ergänzenden Leistungsschutz gegen Nachahmung in Anspruch nehmen³¹), weniger aber hinsichtlich der wettbewerblichen Eigenart des mit dem werblichen Element ursprünglich beworbenen Produkts.

³¹ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, a. a. O. (Fn. 3), § 4 Rz. 9.30 m. N. z. Rspr.



Von besonderer Bedeutung erscheint die Anlehnungswerbung insbesondere für den Einwand, eine ebenfalls möglicherweise gegebene wettbewerbliche Eigenart sei durch eine erhebliche Anzahl auf dem Markt befindlicher Nachahmungen wieder entfallen - ein Einwand, der gerade bei besonders erfolgreichen Produkten, die typischerweise am häufigsten nachgeahmt werden, nahe liegt. Soweit es sich bei der Anlehnungswerbung Dritter um eine offene Referenzwerbung handelt (markenbezogene Stil- und Qualitätsvergleiche sowie offene Nachahmungsanpreisungen), belegt diese unmittelbar, dass der Werbende zwischen Original und Kopie unterscheidet. Eine deutlichere Manifestation einer fortbestehenden wettbewerblichen Eigenart eines Produkts als durch eine solche offene und namentliche Bezugnahme auf das Originalprodukt als Stil- und Qualitätsvorlage mit markenmäßiger Zuordnung zum Original ist kaum denkbar. Hier zeigt sich deutlich, dass jedenfalls der Werbende dem Original besondere Merkmale beimisst, mit ihm eine betriebliche Herkunftsstellung verbindet und zwischen Original und Kopie zu unterscheiden vermag. Gleichzeitig macht diese Werbung den angesprochenen Verkehrskreisen deutlich, dass auf dem Markt Originale und Nachahmungen nebeneinander bestehen und trägt zur Verbreitung dieses Verständnisses bei. Solche offenen Anlehnungswerbungen Dritter sind daher bei wiederholtem Vorkommen zumindest ein starkes Indiz dafür, dass der Verkehr zwischen Original und Kopie noch unterscheidet und die wettbewerbliche Eigenart damit entsprechend der BGH-Rechtsprechung³² ungeachtet des Vertriebs von Nachahmungen auf dem Markt fortbesteht.

3.2.2. Geschmacksmusterrechtliche Eigenart

³² BGH GRUR 1998, 830 ff., 833 – *Les-Paul-Gitarren*.



Auch im deutschen Geschmacksmusterrecht und im Geschmacksmusterrecht der Gemeinschaft ist die Eigenart des Erzeugnisses gemäß § 2 Abs. I, III GeschmMG, bzw. Art. 4 Abs. I, Art. 6 GGV zentrale Schutzvoraussetzung. Gleichwohl lassen sich die Überlegungen zur Beurteilung der wettbewerbliehen Eigenart im ergänzenden Leistungsschutz nicht ohne weiteres auf das Designrecht übertragen. Das europäische und deutsche Geschmacksmusterrecht hat eine andere Zielrichtung als der ergänzende Leistungsschutz des UWG³³: Das Designrecht schützt nach in der Rechtsprechung vertretener Auffassung das Leistungsergebnis als solches, während Schutzgegenstand des UWG die unlauteren Umstände der Nachahmung sind³⁴. Die Schutzvoraussetzungen im ergänzenden Leistungsschutz und im Geschmacksmusterrecht bestehen daher grundsätzlich unabhängig voneinander³⁵.

Der Begriff der geschmacksmusterrechtlichen Eigenart ist mit dem Begriff der wettbewerbslichen Eigenart nicht identisch. Ihre Beurteilung erfolgt auf Grund unterschiedlicher Ansätze. Für die Bestimmung der wettbewerbliehen Eigenart ist die Verkehrsauffassung maßgeblich; entscheidend ist, ob die angesprochenen Verkehrskreise in der konkreten Ausgestaltung oder in bestimmten Merkmalen eines Erzeugnisses einen Hinweis auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten sehen³⁶. Der Abstand zum wettbewerbliehen Umfeld des Erzeugnisses ist nur ein Indiz für das Vorliegen einer sol-

³³ BGH GRUR 2006, 79 ff., 80 (Rz. 18) – *Jeans*.

³⁴ BGH GRUR 2006, 79 ff., 80 (Rz. 18) – *Jeans*; abw. und ausf. *Fezer*, WRP 1993, 63 ff.: „Der Schutz der unternehmerischen Leistung ist eine originäre Aufgabe des Wettbewerbsrechts“.

³⁵ BGH GRUR 2006, 79 ff., 80 (Rz. 18) – *Jeans* (im Verhältnis zur GGV); BGH GRUR 2003, 359 ff., 360 – *Pflegebett* (im Verhältnis zum GeschmMG), *Fezer/Götting*, Kommentar zum Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, 2005, § 4 – 9 Rz. 29 (allg. im Verhältnis zum Sonderrechtsschutz).

³⁶ BGH GRUR 2006, 79 ff., 81 (Rz. 21) – *Jeans*, std. Rspr.



chen Verkehrsauffassung, wemgleich ihm insoweit eine erhebliche Bedeutung zukommt.

Im Geschmacksmusterrecht hingegen ist die Unterschiedlichkeit zu Konkurrenzprodukten nicht nur Indiz, sondern Begriffsmerkmal der geschmacksmusterrechtlichen Eigenart. Im geschmacksmusterrechtlichen Sinn liegt Eigenart vor, wenn sich das Erzeugnis in seinem Gesamteindruck, den es beim informierten Benutzer hervorruft, von dem Gesamteindruck anderer Muster unterscheidet³⁷. Die Bestimmung der geschmacksmusterrechtlichen Eigenart erfolgt daher primär über einen Vergleich mit dem vorbekannten Formenschatz³⁸. Die Frage, ob der Verkehr mit dem Erzeugnis eine betriebliche Herkunft oder besondere Merkmale oder Eigenschaften verbindet, spielt im Geschmacksmusterrecht nur eine untergeordnete Rolle³⁹.

Demgemäß kann die Anlehnungswerbung Dritter zur Beurteilung der geschmacksmusterrechtlichen Eigenart nicht die gleiche Rolle spielen wie bei der Beurteilung der wettbewerblichen Eigenart. Die Anlehnungswerbung Dritter belegt unmittelbar das Verständnis des Werbenden, dass das Referenzerzeugnis etwas Besonderes ist und – soweit es in der Anlehnungswerbung (was der häufigste Fall ist) nicht abgebildet, sondern nur namentlich benannt wird – auch, dass der Werbende mit dem Referenzerzeugnis eine betriebliche Herkunftsvorstellung verbindet.

Der geschmacksmusterrechtliche Begriff der Eigenart wird hingegen eher nach objektiven Kriterien, nämlich primär nach der Unterschiedlichkeit zum

³⁷ § 2 Abs. III Satz 1 GeschmMG, Art. 6 Abs. I GGV.

³⁸ *Eichmann/von Falckenstein*, Geschmacksmustergesetz, 3. Auflage 2005, § 2 Rz. 10 f.

³⁹ *Vgl. Eichmann/von Falckenstein*, a. a. O. (Fn. 38), § 2 Rz. 15.



vorbekanntem Formenschatz beurteilt⁴⁰. Die Anlehnungswerbung Dritter hat hier (nur) eine Indizwirkung für das Bestehen geschmacksmusterrechtlicher Eigenart wie sie auch anderen Beurteilungen Dritter beigemessen wird⁴¹. Die Anlehnungswerbung Dritter sagt zur Frage, inwieweit sich das Referenzzeugnis in seiner Gestaltung von anderen unterscheidet, nicht sehr viel aus.

⁴⁰ *Eichmann/von Falckenstein*, a. a. O. (Fn. 38), § 2 Rz. 15 sowie 10 f.

⁴¹ Zur Indizwirkung der Beurteilung Dritter und weiterer Umstände auf die geschmacksmusterrechtliche Eigenart siehe *Eichmann/von Falckenstein*, a. a. O. (Fn 38), § 2 Rz. 15.



3.2.3. Markenrechtliche (konkrete) Unterscheidungskraft

Die markenrechtliche Schutzvoraussetzung der konkreten Unterscheidungskraft in § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG und Art. 7 Abs. 1 b GMV scheint dem Terminus der wettbewerblichen Eigenart näher zu stehen. Die konkrete Unterscheidungskraft ist die Eignung einer Marke, die Waren oder Dienstleistungen, für welche die Eintragung beantragt wird, zu identifizieren und damit diese Produkte von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden⁴². Diese Eignung zur Produktidentifikation und –unterscheidung ist stets gegeben, wenn die Marke geeignet ist, die betriebliche Herkunft des Produkts anzuzeigen. Ob eine solche Eignung vorliegt, bestimmt sich maßgeblich nach der Verkehrsauffassung⁴³. Die Schutzvoraussetzungen der wettbewerblichen Eigenart im ergänzenden Leistungsschutz und der markenrechtlichen konkreten Unterscheidungskraft sind damit eng miteinander verwandt. Konkrete Unterscheidungskraft bzw. wettbewerbliche Eigenart liegen jeweils dann vor, wenn die Marke bzw. die Erscheinungsform des Erzeugnisses geeignet ist, bei den angesprochenen Verkehrskreisen Vorstellungen über die betriebliche Herkunft des Produkts oder über besondere Eigenschaften auszulösen, die es von Produkten anderer Unternehmen unterscheidet. Überlegungen zur Bedeutung der Anlehnungswerbung Dritter bei der Bestimmung der wettbewerblichen Eigenart eines Erzeugnisses im ergänzenden Leistungsschutz erscheinen daher für die Bestimmung der konkreten Unterscheidungskraft einer Marke prinzipiell übertragbar.

Bedeutsam ist diese Fragestellung vor allem im Hinblick auf die konkrete Unterscheidungskraft von Bild- oder Formmarken, welche die Gestalt des

⁴² Fezer, Markenrecht, a.a.O. (Fn. 2), § 8 Rz. 22, 24.

⁴³ Fezer, Markenrecht, a. a. O. (Fn. 2), § 8 Rz. 33.



Erzeugnisses selbst wiedergeben, für welches Markenschutz beansprucht wird. Die Rechtsprechung auf europäischer Ebene hat bisher noch nicht vermocht, die Anforderungen an die konkrete Unterscheidungskraft solcher Marken in überzeugender Weise näher zu spezifizieren. Sie postuliert zwar, dass bei Bild- oder Formmarken hinsichtlich ihrer Unterscheidungskraft grundsätzlich kein höherer Maßstab anzulegen sei, als bei der Eintragung von Wort- oder herkömmlichen Bildmarken⁴⁴. Festzustellen ist gleichwohl eine extrem zurückhaltende Eintragungspraxis auf europäischer Ebene, die, sollte sie sich fortsetzen, sicherlich auch weiteren Einfluss auf die liberalere Praxis des BGH⁴⁵ und auch des BPatG nehmen wird. In vielen Fällen wird der Anmelder hier gezwungen, eine repräsentative Verkehrsbefragung durchführen zu lassen, was nicht nur teuer ist, sondern auch nur dann Erfolg verspricht, wenn das Erzeugnis bereits seit einiger Zeit in den Markt eingeführt ist, ohne bislang Nachahmer in relevantem Umfang gefunden zu haben, was gerade bei besonders gelungenen und erfolgreichen Produkten ein Problem darstellt.

Vor diesem Hintergrund ist beachtlich, dass die Anlehnungswerbung zur Begründung der Unterscheidungskraft einer dreidimensionalen Marke bereits Eingang in die Rechtsprechung des EuGH gefunden hat und im Grundsatz als tragfähiger argumentativer Ansatz zur Begründung konkreter Unterscheidungskraft anerkannt wurde⁴⁶. Der Anmelder trug hier vor, dass Nachahmungen als aus dem Hause des Anmelders stammend betrachtet würden und dass Wettbewerber ihre Erzeugnisse mit dem Hinweis bewerben, ihr Design sei das gleiche wie das des Anmelders⁴⁷. Der EuGH wies das Rechtsmittel ab

⁴⁴ Vgl. *Fezer*, GRUR 2005, 102 ff., 104 m. N.

⁴⁵ Vgl. *Ullmann*, GRUR 2005, 89 ff., 90 a. E.

⁴⁶ EuGH GRUR Int. 2005, 135 ff., 138 f. (Rz. 56 mit 51) – *Maglite*.

⁴⁷ EuGH GRUR Int. 2005, 135 ff., 138 (Rz. 51) – *Maglite*.



und verneinte Unterscheidungskraft der Anmeldemarke, aber nur deswegen, weil das Rechtsmittel auf die Versagung der Anerkennung der *originären* Unterscheidungskraft gestützt war. Zu dem Argument des Anmelders befand der EuGH, dass es grundsätzlich durchaus geeignet sei, zu belegen, dass die Anmeldemarken infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft nach Art. 7 Abs. 1 b, Abs. 3 GMV erwerben könnten⁴⁸.

Diese Feststellung des EuGH ist für die Fallgruppe der Anlehnungswerbung durch Verwendung fremder Zeichen zur Kennzeichnung von Nachahmungen im Grundsatz zutreffend. Wird ein äußerlich gleich oder ähnlich gestaltetes Erzeugnis unter der Marke des Originals angeboten, so belegt dies, dass entweder der Anbieter selbst die Nachahmung auf Grund ihrer Gestaltung für das Original hält oder dass er zumindest davon ausgeht, die von ihm angesprochenen Verkehrskreise würden es für das Markenprodukt halten. Die Verwendung der fremden Marke zur Bezeichnung einer Nachahmung indiziert, dass der Anbieter in der Gestaltung des Produkts einen Herkunftshinweis auf das Unternehmen des Originals sieht. Freilich kann die Verwendung der fremden Marke im Allgemeinen auch darauf beruhen, dass der Anbieter den Ruf dieser Marke für sich ausnutzen möchte. Wenn die Gestaltung des Originals aber irgendetwas Eigentümliches hat und das unter der fremden Marke angebotene Erzeugnis diese Eigentümlichkeiten ebenfalls aufweist, so liegt die Annahme, der Anbieter habe die fremde Marke auf Grund der übereinstimmenden Gestaltungsmerkmale mit dem Markenprodukt und nicht allein auf Grund des Images der Marke verwendet, auf der Hand und belegt seine Auffassung, man könne die Nachahmung auf Grund ihrer Gestaltung als aus dem Hause des Markeninhabers stammend ansehen. Insbesondere wenn

⁴⁸ EuGH GRUR Int. 2005, 135 ff., 139 (Rz. 56) – *Maglite*: „that evidence (...) was only capable of establishing that those trademarks could become distinctive” (Rz. 51).



der Werbende selbst zu den vom Anmelder angesprochenen Verkehrskreisen zählt, vermag eine solche Anlehnungswerbung ein, je nach Häufigkeit derartiger Anlehnungen, gewichtiges Indiz für eine jedenfalls erworbene Unterscheidungskraft der 3D- oder Bildmarke sein.

Die Feststellung des EuGH ist auch für die Fallgruppe der Anlehnungswerbung in Form von Stilvergleichen zutreffend. Das Angebot von Nachahmungen mit Anpreisungen wie „im X-Design“ oder „im klassischen Stil von X“ belegt die Auffassung des Werbenden, dass in den mit der angepriesenen Nachahmung übernommenen Gestaltungsmerkmalen ein Herkunftshinweis auf das Unternehmen des Originals liegt. Zusätzlich bewirken solche Stilvergleiche bei den Adressaten dieser Werbung ein solches Verständnis. Auch diese Fallgruppe der Anlehnungswerbung vermag damit jedenfalls den Erwerb der konkreten Unterscheidungskraft der Gestaltung des Referenzzeugnisses zu indizieren oder zu belegen.

Die übrige Gruppe der Anlehnungswerbung (Qualitätsvergleiche, offene Nachahmungsanpreisungen, Entlehnung werblicher Elemente) spielt indessen nicht ohne weiteres eine wesentliche Rolle bei der Beurteilung der erworbenen Unterscheidungskraft von Bild- oder dreidimensionalen Marken, welche die äußere Gestaltung eines Erzeugnisses selbst darstellen. Bei unspezifizierten Qualitätsvergleichen („ähnlich X“) und offenen Nachahmungsanpreisungen („günstige X-Imitation“) kommt es darauf an, ob die Verwendung der fremden Marke auf Grund einer besonderen Gestaltung des Originals erfolgt oder auf Grund von Qualitätsvorstellungen, die mit dem Original bzw. seiner Marke verbunden sind. Unspezifizierte Qualitätsvergleiche und offene Nachahmungsanpreisungen werden daher (nur) dann eine Rolle spielen, wenn es sich um Erzeugnisse handelt, bei denen das Design als Wert im Vordergrund steht. Was die Anlehnungswerbung durch Entlehnung werblicher Elemente



angeht, gilt auch hier ebenso wie bei der Beurteilung der wettbewerblichen Eigenart, dass diese auch auf der besonderen Zugkraft der besonderen Werbeelemente als solchen beruhen kann.

Was Wortmarken angeht, deren konkrete Unterscheidungskraft fraglich ist, so gilt hier ebenfalls, dass das Vorkommen von Anlehnungswerbung jedenfalls die erworbene Unterscheidungskraft der Wortmarke belegen kann. Anlehnungswerbung bei der auf ein fremdes Erzeugnis durch die Verwendung seiner Marke Bezug genommen wird, zeigt, dass der Werbende das Wortzeichen zur Identifizierung des fremden Produkts für geeignet hält. Sie ist daher insbesondere dann maßgeblich, wenn der mit der Anlehnung Werbende zu den mit der Marke angesprochenen Verkehrskreisen zählt. Dies gilt gleichermaßen für jede der eingangs genannten Formen der Anlehnungswerbung, also auch für die Anlehnungswerbung in Form von spezifizierten Qualitätsvergleichen, Stilvergleichen, offenen Nachahmungsanpreisungen und für die Anlehnungswerbung durch differenzierte Bezeichnung eigener Produkte mit einem fremden Zeichen.

3.3. Relevanz für weitere Schutzvoraussetzungen

Die Anlehnungswerbung Dritter hat für weitere Schutzvoraussetzungen Relevanz, insbesondere in zweierlei Hinsicht: Zum einen hat sie Bedeutung für die Beurteilung der Bekanntheit einer Marke oder eines Erzeugnisses⁴⁹. Zum anderen ist sie bei der Beurteilung der Eignung einer Nachahmung zur Herkunftstäuschung im ergänzenden Leistungsschutz zu berücksichtigen.

⁴⁹ Im Geschmacksmusterrecht spielt die Bekanntheit eines Erzeugnisses als solche keine Rolle, *Eichmann/von Falckenstein*, a.a.O. (Fn. 38), Allg., Rz. 53.



3.3.1. Bekanntheit einer Marke oder eines Erzeugnisses

Im Markenrecht spielt die Bekanntheit eines Zeichens eine Rolle für die Verkehrsgeltung einer Marke, die ihren Schutz auch ohne Eintragung begründet, für die Kennzeichnungskraft einer Marke, die den Schutzzumfang einer Marke beeinflusst und für den Bekanntheitsschutz einer Marke, der auch außerhalb des Waren- und Dienstleistungsähnlichkeitsbereichs Schutz gewährt. Das Maß der Bekanntheit kann in der Praxis ermittelt werden durch Unterlagen über den Benutzungszeitraum und die Benutzungsintensität, Angaben über den wirtschaftlichen Erfolg des mit der Marke bezeichneten Produkts, insbesondere Marktanteile, und natürlich durch Verkehrsumfragen.

In diesem Zusammenhang spielt auch eine wiederholt vorkommende Anlehnungswerbung eine Rolle, in der die Marke verwendet wird. Die Verwendung einer fremden Marke bei Qualitätsvergleichen, Stilvergleichen, offenen Nachahmungsanpreisungen und die Verwendung zur Kennzeichnung fremder Produkte in der Anlehnungswerbung belegen nicht nur die Kenntnis des Werbenden über die verwandte Marke, sondern auch seine Erwartung, den von ihm angesprochenen Verkehrskreisen sei die verwendete Marke bekannt. Je nach Häufigkeit einer solchen Werbung durch verschiedene Personen kann hierin ein Indiz oder ein Beleg für Verkehrsgeltung, gesteigerte Kennzeichnungskraft oder das Erreichen der Schwelle zum Bekanntheitsschutz gesehen werden, soweit der mit der Anlehnungswerbung angesprochene Verkehr zu den Verkehrskreisen gehört, an den sich die verwendete fremde Marke wendet.



Im ergänzenden Leistungsschutz spielt die Bekanntheit des Erzeugnisses seit der *Noppenbahnen*-Entscheidung des BGH⁵⁰ ebenfalls eine entscheidende Rolle. Den Nachahmungsschutz nach § 4 Nr. 9 a–c UWG können hiernach nur solche Produkte in Anspruch nehmen, die eine „gewisse Bekanntheit“ aufweisen können⁵¹. Insoweit kommt es nur auf die Bekanntheit des Erzeugnisses als solchem an, nicht auf seine namentliche Zuordnung zum Unternehmen des Herstellers des Originals⁵². Findet eine solche namentliche Zuordnung aber bei einem nicht ganz zu vernachlässigenden Teil der angesprochenen Verkehrskreise statt⁵³, so hält dies der BGH für nicht unbeachtlich, wengleich auch nicht für entscheidend⁵⁴.

Vor diesem Hintergrund vermag der Anlehnungswerbung eine besondere Rolle zuzukommen. Sie belegt die Auffassung des Werbenden, die von ihm angesprochenen Verkehrskreise würden das Produkt kennen, an das es sich anlehnt. Soweit die Bezugnahme auf das fremde Produkt in der Anlehnungswerbung typischerweise im Wege seiner markenmäßigen Benennung erfolgt, indiziert sie zugleich regelmäßig, dass im Verkehr auch eine namentliche Zuordnung des Referenzprodukts stattfindet. Da der BGH hier eine recht niedrige Schwelle anzusetzen scheint, dürfte die Vorlage verschiedener Anlehnungswerbungen verschiedener Personen zum Nachweis der „gewissen Bekanntheit“ des in der Anlehnungswerbung in Bezug genommenen Erzeugnisses genügen.

⁵⁰ BGH GRUR 2002, 275 ff., 277.

⁵¹ S. zuletzt BGH GRUR 2006, 79 ff., 82 (Rz. 35) - *Jeans*.

⁵² BGH GRUR 2006, 79 ff., 83 (Rz. 36) – *Jeans*.

⁵³ Im Fall *Jeans* des BGH waren es 11 %, GRUR 2006, 79 ff., (Rz. 36).

⁵⁴ Der BGH weist im Rahmen der Beurteilung der „gewissen Bekanntheit“ in der Entscheidung *Jeans* darauf hin, dass eine namentliche Zuordnung „immerhin noch bei 11 % der Befragten der Fall ist“, GRUR 2006, 79 ff., 83 (Rz. 36).



Die Bekanntheit eines Erzeugnisses spielt im ergänzenden Leistungsschutz auch insoweit eine Rolle, als sie seine wettbewerbliche Eigenart verstärkt und originäre Schwächen der wettbewerblichen Eigenart auszugleichen vermag⁵⁵. Auch für die Beurteilung dieses Merkmals kann der Anlehnungswerbung Dritter je nach Umfang und Häufigkeit eine entscheidende Rolle zukommen.

3.3.2. Herkunftstäuschung

Der Anlehnungswerbung kann im ergänzenden Leistungsschutz jedoch gleichzeitig auch eine schutzverkürzende Wirkung zukommen, und zwar im Hinblick auf den Schutz gegen Herkunftstäuschung. Dies gilt für die Fälle der Anlehnungswerbung durch Qualitäts- und Stilvergleiche, sowie für offene Nachahmungsanpreisungen, nicht aber für den Fall der Anlehnungswerbung durch die Verwendung fremder Zeichen zur Kennzeichnung eigener Produkte. In diesen erstgenannten drei Fällen der Anlehnungswerbung wird offen zwischen eigenem und fremdem Produkt unterschieden. Dies spricht gegen die Eignung des beworbenen Erzeugnisses hinsichtlich seiner betrieblichen Herkunft mit der Referenzware verwechselt zu werden. Vielmehr zeigt diese Anlehnungswerbung, dass der Werbende die Erzeugnisse auseinander hält und die Werbung auch bei den angesprochenen Verkehrskreisen dazu beiträgt, das beworbene Erzeugnis und das Referenzprodukt im Hinblick auf ihre betriebliche Herkunft auseinander zu halten⁵⁶. Im gleichen Maße wie die Anlehnungswerbung gegen die Annahme einer Eignung zur Herkunftstäuschung spricht, spricht sie aber für eine Annahme des Tatbestands der Ausnutzung

⁵⁵ BGH GRUR 2005, 600 ff., 602 – *Handtuchklemmen*, std. Rspr.

⁵⁶ Vgl. BGH GRUR 1998, 830 ff., 833 – *Les-Paul-Gitarren*; Harte/Henning/Sambuc, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2004, § 4 Nr. 9 Rz. 104.



oder Beeinträchtigung der Wertschätzung der in Bezug genommenen Ware oder Dienstleistung gemäß § 4 Nr. 9 b UWG⁵⁷.

4. Zusammenfassung

Der Anlehnungswerbung Dritter kann im ergänzenden Leistungsschutz erhebliche Bedeutung für die Beurteilung verschiedener Tatbestandsmerkmale zukommen. Anlehnungswerbung Dritter kann ein entscheidendes Indiz für die im ergänzenden Leistungsschutz erforderliche "gewisse Bekanntheit" des Erzeugnisses darstellen, auf das in der Anlehnungswerbung Bezug genommen wird. Sie kann zur Darlegung der wettbewerblichen Eigenart eines Erzeugnisses geeignet sein sowie zur Darlegung des Fortbestandes der wettbewerblichen Eigenart trotz Marktexistenz anderer gleichartiger Produkte. Die Werbung für Nachahmungen mit einer Bezugnahme auf das Original indiziert insbesondere auch die Möglichkeit eines Imagetransfers und die Eignung der Nachahmung, den Ruf des Originals auszubeuten. Gleichzeitig kann das Vorkommen offener Anlehnungswerbung gegen den Tatbestand der Herkunftstäuschung sprechen.

Im Markenrecht ist die offene Anlehnungswerbung, insbesondere in Form von Stilvergleichen, ein gewichtiges Indiz für die konkrete Unterscheidungskraft einer Bild- oder Formmarke, die das Erzeugnis selbst abbildet sowie für die konkrete Unterscheidungskraft eines in der Anlehnungswerbung verwendeten fremden Wortzeichens. Sie ist je nach Häufigkeit ihres Auftretens auch bei der Beurteilung der Kennzeichnungskraft, Verkehrsgeltung und Bekanntheit des in der Anlehnungswerbung verwendeten fremden Zeichens zu be-

⁵⁷ S.o. 3.1.1.



rücksichtigen. Ähnlich wie im ergänzenden Leistungsschutz indiziert sie die Eignung des in der Anlehnungswerbung beworbenen Produkts, den Ruf der verwendeten Referenzmarke oder einen damit verbundenen Aufmerksamkeitseffekt für das in der Anlehnungswerbung angepriesene Produkt auszunutzen.

Im Designrecht vermag die Anlehnungswerbung bei der Beurteilung des Geschmacksmusterschutzes und einer Geschmacksmusterverletzung nur eine geringe Rolle zu spielen und kommt (nur) als eher weniger gewichtiges Indiz für das Vorliegen geschmacksmusterrechtlicher Eigenart in Frage.

© Stefan Abel, 2006

Erstveröffentlichung in: *WRP* 2006, 510 – 518