
Datum: 24.07.2012
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-20 U 52/12
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2012:0724.I20U52.12.00

Tenor:

Die Berufung der Antragstellerin gegen das Urteil der 14c. Kammer des Landgerichts Düsseldorf vom 1. März 2012 wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Gründe

1

A.

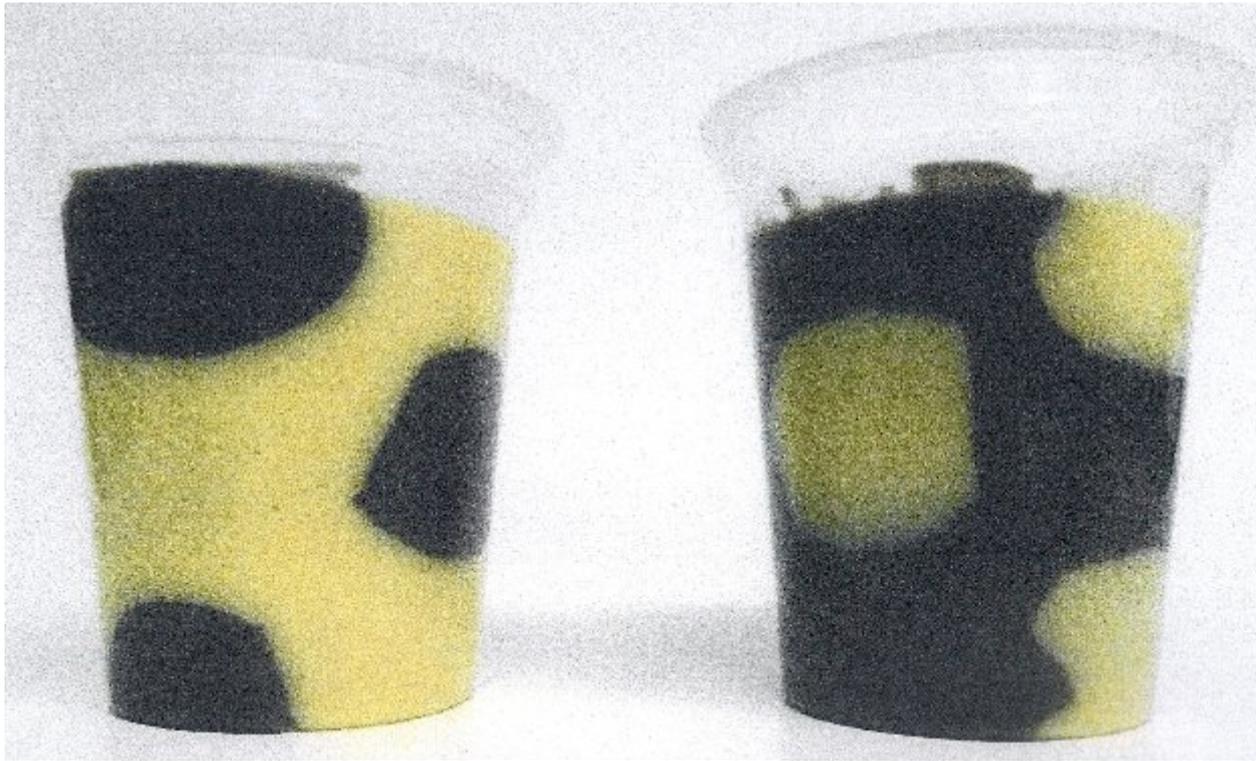
2

Die Antragstellerin, ein Unternehmen des Lebensmittelkonzerns X., vertreibt einen bestimmten Vanille-Schokoladenpudding mit der Bezeichnung „P.“. Sie ist Inhaberin des zur Nummer ... am 17. August 2005 mit den nachfolgenden beiden Abbildungen für „Milchprodukte, Pudding“ angemeldeten und eingetragenen, in Kraft stehenden Gemeinschaftsgeschmacksmusters

3



Der Pudding mit der Bezeichnung „P.“ ist, wie nachfolgend wiedergegeben, in durchsichtige Becher gefüllt:



5

Die Becher sind mit dem nachstehend abgebildeten Deckel verschlossen:

6

Bild

7

Die Umverpackung von jeweils vier Einzelbechern hat folgende Gestalt:

8

Bild

9

Die Antragsgegnerin zu 1., ein Discount-Lebensmittelhändler, vertreibt seit Kurzem einen von der Molkerei der Antragsgegnerin zu 2. bezogenen Vanille-Schokoladenpudding unter der Bezeichnung „F.“ in durchsichtigen Bechern mit einem Deckel und in einer Umverpackung, wie sie im Antrag abgebildet sind. 10

Mit dem angefochtenen Urteil, auf das wegen der Einzelheiten des Sachverhalts und der Begründung Bezug genommen wird, hat das Landgericht den Eilantrag der Antragstellerin zurückgewiesen, auf der Grundlage des Geschmacksmusters Herstellung und Vertrieb des Puddings „F.“ europaweit, jedenfalls aber auf der Grundlage des deutschen Lauterkeitsrechts deutschlandweit zu untersagen und über die erfolgte Herstellung und den Vertrieb Auskunft zu geben. Das Landgericht hat das Geschmacksmuster - in den ersten vier Nummern der Antragstellerin folgend - im Urteil wie folgt analysiert: 11

(1) zylinderförmiger durchsichtiger Behälter; 12

(2) Der Behälter ist oben offen und unten geschlossen und verjüngt sich leicht zur geschlossenen Seite; 13

(3) Der Inhalt des Behälters besteht aus zwei Stoffen, wobei einer hell und der andere dunkel ist; 14

15

(4) Der Inhalt ist im Behälter unregelmäßig verteilt, wobei fleckenartige Flächen entstehen, die in einer groben, unregelmäßigen Spirale angeordnet sind

- die letztere Formulierung ist an die Stelle der von der Antragstellerin benutzten Wendung getreten: „wobei sich teilweise Flecken bilden“-; 16

(5) Die schlierenartigen Flecken sind bis in die Deckschicht gezogen; 17

(6) In der Draufsicht weist die Deckschicht helle und dunkle unregelmäßige Flächen auf; 18

und ihm, auch im Hinblick auf den vorbekannten Formenschatz, der bereits „mehrfarbige gestrudelte und gestreifte Puddingmassen“ wie auch „getupfte Puddingmassen“ aufweise, einen normalen Schutzzumfang beigemessen, in den das angegriffene Erzeugnis aber nicht mehr falle. Bestimmend für diese Sicht war die unterschiedliche Gestalt der Oberseite der beiden Erzeugnisse. Abweichend von der auffälligen, an eine fließende Drehbewegung erinnernden Gestalt des Geschmacksmusters unter gleichgewichtiger Beteiligung beider Farben bestehe die Oberseite von „F.“ weithin, von zwei Farbtupfen abgesehen, nur aus einer der beiden Farben. Ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz hat das Landgericht dem Erzeugnis der Antragstellerin ebenso wenig gewährt, obwohl es den Pudding für im Verkehr bekannt gehalten, es auch der - an ein Kuhfell erinnernden fleckigen und damit „besonders ungewöhnlichen, kindgerechten“ – Gestaltung des Puddings als solcher auch eine herkunftshinweisende Funktion beigemessen und es schließlich in der auf der weiteren Verpackung sichtbaren Kunstfigur der Kuh „P.“ nebst diesbezüglicher umfangreicher Werbung nur noch eine Verstärkung der Identifikationswirkung des „Fleckenmusters“ gesehen hat. Den Schutz hat das Landgericht verweigert, weil der Grad der Nachahmung gering sei, dem angegriffenen Erzeugnis vielmehr eine „andere Gesamtwirkung“ zukomme. Jedenfalls fehle es, so meint das Landgericht, an der nach dem Gesetz erforderlichen Herbeiführung einer vermeidbaren Herkunftstäuschung oder Rufausbeutung. Einem Wettbewerber sei zuzugestehen, seinerseits „ein Milchprodukt zur kindgerechten Gestaltung in die Nähe einer Kuh und deren Fell zu bringen.“ Die Grundidee hinter der konkreten Produktgestaltung des „P.“-Puddings sei nicht schutzfähig. Eine Kuh als „Identifikationsfigur“ zu verwenden müsse den Antragsgegnerinnen freistehen, „da sich dies bei der erforderlichen zielgruppengerechten Gestaltung (aufdränge)“. Mit seiner Herstellerangabe und der Handelsmarke sowie den gegebenen Gestaltungsunterschieden grenze sich das angegriffene Erzeugnis hinreichend ab. 19

Gegen das Urteil hat die die Antragstellerin Berufung eingelegt, mit der sie unter Bezugnahme auf ihren erstinstanzlichen Vortrag die geltend gemachten geschmacks- und lauterkeitsrechtlichen Ansprüche weiterverfolgt, letztere weiter gestaffelt. 20

Sie sieht das Geschmacksmuster weiterhin durch die von ihr schon in erster Instanz hervorgehobenen Merkmale geprägt und meint, ihm komme ein großer Schutzbereich zu, da bei Fehlen vergleichbarer Muster und technisch bedingter Vorgaben eine große Gestaltungsfreiheit bestanden habe, so dass ein großer Abstand eingehalten werden müsse. Auch deutet sie die „Deckschicht“ im Muster anders als das Landgericht, nämlich als „im Wesentlichen fleckenartige Gestaltung“. Der vorbekannte Formenschatz sei anders als das Geschmacksmuster von einer streifen- oder strudelartigen Mischung beider Puddingkomponenten geprägt. Das angegriffene Erzeugnis weise seinerseits in der „Deckschicht“ ein „klar fleckenartiges Muster“ auf. Ohnehin bestimme sich der Gesamteindruck des Musters vorwiegend nach der Seitenansicht, da sie, anders als die Draufsicht, im Ladengeschäft nicht durch einen Deckel oder eine Umverpackung verdeckt, sondern frei sei. Der Seitengestaltung des Erzeugnisses komme im Übrigen 21

geschmacksmusterrechtlicher Teilschutz zu.

Die hilfsweise verfolgten lauterkeitsrechtlichen Ansprüche seien wegen Herkunftstäuschung sowie Rufausbeutung und -beeinträchtigung gerechtfertigt. Sie bestünden bereits hinsichtlich des Erzeugnisses im durchsichtigen Becher, jedenfalls aber bei einer Verwendung des „F.“-Deckels und der Umverpackung. Wie eine von ihr, der Antragstellerin, vorlegte Studie belege, werde das Erzeugnis „F.“ tatsächlich in hohem Maße mit dem Produkt „P.“ assoziiert. Ihrem, der Antragstellerin, Produkt komme verstärkte wettbewerbliche Eigenart und eine erhebliche Bekanntheit zu, weshalb an eine Herkunftstäuschung keine hohen Anforderungen zu stellen seien. Das angegriffene Produkt „F.“ stelle eine hochgradige nachschaffende Leistungsübernahme dar. Es gehe um Produkte der gleichen Kategorie Vanillepudding mit Schokoladenflecken oder Schokoladenpudding mit Vanilleflecken, die das gleiche äußere Erscheinungsbild von etwas mehr „Grundmasse“ als „Fleckenmasse“ aufwiesen. Bei der Beurteilung der Herkunftstäuschung sei nicht nur auf die Umverpackung und die Zeit des Verkaufs abzustellen, sondern auch auf die Ausgestaltung des Puddings selbst und die Zeit des Verzehrs nach Entfernen des Deckels, etwa auf einem Kindergeburtstag. Allerdings hätten die Antragsgegnerinnen auch bei der Umverpackung und dem Deckel nicht alles Zumutbare unternommen, um sich vom Produkt „P.“ abzugrenzen. Eine Rufausbeutung oder -beeinträchtigung könne selbst dann zu bejahen sein, wenn eine Herkunftstäuschung verneint werde.

Die Antragstellerin beantragt,

23

unter Abänderung des angefochtenen Urteils

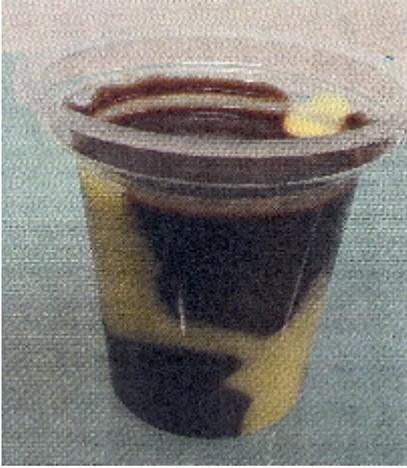
I. die Antragsgegnerin zu 1. im Wege der einstweiligen Verfügung zu verurteilen,

1. es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzen den Ordnungsgeldes von bis zu 250.000 Euro - ersatzweise Ordnungshaft - oder einer Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten, im Falle wiederholter Zuwiderhandlung von bis zu insgesamt zwei Jahren, wobei die Ordnungshaft an ihrem Geschäftsführer M. B. zu vollziehen sei, zu unterlassen,

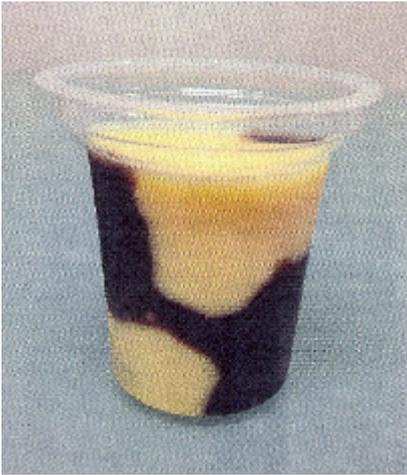
Milcherzeugnisse, Pudding in einem offenen, sich nach oben leicht erweiternden transparenten Becher, die aus zwei Massen bestehen, von denen eine hell und die andere dunkel ist und die in dem Becher unregelmäßig verteilt sind, wobei sich teilweise Flecken bilden,

im Gebiet der Europäischen Union anzubieten, zu bewerben, in Verkehr zu bringen, einzuführen, auszuführen oder zu gebrauchen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen, wenn dies wie folgt geschieht:

27



oder



28

hilfswise mit dem Deckel und in der Umverpackung, wie sie nachfolgend wiedergegeben sind:

29

Bilder

30

2. ihr, der Antragstellerin, unverzüglich Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der unter 1. beschriebenen Erzeugnisse zu erteilen durch Vorlage eines verbindlichen und vollständigen Verzeichnisses, das sich zu erstrecken habe auf

31

a) Namen und Anschrift der Hersteller, Lieferanten und anderer Vorbesitzer der Erzeugnisse sowie der gewerblichen Abnehmer und Verkaufsstellen, für die sie bestimmt waren, und

32

b) die Menge der ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Erzeugnisse sowie auf die Preise, die für die betreffenden Erzeugnisse bezahlt wurden,

33

II. ebenso die Antragsgegnerin zu 2. zu verurteilen, sie allerdings mit der Maßgabe, dass die Ordnungshaft an dem Geschäftsführer H. G. zu vollziehen sei und sich das Unterlassen und die Auskunft auch auf die Herstellung der Erzeugnisse beziehe.

34

Die Antragsgegnerinnen beantragen

35

Zurückweisung der Berufung.

36

Sie verteidigen das angefochtene Urteil. Die Antragsgegnerinnen sehen das Geschmacksmuster dadurch geprägt, dass zwei Stoffe spiralförmig ununterbrochen, wenn auch teilweise dicker, teilweise dünner, vom Boden des Bechers bis an den oberen Rand

37

gezogen würden. Die Stoffe bildeten deshalb keine selbständigen, in sich abgegrenzten Flächen. Die besondere Gestalt der Oberseite sei auf beiden Abbildungen des Geschmacksmusters zu sehen. Damit habe das Landgericht - abgesehen davon, dass es keine Flecken gebe - die Merkmale des Musters zutreffend erfasst. Statt des Eindrucks von Flecken werde in Wirklichkeit der umgerührter Massen vermittelt. Es solle statt von „fleckentartigen Flächen“ von einer „unregelmäßigen Spirale“ gesprochen werden. Die Antragsgegnerinnen billigen dem Muster allenfalls einen durchschnittlichen Schutzbereich zu. Es unterscheidet sich nämlich von vorbekannten Formen allein durch die nicht nur spiralförmige, sondern zugleich auch unregelmäßige Anordnung der Massen. Auch sei eine Tupfengestaltung vorbekannt. Die Antragsgegnerinnen meinen zudem, der Spielraum eines Mustergestalters sei durch technische Schwierigkeiten begrenzt, verschiedene Massen „definiert“ in einen Becher einzubringen, wie auch durch die gestalterische „Vorgabe“, „durch eine attraktive Optik des Produkts verbunden mit einer optimalen Geschmackskombination Neugierde und Kaufanreize zu wecken.“ Nicht nur in der Ansicht von oben, sondern auch in der Seitenansicht unterscheidet sich das angegriffene Erzeugnis vom Geschmacksmuster deutlich. Ein geschmacksmusterrechtlicher Teilschutz hinsichtlich der Seitenansicht komme mangels Eigenständigkeit und Geschlossenheit von vornherein nicht in Frage. Elementenschutz gebe es im Übrigen nach dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster grundsätzlich nicht.

Die Antragsgegnerinnen lassen weiterhin auch keinen ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz gelten. Es liege keine vermeidbare Herkunftstäuschung vor, weil der Grad der Übernahme gering sei und sie alles Zumutbare unternommen hätten, eine Täuschung zu vermeiden. Die Antragsgegnerinnen widersprechen der Annahme, dass die für das Produkt „P.“ geltend gemachte verstärkte wettbewerbliche Eigenart und seine besondere Bekanntheit gerade auf die „Flecken“ zurückzuführen seien. Die gesamte Marketingstrategie der Antragstellerin zielt nämlich auf die Kuh „P.“ ab, ihren Namen und ihre Darstellung, und nicht auf die Flecken. Es gelte deshalb auch im Streitfall der Grundsatz, dass sich der Verkehr bei verpackten Lebensmitteln in erster Linie an der Produktbezeichnung und der Herstellerangabe ausrichte. Zudem messen die Antragsgegnerinnen der vorgelegten Studie eine geringere Bedeutung zu als geltend gemacht. Im Übrigen sei ausweislich eines bestimmten Patents die Idee nicht neu, Milchprodukte mit „Flecken“ zu gestalten. Den „Flecken“ komme deshalb keine besondere Eigenart oder Bekanntheit zu. Auch gebe es bei den „Flecken“ deutliche Unterschiede der sich gegenüber stehenden Produkte. Schließlich heben die Antragsgegnerinnen auf die Unterschiede der Verpackungen ab, wo sie gerade auch den Herstellernamen und eine Herstellermarke angebracht hätten. Die Antragstellerin konstruiere Gemeinsamkeiten mit Hilfe von Merkmalen, die sie nicht für sich monopolisieren könne. Der Vorwurf einer Rufausbeutung oder -beeinträchtigung sei unbegründet, weil ihr, der Antragsgegnerinnen, Produkt nicht minderwertig sei und sich die gegenüberstehenden Erzeugnisse selbst, aber auch in der Verpackung deutlich unterscheiden. Sie, die Antragsgegnerinnen, hätten ein berechtigtes Interesse, ihrerseits ein kindgerecht gestaltetes Milchprodukt auf den Markt zu bringen.

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien in zweiter Instanz wird auf die hier von ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

B.

Die zulässige Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts, durch das ihr Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen worden ist, ist zulässig, aber nicht begründet. Die auf der Grundlage eines europäischen Geschmacksmusters europaweit verfolgten Unterlassungs- und Auskunftsansprüche sind ebenso wenig begründet wie die auf das Inland beschränkten Ansprüche nach dem deutschen Lauterkeitsrecht. Hinsichtlich letzterem gilt das auch für das im Berufungsverfahren formulierte Hilfsbegehren.

Die nach Artikel 89 Abs. 1 Buchstabe a) GGV erhobenen Unterlassungsansprüche und die auf § 46 GeschmMG in Verbindung mit Artikel 88 Abs. 2 GGV zu stützenden Auskunftsansprüche (vgl. Eichmann/von Falckenstein, Geschmacksmustergesetz, 4. Auflage, § 46 Rn. 2) sind unbegründet, weil die Antragsgegnerinnen mit ihrem Erzeugnis „F.“ das Gemeinschaftsgeschmacksmuster der Antragstellerin nicht verletzen.

Gegenstand der Eintragung, die formell in Kraft steht, ist eine Erscheinungsform des Erzeugnisses „Milchprodukte, Pudding“. Die Erscheinungsform im Sinne des Artikels 3 Buchstabe a) GGV wird im Register durch zwei Fotografien definiert, die sie aus zwei Blickrichtungen festhalten: von der Seite bei einem leicht erhöhten Standpunkt und von oben. Das Erzeugnis „Milchprodukte, Pudding“ erscheint in der Form einer Abfüllung in einen konischen, sich nach oben hin leicht erweiternden Becher aus transparentem Material mit oberer wulstartiger Ausbuchtung und aufliegendem flachen Rand. Wie die Abbildungen zeigen, besteht das abgefüllte Produkt aus zwei unterschiedlichen Komponenten, einer braunen und damit dunklen sowie einer weißlichen und damit hellen. Die Eintragung definiert die Erscheinungsform des Erzeugnisses nicht nur in der Fläche, zweidimensional, wie es sich an den Rändern des durchsichtigen Bechers und auf der Oberseite zeigt, sondern vermittelt - vor allem dank des Schrägblicks der ersten Abbildung auf die Seite des Bechers und zugleich auf die obere Fläche des abgefüllten Produkts - unmittelbar den Eindruck, wie sich das Erzeugnis in der Tiefe des Bechers, dreidimensional, ausdehnt. Damit ist vor allem klar, dass die beiden Massen im Becher grob vermengt, aber nicht weiter vermischt sind. Das Erzeugnis wirkt „marmoriert“, ähnlich dem entsprechend benannten Kuchen. Allein von „Flecken“ zu sprechen würde den räumlichen Eindruck, den die Fotografien vermitteln, auf das Bild der Randflächen verkürzen. Bei der nur groben Vermengung stehen sich die beiden Massen in größeren Einheiten gegenüber, die ungleichmäßig verteilt sind und in ganz unregelmäßigen Formen mit Vor- und Rücksprüngen ineinandergreifen. Die Komponenten liegen also nicht etwa in mehr oder weniger glatten Schichten übereinander. Sie bilden auch keine mehr oder weniger kugeligen oder zylindrischen Einschlüsse aus. Die von der Seite sichtbaren kurvigen Begrenzungslinien der Massen steigen von links unten nach rechts oben an, wodurch vermittelt wird, dass die beiden Komponenten selbst mit einer Drehung in dieser Richtung aufsteigen, ersichtlich in Folge einer Abfüllung des Erzeugnisses mit einer entsprechenden Drehbewegung. Man mag hier von einem Strudel sprechen. Die Füllgrenze zeigt den Endpunkt der Drehung in einer ebenen Fläche, wo sich in einer feinen Zeichnung mit kleinen Vor- und Rücksprüngen fast spiegelbildlich zwei Teile der braunen Masse gegenüberstehen, mit einer schmalen Verbindung untereinander, und sich auch zwei Teile der weißen Masse spiegeln, von dem braunen Steg getrennt. Die Linien dort scheinen in der Art eines Wirbels zu kreisen. Mit der Wiedergabe einer Drehbewegung wirkt die Erscheinungsform des Erzeugnisses dynamisch. Zwischen dem Eindruck, den die grob vermischten Komponenten in der Gegenüberstellung größerer unregelmäßiger Einheiten auf den Seiten machen, und der feinen Zeichnung der oberen Fläche besteht ein gewisser Kontrast.

Das eingetragene Geschmacksmuster genießt nach Artikel 4 GGV Schutz, weil es neu ist und Eigenart hat. Vor der Anmeldung am 17. August 2005 war der Öffentlichkeit nach dem

Vortrag der Parteien im Sinne des Artikels 5 GGV kein identisches Geschmacksmuster zugänglich. Zudem unterscheidet sich nach Artikel 6 GGV sein Gesamteindruck beim informierten Benutzer vom Gesamteindruck bereits zugänglicher Geschmacksmuster. Im vorbekannten Formenschatz, den die Antragstellerin gelten lässt, finden sich zwar Milcherzeugnisse, die aus einer dunklen und einer hellen Komponente bestehen und in transparente Becher oder Kelche gefüllt sind. Auch finden sich Erzeugnisse, deren beide Komponenten die Abfüllung in einer aufsteigenden Drehbewegung erkennen lassen und damit die Dynamik einer Spirale aufweisen. Die Drehbewegung läuft bei einigen zudem in einem – allerdings einfach gestalteten - Wirbel der oberen Fläche aus. Schließlich gibt es auch ein Erzeugnis, bei dem ausweislich seiner Seitenansicht die beiden Komponenten nicht wie bei den anderen gleichmäßig und demgemäß mit glatten Trennlinien abgefüllt worden sind, sondern unregelmäßig mit willkürlich wirkenden Abgrenzungen. Die Merkmale des Geschmacksmusters der Antragstellerin finden sich im vorbekannten Formenschatz jedenfalls nicht in der konkreten Ausgestaltung und vor allem nicht in ihrer Kombination. Das einzige Erzeugnis mit nur grober und unregelmäßiger Vermengung einer dunkleren und hellen Masse, übrigens in einem Kelchgefäß, wirkt nicht eigentlich „marmoriert“, vor allem fehlt ihm aber eine klare Drehbewegung nach oben. Kein einziges Erzeugnis zeigt auf der oberen Seite einen Wirbel von einer Komplexität, die der des Geschmacksmusters auch nur nahe käme.

Der Schutz des Geschmacksmusters der Antragstellerin, dem ein normaler, durchschnittlich weiter Schutzbereich zuzubilligen ist, erstreckt sich mangels übereinstimmenden Gesamteindrucks nach Artikel 10 GGV nicht auf das Erzeugnis der Antragsgegnerinnen, so wie es nach dem Antrag angegriffen wird; bei der vorzunehmenden Würdigung ist der vorbekannte Formenschatz zu berücksichtigen (vgl. Artikel 10 Abs. 2 GGV). Dem angegriffenen Erzeugnis fehlen in beiden Ausführungen - einmal mit überwiegend brauner und einmal mit überwiegend gelber Masse - Merkmale, die die Erscheinungsform des eingetragenen Erzeugnisses wesentlich mitprägen. In der Seitenansicht gibt es keine von unten links nach oben rechts aufsteigende Linien und damit auch nicht den Eindruck einer entsprechenden Drehbewegung der Massen selbst. Mithin kann auch keine Bewegung an der Füllhöhe auslaufen. Die Komponenten scheinen vielmehr zusammen senkrecht in die Becher gelassen worden zu sein, vielleicht auch im Wechsel oder mit unterschiedlicher Stärke, jedenfalls ohne eine Drehbewegung. Die Erscheinungsform des Erzeugnisses wirkt damit statisch und nicht dynamisch. Der Abschlussfläche des angegriffenen Erzeugnisses fehlt jede anspruchsvollere ästhetische Gestaltung, erst recht das Bild eines Wirbels. Vielmehr beherrscht hier jeweils eine der beiden Massen das Bild und lässt der anderen am Rande nur zwei kleine ungestaltete Flecken. Der Oberseite kann eine wesentliche Bedeutung für den Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Erzeugnisse nicht abgesprochen werden. Die eingetragene Erscheinungsform kulminiert vielmehr in ihrem komplexen Wirbel. Der gewisse Kontrast der feinen Zeichnung zu den gröberen Formen der Seiten bereichert die eingetragene Erscheinungsform zumindest. Die für die Erscheinungsform nach der Eintragung mit zwei Fotografien bedeutsame Gestalt der Oberseite darf auch nicht etwa deshalb vernachlässigt werden, weil sie auf dem Weg des Milchprodukts oder Puddings zum Kunden zunächst unter einem Deckel verborgen ist. Die Oberfläche präsentiert sich jedenfalls im Moment vor dem Verzehr des Erzeugnisses beherrschend; dann besteht besondere Aufmerksamkeit. Die von der Antragstellerin hierzu angeführte Stelle im bereits oben zitierten Kommentar von Eichmann/von Falckenstein (§ 38 Rn. 18) besagt in Wirklichkeit nichts anderes. Im Übrigen rekurriert die Antragstellerin mit ihrem Hinweis auf Kindergeburtstage in anderem Zusammenhang selbst auf die Verzehrsituation. Die Antragstellerin muss sich daran festhalten lassen, dass sie mit der besonderen Gestaltung der oberen Fläche des Erzeugnisses den Schutzbereich ihres Geschmacksmusters durch ein weiteres Merkmal

durchaus beschränkt hat.

Sollte nach dem europäischen Geschmacksmusterrecht grundsätzlich noch Schutz für den bloßen Teil der Erscheinungsform eines Erzeugnisses gewährt werden können, so ist ein solcher Schutz jedenfalls nicht der Seitenansicht des Erzeugnis „Milchprodukte, Pudding“ zuzubilligen. Denn in Bezug auf sie fehlt es an der für einen Teilschutz immer zufordernden Eigenständigkeit und Geschlossenheit des fraglichen Teils. Wie ausgeführt, zeigt das Geschmacksmuster der Antragstellerin das Erzeugnis „Milchprodukte, Pudding“ in seinem transparenten Becher zur dreidimensionalen Wahrnehmung.

45

Der Antragstellerin kommt der für das Inland geltend gemachte ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz nach § 4 Nr. 9 Buchstabe a) und b) UWG nicht zu. Das gilt zunächst für das diesbezügliche Hauptbegehren, mit dem die Antragstellerin sich, auf ihr tatsächlich vertriebenes Produkt „P.“ gestützt, gegen den in bestimmter Weise in Becher gefüllten Pudding der Antragsgegnerinnen schlechthin wendet, also ohne Rücksicht auf den dabei verwendeten Becherdeckel und die angebrachte Umverpackung, also auch mit gänzlich anders gestalteten Deckeln und Umverpackungen als jetzt. Allein mit ihrem in Becher gefüllten Pudding bieten die Antragsgegnerinnen noch keine Ware an, die eine Nachahmung des Puddings „P.“ der Antragstellerin wäre und mit der zugleich eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeigeführt oder die Wertschätzung des Puddings „P.“ unangemessen ausgenutzt oder beeinträchtigt würde.

46

Die von der Antragstellerin tatsächlich vertriebene Ware stellt sich als ein Vanille-Schokoladenpudding dar, dessen beide entsprechend gefärbte Komponenten – sehr dunkelbraun und intensiv gelb - nach den Abbildungen des Tatbestands grob vermengt in transparente Becher gefüllt sind. Die eine Ausführungsform hat eine überwiegend gelbe Masse mit im Wesentlichen punktförmigen braunen Einschlüssen, die andere eine überwiegend braune Masse mit gelben Punkten. Der Ware kommt allein mit diesen Merkmalen keine hohe wettbewerbliche Eigenart zu. Der Senat teilt die Zweifel der Antragsgegnerinnen, dass die Bekanntheit des Produkts „P.“ gerade auf das „Fleckenmuster“ an den Rändern der Becher zurückzuführen sei und nicht etwa auf die Kuhfigur „P.“, auf die die Werbung abhebt. Im Ausgangspunkt wird der Verkehr die Gestalt der Ware, die ihm in der Situation des Verzehrs ohne Beiwerk begegnet, als weithin durch ihre Beschaffenheit bestimmt wahrnehmen und kaum als Hinweis auf die betriebliche Herkunft verstehen. Er wird die grobe Verteilung der beiden Massen – ähnlich wie bei einem Marmorkuchen – als Vorkehrung des Herstellers verstehen, beim Verzehr des Puddings den Vanille- und den Schokoladengeschmack auch getrennt wirksam werden zu lassen. Kleinere Unregelmäßigkeiten wird er ohne weitere Überlegung Zufällen des Einfüllvorgangs zuschreiben. Auch wenn die Gestaltung der angegriffenen Becher selbst schon zu einer umfassenden Nachahmung des älteren und bekannten Produkts „P.“ gehört, kann sie nach dem Lauterkeitsrecht nicht verboten werden, weil bei Fehlen von Sonderrechtsschutz – der Geschmacksmusterschutz der Antragstellerin greift, wie ausgeführt, im Streitfall nicht durch, Markenschutz für was auch immer wird nicht angeführt – grundsätzlich Nachahmungsfreiheit herrscht. Sollte schon die Gestalt des Puddings im Becher – im Hinblick auf die Bekanntheit des Produktes „P.“, wo Flecken neben anderem als Hinweis auf die benannte Kuh wirken – vom Verkehr in erheblichen Umfang doch als Herkunftshinweis verstanden werden, ist zu berücksichtigen, dass sich das Erscheinungsbild der beiden grob vermengten Massen bei den sich im Verkehr gegenüberstehenden Produkten durchaus unterscheidet: auf der einen Seite ein Tupfenbild unter Verwendung eines sehr dunklen Brauns, auf der anderen Seite unregelmäßige Formen in ungleichmäßiger Verteilung mit Vor- und Rücksprüngen sowie Stegen zwischen den Formen unter Verwendung einer zum Mittelbraunen tendierenden

47

Farbe. Die Antraggeberinnen haben damit Abstand gehalten. Dennoch und trotz anders gestalteter Deckel und Umverpackungen noch vorkommende Täuschungen sind im Interesse der Antragsgegnerinnen, den geschmacklichen Vorzug eines „marmorierten“ Puddings bildlich zum Ausdruck zu bringen, nach § 4 Nr. 9 Buchstabe a) UWG in wertender Betrachtung „unvermeidbar“. Eine kaum vorstellbare darauf beruhende Ausnutzung oder Beschädigung der Wertschätzung des Produkts der Antragstellerin im Sinne des Buchstabens b) der Vorschrift wäre nicht unangemessen.

Schließlich ist auch der auf das Lauterkeitsrecht gestützte Hilfsantrag unbegründet, das aus dem Pudding in Bechern bestehende Produkt der Antragsgegnerinnen nur bei Verwendung der konkret beanstandeten Deckel und Umverpackungen zu verbieten und den Antragsgegnerinnen entsprechende Auskünfte aufzugeben. Damit wendet sich die Antragstellerin gegen eine Nachahmung ihres Produkts „P.“ durch einen fremden Pudding unter dessen Kennzeichnung mittels einer bestimmten Kuh, die einen besonderen Namen – „F.“ - trägt und auf dem Becherdeckel und der Umverpackung in einer bestimmten Wiedergabe ihres natürlichen Umfelds unter Hervorhebung ihres Namens gezeigt wird, wozu die schon erörterte, dann als Kuhfell zu deutende Gestalt des Bechers tritt. Der Senat sieht letztlich auch hierin keine vermeidbare Herkunftstäuschung oder unangemessene Ausnutzung oder Beschädigung der Wertschätzung des Produkts der Antragstellerin. 48

Allerdings ist nicht zu verkennen, dass sich die Antragsgegnerinnen mit dem beanstandeten Verhalten an eine sehr erfolgreiche, mit großem Werbeaufwand geführte Marketingkampagne der Antragstellerin anhängen, die zu einem beträchtlichen Marktanteil des Produkts geführt hat. Der von der Antragstellerin in größerem Umfang festgestellten Assoziation des angegriffenen Puddings mit dem eigenen liegt eine erhebliche wettbewerbliche Leistung zugrunde. Sonderrechtsschutz besteht aber auch hier nicht. Für die denkbaren Herkunftshinweise in Gestalt eines Kuhbildes, eines Kuhnamens und der graphischen Gestaltung von Verpackungen und sonstiger Werbeelemente wird kein Markenschutz geltend gemacht. Im Grundsatz besteht also auch hier Nachahmungsfreiheit. 49

Die bildliche Darstellung einer Kuh auf dem Behältnis eines Milcherzeugnisses und seiner Umverpackung gibt, darüber besteht kein Streit, als solche keinen Hinweis auf die betriebliche Herkunft des Produkts, sondern steht für seinen Ausgangsbestandteil. An der Darstellung kann keinem Anbieter ein Monopol zugebilligt werden. Nicht allein als Beschaffungsangabe wird es allerdings dann verstanden, wenn auf einem Milchprodukt nicht irgendeine Kuh dargestellt wird, sondern eine bestimmte, von anderen Kühen unterschiedene, wie es bei den Benennungen des Streitfalls mit „P.“ und „F.“ geschieht. Die Zuordnung der Produkte zu nur in der Phantasie existierenden und willkürlich so benannten Tieren weist in Wirklichkeit auf die betriebliche Herkunft hin; keine der Parteien spricht den Kuhnamen nur die Funktion von Sortenbezeichnungen im Angebot ein und desselben Unternehmens zu. Die somit die Funktion von Marken erfüllenden Kuhnamen „P.“ und „F.“ - beide kommen in der Landwirtschaft vor - unterscheiden sich aber so deutlich nach dem Schriftbild und dem Klang wie auch nach dem Sinngehalt – der erste greift, wie häufig, einen Frauennamen auf, der zweite spielt auf die Gestalt des Tieres an -, dass hier keine Nachahmung zu erkennen ist. Die Antragstellerin sieht, wie sie in ihrem Schriftsatz vom 25. Juni 2012 klargestellt hat, die wettbewerbliche Eigenart ihres Produkts im Übrigen auch gar nicht in der Kuh begründet, sondern in den Flecken auf den Seiten der Becher, die aber, wie vorstehend begründet, als solche wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz nicht rechtfertigen. Damit schafft auch die Wahl gerade des Namens „F.“ keine erhebliche Nähe zum Produkt der Antragstellerin. Erst recht macht die Antragstellerin die beanstandete Unlauterkeit nicht in der Übernahme der Marketingidee aus, einen Pudding überhaupt über eine „individualisierte 50

Kuh“ von anderen Produkten zu unterscheiden, unabhängig vom gewählten Namen. Mit der Idee hatte die Antragstellerin zuvor ersichtlich über einige Jahre allein gestanden und auf sie ihre Werbung gebaut. Diese Grundidee könnte im Wege des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes für einen Wettbewerber auch nicht monopolisiert werden (vgl. BGH GRUR 2009, 1069 – Knoblauchwürste, Rn. 21).

Auch in gestalterischer Hinsicht zeigt der Streitfall nach den Kriterien der höchstrichterlichen Entscheidung „Knoblauchwürste“ (a.a.O.) nur die Übernahme einer nicht zu monopolisierenden Grundidee, nämlich der Darstellung einer benannten Kuh in ihrer natürlichen Umgebung. Der Senat sieht bei Inhalt, Formensprache, Farben und Anordnung der Darstellungen auf den Deckeln und Umverpackungen die diskutierten Ähnlichkeiten der sich gegenüberstehenden Erzeugnisse, aber auch die angesprochenen Unterschiede. Im Ergebnis sind die Unterschiede nicht zu übersehen: Die nach links gewandte Kuh „P.“ beherrscht in voller Größe. Zudem trägt sie eine auffallende Sonnenbrille, was in der Natur nicht vorkommt. Die Brille soll ihr den „coolen“ Ausdruck geben, der auch in der übrigen Werbung hervorgehoben wird. Die nur zu einem kleineren Teil sichtbare, von links auf die Szene schauende Kuh „F.“ bestimmt die Darstellungen weit weniger. Sie hält in natürlicher Weise eine Blume im Maul. Die Darstellungen werden jeweils von der schriftlichen Wiedergabe des unterschiedlichen Kuhnamens in unterschiedlicher graphischer Gestaltung mitgeprägt. Beim Erzeugnis der Antragsgegnerinnen tritt als weiter mitprägendes Element ein markantes Schild mit der Beschreibung des Produktes hinzu. Schließlich steht die Kuh „P.“ weithin allein auf der Weide. Die Kuh „F.“ wird demgegenüber in beiden Darstellungen von einer Katze begleitet. Auf der Umverpackung erscheint sie zudem in der Szenerie eines Bauernhofs. 51

Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz scheidet im Streitfall auch daran, dass sich nach der Produktaufmachung keine relevanten Herkunftstäuschungen feststellen lassen, auch im weiteren Sinne nicht, und ebenso wenig eine Grundlage für Rufübertragungen. Während der Pudding der Antragstellerin auf Deckel und Umverpackung markant mit der Herstellerbezeichnung „X.“ versehen ist, weist das Erzeugnis der Antragsgegnerinnen zumindest auf der Umverpackung die Antragsgegnerin zu 2. als Herstellerin aus. Hinzu kommt beim angegriffenen Erzeugnis aber auf Deckel und Umverpackung die deutlich sichtbare Marke „D.“. Sie ist der Sache nach keine Herstellermarke, sondern eine Handelsmarke der Antragsgegnerin zu 1. Als solche müsste sie – anders als eine Herstellermarke - eine einmal gegebene Gefahr der Herkunftstäuschung nicht notwendig ausräumen. Aus dem Markenwort erschließt sich die Eigenschaft einer bloßen Handelsmarke allerdings nicht. Im Sinne der Entscheidung „Knoblauchwürste“ (Rn. 18) liegt beim Wort „D.“ nicht der Regeltatbestand vor, dass Handelsmarken des Lebensmitteleinzelhandels als solche nur erkannt werden, wenn sie auf das fragliche Einzelhandelsunternehmen hinweisen. Im Streitfall müsste also auf „Y.“ hingewiesen werden. 52

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckung sind angesichts der Erschöpfung des Rechtszugs nicht zu treffen. 53

Streitwert: 250.000 Euro, entsprechend der von den Parteien nicht angegriffenen erstinstanzlichen Festsetzung, die ihrerseits auf der unbeanstandeten Angabe der Antragstellerin beruht. 54
