
Datum: 02.02.2001
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 15/00
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2001:0202.6U15.00.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 576/99

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 18.11.1999 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 31 O 576/99 - teilweise abgeändert. Die Klage wird insgesamt abgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen hat die Klägerin zu tragen. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 30.000,00 DM abwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in dieser Höhe leistet. Den Parteien wird nachgelassen, die von ihnen jeweils zu stellenden Sicherheiten auch in Form der unbedingten, unbefristeten, unwiderruflichen und selbstschuldnerischen Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse zu erbringen. Die mit diesem Urteil für die Klägerin verbundene Beschwer wird auf 425.000,00 DM festgesetzt.

Tatbestand

1

Die Klägerin, eine Tochtergesellschaft der U. N.V., befasst sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von Speiseeis. Zu ihrer Produktpalette zählt das Speiseeis "V.", welches in Deutschland seit 1983 in Form von Haushaltspackungen in den aus dem Anlagenkonvolut 2 zum Schriftsatz der Klägerin vom 25.07.2000 ersichtlichen Aufmachungen in verschiedenen Geschmacksrichtungen angeboten wird. Gastronomiebetrieben und Kantinen bietet die Klägerin das genannte Speiseeis seit 1986 unter der Bezeichnung "Mini-V." - wie in der hinten in der Akte einliegenden farbigen Abbildung wiedergegeben - auch als Portionspackungen an. Bei "V." handelt es sich um ein sogenanntes extrudiertes Speiseeis, dessen in länglicher Quaderform gehaltener Körper aus dünnen, übereinanderliegenden

2

Eisschichten gebildet ist, auf die jeweils eine meist kakaohaltige Fettglasur aufgesprüht ist. Die extrudierten, d.h. mittels des Herauspressens aus einer Düse geformten Eisschichten bilden an den Längsseiten und auf der Oberseite des Eiskörpers ein Wellenmuster. Hinsichtlich der Einzelheiten des Aussehens des klägerischen Speiseeises wird auf die als Anlagen zu den Schriftsätzen der Klägerin vom 24.09.1999 und vom 25.07.2000 (dort Anlage 5) zu den Akten gereichten fotografischen Abbildungen von "V." und "Mini-V." Bezug genommen.	
Die Gestaltung des Speiseeises "V." ist Gegenstand eines zu Gunsten der U. N.V. eingetragenen internationalen Geschmacksmusters (DM/001 812; Bl. 34(35 d.A.), das auch in Deutschland Schutz genießt; die U. N.V. hat der Klägerin insoweit eine ausschließliche Lizenz für Deutschland erteilt.	3
Die Beklagte, Rechtsnachfolgerin der B. Milch + Eiskrem GmbH, vertreibt seit 1993 in Deutschland im sog. Impulsbereich das unter der Bezeichnung "C." angebotene Speiseeis. Hinsichtlich des optischen Erscheinungsbildes dieses als "Eis am Stiel" in zwei verschiedenen Geschmacksvarianten angebotenen Produkts wird auf die von den Parteien jeweils zur Akte gereichten Abbildungen Bezug genommen, wobei zwischen den Parteien allerdings streitig ist, ob diese bildlichen Darstellungen das tatsächliche Aussehen von "C." zutreffend wiedergeben.	4
Die Klägerin sieht in "C.", von dem sie erstmals im Jahre 1996 Kenntnis erhalten habe, eine Nachahmung ihres "V."-Speiseeises, die nach den Maßstäben des § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt der vermeidbaren betrieblichen Herkunftstäuschung als unlauter zu erachten sei.	5
Das angegriffene Erzeugnis, so hat die Klägerin geltend gemacht, komme ihrem Speiseeis "V.", für das sie aus im einzelnen dargestellten Gründen wettbewerbliche Eigenart und im übrigen - wegen des ebenfalls im einzelnen behaupteten erheblichen Absatzerfolges - eine hohe Verkehrsbekanntheit in Anspruch nimmt, in einem die Gefahr betrieblicher Herkunftsverwechslungen begründenden Maße nahe. Denn durch die Übernahme der die wettbewerbliche Eigenart ihres Produktes "V." maßgeblich mitprägenden "Wellenstruktur" könne bei einem mehr als nur unbeachtlichen Teil des Verkehrs der Eindruck entstehen, "V." und/oder "Mini-V." werde nunmehr auch in der Produktvariante eines "Eises am Stiel" angeboten. Soweit die Unterseite von "C." mit einer kakaohaltigen Fettglasur überzogen sei, die sich über den seitlichen Rand hochziehe, werde hierdurch kein ausreichender Gestaltungsabstand geschaffen, weil dieser seitliche Überstand der Fettglasur die Wellenstruktur nicht verdecke. Dass und in welchem hohen Grad danach eine Verwechslungsgefahr begründet sei, belege auch das Ergebnis einer auf ihre, der Klägerin, Veranlassung im Dezember 1998 durchgeführten Verkehrsbefragung (Anlage 9 zur Klageschrift).	6
Die Klägerin hat beantragt,	7
1. die Beklagte zu verurteilen	8
1. es bei Vermeidung eines für jeden Fall der	9
	10
Zu widerhandlung festzusetzenden Ordnungs-	11

	12
geldes bis zur Höhe von 500.000,00 DM,	13
	14
ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungs-	15
	16
haft bis zur Dauer von sechs Monaten zu	17
	18
unterlassen,	19
	20
im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken	21
	22
ein Speiseeis gemäß nachstehender Abbildung	23
	24
anzubieten, feilzuhalten und/oder in den	25
	26
Verkehr zu bringen:	27
1. ihr, der Klägerin, Auskunft darüber zu	28
	29
erteilen, in welchem Umfang sie Handlungen	30
	31
gemäß Ziff. I.1. seit dem 01.01.1996	32
	33
begangen hat, und zwar unter Angabe der	34
	35
getätigten Umsätze, der Gestehungskosten	36
	37
sowie der veranstalteten Werbemaßnahmen,	38
	39

aufgeschlüsselt nach Kalendermonaten und	40
	41
DM-Beträgen;	42
1. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet	43
	44
ist, ihr - der Klägerin - allen Schaden zu er-	45
	46
setzen, der ihr seit dem 01.01.1996 durch die	47
	48
zu Ziff. I.1. bezeichneten Handlungen entstanden	49
	50
ist und/oder noch entstehen wird.	51
Die Beklagte hat beantragt,	52
die Klage abzuweisen.	53
Die Beklagte hat bereits die wettbewerbliche Eigenart des Produktes "V." in Abrede gestellt, jedenfalls aber die Gefahr betrieblicher Herkunftsverwechslungen für ausgeschlossen gehalten. Keines der die vermeintliche wettbewerbliche Eigenart des Klageprodukts begründenden Merkmale finde sich bei "C." wieder. Das gelte namentlich mit Blick auf die konkrete Ausführung der Wellenstruktur, die bei C. durch die kakaohaltige Fettglasur so überzogen sei, dass sich für den Betrachter das Bild einer Kette von aneinandergereihten U-förmigen Elementen ergebe. Insoweit vermittelten die von der Klägerin zur Illustration der Produktgestaltung von "C." vorgelegten Abbildungen keinen realitätsgetreuen Eindruck. Aus diesem Grund sei auch die klägerseits vorgelegte Verkehrsbefragung nicht verwertbar, weil auch dieser eine dem tatsächlichen Aussehen von "C." nicht entsprechende Produktabbildung zugrundegelegt habe.	54
Das Landgericht hat der Klage nach Inaugenscheinsnahme der Originalprodukte der Parteien durch Urteil vom 18.11.1999, auf welches zur näheren Sachdarstellung Bezug genommen wird, mit Ausnahme einer bei den Annexansprüchen auf Auskunft und Schadensersatzfeststellung vorgenommenen weitergehenden Beschränkung aus § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt der vermeidbaren betrieblichen Herkunftstäuschung stattgegeben. Zur Begründung dieser Entscheidung hat es im wesentlichen ausgeführt, dass die äußere Gestaltung von "C." der wettbewerblich eigenartigen und verkehrsbekannten Ausstattung von "V." so nahe komme, dass jedenfalls eine mittelbare Verwechslungsgefahr bestehe. Das Erscheinungsbild von "C." werde wie bei "V." durch die waagerechte Wellenreihe geprägt, die - was bei einem Stieleis ungewöhnlich wirke und sofort ins Auge falle - die Längsseiten verziere und sich an der Oberseite des Produkts in einer geschlossenen Wellenbewegung fortsetze. Auch die konkrete Umsetzung der Wellenstruktur sei bei beiden Produkten gleich, nämlich durch eng aneinandergereihte, hoch aufgerichtete Bögen mit markanten Konturen	55

gekennzeichnet, die gut zu erkennen seien. Daran ändere die bei "C." aufgebrachte kakaohaltige Fettglasur nichts; dieses Gestaltungselement verstärke vielmehr sogar noch die Erinnerung an "V." bzw. an die dort vorhandenen aufgesprühten kakaohaltigen Schichten ("Knisper-Schicht") und sei jedenfalls nicht geeignet, den übereinstimmenden Gesamteindruck zu beseitigen und der Fehlvorstellung entgegenzuwirken, "V." werde nunmehr auch als Eis am Stiel angeboten.

Gegen dieses ihr am 17.12.1999 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 17.01.2000 Berufung eingelegt, die sie - nach Fristverlängerung bis zum 31.03.2000 - mittels eines an diesem Tage eingegangenen Schriftsatzes begründet hat. 56

Die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und hält insbesondere an dem bereits in erster Instanz vertretenen Standpunkt fest, dass nach der konkreten Gestaltung der streitbefangenen Speiseeis-Produkte die vermeidbare Gefahr betrieblicher Herkunftsverwechslungen nicht bestehe. Sie hebt weiter hervor, dass sich die konkrete Ausformung der Wellenstruktur von "C.", die ohnehin deutlich anders als bei "V." gestaltet sei, aus im einzelnen erläuterten technischen Notwendigkeiten ergebe. 57

Die Beklagte beantragt, 58

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage 59

insgesamt abzuweisen; 60

im Falle ihres Unterliegens das Urteil nicht für 61

vorläufig vollstreckbar zu erklären, hilfsweise 62

ihr zu gestatten, die Vollstreckung durch Sicher- 63

heitsleistung ohne Rücksicht auf eine Sicherheits- 64

leistung der Klägerin abzuwenden. 65

Die Klägerin beantragt, 66

die Berufung zurückzuweisen. 67

Auch die Klägerin wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie verteidigt das angefochtene Urteil und führt ergänzend aus, dass die Beklagte sich für die eine Gefahr betrieblicher Herkunftsverwechslungen begründende Gestaltungsform von "C." auch nicht auf angebliche technische Notwendigkeiten berufen könne. Dies belege der Blick auf das wettbewerbliche Umfeld, in dem zahlreiche abweichende Gestaltungsvarianten einer Wellenstruktur verwendet würden, die einen hinreichenden Abstand zu "V." aufwiesen. Im übrigen, so führt die Klägerin weiter aus, könne sie für die Ausstattung von "V." aber auch markenrechtlichen Schutz nach Maßgabe der §§ 14 Abs. 2 Nr. 2, 4 Nr. 2 MarkenG i.V. mit § 25 WZG in Anspruch nehmen, worauf sie die Klagebegehren ergänzend und "vorsorglich" ebenfalls stützt. 68

Hinsichtlich der Einzelheiten im Vorbringen der Parteien wird auf ihre in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze jeweils nebst Anlagen Bezug genommen. 69

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 70

Die in formeller Hinsicht einwandfreie und insgesamt zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache Erfolg. Sie führt zu der aus der Urteilsformel ersichtlichen Abänderung der angefochtenen landgerichtlichen Entscheidung, weil der Klägerin die darin titulierte, gegen den Vertrieb des Speiseeises "C." in der angegriffenen Gestaltung gerichteten Klageansprüche unter keinem der von der Klägerin geltend gemachten oder nach dem sonstigen Sachverhalt in Betracht zu ziehenden rechtlichen Gesichtspunkt zustehen. 71

1. Soweit die Klägerin das Unterlassungsbegehren sowie die 72

daneben geltend gemachten Annexansprüche auf Auskunft und Feststellung der Schadensersatzpflicht aus § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt der vermeidbaren betrieblichen Herkunftstäuschung herleiten will, vermag sie damit nicht durchzudringen. Das Inverkehrbringen des Stiel-Eises "C." in der streitbefangenen Gestaltungsform lässt sich nicht als nach diesen Maßstäben unlautere Verhaltensweise einordnen. 73

Im rechtlichen Ansatz zutreffend ist das Landgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Nachahmung einer Gestaltungsform nach den Maßstäben des § 1 UWG dann wettbewerbswidrig sein kann, wenn das nachgeahmte Produkt von wettbewerbllicher Eigenart ist und besondere wettbewerbliche Begleitumstände hinzutreten, welche die Nachahmung als unlauter erscheinen lassen. Eines dieser Unlauterkeitsmomente, dessen Vorliegen das Inverkehrbringen einer Nachahmung als wettbewerbllich unlauter i.S. von § 1 UWG einordnen lässt, liegt dann vor, wenn hierdurch bei einem mehr als nur unbeachtlichen Teil des angesprochenen Verkehrs die Gefahr betrieblicher Herkunftsverwechslungen begründet wird, obwohl diese durch geeignete und zumutbare Maßnahmen hätte vermieden werden können. Bei der Prüfung der Frage, ob das Inverkehrbringen einer Nachahmung die materiellen Voraussetzungen (u.a.) des genannten Unlauterkeitstatbestandes erfüllt, ist einer Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerbllichen Eigenart, der Art und Weise sowie der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerbllichen Umständen dergestalt Rechnung zu tragen, dass - je größer die wettbewerblliche Eigenart und je intensiver der Grad der Übernahme sind, - desto geringer die Anforderungen an die besonderen Umstände sind, die die Wettbewerbswidrigkeit begründen (vgl. BGH WRP 2001, 153/155; ders. GRUR 2000, 521/523 -"Modulgerüst"-; ders. GRUR 1999, 12106/1108 -"Rollstuhlnachbau"-; ders. GRUR 1998, 477/478 -"Trachtenjanker"- jeweils mit weiteren Nachweisen). Unter Zugrundelegen dieser Maßstäbe ist der Vertrieb von "C." indessen nicht als wettbewerbswidrig zu erachten. 74

Mit dem Landgericht ist dabei allerdings davon auszugehen, dass das Klageprodukt "V." sowohl als Haushaltspackung als auch in der Form der Portionspackungen "Mini-V." von wettbewerbllicher Eigenart ist. 75

Wettbewerblliche Eigenart weist ein Produkt auf, dessen konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale geeignet sind, die angesprochenen Verkehrskreise auf die betriebliche Herkunft oder die Besonderheiten des Erzeugnisses hinzuweisen (BGH a.a.O., ders. GRUR 1985, 876/877 -"Tchibo/Rolux I"-). Der konkreten Gestaltung des Speiseeises "V." der Klägerin kommt in diesem Sinn von Hause aus wettbewerblliche Eigenart zu. 76

Dass und warum dies der Fall ist, hat bereits das Landgericht in den Entscheidungsgründen des angefochtene Urteils (dort S. 9 bis 12 d.A.) ausgeführt, auf die der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen gemäß § 543 Abs. 1 ZPO Bezug nimmt. Danach gründet sich die wettbewerblliche Eigenart von "V." auf das "schichtartige" Aussehen der beiden Schmalseiten ("Anschnittflächen") bzw. den dadurch hervorgerufenen "Blättereis-Effekt" sowie ganz 77

maßgeblich auf die Wellenstruktur, die an den Längsseiten durch große, deutlich ausgeprägte und konturierte Wellenreihen geprägt ist, die als dekoratives Element sehr viel mehr als die vorbeschriebene Gestaltung der Schmalseiten ins Auge fällt. Auch soweit das Landgericht eine Beeinträchtigung der danach von Hause aus zu bejahenden wettbewerblichen Eigenart des Klageerzeugnisses durch vergleichbare Produktgestaltungen des wettbewerblichen Umfelds verneint hat (S. 12 des Urteils), schließt sich dem der erkennende Senat an (§ 543 Abs. 1 ZPO), jedoch mit der Maßgabe, dass das angegriffene Produkt "C." nicht in das im Rahmen dieser Prüfung herangezogene wettbewerbliche Umfeld einzubeziehen ist. Denn das nach dem Klageerzeugnis auf den Markt gelangte angegriffene Produkt hat bei der Beurteilung der wettbewerblichen Eigenart außer Betracht zu bleiben, andernfalls sich der Betroffene nicht gegen sein Produkt gerade und möglichst sogar identisch nachahmende Fremdgestaltungen wehren könnte.

An der dargestellten Beurteilung einer durch Produkte des wettbewerblichen Umfelds unbeeinträchtigten wettbewerblichen Eigenart des klägerischen Speiseeises "V." vermögen auch die von der Beklagten in der Berufung angeführten weiteren Drittprodukte "T. Blättereiscreme", C. von S. und W. von N./M. nichts zu ändern. Dabei kann es dahinstehen, ob zu diesen Produkten ausreichende Umsatzzahlen aufgeführt sind. Allein der beklagten-seits angeführte Umstand, dass es sich dabei um Produkte einer "marktstarken" Konkurrenz der Klägerin handele, lässt nicht den Rückschluss darauf zu, dass gerade die hier angeführten Dritterzeugnisse in einem Umfang auf den Markt gelangt sind und gelangen, dass sie geeignet sind, die Vorstellung des Verkehrs relevant zu beeinflussen. Ebenfalls dahinstehen kann es, dass weder dem Vortrag der Klägerin noch dem Sachverhalt im übrigen entnommen werden kann, wann die erwähnten Drittprodukte erstmals in den Verkehr gelangt sind. Drittprodukte, die in etwa gleichzeitig mit dem beanstandeten Produkt in den Verkehr gelangt sind, haben indessen bei der Beurteilung der wettbewerblichen Eigenart eines Erzeugnisses außer Betracht zu bleiben, weil sich andernfalls bei mehreren etwa gleichzeitigen Nachahmungshandlungen jeder der Nachahmer auf die allgemeine Verbreitung der betreffenden Gestaltungsform berufen könnte, dem Betroffenen daher die Möglichkeit einer rechtlichen Gegenwehr genommen wäre (vgl. BGH GRUR 1985, 876/878 - "Tchibo/Rolux I"-). Das alles kann hier jedoch deshalb offenbleiben, weil die angeführten Dritterzeugnisse ganz maßgeblich von der Produktgestaltung des Klageerzeugnisses "V." abweichen. C. und "T. Blättereiscreme" weisen an den Längsseiten nicht die für "V." aber typischen Wellen in Form regelmäßig aneinandergereihter Schlaufen auf. Die Seitenverzierung dieser Drittprodukte ist vielmehr in der Art von keilförmigen Zapfen gestaltet, die abwechselnd auf "Kopf" und "Spitze" gestellt ineinandergreifen. Die bei W. seitlich aufgebraute Dekoration besteht ebenfalls aus abwechselnd ineinandergreifenden keilförmigen Elementen, die durch ihre reliefartige Oberfläche den Eindruck einer Sahneaufspritzung erwecken.

78

Ist somit von einer durch Dritterzeugnisse unbeeinträchtigten wettbewerblichen Eigenart des streitbefangenen Klageprodukts auszugehen, kann weiter auch unterstellt werden, dass diese infolge der langjährigen, durch Werbemaßnahmen unterstützten Marktpräsenz der Klägerin sowie die von ihr behaupteten hohen Umsatzzahlen bzw. eine damit bewirkte erhebliche Verkehrsbekanntheit noch deutlich gesteigert und daher als hoch anzusetzen ist. Selbst eine als hoch anzusetzende wettbewerbliche Eigenart des Klageerzeugnisses führt im Streitfall indessen nicht zur Bejahung des Unlauterkeitstatbestandes der vermeidbaren betrieblichen Herkunftstäuschung, weil angesichts des deutlichen Abstandes der Produktgestaltung des angegriffenen Stiel-Eises "C." und des dadurch hervorgerufenen Gesamteindrucks die dafür vorauszusetzende Verwechslungsgefahr nicht angenommen werden kann.

79

Es trifft zwar zu, dass "C." ebenso wie "V." eine als solche deutlich sichtbare Wellenstruktur sowohl an den Schmalseiten als auch auf den Breitseiten des Speiseeiskörpers erkennen lässt. Hinzu kommt, dass - wovon die Mitglieder des erkennenden Senats sich im Rahmen der Berufungsverhandlung durch Inaugenscheinnahme von Originalexemplaren der Produkte der Parteien überzeugen konnten - das Speiseeis "C." der Beklagten einen aus kakaohaltiger Fettglasur bestehenden Sockelstreifen aufweist, der die vorerwähnte Wellenstruktur nicht verdeckt und der sich - dort allerdings in auffälligerer Form - bei "Mini-V." der Klägerin wiederfindet. Hingegen weist das Erscheinungsbild von "C." im übrigen auffällige Abweichungen auf, die es insgesamt deutlich von dem Klageprodukt abrücken lassen.

Bei "C." finden sich nicht die den Gesamteindruck von "V." aber mitprägenden Aufschichtungen. Auch die extrudierte konkrete Wellenstruktur ist bei "C." abweichend ausgeführt. Es trifft zwar zu, dass die einzelnen Schlaufen der Wellenlinie bei beiden Produkten gleichermaßen steil und eng aneinandergelegt sind. Unabhängig von der Frage, inwiefern dies auf technischen Gründen beruht, um eine gewisse Stabilität der Wellenstruktur und damit des gesamten Speiseeiskörpers zu erreichen, schöpft das genannte Merkmal indessen die gestalterischen Besonderheiten der Wellenstruktur, wie sie bei beiden Produkten jeweils verwendet ist und deren optisches Gesamtbild maßgeblich mitprägt, nicht aus. Denn die Wellenstruktur ist bei "V." aus verhältnismäßig schlanken Eissträngen gebildet, die in exakter Linienführung schlaufenförmig aneinander- und übereinandergelegt sind, wobei die einzelnen Schlaufen deutlich voneinander abgegrenzt sind. Auf diese Weise entsteht der Eindruck einer fein ziselierten, vom optischen Gesamtbild her nahezu elegant anmutenden Struktur des Eiskörpers. Bei "C." sind die Eisstränge, aus denen sich die Wellenstruktur bildet, im Verhältnis zur Größe des Eiskörpers hingegen verhältnismäßig dick und die daraus gebildeten Schlaufen im übrigen auch weniger exakt ausgeführt, was in der Gesamtwirkung den Eindruck einer massiven, durchaus derb strukturierten Form vermittelt. Hinzu kommt, dass "C." eine optische Zweiteilung aufweist, die sich bei "V." überhaupt nicht findet. Dieser optische Effekt einer Zweiteilung bei "C." entsteht zum einen dadurch, dass mittig in die Oberfläche des Eiskörpers eine kontrastfarbene Scheitellinie aus karamelartiger Substanz eingesetzt ist und zum anderen dadurch, dass der Eiskörper auf beiden Seiten der Scheitellinie in deutlich kontrastierenden Farben gehalten ist. In ihrer Kombination rufen die beiden dargestellten Merkmale den Eindruck eines aus zwei selbständigen Hälften zusammengefügtten Eiskörpers hervor. Bei "V." ist demgegenüber zwar ebenfalls auf der Oberseite des Eiskörpers ein mittiger Streifen aufgebracht. Hingegen ist dieser nicht - wie dies bei "C." aber der Fall ist - in die Oberfläche eingelassen, sondern - entweder in Form gestreuten Kakaopulvers oder in Form einer Glasur - auf die Oberfläche aufgetragen. Der Eindruck einer Zweiteilung des Eiskörpers selbst entsteht dadurch nicht.

81

Vor dem Hintergrund der dargestellten, die streitbefangenen Speiseeisprodukte jeweils kennzeichnenden unterschiedlichen Gestaltungsmerkmale sowie des durch sie hervorgerufenen, in der Gesamtwirkung abweichenden Erscheinungsbildes scheidet die Gefahr einer betrieblichen Herkunftsverwechslung in allen in Betracht zu ziehenden Formen aber aus. Hinsichtlich der unmittelbaren Verwechslungsgefahr gilt das schon deshalb, weil die Klägerin ihr "V."-Speiseeis unstreitig nicht in der Form eines Stiel-Eises anbietet, so dass die von der unmittelbaren Verwechslungsgefahr erfasste Verwechslung der Produkte der Parteien auszuschließen ist. Im Ergebnis Gleiches gilt für die Fälle der mittelbaren Verwechslungsgefahr sowie der Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne, deren Vorliegen eine nach § 1 UWG unzulässige Herkunftstäuschung ebenfalls begründen können. In der Ausprägung der mittelbaren Verwechslungsgefahr erliegt der Verkehr einer Fehlvorstellung über die betriebliche Herkunft eines Produkts dann, wenn er zwar erkennt, dass es sich um verschiedene Produkte handelt, er sie indessen wegen der vorhandenen Gemeinsamkeiten

82

irrig demselben Hersteller zuordnet, weil er das eine Produkt fälschlich beispielsweise für eine gestalterische Variante des anderen oder für dessen Billigversion hält. Dass ein mehr als unbeachtlicher Teil des angesprochenen Verkehrs die hier zu beurteilenden Produkte der Parteien indessen in dieser Form miteinander in Verbindung bringt, ist angesichts der dargestellten Unterschiede fernliegend. Aufgrund der vorstehend aufgezeigten abweichenden Ausführung der Wellenstruktur bei beiden Produkten und deren Auswirkung für die Gesamtanmutung des jeweiligen Produkts scheidet dabei insbesondere auch die Annahme aus, dass ein mehr als nur unbeachtlicher Teil des angesprochenen Verkehrs in "C." eine in die Form eines Stiel-Eises gebrachte einzelne Wellenlage von "V." erkennen könnte, die aus der mehrschichtigen Wellenstruktur des letztgenannten Produkts "herausgebrochen" ist und nunmehr "vergrößert" angeboten wird. Diese Vermutung mag in den Fällen in Betracht kommen, in denen die Ausführung der "vergrößerten" Wellenreihe selbst eine dem "V."-Produkt nahekommende Anmutung aufweist, also den Eindruck einer exakt ausgeführten, fein ziselierten Struktur erweckt. Bei dem vorliegenden Produkt der Beklagten, das durch eine verhältnismäßig grob ausgeführte Wellenform und -struktur gekennzeichnet ist, ist diese Annahme indessen als fernliegend zu erachten. Hinzu kommt vor allem aber auch, dass die Klägerin mit "Mini-V." bereits eine Variante ihres im übrigen in Form von Haushaltspackungen eingeführten "V."-Speiseeises anbietet und damit zu erkennen gegeben hat, dass sie an der Bezeichnung "V." auch für andere Versionen dieses Produkts festhält. Dass ein relevanter Teil des Verkehrs vor diesem Hintergrund die Vorstellung entwickeln könnte, der Hersteller von "V." biete eine Zweitmarke zu diesem Produkt und/oder eine billigere Version unter der keinerlei Bezug zu V. erkennbar machenden Bezeichnung "C." an, liegt fern. Es ist danach weiter aber auch eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne ausgeschlossen, welche die Fälle erfasst, in denen der Verkehr zwar erkennt, dass er mit verschiedenen Produkten verschiedener Hersteller konfrontiert ist, wegen der Ähnlichkeiten der Gestaltungen indessen glaubt, diese stünden in organisatorischen oder wirtschaftlichen - beispielsweise lizenzvertraglichen - Beziehungen miteinander. Davon, dass ein relevanter Teil der von den Produkten der Parteien angesprochenen Verbraucher diese Fehlvorstellung entwickeln könnte, kann nach dem deutlich verschiedenen Gesamteindruck, den die Produkte - wie aufgezeigt - aufgrund der unterschiedlichen Ausführungen der sie kennzeichnenden Merkmale hervorrufen, nicht ausgegangen werden.

Spricht vor diesem Hintergrund alles dafür, die Gefahr einer betrieblichen Herkunftstäuschung zu verneinen, so kann der Senat diese Feststellung auch aus eigener Sachkunde und Lebenserfahrung treffen, ohne dass es der Durchführung einer Verkehrsbefragung bedarf. Denn die Mitglieder des erkennenden Senats gehören zu den von den streitbefangenen Erzeugnissen, bei denen es sich um Produkte des allgemeinen Bedarfs handelt, angesprochenen Verkehrskreisen. In den Fällen aber, in denen die Mitglieder des angerufenen Gerichts zum angesprochenen Verkehr gehören und keine Umstände vorliegen, die Zweifel an der Sachkunde der Richter aufkommen lassen, und in denen - so wie hier - Gegenstände und Leistungen des allgemeinen Bedarfs betroffen sind, ist das Gericht grundsätzlich zur Entscheidung aus eigener Lebenserfahrung befugt und nicht etwa zu einer Beweiserhebung gezwungen, wenn ein gegenteilige Verkehrsauffassung, als diejenige, die das Gericht zu erkennen gibt, unter Beweis gestellt wird (vgl. BGH GRUR 1992, 406/408 - "Beschädigte Verpackung I"-; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 7. Auflage 47. Kapitel, Rdn. 10; GK-Jacobs, Vor § 13 Rdn. 366 - jeweils mit weiteren Nachweisen). Das führt im Streitfall aber dazu, dass der Senat die Verwechslungsgefahr auch ohne Beweiserhebung bzw. Einholung eines demoskopischen Sachverständigengutachtens verneinen kann. Dem steht es nicht entgegen, dass die erstinstanzlich entscheidende Kammer, deren Mitglieder ebenso wie diejenigen des Senats zu den angesprochenen

Verkehrskreisen zählen, die Verwechslungsgefahr bejaht hat. Denn diese Würdigung der Kammer beruht auf einer unvollständigen Ausschöpfung des für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr zugrundezulegenden Tatsachenstoffes, indem die Ähnlichkeit der streitbefangenen Produkte auf der Grundlage einer die vorhandenen Unterschiede sowohl in der Gestaltung der einzelnen, das jeweilige Erscheinungsbild dieser Erzeugnisse prägenden Merkmale als auch des durch sie hervorgerufen maßgeblichen Gesamteindrucks außer Acht lassenden zergliedernden Betrachtungsweise bewertet worden ist. Die Kammer hat dabei allein aufgrund der von ihr angenommenen Ähnlichkeit "jedenfalls" die mittelbare Verwechslungsgefahr bejaht, ohne - mit Blick auf die in Rechtsprechung und Literatur uneinheitliche Verwendung dieses Begriffes, der teilweise auch im Sinne der Definition der Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne gebraucht wird - zu erläutern, ob die Gefahr von Verwechslungen darin bestehe, dass ein erheblicher Teil des angesprochenen Verkehrs in "C." eine Zweitmarke/Billigversion von "V." erblicke oder darin, dass er auf wirtschaftliche oder organisatorische Verbindungen zwischen den Herstellern beider Produkte schließe. Auch die Ergebnisse der von der Klägerin vorprozessual in Auftrag gegebenen Verkehrsbefragung stellen keinen Umstand dar, der Zweifel veranlassen konnte und mithin die Einholung eines demoskopischen Sachverständigengutachtens nach sich ziehen würde, ob - selbst wenn die Mitglieder des Senats eine betriebliche Verwechslungsgefahr verneinen wollen - im übrigen nicht doch ein mehr als unbeachtlicher Teil des Verkehrs gleichwohl in diesem Sinne Fehlvorstellungen entwickeln könnte. Denn soweit die mittels des erwähnten Privatgutachtens befragten Personen, denen eine Abbildung des Produkts "C." vorgelegt wurde, dieses der Marke "V." oder "L." als Hersteller zuordneten, handelte es sich um eine Gruppe von Befragten, denen auch solche Personen angehörten, die durch "C." lediglich "an ein anderes Eis erinnert werden". Die bloße, durch die Vorlage der Abbildung von "C." ausgelöste "Erinnerung" an "V." und/oder "L." ist jedoch nicht geeignet, indiziell die Gefahr betrieblicher Herkunftsverwechslungen im oben dargestellten Sinn zu belegen. Denn sie besagt weder, dass die Produkte demselben Hersteller zugeordnet werden, noch liefert sie einen Anhaltspunkt für das Vorhandensein der Vorstellung, dass die - verschiedenen - Hersteller der Produkte in einer wirtschaftlichen oder organisatorischen Verbindung miteinander stehen könnten. Spricht das mittels der Befragung u.a. dieses Personenkreises ermittelte Ergebnis des von der Klägerin vorgelegten Gutachtens aus diesem Grund nicht für das Vorliegen einer durch die Gestaltung von "C." ausgelösten Gefahr betrieblicher Herkunftsverwechslungen, sah der Senat hierin keinen Umstand, der Zweifel an seiner Sachkunde begründen konnte, die Gefahr betrieblicher Herkunftsverwechslungen zu verneinen und der daher die Einholung eines demoskopischen Sachverständigengutachtens zu veranlassen vermochte.

1. Die Klägerin dringt mit ihren Klagebegehren aber

84

ebenfalls nicht durch, soweit sie diese auf einen markenrechtlichen Ausstattungsschutz nach Maßgabe der §§ 14 Abs. 2 Nr. 2, 4 Nr. 2 MarkenG i.V. mit § 153 Abs. 1, 25 WZG gründen will. Dabei kann es dahinstehen, inwiefern die Gestaltungsform des streitbefangenen Speiseeises "V." überhaupt ohne Eintragung als Marke i.S. von § 4 Nr. 2 MarkenG Schutz beanspruchen kann. Das bedarf deshalb nicht der Entscheidung, weil jedenfalls die Voraussetzungen des geltend gemachten markenrechtlichen Verletzungstatbestandes des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, nämlich eine infolge der Identität oder Ähnlichkeit des angegriffenen "Zeichens" und der Identität oder Ähnlichkeit der Waren hervorgerufene Verwechslungsgefahr, aus den oben dargestellten Gründen wegen des erheblichen Abstandes der angegriffenen Gestaltungsform von "C." nicht vorliegen.

85

86

III. Im Ergebnis Gleiches gilt, soweit die Klägerin auf das zu Gunsten ihrer Muttergesellschaft, der U. N.V., eingetragene internationale Geschmacksmuster und die ihr insoweit für Deutschland erteilte ausschließliche Lizenz verweist. Ungeachtet der Frage, ob die Klägerin ihre Klageansprüche im vorliegenden Verfahren überhaupt auf geschmacksmusterrechtliche Ansprüche stützen will, scheiterten derartige, nach Maßgabe der §§ 14 a, 5 GeschmMG i.V. mit Art. 7 des Haager Übereinkommens über die internationale Hinterlegung gewerblicher Muster oder Modelle i.d.F. vom 28.11.1960 (BGBl. 1962 II S. 775) in Betracht zu ziehende Ansprüche jedenfalls daran, dass "C." wegen des aufgezeigten Gestaltungsabstands nicht als verbotene Nachbildung des geschützten Musters, soweit dieses aus der bei der Akte befindlichen Abbildung erkennbar ist, einzuordnen ist.

Die Kostenfolge ergibt sich aus § 91 ZPO. 87

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 708 Nr. 10, 711, 108 ZPO. 88

Die gemäß § 546 Abs. 2 ZPO festzusetzende Beschwer orientiert sich am Wert der in der Berufung zu beurteilenden Klagebegehren, mit denen die Klägerin unterlegen ist. 89

Streitwert: 425.000,00 DM. 90