
Datum: 28.05.2003
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 15/03
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2003:0528.6U15.03.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 84 O 78/02

Tenor:

1.) Auf die Berufung der Antragstellerin wird das am 16.1.2003 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 84 O 78/02 - teilweise abgeändert.

Der Antragsgegnerin wird bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt, in Deutschland Haselnuss-Pralinen "Ü. K. T." wie nachstehend wiedergegeben anzubieten und/oder zu bewerben und/oder in den Verkehr zu bringen:

(Bild/Grafik nur in Originalentscheidung vorhanden)

2.) Von den Kosten des Verfahrens erster Instanz haben die Antragstellerin 48 % und die Antragsgegnerin 52 % zu tragen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens haben die Antragstellerin zu 2/3 und die Antragsgegnerin zu 1/3 zu tragen. Hiervon ausgenommen sind die Kosten, die durch das vorliegende Urteil entstehen, diese hat die Antragsgegnerin allein zu tragen.

Entscheidungsgründe

1

Die Berufung ist zulässig und in dem Umfang, in dem sie aufrechterhalten und nicht im Termin zur mündlichen Verhandlung zurückgenommen worden ist, auch begründet. Zu Unrecht hat das Landgericht auf den Teilwiderspruch der Antragsgegnerin die im Beschlusswege erlassene Eilentscheidung aufgehoben, soweit sie die unverpackte Praline "K. T." der Antragsgegnerin zum Gegenstand hatte. In diesem Umfang ist die einstweilige Verfügung daher durch die vorliegende Entscheidung neu zu erlassen.

2

Der Antrag ist zunächst zulässig, insbesondere fehlt es ihm nicht an der erforderlichen Dringlichkeit. Das gilt auch dann, wenn man die Vorschrift des § 25 UWG, auf Grund derer die Dringlichkeit vermutet wird, auf markenrechtliche Ansprüche, auf die sich die Antragstellerin jedenfalls vorrangig nur stützen kann, nicht für entsprechend anwendbar hält. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gründet sich auf den Auftritt der Antragsgegnerin auf der internationalen Süßwarenmesse des Jahres 2002 und ist am 14.2.02 und damit in nicht dringlichkeitsschädlicher Zeit bei Gericht eingegangen. Entgegen dem Vortrag der Antragsgegnerin kann nicht zugrundegelegt werden, dass die Antragstellerin das angegriffene Produkt bereits anlässlich eines früheren Messeauftritts wahrgenommen hatte. Die hierzu vorgelegten Photos belegen nicht, dass die Praline auch im unverpackten Zustand präsentiert worden wäre. Indes kann die Frage der Verwechselbarkeit der äußeren Form der Praline mit der Marke, aus der die Antragstellerin vorgeht, nicht beurteilt werden, solange die Praline verpackt ist.

3

Der Antrag ist auch begründet. Der Senat hat allerdings Zweifel, ob die Antragstellerin, entsprechend ihrem schriftsätzlichen Vortrag im Berufungsverfahren wegen einer Verwechselbarkeit der äußeren Formgestaltung der angegriffenen Praline aus § 1 UWG vorgehen kann, obwohl ihr eine Ausstattungsmarke zur Verfügung steht, die gerade ihre Praline "R." im unverpackten Zustand zum Gegenstand hat. Die Frage kann aber dahinstehen, weil der Vortrag der Antragstellerin die Anwendung des Markenrechts nicht ausschließt und die Voraussetzungen des § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG vorliegen.

4

Entgegen der von der Antragsgegnerin geäußerten Zweifel verwendet diese die angegriffene Form der unverpackten Praline entsprechend den Anforderungen des § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG im geschäftlichen Verkehr. Das gilt auch angesichts des Umstands, dass die Praline ausschließlich in einer undurchsichtigen Verpackung angeboten und vertrieben wird, die ihre äußere Form nicht genau erkennen lässt. Denn zum einen wird das Produkt auch unverpackt beworben. Die Praline wird - was unstreitig ist - in der Internetwerbung auch ohne Verpackung und damit so dargestellt, dass ihre äußere Form erkennbar ist. Dabei kommt dem Umstand keine entscheidende Bedeutung zu, dass die Werbung in türkischer Sprache gehalten ist und daher von deutschsprachigen Verkehrskreisen kaum verstanden und die entsprechende Internetseite mithin nur selten aufgesucht werden wird. Angesichts der nicht unerheblichen Zahl von in Deutschland lebenden türkischsprachigen Verbrauchern kann nicht zweifelhaft sein, dass die unverpackte Praline den Verbrauchern schon mit Blick auf diese Werbung in ausreichendem Maße im geschäftlichen Verkehr gegenübertritt. Zum anderen genügt aber auch der Umstand, dass die Verbraucher, die einmal eine der angegriffenen Pralinen verzehrt haben oder denen die Praline im ausgepackten Zustand angeboten worden

5

ist, deren äußere Form kennen. Denn diese Verbraucher werden sich bei dem späteren Erwerb an die Form des Produktes erinnern und so vor ihrem geistigen Auge sehen, dass ihnen eine Praline gegenübertritt, die die bestimmte angegriffene äußere Form aufweist. Im übrigen könnten sonst bei einem Lebensmittel, dessen spezielle äußere Form wegen seiner hohen Verkehrsbekanntheit Markenqualität erlangt hat, aus dieser erlangten Rechtsposition nur in den seltensten Fällen Rechte hergeleitet werden, wenn diese Lebensmittel - wie das häufig der Fall ist - üblicherweise nur in einer undurchsichtigen Verpackung angeboten werden. Ebenso wie die für die Erlangung der Markenqualität nach § 4 Ziff.2 MarkenG erforderliche Verkehrsgeltung auch dadurch erreicht werden kann, dass ihre spezielle äußere Form im privaten Umfeld wahrgenommen wird, muss es daher für das Handeln im geschäftlichen Verkehr ausreichen, dass die Praline zwar verpackt präsentiert wird, der Verbraucher aber aus früheren Erfahrungen weiß, wie sie unverpackt aussieht.

Die Antragsgegnerin benutzt die äußere Form der Praline auch zur Kennzeichnung ihrer Ware, also - wie dies für markenrechtliche Ansprüche erforderlich ist (vgl. BGH WRP 02,982,983 - "Frühstücks-Drink I"; WRP 02,987 f - "Festspielhaus") - markenmäßig.

6

Die äußere Form der angegriffenen Praline stellt sich - je nach Betrachtungswinkel - als mehr oder weniger kugelig dar. Dabei ist der Antragsgegnerin einzuräumen, dass die einzelnen Pralinen nicht die exakte Form einer Kugel haben. Die angesprochenen durchschnittlich aufmerksamen, verständigen und informierten Verbraucher, auf deren Auffassung maßgeblich abzustellen ist (vgl. BGH a.a.O.) werden sie aber gleichwohl als kugelförmig ansehen. Angesichts des Umstandes, dass die Oberfläche in der von der Antragstellerin im einzelnen beschriebenen Weise raspelig, also so ausgeformt ist, dass die Haselnussstückchen die Schokoladenoberfläche nicht begrenzen, sondern aus ihr herausragen, kommt eine im geometrischen Sinne ideale Kugelform von vorneherein nicht in Betracht. Angesichts dessen wird der angesprochene Durchschnittsverbraucher die Praline als insoweit kugelförmig ansehen, wie die unregelmäßige Oberfläche eine Kugelform zulässt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass den durchschnittlichen Verbraucher die äußere Form der Praline nicht besonders interessieren und er ihr deswegen auch keine überdurchschnittliche Aufmerksamkeit widmen wird. Ohne Erfolg trägt die Antragsgegnerin demgegenüber vor, die Praline sei nicht (annähernd) wie eine Kugel geformt, sondern weise eine Pilzform auf. Denn das hat sie nicht glaubhaft gemacht. Es trifft zwar zu, dass die Pralinen teils eine mehr oder weniger ausgeprägte Ausbeulung aufweisen, diese lässt aber nicht eine Pilzform erkennen, sondern erweckt lediglich den Eindruck, dass der Versuch, in etwa eine runde Form zu erreichen, nicht bei allen Exemplaren gleichmäßig gut gelungen ist.

7

Die mithin zumindest in etwa kugelförmige Ausgestaltung ihrer Praline stellt eine markenmäßige Benutzung der Kugelform dar. Denn der angesprochene Verkehr wird die annähernde Kugelform als Hinweis auf die Produktionsstätte auffassen. Eine derart herkunftshinweisende Funktion hat die äußere Gestaltung einer Ware dann, wenn ihr auf Grund des Verkehrsverständnisses eine eigenständige Kennzeichnungsfunktion zuzubilligen ist (BGH GRUR 03, 332 f - "Abschlussstück"). Das ist hier indes mit Rücksicht auf die Bekanntheit der Praline "R." der Antragstellerin der Fall. Die Antragstellerin vertreibt ebenfalls eine kugelförmige Praline mit einem Schokoladenüberzug, deren Oberfläche - bedingt ebenfalls durch die runde Form durchbrechende Nussstückchen - nicht glatt, sondern raspelig gestaltet ist. Die Antragstellerin hat glaubhaft gemacht, dass sie seit Mitte des vergangenen Jahrzehntes pro Geschäftsjahr mit der Praline "R." Umsätze in Höhe von über 100 Mio. DM erzielt hat. Die äußere Form dieser unverpackten Praline ist wegen der so erzielten erheblichen Verkehrsbekanntheit als durchgesetzte Marke eingetragen worden. Überdies geht aus dem Gutachten der GfK Marktforschung hervor, dass 74,4 % der

8

befragten Personen, denen die unverpackte Praline "R." der Antragstellerin präsentiert worden ist, erklärt haben, derartige Pralinen stammten immer nur von einem bestimmten Hersteller. Vor diesem Hintergrund wird auch die - zumindest annähernde - Kugelform der angegriffenen Praline von den angesprochenen Verbrauchern als Herkunftshinweis verstanden.

Das gilt auch angesichts der als Anlage Agg 5 von der Antragsgegnerin vorgelegten kritischen Stellungnahme von NFO Infratest zu jenem Gutachten und des Umstandes, dass die Erhebung bereits im Jahre 1997 durchgeführt worden ist. Die Kritik des Wettbewerbers der GfK stellt deren Ergebnisse nicht grundsätzlich in Frage und Anhaltspunkte dafür, dass die Bekanntheit von "R." seit jener Befragung maßgeblich gesunken sein könnte, bestehen ebenfalls nicht.

9

Die Antragstellerin hat schließlich auch die Voraussetzungen der Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG glaubhaft gemacht. Das gilt auch unter Berücksichtigung der hiergegen von der Antragsgegnerin vorgebrachten Einwände.

10

Ob eine Verwechslungsgefahr besteht, ist unter Berücksichtigung der Nähe der in Betracht zu ziehenden Waren, für die die zu vergleichenden Zeichen geschützt sind oder verwendet werden, sowie der Kennzeichnungskraft der Klagemarke und nach der Ähnlichkeit der zu beurteilenden Zeichen zu entscheiden. Dabei stehen die genannten Faktoren dergestalt miteinander in einer Wechselbeziehung, dass der Ähnlichkeitsgrad umso geringer sein kann, je größer die Kennzeichnungskraft und/oder die Warennähe ist, während umgekehrt ein höherer Ähnlichkeitsgrad erforderlich ist, wenn die Kennzeichnungskraft der Marke nur schwach und/oder der Warenabstand größer ist (gefestigte Rechtsprechung vgl. z.B. BGH GRUR 00,875/876 – "Davidoff"; WRP 98,755/757 – "nitrangin"; EuGH GRUR 98,387 – "Springende Raubkatze"). Bei der Beurteilung dieser Fragen ist nicht auf den Standpunkt eines "flüchtigen", dem angesprochenen Verkehr zugehörigen Adressaten der Zeichen abzustellen, sondern auf denjenigen eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Adressaten der betroffenen Art von Waren.

11

Auf der Grundlage dieser Kriterien kann an der Verwechslungsgefahr im maßgebliche rechtlichen Sinne kein Zweifel bestehen. Die sich gegenüberstehenden Zeichen werden für identische Waren, nämlich Pralinen, benutzt. Überdies ist die Ähnlichkeit der Zeichen hoch. Sowohl die Marke der Antragstellerin als auch - wie bereits dargelegt worden ist - das Produkt der Antragsgegnerin weisen in etwa eine Kugelform auf. Der geringe Unterschied der äußeren Form besteht lediglich darin, dass die angegriffene Praline an der Unterseite geringfügig verstärkt ist und dadurch die Kugelform in einem gewissen Masse verlässt. Diese Abweichung wird dem Verbraucher, der die Praline mit situationsadäquater Aufmerksamkeit betrachtet, indes kaum auffallen, zumal der Unterschied je nach Art der Präsentation auch gar nicht wahrgenommen werden kann, ohne die Praline umzudrehen. Vor diesem Hintergrund würde angesichts der geschilderten Wechselwirkung schon eine geringe Kennzeichnungskraft der Marke der Antragstellerin zur Begründung der Verwechslungsgefahr ausreichen. Tatsächlich ist die Marke aber sogar von gesteigerter Kennzeichnungskraft. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin steht weder der Umstand, dass die Marke eine Abbildung des gesamten unverpackten Produktes darstellt, noch dass es sich bei der Kugelform um eine für Pralinen nicht ungewöhnliche Formgestaltung handelt, der Schutzfähigkeit der eingetragenen Marke entgegen. Im Markenverletzungsstreit ist von einer bestehenden Kennzeichnungskraft der eingetragenen Marke auszugehen. Überdies ist die Marke als verkehrsdurchgesetzte Marke eingetragen worden, was eine erhebliche Bekanntheit voraussetzt. Schließlich ist die bereits dargelegte,

12

auf den hohen Umsatzzahlen der Antragstellerin beruhende und durch die demoskopische Umfrage glaubhaft gemachte Bekanntheit der Marke der Antragstellerin zu berücksichtigen. Diese begründet - unabhängig von der von der Antragsgegnerin aufgeworfenen Frage, ob die Eintragung auf Grund Verkehrsdurchsetzung ohne weiteres zu einer erhöhten Kennzeichnungskraft führt - eine deutliche gesteigerte Kennzeichnungskraft. Wenn nahezu 75 % der befragten Konsumenten angesichts der unverpackten Praline der Antragstellerin der Auffassung sind, diese stamme von einem bestimmten Hersteller, und darüber hinaus auch 58,1 % zutreffend die Antragstellerin benennen, ist von einer erhöhten Kennzeichnungskraft auszugehen. Angesichts der mithin sogar erhöhten Kennzeichnungskraft der Marke der Antragstellerin, der Warenidentität und der hohen Ähnlichkeit der Marke mit der von der Antragsgegnerin verwendeten Ausstattung sind das Anbieten, die Bewerbung und das Inverkehrbringen der angegriffenen Haselnuss-Praline "Ü. K. T." antragsgemäß wegen bestehender markenrechtlicher Verwechslungsgefahr zu untersagen, wobei für die beantragte Schreibweise des Wortes "ÜL." in Fettdruck eine Behebungsgefahr nicht ersichtlich ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs.1, 269 Abs.3 ZPO. 13

Das Urteil ist gemäß § 542 Abs.2 ZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig. 14

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird in Modifizierung des Senatsbeschlusses vom 21.3.2003 endgültig wie folgt festgesetzt: 15

bis zum 16.5.2003 einschließlich der Erörterung im Verhandlungstermin auf	750.000 €,	16
anschließend auf	250.000 €.	

Mangels vorgetragener Anhaltspunkte für ein etwa unterschiedliches Interesse an 17

den drei Anträgen, wie sie anfangs des Berufungsverfahrens gestellt worden sind, 18

schätzt der Senat das gem. § 20 Abs.1 GKG, 3 ZPO maßgebliche Interesse der Antragstellerin an allen drei anfänglich beanstandeten Erscheinungsformen der Praline gleich hoch ein. 19