
Datum: 04.04.2003
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 192/02
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2003:0404.6U192.02.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 33 O 325/02

Tenor:

1. Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das am 05.11.2002 verkündete Urteil der 33. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 33 O 325/02 - wird zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Antragsgegnerin.

3. Das Urteil ist mit seiner Verkündung rechtskräftig.

Von der Darstellung eines Tatbestandes wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313 a Abs. 1 Satz 1 ZPO i.V. mit § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO abgesehen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

1

Die in formeller Hinsicht einwandfreie und insgesamt zulässige Berufung der Antragsgegnerin hat in der Sache keinen Erfolg. 2

Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht in dem angefochtenen Urteil die zuvor im Wege des Beschlusses erlassene einstweilige Verfügung vom 28.08.2002 bestätigt, mit welcher der Antragsgegnerin der Vertrieb der beanstandeten elektrischen Drei-Scherkopf-Rasierapparate untersagt worden ist. 3

4

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig. Insbesondere besteht ein Verfügungsgrund. 5

Es kann dahin stehen, ob die Dringlichkeitsvermutung des § 25 UWG auch in Markensachen gilt (dagegen Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 8. Auflage, Kap. 54 Rn. 19 ff; OLG Frankfurt GRUR 2002, 1096). Die Antragstellerinnen haben jedenfalls die objektiv begründete Besorgnis glaubhaft gemacht, dass ohne vorläufige Regelung die Verwirklichung ihrer Markenrechte unzumutbar vereitelt oder wesentlich erschwert würde, sofern die Antragsgegnerin mit den beanstandeten Drei-Scherkopf-Rasierapparaten weiter auf dem deutschen Markt präsent ist, §§ 935, 940 ZPO. 6

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist auch ohne dringlichkeitsschädliches Zuwarten gestellt worden. Die Dringlichkeit eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung geht verloren, wenn der Antragsteller trotz positiver Kenntnis der Verletzungshandlung mit der Rechtsverfolgung zu lange wartet und/oder das Verfahren nicht zügig betreibt. Denn wer in Kenntnis der maßgeblichen Umstände und ihm fortdauernd drohender Nachteile ohne überzeugenden Grund längere Zeit untätig geblieben ist und dadurch die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs objektiv verzögert, hat damit offenbart, dass es ihm mit dem erstrebten Verbot tatsächlich nicht so eilig ist, als dass es ihm nicht zugemutet werden könnte, dieses im Wege eines Hauptsacheverfahrens zu erwirken (Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., § 25 UWG Rn. 13 a mit zahlreichen Nachweisen zu stRspr und Schrifttum; Zöller-Vollkommer, ZPO, 23. Aufl., § 940 Rn. 4). 7

Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Antragstellerinnen haben nicht schon durch Umstände vor der unstreitig am 10.07.2002 erfolgten Einführung der Produkte der Antragsgegnerin auf dem deutschen Markt positive Kenntnis von einer drohenden Markenrechtsverletzung erlangt. Die Kenntnis von dem seit dem Jahr 2000 international erfolgenden Internet-Auftritt der Antragsgegnerin mit den fraglichen Drei-Scherkopf-Rasierapparaten ist unschädlich, weil hiermit keine Ankündigung eines Produktvertriebs konkret in Deutschland, zu einem bestimmten Zeitpunkt und mit bestimmten Modellen verbunden war. Die Antragsgegnerin verweist zwar zutreffend darauf, dass schon ab Juni 2002 Veröffentlichungen in Printmedien erfolgten, welche auf ihre Drei-Scherkopfrasierer Bezug nahmen. Diese als Anlage AG 17 vorgelegten Artikel, u.a. in der "Frankfurter Allgemeinen Zeitung" und dem "Handelsblatt" vom 19.06.2002 sowie der "Kölnischen Rundschau" vom 25.06.2002, befassten sich aber ausschließlich mit dem von der britischen Tochtergesellschaft der Antragsgegnerin erstrittenen Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 18.06.2002 - Rs. C-299/99 (= EuGH GRUR 2002, 804 ff) in Zusammenhang mit dem angestrebten europaweiten Vertrieb ihrer Produkte, ohne einen konkreten Bezug zu einem unmittelbar bevorstehenden Vertrieb in Deutschland und dort mit bestimmten Modellen herzustellen. Hinsichtlich der von der Antragstellerin zu 2) veranstalteten "R." in D. am 25.06.2002 ist die von der Antragsgegnerin vorgelegte eidesstattliche Versicherung des Zeugen D. (Anlage AG 18) nicht geeignet, die von den Antragstellerinnen durch eidesstattliche Versicherung des Herrn B. (Anlage AST 26) glaubhaft gemachte Behauptung zu widerlegen, dass die Produkte der Antragsgegnerin auf der fraglichen Veranstaltung nicht zur Sprache gekommen waren. Anders als der Zeuge B. war der Zeuge D. bei der "R." nicht persönlich anwesend, so dass seine Erklärungen über Vermutungen hinaus keine konkreten Anhaltspunkte bieten, dass und mit welchen Modellen von Rasierapparaten die Antragsgegnerin nunmehr in Deutschland auftreten werde. 8

Der Zeitablauf von der Markteinführung am 10.07.2002 bis zu dem am 16.08.2002 eingereichten Antrag im einstweiligen Verfügungsverfahren von 5 Wochen (plus 2 Tagen) ist auch unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls nicht dringlichkeitsschädlich. Vor dem Hintergrund der nicht nur international, sondern auch schon in Deutschland, hier in Form der Löschungsverfahren beim Deutschen Patent- und Markenamt, geführten zahlreichen Verfahren der Parteien betreffend die beanstandeten Rasierer, insbesondere nach der Entscheidung des EuGH vom 18.06.2002, bestand für die Antragstellerinnen zwar durchaus Veranlassung, mit einer Verletzungshandlung auch in Deutschland zu rechnen, wobei ihnen wegen des aus den bereits anhängigen Verfahren bestens bekannten Prozessstoffs keine über das Übliche hinausgehende Zeitspanne etwa zur Prüfung rechtlicher Probleme zuzubilligen ist. Hingegen durften die Antragstellerinnen zuwarten, in welcher konkreten Form eine Verletzungshandlung erfolgen würde (vgl. OLG Köln GRUR 1995, 520), hier also, mit welchen Modellen eines Drei-Scherkopf-Rasierapparates die Antragsgegnerin in Deutschland auftreten werde. Der Zeitpunkt, zu welchem es den Antragstellerinnen erstmals gelungen ist, die fraglichen Modelle in Deutschland zu erwerben, nämlich am 26.07.2002 die Rasierer RS 2883 und RS 2843, fällt zusammen mit dem von den Antragstellerinnen durch die als Anlagenkonvolut AST 13 vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen glaubhaft gemachten Zeitpunkt Ende Juli 2002, zu welchem ihre Außendienstmitarbeiter bzw. der Produktmanager B. positive Kenntnis von einem Vertrieb erlangt haben. Der sodann verbleibende Zeitablauf von 3 Wochen bis zur Einreichung des Verfügungsantrags ist unter Berücksichtigung der Unternehmensstruktur der Antragstellerinnen - wobei maßgeblich der Zeitpunkt der Kenntniserlangung der Leitungsebene ist - und der Komplexität der Materie auch dann nicht dringlichkeitsschädlich, wenn wegen der Bekanntheit des Prozessstoffs eine nur relativ kurze Reaktions- und Vorbereitungszeit zubilligen ist.

II. 10

Die Antragstellerinnen haben auch einen Verfügungsanspruch glaubhaft gemacht. Das Unterlassungsbegehren ist aus § 14 Abs. 5 i.V. mit § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, welche als spezialgesetzliche Regelungen in ihrem Anwendungsbereich wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen vorgehen, begründet. 11

1. 12

Die Antragstellerinnen stützen den Unterlassungsanspruch zu Recht auf die zu Gunsten der Antragstellerin zu 1) eingetragenen deutschen Marken Nr. 39408350 und 1034262 sowie die IR-Marken 587254, 638663 und R 430836. Bei diesen Marken handelt es sich - mit Ausnahme der stilisierten, zweidimensionalen IR-Marke 430836 - um dreidimensionale Bild- bzw. Formmarken, welche zeichnerisch das Oberteil eines Drei-Scherköpfe-Rasierers darstellen. Die Marken sind eingetragenen für elektrische Rasierapparate und deren Teile, insbesondere Rasierköpfe. 13

Im Rahmen der vorliegenden Entscheidung hat der Senat davon auszugehen, dass sämtliche Marken der Antragstellerinnen in Kraft stehen. Die Frage der abstrakten Markenfähigkeit eines dreidimensionalen Zeichens im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist nicht Gegenstand der Prüfung im Markenrechtsstreit, weil es sich hierbei um eine Grundvoraussetzung der Eintragung eines Zeichens als Marke handelt. Die Prüfung der abstrakten Markenfähigkeit ist vielmehr allein dem Eintragungs- bzw. Löschungsverfahren vorbehalten (BGH WRP 2000, 631, 632 - "MAG-LITE"). Ohne Belang ist, dass auf Antrag der Antragsgegnerin zur Zeit Löschungsanträge bzw. Anträge auf Schutzentziehung i.S. des § 115 MarkenG wegen fehlender Markenfähigkeit der Antragstellerinnen-Marken beim 14

Bundespatentgericht anhängig sind; das einstweilige Verfügungsverfahren schließt aufgrund des Eilbedürfnisses eine Aussetzung aus.

2. 15

Die Antragsgegnerin benutzt die beanstandeten elektrischen Drei-Scherkopf-Rasierer markenmäßig. 16

Unter Zugrundelegung des Art. 5 Abs. 1 der MarkenRL setzt eine i.S. der Verletzungstatbestände des § 14 Abs. 2 MarkenG relevante Markenbenutzung voraus, dass sie jedenfalls im Rahmen des Produkt- oder Leistungsabsatzes auch der Unterscheidung der Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen dient, sich also als markenmäßige Benutzung darstellt (BGH WRP 2002, 987, 989 - "Festspielhaus"; WRP 2002, 982, 983 - "FRÜHSTÜCKS-DRINK I"; WRP 2002, 985, 986 - "FRÜHSTÜCKS-DRINK II"). Dies gilt auch für die Verletzung des Rechts an einer dreidimensionalen Marke (BGH MD 2003, 425 - "Abschlußstück"). Bei der Beurteilung, ob den beanstandeten Drei-Scherkopf-Rasierern eine Unterscheidungsfunktion als betriebliches Kennzeichnungsmittel zukommt, ist auf das Verständnis eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen (vgl. BGH a.a.O. - "Festspielhaus"; BGH a.a.O. - "Abschlußstück"). Dabei ist der Lebenserfahrung Rechnung zu tragen, dass der Verkehr eine Warenaufmachung nicht in analysierender Betrachtungsweise, sondern als Ganze so aufnimmt, wie sie sich ihm darstellt (BGH a.a.O. - "Abschlußstück"). Die Raumform der Ware als Ganzer oder in einzelnen Bestandteilen kann deshalb nur dann als herkunftshinweisend beurteilt werden, wenn sie dies entweder aus Sicht des Durchschnittsverbrauchers auch in ihrem Zusammenhang mit anderen Elementen der Aufmachung ist, oder wenn einzelnen Formelementen aufgrund des Verkehrsverständnisses eine eigenständige Kennzeichnungsfunktion zuzubilligen ist (BGH a.a.O. - "Abschlußstück"). 17

So liegt der Fall hier. Die Antragstellerinnen haben glaubhaft gemacht, dass die Gestaltung des Scherkopfes der Rasierer in ihrer Drei-Scherköpfe-Form von erheblichen Teilen des Verkehrs als Herkunftshinweis auf Rasierer der Antragstellerinnen verstanden wird. Die markante Form von drei in einem gleichschenkligen, auf der Spitze stehenden Dreieck angeordneten gleich grossen Scherköpfen ist gegenüber den weiteren, das Gesamterscheinungsbild der Rasierer ausmachenden Gestaltungselementen wie z.B. dem Griff deutlich prägend und macht im Verständnis weiter Teile des Verkehrs die herkunftshinweisende Funktion gerade aus. Die Antragstellerinnen sind seit mehr als 30 Jahren auf dem deutschen Markt mit ihren elektrischen Rasierapparaten in der Drei-Scherkopf-Form vertreten. Ausweislich der als Anlagenkonvolut 8 vorgelegten Verkehrsumfrage der "GFM-GETAS" in Hamburg aus dem Jahr 1986 ordneten 93,8 % der befragten Männer ein Bildzeichen des Rasierkopfes, das der eingetragenen Marke 1034262 entsprach, den Antragstellerinnen zu. Bei einer Umfrage desselben Instituts aus dem Jahr 1994 gaben 80,3 % der befragten Männer, welche den Rasierer der Antragstellerinnen zuordnen konnten, an, diesen "an der Anordnung der Scherköpfe als Dreieck" bzw. "an der dreieckigen Form" erkannt zu haben. Es entspricht im übrigen der eigenen Anschauung und Erfahrung des Senats, dass der markante Rasierkopf von drei in einem gleichschenkligen, auf der Spitze stehenden Dreieck montierten Scherköpfen als Herkunftshinweis auf die Antragstellerinnen verstanden wird. 18

3. 19

Die beanstandeten Drei-Scherkopf-Rasierer der Antragsgegnerin begründen eine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. 20

Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls, namentlich der Kennzeichnungskraft der Klagemarke, der Nähe der in Betracht zu ziehenden Waren und/oder Dienstleistungen, für welche die Zeichen in Gebrauch sind, sowie des Grades der Ähnlichkeit der zu vergleichenden Kennzeichnungen zu beurteilen (vgl. BGH WRP 2002, 537 - "Bank 24"; BGH a.a.O. - "Festspielhaus"). Zwischen diesen, die Verwechslungsgefahr determinierenden Faktoren besteht eine Wechselwirkung dergestalt, dass der Ähnlichkeitsgrad um so geringer sein kann, je grösser die Kennzeichnungskraft und/oder die Waren- bzw. Dienstleistungsnahe ist, während umgekehrt ein höherer Ähnlichkeitsgrad bei nur schwacher Kennzeichnungskraft der Marke und/oder grösserem Waren-/Dienstleistungsabstand erforderlich ist (vgl. BGH a.a.O. - "Festspielhaus"; BGH GRUR 2000, 506 - "Attaché/Tisserand"). Entscheidend für die Frage der Markenähnlichkeit ist dabei der Gesamteindruck der sich gegenüber stehenden Zeichen (BGH a.a.O.). Die Ähnlichkeit einer Marke mit einem beanstandeten Zeichen kann nur in deren konkreter Verwendung festgestellt werden (vgl. BGH a.a.O. - "Abschlußstück"; BGH GRUR 1999, 583 - "LORA DI RECUARDO").	21
Auf der Grundlage dieser Beurteilungskriterien besteht - bei Warenidentität der sich gegenüber stehenden Produkte - Verwechslungsgefahr im Rechtssinne.	22
a)	23
Infolge der jedenfalls derzeit bestandskräftigen Eintragung ist von einer von Hause aus schwachen Kennzeichnungskraft der Marken der Antragstellerinnen auszugehen. Diese hat durch die mehr als 30-jährige Produktpräsenz auf dem deutschen Markt, die aus den Verkehrsbefragungen der Jahre 1986 und 1994 hervorgehende grosse Bekanntheit sowie die von den Antragstellerinnen glaubhaft gemachten Umsatzzahlen und Werbeaufwendungen eine Steigerung erfahren. So verkaufte die Antragstellerin zu 2) in Deutschland im Jahr 2001 knapp 975.000 Elektrorasierer bei einem Umsatz von ca. 44.345.000 EUR. Die Werbeaufwendungen betrugen im Jahr 2000 8,8 Mill. EUR.	24
b)	25
Die Gestaltung der Scherköpfe der angegriffenen Rasierer weist augenfällig in hohem Maße Ähnlichkeit mit den Klagemarken auf. Die die Form prägenden Bestandteile des Scherkopfes werden praktisch identisch und in identischen Abmessungen übernommen, wie auch die Antragsgegnerin letztlich nicht in Abrede stellt. Sie hat für ihre Produkte die Grundform eines gleichschenkligen, auf der Spitze stehenden Dreiecks übernommen, in welches drei gleich grosse rotierende Scherköpfe, die farblich unterscheidbare Innenkreise haben, montiert sind. Übernommen bei einzelnen ihrer Produkte wird auch die herzförmig erscheinende Linie, tatsächlich eine plastische Gestaltung der Grundplatte, welche die Marken DE 39408350 sowie IR 587254 und 638 663 der Antragstellerinnen aufweisen.	26
c)	27
Ohne Erfolg wendet die Antragsgegnerin ein, dass die Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Zeichen in den die Form der Klagemarke prägenden Bestandteilen eine Verwechslungsgefahr nicht zu begründen vermöge, weil sie als rein technisch bedingte Elemente vom Schutzbereich der Marke nicht umfasst seien.	28
Bei der Beurteilung der Markenähnlichkeit in der konkreten Verwendungsform sind aufgrund der Hauptfunktion der Marke, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder	29

Dienstleistungen zu gewähren, nur Übereinstimmungen in den Merkmalen maßgebend, die jeweils herkunftshinweisende Bedeutung für den Verkehr haben (vgl. BGH a.a.O. - "Abschlußstück"; BGH a.a.O. - "MAG-LITE"). Unberücksichtigt müssen demgegenüber diejenigen Merkmale bleiben, die dem Schutz als Marke nicht zugänglich sind, sei es wegen eines absoluten Eintragungshindernisses i.S. des § 8 Abs. 2 MarkenG oder weil die Merkmale i.S. des § 3 Abs. 2 MarkenG ausschließlich die Form bestimmen, die durch die Art der Waren selbst bedingt ist, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich sind oder der Ware einen wesentlichen Wert verleihen (vgl. BGH a.a.O. - "Festspielhaus"; BGH a.a.O. - "MAG-LITE"). Grundsätzlich können deshalb Merkmale dreidimensionaler Marken, die rein technisch bedingt sind und deshalb am Markenschutz nicht teilhaben, eine Verwechslungsgefahr nicht begründen.

Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 18.06.2002 - Rs. C-299/99 - (GRUR 2002, 804), ergangen auf Vorlage des britischen Court of Appeal in dem dortigen Markenrechtsstreit zwischen der Antragstellerin zu 1) und der britischen Tochtergesellschaft der Antragsgegnerin wegen Verletzung einer der deutschen Marke 1034262 entsprechenden britischen Marke, die Vorlagefrage zu Ziffer 4 dahingehend beantwortet, dass Art. 3 Abs. 1 lit. e, 2. Spiegelstrich der Ersten Richtlinie des Rates zur Angleichung von Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken - 89/104/EWG - eine Eintragung als Marke ausschließt, "wenn die wesentlichen funktionellen Merkmale der Form einer Ware nur der technischen Wirkung zuzuschreiben sind, ... selbst wenn die fragliche technische Wirkung durch andere Formen erzielt werden kann" (vgl. EuGH a.a.O.) Diese Entscheidung des EuGH entfaltet Bindungswirkung für deutsche Gerichte und so auch das erkennende Gericht hingegen nur, was die Auslegung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 Markengesetz im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 lit. e, 2. Spiegelstrich der Ersten Richtlinie des Rates zur Angleichung von Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (89/104/EWG) angeht, dass es nämlich an der abstrakten Markenfähigkeit fehlt, wenn die wesentlichen funktionellen Merkmale der Form einer Ware nur der technischen Wirkung zuzuschreiben sind. Die tatsächliche Voraussetzung, ob eine ausschließlich technisch bedingte Form der Drei-Scherkopf-Rasierer der Antragstellerinnen ohne sonstige, dem Markenschutz unterfallende Merkmale überhaupt vorliegt, war dem EuGH von der vorlegenden britischen Tatsacheninstanz bereits vorgegeben worden (vgl. aus den Entscheidungsgründen des Court of Appeal zu D.(ii) a.E., GRUR Int. 2000, 439, 446). Die Antragstellerinnen stehen deshalb zutreffend auf dem Standpunkt, dass dem Senat, so es hierauf ankommen sollte, in eigener Zuständigkeit die Prüfung obliegt, ob eine rein technisch bedingte Form der Marke i.S. des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG vorliegt.

30

Die Antragstellerinnen legen unter Bezugnahme auf zahlreiche Gutachten und gutachterliche Stellungnahmen dar, dass der Scherkopf in seiner Gesamtheit wie auch die einzelnen, seine Form prägenden und von den Produkten der Antragsgegnerin nahezu identisch übernommenen Bestandteile über rein technisch bedingte Erfordernisse hinaus nicht-funktionelle, ästhetisch-designerische Elemente aufweisen, welche unmittelbar kennzeichnende Wirkung haben und ohne Auswirkungen auf Gründlichkeit und Geschwindigkeit der Rasur, Vermeidung von Hautirritationen, Hautgefühl, Benutzungskomfort und Herstellungskosten einer anderen, unterscheidbaren Formgebung zugänglich sind. Demgegenüber trägt die Antragsgegnerin ihrerseits unter Vorlage diverser gutachterlicher Äußerungen vor, dass die prägenden Bestandteile der Form, d.h. die Platte in der Form eines gleichschenkligen, auf der Spitze stehenden Dreiecks, auf welche drei gleich grosse rotierende Scherköpfe montiert sind, ausschließlich technisch bedingt sind.

31

Einer Entscheidung, ob die die Marken der Antragstellerinnen prägenden Bestandteile kennzeichnend und damit den Markenschutz begründend sind, oder ob es sich um dem

32

Schutzbereich der Marke nicht unterfallende technische Formen handelt, bedarf es hingegen im vorliegenden Fall nicht. Das Verletzungsgericht ist zwar gehalten, Einzelelemente einer Marke, welche ausschließlich technisch bedingt i.S. des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sind, mangels Schutzfähigkeit in die Beurteilung der Verwechslungsgefahr nicht einzubeziehen. Hingegen ist der Verletzungsrichter an die Eintragung einer Marke in dem Sinne gebunden, dass es ihm versagt ist, der Marke jeglichen Schutz abzusprechen (vgl. BGH a.a.O. - "Festspielhaus"). Sofern die Behauptung der Antragsgegnerin zutreffend ist, dass die Marken der Antragstellerinnen in allen ihren Bestandteilen von einer rein technischen Form geprägt werden, blieben zur Beurteilung der Verwechslungsgefahr keine sonstigen Elemente. Den Marken würde jegliche Schutzwirkung versagt. Dieses Ergebnis ist aber mit der dem deutschen Markenrecht zugrunde liegenden Trennung der Kompetenzen von Eintragungsinstanzen einerseits und Verletzungsgerichten andererseits und der aus der Eintragung folgenden Bindungswirkung nicht vereinbar. Allein den Patentbehörden obliegt die Entscheidung über Eintragung und Löschung einer Marke (vgl. BGH GRUR 1998, 412, 413 - "Analgin"), folglich auch die Entscheidung, ob eine Form als (dreidimensionale) Marke eintragungsfähig bzw. eine eingetragene Formmarke zu löschen ist. Solange eine Marke im Register eingetragen ist, sind die ordnendlichen Gerichte im Verletzungsstreit an die Eintragung gebunden, ohne ein eigenes Nachprüfungsrecht zu haben (vgl. BGH a. a. O., MAGLITE; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 8 Rn. 414 und § 8 Rn. 10; Bons in Ekey/Klippel, Markenrecht, § 22 Rn. 11; a. A. Rohnke GRUR 2001, 696). Ist eine Marke entgegen § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG eingetragen, obwohl ihre Form - wie möglicherweise im Streitfall - rein technisch bedingt ist, hat das Verletzungsgericht bis zur Löschung von der Markenfähigkeit auszugehen; bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr i.S. des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist die Marke so, wie sie eingetragen ist, zugrunde zu legen, und zwar auch dann, wenn zu dieser Beurteilung ausschließlich technisch bedingte Merkmale herangezogen werden, sollten. Der Einwand der Antragsgegnerin, von diesem Bindungsgrundsatz sei hier eine Ausnahme zu machen, weil durch die - vorgenannte - Entscheidung des EUGH bereits geklärt sei, dass die Marken der Antragstellerinnen löschungsreif seien, greift nicht durch, weil wie oben dargelegt, die Frage, ob die Marken der Antragstellerinnen tatsächlich eine rein technisch bedingte Form aufweisen, vom EUGH nicht beantwortet, sondern aufgrund der ihm unterbreiteten Vorlage als zu bejahend unterstellt hat.

4.	33
Die erstmals im Berufungsverfahren erhobene Einrede der fehlenden rechtserhaltenden Benutzung der Marken gemäß §§ 25, 26 MarkenG ist mangels von der Antragsgegnerin vorgetragener entgegenstehender Umstände i.S. des § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht zulässig, so dass es keiner Erörterung ihrer Begründetheit bedarf.	34
III.	35
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.	36
Das Urteil ist gemäß § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig.	37
<u>Streitwert</u> im Berufungsverfahren: 1 Million EUR	38