
Datum: 26.02.2003
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 201/02
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2003:0226.6U201.02.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 81 O 215/02

Tenor:

1.)

Die Berufung der Antragstellerin gegen das am 21.11.2002 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 81 O 215/02 - wird zurückgewiesen.

2.)

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Antragstellerin zu tragen.

B e g r ü n d u n g:

I

Die Antragstellerin ist Herstellerin des bekannten Weinbrandes "A. U.". Eine ihrer Rechtsvorgängerinnen hat in der Vergangenheit über Jahrzehnte Pralinen u.a. in Flaschenform hergestellt und vertrieben, die mit dem Weinbrand gefüllt waren. Im Jahre 1996 veräußerte sie ihren Geschäftsbereich Schokoladen an die Antragsgegnerin und schloss mit deren Muttergesellschaft, der R. GmbH & Co KG (im Folgenden: "Fa. R."), einen Markenlizenzvertrag.

Die Antragstellerin begehrt die Unterlassung des Vertriebs von Pralinen in Flaschenform, die nicht mit dem Weinbrand "A. U.", sondern mit Eierlikör der Marke "V." gefüllt sind. Das

1

2

3

4

Landgericht hat mit der angefochtenen Entscheidung eine zunächst antragsgemäß erlassene einstweilige Verfügung mit der Begründung aufgehoben, es fehle an der erforderlichen Dringlichkeit.

II

5

Die Berufung ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg. Der Antrag ist zwar - entgegen der Auffassung des Landgerichts - in zulässiger Weise gestellt worden, der geltendgemachte Verfügungsanspruch ist aber nicht begründet.

6

1. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig, insbesondere fehlt es ihm nicht an der Dringlichkeit. Der Senat lässt die Frage offen, ob die Dringlichkeit auch in Markensachen in analoger Anwendung des § 25 UWG vermutet wird (dagegen insbesondere Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 8. Auflage, Kap. 54 Rz 19 ff). Denn die Wahrung der vermeintlichen Unterlassungsansprüche ist von der Natur der Sache her eilig, weswegen ohne Eilentscheidung die angenommenen Rechte der Antragstellerin teilweise vereitelt würden (§§ 936, 917 ZPO), und die Antragstellerin hat ihre vermeintlichen Rechte auch zügig wahrgenommen.

7

Die Antragsgegnerin hat nicht glaubhaft gemacht, dass verantwortliche Mitarbeiter der Antragstellerin die verfahrensgegenständlichen Fläschchen anlässlich ihrer - unstreitigen - Ausstellung auf der internationalen Süßwarenmesse im Januar 2002 in Köln wahrgenommen hätten. Allein der Umstand, dass die Antragstellerin anlässlich der Messe im Januar des vorausgegangenen Jahres 2001 den Messestand der Antragsgegnerin besucht und dabei auch die Präsentation von Verpoorten-Erzeugnissen überprüft hat, belegt nicht, dass sie ein Jahr später ebenso verfahren ist und die verfahrensgegenständlichen Pralinen wahrgenommen hat. Dies kann auch nicht daraus geschlossen werden, dass die Antragstellerin - wie die Antragsgegnerin im einzelnen darlegt - sie "permanent beobachtet" und in eine Vielzahl rechtlicher Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit dem Lizenzvertrag aus dem Jahre 1996 verwickelt haben soll.

8

Auch unter Berücksichtigung des Besuchs des Messestandes durch die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin im Jahre 2002 ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung in nicht dringlichkeitsschädlicher Zeit gestellt worden. Die Antragsgegnerin hat selbst weder dargelegt noch glaubhaft gemacht, dass - was auch das Landgericht nicht angenommen hat - die Rechtsanwältin anlässlich ihres Besuchs die verfahrensgegenständlichen Pralinen positiv wahrgenommen habe. Die von dem Landgericht geteilte Auffassung der Antragsgegnerin, angesichts der bestehenden Vertragsbeziehungen bestehe eine Marktbeobachtungspflicht, die die Antragstellerin und die für sie tätige Anwältin verletzt hätten, trifft nicht zu. Im Ausgangspunkt ist davon auszugehen, dass eine Pflicht zur Beobachtung des Marktes zur Vermeidung des Dringlichkeitsverlustes von besonderen Fallkonstellationen abgesehen grundsätzlich nicht besteht (vgl. Köhler-Piper, UWG, 3. Aufl. § 25 Rz.15; HK-WettbR/ Ekey, § 25 UWG Rdnr. 26; Teplitzky, Kap. 54 Rz. 29). An diesem Grundsatz ist auch angesichts der Neufassung des Verjährungsrechtes festzuhalten. Danach beginnt die Verjährung zwar schon dann, wenn der Gläubiger grob fahrlässig den Verstoß nicht zur Kenntnis nimmt (§ 199 Abs.1 Ziff.2 BGB), das bedeutet aber nicht, dass aufgrund der - nicht speziell zum gewerblichen Rechtsschutz, sondern für das gesamte Zivilrecht eingeführten - Regelung eine generelle Marktbeobachtungspflicht begründet worden wäre. Auch in der vorliegend gegebenen Konstellation hat eine solche Pflicht nicht bestanden. Die Antragstellerin war zunächst mangels konkreter Anhaltspunkte nicht aufgrund des Markenlizenzvertrages verpflichtet, darauf zu achten, ob die Antragsgegnerin über ihre

9

vertraglichen Rechte nicht hinausging. Auch aufgrund des konkreten Wettbewerbsverhältnisses bestand kein Anlass, die ausgestellten Produkte der Antragsgegnerin auf der Messe in Augenschein zu nehmen. Irgendwelche Anhaltspunkte dafür, dass die Antragsgegnerin nunmehr mit Verpoorten Eierlikör gefüllte Pralinen in Fläschchenform anbieten würde, bestanden nicht. Danach war die für die Antragstellerin tätige Rechtsanwältin schon gar nicht gehalten, überhaupt den Stand der Antragsgegnerin und der Fa. R. aufzusuchen. Schon aus diesem Grunde kann ihr nicht der Vorwurf gemacht werden, sie habe nicht sorgfältig die dort ausliegenden "V.-Pralinen" zur Kenntnis genommen. Es kommt hinzu, dass die Anwältin glaubhaft gemacht hat, ihr Anliegen sei es im Interesse der Antragstellerin gewesen, zu überprüfen, ob sich auf dem "A.-Stand" der Antragsgegnerin "V.-Pralinen" befänden. Hierzu war sie nicht darauf angewiesen, auch den Stand der Fa. R. darauf zu untersuchen, ob sich etwa dort derartige Pralinen befänden.

Ist damit ein Dringlichkeitsverlust nicht deswegen eingetreten, weil die verfahrensgegenständlichen Pralinen in einem Seitenraum des Messestandes der Fa. R. auf der internationalen Süßwarenmesse des im Januar 2002 ausgestellt waren, so gilt das auch für die Folgezeit. Der Umstand, dass anschließend die Pralinen auf den Markt gebracht worden sind, belegt nicht, dass die Antragstellerin sie entgegen ihrer Darstellung schon früher als wenige Tage vor Einreichung der Antragschrift wahrgenommen hat. 10

1. Der mithin zulässige Antrag ist in der Sache nicht begründet, weil die Voraussetzungen eines Verfügungsanspruches nicht glaubhaft gemacht sind. 11

Die Antragstellerin kann ihre Ansprüche nicht aus einer Benutzungsmarke (§ 4 Ziffer 2 MarkenG) herleiten, weil sie nicht Inhaberin einer derartigen Marke ist. Im insoweit maßgeblichen Zeitpunkt des Verkaufes des Geschäftsbereichs Schokolade durch die Rechtsvorgängerin der Antragstellerin hat eine solche Benutzungsmarke schon gar nicht bestanden, darüber hinaus wäre eine solche mit dem verkauften Geschäftsbereich auch auf die Antragsgegnerin übergegangen. 12

Die Antragstellerin meint, durch den jahrzehntelangen Vertrieb von Pralinen in Flaschenform durch ihre Rechtsvorgängerin sei für diese Ausstattung Markenschutz entstanden. Schon hierfür sind die tatsächlichen Voraussetzungen nicht dargelegt und glaubhaft gemacht. Es kommt hinzu, dass eine etwaige Benutzungsmarke jedenfalls im Zeitpunkt des Verkaufs nicht mehr bestanden hätte. 13

Die Antragstellerin trägt zwar vor, das "A.-Fläschchen" befinde sich seit 80 Jahren im Markt, es fehlt aber an der Angabe von Umsatzzahlen. Der Umstand, dass eine Praline in Flaschenform seit Jahrzehnten verkauft wird, reicht zur Entstehung einer Benutzungsmarke indes nicht aus. Hierfür ist gem. § 4 Ziff.2 MarkenG erforderlich, dass das Zeichen, das allerdings auch in der Ausstattung der Ware liegen kann (§ 3 MarkenG), *"innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Marke Verkehrsgeltung erworben hat"*. Das setzt bei den beteiligten Verkehrskreisen eine gewisse - gesteigerte - Bekanntheit voraus. Wie hoch diese sein muss, hängt insbesondere von der Kennzeichnungskraft der Marke ab (vgl. Fezer, MarkenR, 3. Aufl. § 4 Rn. 123; Ekey in HK-MarkenR, § 4 Rz. 63, 67; Ingerl/Rohnke MarkenG § 4 Rn16). Die Kennzeichnungskraft einer Flaschenform für eine Praline ist indes nicht hoch, weil Pralinen, die in unterschiedlichsten in Betracht kommenden Formen angeboten werden, üblicherweise Alkohol enthalten und Alkohol üblicherweise in Flaschen vertrieben wird. Vor diesem Hintergrund reicht die bloße - auch langjährige - Existenz am Markt zur Begründung einer Benutzungsmarke nicht aus, weil nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Verkehr die Flaschenform der Praline als Hinweis auf die Herkunft aus einem bestimmten Betrieb 14

auffasst. Es fehlt damit schon für die Entstehung einer Benutzungsmarke an hinreichendem Vortrag.

Im übrigen kommt hinzu, dass nach der eigenen Darstellung der Antragstellerin auch nicht mehr von einem Fortbestand einer - unterstellten - Benutzungsmarke ausgegangen werden könnte. Die Benutzungsmarke verliert ihre Wirkung mit dem Ende der Verkehrsgeltung (Fezer, a. a. O., Rn. 214 f.; Ekey in HK-MarkenR, a.a.O., Rz. 80). Die Antragstellerin hat hierzu vorgetragen, es sei bekannt, dass *"der Umsatz der Asbach-Praline vor Übernahme der Produktion und Abschluss des Lizenzvertrages mit der Antragsgegnerin in den 90er Jahren dramatisch"* zurückgegangen sei. Wenn das aber so ist, dann kann für den Verkaufszeitpunkt nicht mehr von einer Verkehrsgeltung ausgegangen werden und markenrechtliche Ansprüche aus der angenommenen Benutzungsmarke scheiden deswegen aus, weil eine unterstellte Benutzungsmarke im Zeitpunkt des Verkaufs des Geschäftsbereichs Schokolade an die Antragsgegnerin nicht mehr existiert hat. 15

Unabhängig davon wäre eine etwaige Benutzungsmarke durch den Verkauf des Geschäftsbereichs Schokolade aber auch auf die Antragsgegnerin übergegangen. Hiervon ist nach der Regel des § 27 Abs.2 MarkenG im Zweifel auszugehen und die Auslegung der geschlossenen Verträge ergibt nicht, dass die Parteien etwas anderes vereinbart haben oder vereinbaren wollten. Durch den Kaufvertrag hat die Rechtsvorgängerin der Antragstellerin ihren betreffenden Geschäftsbereich vollständig, d.h. mit allen zur Produktion erforderlichen Maschinen, den Vorräten, den Rezepturen und dem gesamten know how an die Antragsgegnerin verkauft und übertragen. Zugleich hat sie sich in dem Markenlizenzvertrag (§ 1 Ziff.3) u.a. verpflichtet, selbst nicht mehr mit Weinbrand gefüllte Schokoladenwaren zu vertreiben. Vor diesem Hintergrund entspricht es dem Sinn und Zweck des Vertrages, dass eine etwaige - tatsächlich ohnehin nicht existierende - Benutzungsmarke ebenfalls mit auf die Antragsgegnerin übergegangen und nicht - als einziger Bestandteil dieses Geschäftsbereichs - bei der Antragstellerin verblieben ist, wie dies der Wertung des § 27 Abs.2 MarkenG entspricht. Es ist nicht Sinn des Vertrages, dass die Antragstellerin Inhaberin einer unterstellten Marke bleiben sollte, die ausschließlich für den insgesamt übertragenen Geschäftsbereich Schokolade und dort speziell für den Vertrieb der Pralinen in Flaschenform von Bedeutung war. Denn für ihren verbliebenen Geschäftsbetrieb benötigte die Antragstellerin eine solche Marke nicht und der Verbleib der Marke bei ihr hätte die Antragsgegnerin zudem dem unnötigen latenten Risiko der Geltendmachung angenommener markenrechtlicher Ansprüche ausgesetzt. Es kommt hinzu, dass eine solche Marke umgekehrt ausschließlich für die Antragsgegnerin von Interesse gewesen wäre. Vor dem Hintergrund dieser eindeutigen Interessenlage kann auch aus dem Wortlaut der Verträge kein anderer Vertragsinhalt hergeleitet werden. So heißt es zwar in § 1 Abs. 3 a des Kaufvertrages, von diesem ausgenommen seien u.a. Marken, soweit sie nicht in Anlage 4 aufgeführt seien. Der Umstand, dass in jener Anlage 4 die streitgegenständliche angebliche Benutzungsmarke nicht aufgeführt worden ist, belegt indes nicht, dass die Parteien von dem - tatsächlich nicht vorhandenen - Bestand einer solchen ausgegangen wären und sie bei der Antragstellerin hätten belassen wollen. Die Antragstellerin hat deswegen mit der Fa. R. vertragliche Regelungen über Markenlizenzen getroffen, weil sie ihre durch Benutzung oder Eintragung entstandenen Marken, soweit sie nicht ausschließlich den Bereich Schokolade betrafen, also z.B. die Wortmarke "A.", zum einen weiter selbst benutzen und zum anderen für den Bereich insbesondere der Schokoladenwaren zu Gunsten der Antragsgegnerin lizenzieren wollte. Diese Marken erfasst die erwähnte vertragliche Regelung. Demgegenüber gilt das nicht für eine Marke, die den bei ihr verbliebenen Geschäftsbereich der Antragstellerin nicht betrifft und deren Verbleib bei ihr die Antragsgegnerin nur stören könnte. Ein anderes gilt schließlich auch nicht deswegen, weil die Pralinen nicht die Form irgendeiner 16

Flasche, sondern speziell einer "A.-Flasche" hätten. Denn das ist jedenfalls nicht glaubhaft gemacht. Es ist nicht zu erkennen, inwieweit die Schokoladenfläschchen ohne Etikett den Verkehr gerade an die Flasche erinnern sollten, in der die Antragstellerin den Weinbrand "A. U." vertreibt.

Auch auf die erst im Berufungsverfahren eingeführten drei nunmehr eingetragenen Marken kann der Antrag nicht mit Erfolg gestützt werden. Was zunächst die als Anlage BB 9 vorgelegte Wortbildmarke 30248021 "A. U." angeht, so scheiden die allein in Betracht kommenden Ansprüche aus § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG ungeachtet weiterer Bedenken jedenfalls deswegen aus, weil eine Verwechslungsgefahr ersichtlich nicht besteht. Die Marke wird durch den Etikettaufdruck "A. U." maßgeblich zumindest mitgeprägt und unterscheidet sich darin so deutlich von den angegriffenen Fläschchen mit dem Aufdruck "V.", dass auch bei einer unterstellten hohen Bekanntheit der Marke "A. U." und unter Berücksichtigung der Branchennähe eine Verwechslungsgefahr ausscheidet. 17

Auf die beiden anderen, als Anlagen BB 8 und BB 10 vorgelegten Bildmarken 30246855 und 30248061 kann sich die Antragstellerin deswegen nicht berufen, weil deren Eintragung und Geltendmachung gegenüber der Antragsgegnerin rechtsmissbräuchlich ist (§ 242 BGB). Der Antragstellerin obliegt aus dem Kaufvertrag die ungeschriebene Nebenpflicht, nicht eine Marke anzumelden und gegen die Antragsgegnerin einzusetzen, die gerade die Produkte zum Gegenstand hat, die mit den verkauften Maschinen und Geräten hergestellt werden können. Nachdem die Rechtsvorgängerin der Antragstellerin ihren gesamten Geschäftsbetrieb Schokolade unter Einschluss aller Maschinen, Gerätschaften und Vorräte an die Antragsgegnerin veräußert und auf diese übertragen hat, ist es ihr verwehrt, durch die Anmeldung einer Marke und deren Geltendmachung den Vertrieb gerade solcher Produkte zu verhindern, die mit eben diesen Geräten hergestellt werden können. Es kommt hinzu, dass die Antragstellerin selbst die angemeldeten Marken für ihren eigenen Geschäftsbetrieb nicht verwenden kann, weil ihr der Vertrieb von mit Weinbrand gefüllten Pralinen durch den Lizenzvertrag untersagt ist. Dabei ist von dem Bestand des Lizenzvertrages auszugehen, weil die Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht hat, dass der inzwischen von ihr ausgesprochenen Kündigung Gründe zugrunde liegen, die die Beendigung des Vertrages durch einseitige Erklärung rechtfertigen. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Marken allein zu Prozesszwecken angemeldet worden sind. Aus diesen Gründen ist die Ausnutzung der formalen Rechtsstellung als Markeninhaberin rechtsmissbräuchlich und daher nicht geeignet, dem Antrag zum Erfolg zu verhelfen. 18

Die geltendgemachten Ansprüche lassen sich auch nicht aus einer etwaigen Verletzung einer Nebenpflicht der Antragsgegnerin aus dem Lizenzvertrag mit der Begründung herleiten, durch den Vertrieb von Pralinen in Flaschenform, die nicht entsprechend der Lizenzvereinbarungen mit "A.-Weinbrand, sondern mit "V.-Eierlikör gefüllt seien, schmälere die Antragsgegnerin die Lizenzansprüche der Antragstellerin. Hierauf könnte der Antrag von vornherein nicht gestützt werden, wenn die Antragstellerin - wie sie meint - den Lizenzvertrag wirksam gekündigt hat. Überdies ist auch nicht glaubhaft gemacht, dass tatsächlich, was aber Voraussetzung einer Reduzierung der Lizenzansprüche wäre, eine mit Eierlikör gefüllte Praline eine solche mit Weinbrand substituieren könnte, die Verbraucher also deswegen weniger mit A.-Weinbrand gefüllte Pralinen kaufen, weil es auch Pralinen auf dem Markt gibt, die ebenfalls in Flaschenform ausgestaltet, aber mit Eierlikör gefüllt sind. Das ist möglich, kann aber allein aus der Lebenserfahrung des Senats nicht unterstellt werden und ist nicht glaubhaft gemacht worden. 19

Schließlich besteht auch kein Verfügungsanspruch aus § 1 UWG, insbesondere liegen die Voraussetzungen für ein von der Antragstellerin angenommenes sittenwidriges Anlehnen an den guten Ruf der Kennzeichnung "A." nicht vor.

Nachdem der gesamte Geschäftsbereich Schokolade einschließlich der "A.-Fläschchen" auf die Antragsgegnerin übertragen worden ist, kommt ein etwaiger guter Ruf dieser Fläschchen nicht der Antragstellerin, sondern der Antragsgegnerin zu Gute. Dass demgegenüber durch den Vertrieb von Pralinen in Fläschchenform, die statt mit Weinbrand mit Eierlikör gefüllt sind, eine Anlehnung an den guten Ruf der Marken "A." und Marke "A. U." für Weinbrand erfolgte, ist nicht ersichtlich und insbesondere nicht glaubhaft gemacht. 21

Die beantragte Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung kam nicht in Betracht. 22

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs.1 ZPO. 23

Das Urteil ist gemäß § 542 Abs.2 ZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig. 24

Gegenstandswert für das Berufungsverfahren: 250.000 EUR. 25