

---

**Datum:** 11.07.2003  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 6.Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 6 U 35/03  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2003:0711.6U35.03.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Köln, 84 O 83/02

---

**Tenor:**

1.) Auf die Berufung der Antragstellerin wird das am 06.03.2003 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 84 O 83/02 - teilweise abgeändert.

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



2.) Die Kosten des Verfahrens erster Instanz insgesamt sowie die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Antragsgegnerin.

---

## Entscheidungsgründe

Die Berufung ist zulässig. Soweit die Antragstellerin den Unterlassungsantrag im Berufungsverfahren neu formuliert hat, handelt es sich lediglich um eine Klarstellung des an der konkreten Verletzungsform orientierten Petitums ohne inhaltliche Veränderung des erstinstanzlichen Antrags im übrigen.

Die Berufung ist auch begründet. Zu Unrecht hat das Landgericht auf den Widerspruch der Antragsgegnerin die im Beschlusswege erlassene Eilentscheidung aufgehoben, soweit sie die unverpackte Praline "T.E." der Antragsgegnerin zum Gegenstand hatte. Die zulässige einstweilige Verfügung ist daher durch die vorliegende Entscheidung auch insoweit zu bestätigen.

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 "S" 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.

Die Antragsgegnerin verwendet 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. Die Werbung ist vollständig in englischer Sprache gehalten und kann daher von weiten Teilen des deutschsprachigen Verkehrs

verstanden werden. Angesichts dessen 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 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. Für das Handeln im geschäftlichen Verkehr ist es deshalb ausreichend, 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. Aufgrund 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.

7

Ohne Erfolg trägt die Antragsgegnerin demgegenüber vor, die Praline sei nicht (annähernd) wie eine Kugel geformt, sondern weise die Form eines "geschlossenen Champignons" 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.

8

Die mithin zumindest in etwa kugelförmige Ausgestaltung der Praline der Antragsgegnerin 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 "S" der Antragstellerin der Fall. Die Antragstellerin vertreibt ebenfalls eine kugelförmige Praline mit einem Schokoladenüberzug, deren Oberfläche - bedingt 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 "S" Umsätze in Höhe von über 100 Mio. DM erzielt hat. Überdies geht aus dem vorgelegten Gutachten der GfK Marktforschung hervor, dass 74,4 % der befragten Personen, denen die unverpackte Praline "S" der Antragstellerin präsentiert worden ist, erklärt haben, derartige Pralinen stammten immer nur von einem bestimmten

9

Hersteller. Vor diesem Hintergrund wird auch die - zumindest annähernde - Kugelform der angegriffenen unverpackten Praline von den angesprochenen Verbrauchern als Herkunftshinweis verstanden.

Die Antragstellerin hat schließlich auch die Voraussetzungen der Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG glaubhaft gemacht. 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 maßgeblichen 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 einer kleinen Stelle abgeflacht 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. Die raspelige Oberflächenstruktur der Pralinen ist nahezu identisch. Nur dann, wenn die Produkte der Parteien unmittelbar nebeneinander betrachtet werden, fällt bei sehr genauem Hinsehen auf, dass die Nußstückchen, welche die körnige äußere Struktur bewirken, bei der Praline der Antragsgegnerin kleiner ausfallen, die Oberflächenstruktur also sehr geringfügig glatter ausfällt. Dieser marginale Unterschied ist hingegen nicht geeignet, in der Erinnerung des Verbrauchers haften zu bleiben, zumal er regelmäßig nicht beide Produkte gleichzeitig nebeneinander sehen wird. 12

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, jedenfalls durchschnittlicher Kennzeichnungskraft. 13

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin steht weder der Umstand, dass die Marke eine Abbildung des unverpackten Produktes darstellt, noch dass es sich bei der Kugelform um eine für Pralinen nicht ungewöhnliche Formgestaltung handelt, der Schutzfähigkeit der eingetragenen Marke entgegen. Aufgrund der erfolgten Eintragung ist aber im Markenverletzungsstreit jedenfalls von einer von Hause aus geringen Kennzeichnungskraft der Formmarke auszugehen. Diese Kennzeichnungskraft ist durch die bereits dargelegte, auf den hohen Umsatzzahlen der Antragstellerin beruhende und durch die demoskopische Umfrage glaubhaft gemachte Bekanntheit der Marke der Antragstellerin deutlich gesteigert. 14

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 bzw. den Produktnamen benennen können, ist von einer erhöhten Kennzeichnungskraft auszugehen. Angesichts dieser erhöhten Kennzeichnungskraft der Marke der Antragstellerin, der Warenidentität und der hohen Ähnlichkeit der Marke mit der von der Antragsgegnerin verwendeten Ausstattung ist die einstweilige Verfügung vom 14.02.2003 auch zu bestätigen, soweit sie das Anbieten, die Bewerbung und das Inverkehrbringen der angegriffenen Haselnuss-Praline "T.E." wegen bestehender markenrechtlicher Verwechslungsgefahr untersagt.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs.1 ZPO. 15

Das Urteil ist gemäß § 542 Abs.2 ZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig. 16

Gegenstandswert des Berufungsverfahrens: 660.000 Euro 17

Dr. Schwippert, von Hellfeld, Wagner 18