
Datum: 22.12.2004
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 143/04
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2004:1222.6U143.04.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 661/02

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 24. Juni 2004 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 31 O 661/02 – geändert.

1.

Die Klage wird abgewiesen.

2.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen.

3.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die gegen sie gerichtete Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des zu vollstreckenden Kostenbetrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Beiden Parteien wird gestattet, die Sicherheitsleistung auch durch schriftliche, unwiderrufliche, unbedingte und unbefristete Bürgschaft eines im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts zu erbringen.

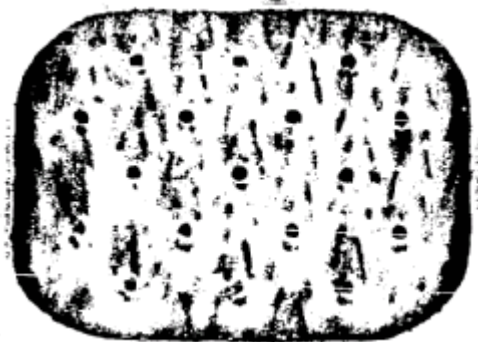
4.

Die Revision wird nicht zugelassen.

I.	1
Die Klägerin gehört zur A-Gruppe. Sie ist Herstellerin und Vertreiberin von Gebäck. Die B GmbH & Co. KG, in die eine deutsche Schwestergesellschaft der Klägerin eingebracht wurde, bietet im Bereich der Bundesrepublik Deutschland unter der Marke „C“ Salzcracker zum Kauf an. Die Klägerin wiederum ist Inhaberin der nachfolgend wiedergegebenen zweidimensionalen IR-Marke 523 170, die den in der Bundesrepublik Deutschland vertriebenen C-Cracker mit der Aufschrift „C“ zeigt. Die Buchstabenfolge „C“ wird durch Einstanzungen in dem Cracker sichtbar. Qua Schutzerstreckung genießt diese Marke auch in der Bundesrepublik Deutschland Schutz. Maßgebend für die Ende der 80-er Jahre des letzten Jahrhunderts erfolgte Schutzerstreckung war die auf dem Cracker befindliche Aufschrift „C“.	2
Bild/Grafik nur in Originalentscheidung ersichtlich.	3
Der C-Cracker selbst weist eine rechteckige Gestalt mit abgeschrägten Ecken auf. Auf der Crackeroberfläche befinden sich punktförmige Vertiefungen, die so angeordnet sind, dass sie zum einen das Wort „C“ und zum anderen vier parallel über und unter dem Wort „C“ angeordnete Punkte bilden. In dieser Formgestaltung wird der C-Cracker seit über 30 Jahren in Deutschland auf dem Markt angeboten, zunächst allerdings ohne die punktförmige Aufschrift „C“. Der Marktanteil dieses Crackers betrug im Jahre 2001 unter Berücksichtigung aller Absatzkanäle bis zu 68,6 %. In den Jahren 1999 bis 2001 belief sich der mit dem C-Cracker in der Bundesrepublik Deutschland erzielte Umsatz jährlich auf Beträge zwischen gut 18 und knapp 20 Millionen Euro.	4
Die Beklagte hat ihren Geschäftssitz in Istanbul/Türkei. Sie ist die Rechtsnachfolgerin der Firma D, die ihren Sitz in Ankara/Türkei hatte (im folgenden werden beide Firmen einheitlich als „Beklagte“ bezeichnet). Sie ist ebenfalls Herstellerin und Vertreiberin von Crackern. Seit Beginn des Jahres 2002 bietet sie in der Bundesrepublik Deutschland einen rechteckigen, salzigen Cracker mit den ungefähren Kantenmaßen 6,3 cm x 4,7 cm an. Die Ecken dieses Crackers sind abgerundet, auch dieser Cracker weist lochförmige Ausstanzungen in bestimmter Anordnung aus. Das Produkt der Beklagten wird in einer Verpackung angeboten, die den Schriftzug „E“ trägt. Wegen der Gestaltung des Produkts und der Verpackung, in der es angeboten wird, wird auf das als Anlage K 15 zur Klageschrift zur Akte gereichte Original Bezug genommen.	5
Die Klägerin hat die Beklagte mit ihrer auf die Vorschriften des Markengesetzes und des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb gestützten Klage auf Unterlassung, Auskunftserteilung und – dem Grunde nach – auf Schadenersatzfeststellung in Anspruch genommen. Sie hat die Auffassung vertreten, der Vertrieb des Cracker-Produkts „E“ in der Bundesrepublik Deutschland verletze ihre Markenrechte, außerdem sei der Vertrieb unter den Aspekten der vermeidbaren Herkunftstäuschung und auch der Rufausbeutung wettbewerbswidrig. In diesem und namentlich im Zusammenhang mit den geltend gemachten Markenrechten hat die Klägerin behauptet, die Crackerform des Salzgebäckes „C“ werde vom angesprochenen Verkehr im Sinne eines Herkunftshinweises auf sie – die Klägerin – verstanden.	6
Die Klägerin hat beantragt,	7
1.	8
	9

die Beklagte zu verurteilen, es unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro – ersatzweise Ordnungshaft – oder der Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen,

einen rechteckigen, salzigen Cracker mit den ungefähren Kantenmaßen 6,3 cm x 4.7 cm, wobei die Ecken abgerundet sind, wie nachstehend wiedergegeben, anzubieten, zu bewerben und/oder in den Verkehr zu bringen:



2.

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr die Schäden zu ersetzen, die durch Handlungen gemäß Ziffer 1. seit dem 01.02.2002 entstanden sind.

3.

die Beklagte zu verurteilen, ihr hinsichtlich der in Ziffer 1. genannten und seit dem 01.02.2002 getätigten Handlungen Auskunft zu erteilen durch Angabe der

- Menge der ausgelieferten Cracker gemäß Ziffer 1.,
- Namen und Anschriften gewerblicher Abnehmer,
- die mit den veräußerten Crackern erzielten Umsätze sowie
- Umfang der für diese Cracker betriebenen Werbung.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das Landgericht ist der vorstehenden Behauptung der Klägerin nachgegangen und hat über sie durch Einholung eines demoskopischen Sachverständigengutachtens Beweis erhoben. Alsdann hat es die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Zur Begründung seiner Entscheidung, auf die wegen der Einzelheiten verwiesen wird (Bl. 222 d.A.), hat es im Wesentlichen ausgeführt, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme müsse der Schutzbereich der IR-Marke der Klägerin auch auf die Formgestaltung des C-Crackers erstreckt werden, die angegriffene Form des von der Beklagten vertriebenen Crackers werde kennzeichenmäßig gebraucht, und es bestehe Verwechslungsgefahr im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Deshalb könne die Klägerin von der Beklagten gem. § 14 Abs. 5 MarkenG Unterlassung verlangen. Auch die geltend gemachten Annexansprüche in Form des Auskunfts- und Schadenersatzfeststellungsanspruchs seien begründet.

Gegen diese Beurteilung wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und beantragt,	23
die angefochtene Entscheidung zu ändern und die Klage abzuweisen.	24
Die Klägerin beantragt,	25
die Berufung zurückzuweisen.	26
Auch sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und verteidigt die angefochtene Entscheidung als richtig.	27
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen, die wie auch das im Februar 2004 zu den Akten gereichte Gutachten der Sachverständigen Dr. F sämtlich Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.	28
II.	29
Die zulässige Berufung hat auch in der Sache Erfolg. Sie führt zur Änderung der angefochtenen Entscheidung und Abweisung der Klage, weil der Klägerin die geltend gemachten Ansprüche aus dem Markengesetz nicht zustehen (1.) und auch die Vorschriften des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes das Unterlassungs-, Auskunfts- und Schadenersatzfeststellungsbegehren nicht tragen (2.).	30
1.	31
Zu Unrecht hat das Landgericht die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit Abs. 5 MarkenG angenommen. Nach dieser Vorschrift ist es Dritten untersagt, ohne Zustimmung des Inhabers der Marke im geschäftlichen Verkehr ein Zeichen zu benutzen, wenn wegen der Identität oder Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die Marke und das Zeichen erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, einschließlich der Gefahr, dass das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird.	32
a.	33
Danach scheitern markenrechtliche Ansprüche der Klägerin allerdings nicht schon daran, dass es an einer markenmäßigen Verwendung der angegriffenen Kennzeichnung im geschäftlichen Verkehr fehlen könnte. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. etwa BGH, Urteil vom 06.12.2001, GRUR 2002, 814 „Festspielhaus“) ist Grundvoraussetzung für die Annahme einer Markenverletzung im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG die Verwendung der angegriffenen Bezeichnung als Marke. Das bedeutet, dass § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal eine markenmäßige Benutzung, also einen kennzeichenmäßigen Gebrauch voraussetzt. Dieser versteht sich im Streitfall nicht von selbst, und zwar deshalb, weil der angesprochene Verkehr in Form des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers die Formgestaltung einer Ware regelmäßig nicht in gleicher Weise wie Wort- und Bildmarken als Herkunftshinweis auffasst, da es dabei zunächst um die funktionelle und ästhetische Ausgestaltung der Ware selbst geht. Auch eine besondere Gestaltung der Ware selbst wird danach eher diesem Umstand zugeschrieben werden als der Absicht, auf die Herkunft der Ware hinzuweisen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 05.12.2002, GRUR 2003, 332, 334 „Abschlussstück“ m.w.N.). Eine herkunftshinweisende Funktion im Sinne eines Hinweises auf	34

die Produktionsstätte hat die äußere Gestaltung einer Ware erst dann, wenn ihr aufgrund des Verkehrsverständnisses eine eigenständige Kennzeichnungsfunktion zuzubilligen ist (BGH, a.a.O. „Abschlussstück“). Im Streitfall steht allerdings aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme in Form der durchgeführten Verkehrsbefragung fest, dass bei beachtlichen Teilen des angesprochenen Verkehrs mit der Gestaltung einer Ware der von den Parteien vertriebenen Art die Vorstellung einhergeht, solche Ware stamme aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb.

b.

35

Nähere Ausführungen dazu, warum das so ist, sind nach Auffassung des Senats indes entbehrlich, weil die weiteren anspruchsbegründenden Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG im Streitfall nicht vorliegen. Die Beurteilung der von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG vorausgesetzten markenrechtlichen Verwechslungsgefahr ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Sie ist vom Standpunkt eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Adressaten der betreffenden Art von Waren namentlich unter Beachtung der Kennzeichnungskraft der Klagemarke, der Nähe der in Betracht zu ziehenden Waren, für welche die Zeichen in Gebrauch sind, sowie des Grades der Ähnlichkeit der zu vergleichenden Kennzeichnungen zu beurteilen. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht zu ziehenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der Ähnlichkeit der mit ihnen gekennzeichneten Waren sowie der Kennzeichnungskraft der älteren Marke, so dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken oder durch eine erhöhte Kennzeichnungskraft der Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs; aus jüngerer Zeit vgl. etwa BGH, Urteil vom 22.07.2004, GRUR 2004, 865, 866 „Mustang“; BGH, Urteil vom 06.05.2004, GRUR 2004, 783, 784 „NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRAFLEX“; BGH, GRUR 2004, 778/779 „URLAUB DIREKT“; BGH, Urteil vom 25.03.2004, GRUR 2004, 775, 776 „EURO 2000“; BGH, Urteil vom 25.03.2004, GRUR 2004, 598 „Kleiner Feigling“; BGH, Urteil vom 28.08.2003, GRUR 2003, 1040, 1042 „Kinder“, jeweils m.w.N.). Dabei ist auf die eingetragene Form der Marke abzustellen, weil das dem Inhaber einer Marke nach § 14 Abs. 1 MarkenG zustehende ausschließliche Recht aus dem Erwerb des Markenschutzes nach § 4 MarkenG und damit im Falle des § 4 Nr. 1 MarkenG aus der Marke in der eingetragenen Form folgt (vgl. statt aller: BGH, NJW 2000, 3716, 3718 „Subway/Subwear“). Bei der notwendigen (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 03.11.1999, GRUR 2000, 888, 889 „MAG-LITE“) Bestimmung des Gesamteindrucks der Klagemarke und deren Kennzeichnungskraft bedarf es zunächst der Prüfung, welche der Merkmale der Klagemarke nach der Auffassung des angesprochenen Verkehrs an der herkunftskennzeichnenden Wirkung der Marke teilhaben und welche Merkmale für die Bestimmung der Schutzwirkung unbeachtet bleiben müssen. Prüfungsmaßstab ist dabei allerdings entgegen der Auffassung der Beklagten nicht § 3 Abs. 2 MarkenG, wonach dem Schutz als Marke Merkmale nicht zugänglich sind, die ausschließlich die Form bestimmen, die durch die Art der Waren selbst bedingt ist, die zu Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist oder die der Ware einen wesentlichen Wert verleiht. Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, dass § 3 Abs. 2 MarkenG seinem Wortlaut nach lediglich Form- und damit dreidimensionale Marken betrifft, im Streitfall aber eine zweidimensionale Marke in Rede steht. Selbst wenn die Auffassung der Beklagten zuträfe, dass die im Streitfall einzig näher in Betracht kommende Vorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entsprechend anwendbar sein sollte, liegen ihre Voraussetzungen dennoch nicht vor, weil die Bildmarke der Klägerin eine markante rechteckige Form mit geschliffenen Ecken, Einkerbungen und Einstanzungen aufweist und sich dadurch offenbart, dass in dieser Hinsicht

36

Gestaltungsmöglichkeiten bestehen. Dem Schutz als Marke nicht zugänglich sind aber nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG nur solche Zeichen, die ausschließlich aus einer Form bestehen, die durch die Art der Ware selbst bedingt ist.

37

Hat demgemäß § 3 Abs. 2 MarkenG bei der Bestimmung der Frage, welche der Merkmale der Klagemarke nach der Auffassung des angesprochenen Verkehrs an der herkunftskennzeichnenden Wirkung der Marke teilhaben und welche Merkmale für die Bestimmung der Schutzwirkung unbeachtet bleiben müssen, außer Betracht zu bleiben, gilt das indessen nicht für § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Danach sind von der Eintragung Marken ausgeschlossen, denen für die Waren und Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft fehlt. Da bei Wort-, Wort-/Bild- oder Bildzeichen nicht schutzfähige, etwa beschreibende Bestandteile am Markenschutz nicht teilhaben (und deshalb für sich eine Verwechslungsgefahr nicht zu begründen vermögen), kommt es – das hat das Landgericht richtig gesehen – im Streitfall entscheidend darauf an, welche konkreten Merkmale der IR-Marke der Klägerin an der herkunftskennzeichnenden Wirkung der Marke teilhaben. In Zeichen, die sich in der bloßen Abbildung der Ware erschöpfen, wird der angesprochene Verkehr in der Regel keinen Herkunftshinweis, sondern nur einen Hinweis auf die Beschaffenheit der Ware sehen. Das entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und – soweit ersichtlich – der einhelligen Meinung im juristischen Schrifttum (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 20.11.2003, GRUR 2004, 507, 509 = WRP 2004, 749 ff. = MarkenR 2004, 250 ff. „Transformatorengehäuse“; BGH, Beschluss vom 26.10.2000, GRUR 2001, 239 f. = WRP 2001, 31 „Zahnpastastrang“; BGH, Beschluss vom 05.11.1998, GRUR 1999, 495 „Etiketten“; Fuchs-Wissemann in HK–MarkenR, § 8 Rdn. 24; Ingerl/Rohnke, MarkenG, 2. Auflage 2003, § 8 Rdn. 170 m.w.N. aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs). Soweit die zeichnerischen Elemente einer angemeldeten Marke lediglich die typischen Merkmale der in Rede stehenden Ware darstellen und keine über die technische Gestaltung der Ware hinausgehenden Elemente aufweisen, wird einem Zeichen im allgemeinen wegen seines bloß beschreibenden Inhalts die konkrete Eignung fehlen, mit ihm gekennzeichnete Waren von denjenigen anderer Herkunft zu unterscheiden. Das gilt auch bei der Anlegung des im Rahmen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG gebotenen großzügigen Prüfungsmaßstabs. Anders liegt der Fall nur dann, wenn sich die Bildmarke nicht in der Darstellung von Merkmalen erschöpft, die für die Art der Ware typisch oder zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich sind, sondern darüber hinausgehende charakteristische Merkmale aufweist, in denen der Verkehr einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft sieht (BGH, a.a.O., „Transformatorengehäuse“).

38

Für den Streitfall bedeutet das Folgendes: Die eingetragene, oben wiedergegebene, 1988 auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland erstreckte IR-Marke zeigt die Ware als ein Salzgebäck mit Einstanzungen, wie es dem Verkehr typischerweise im Markt begegnet. Soweit bei der Beurteilung des Schutzzumfangs nicht auf den Schriftzug „C“ abgestellt wird, besteht sie in einer reinen Warenform, mit der der Verkehr Herkunftsvorstellungen nach dem Vorgesagten grundsätzlich nicht verbindet. Ihr fehlt deshalb grundsätzlich jede Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, und auf dieser Grundlage könnte eine Marke nicht eingetragen werden, es sei denn, die Marke der Klägerin hätte das Eintragshindernis bereits zum Zeitpunkt der Markeneintragung wegen Verkehrsdurchsetzung im Sinne des § 8 Abs. 3 MarkenG überwunden. In den beteiligten Verkehrskreisen im Sinne des § 8 Abs. 3 MarkenG durchgesetzt hat sich ein Zeichen allerdings nur dann, wenn der Verkehr es als Herkunftshinweis auffasst. Ein erheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise muss das Produkt auf Grund der Marke, mit der es versehen ist, als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen (vgl. EuGH GRUR 1999, 723, 727 „Chiemsee“). Den Namen des Unternehmens braucht der Befragte nicht notwendig korrekt benennen zu

können; es mag ausreichen, wenn er etwa nur den Ort des Unternehmenssitzes kennt, eine Schwester- oder Tochtergesellschaft angibt oder auch weitere Produkte angeben kann, die aus demselben Hause stammen. Jedenfalls reicht die bloße Bekanntheit des Produktes und der Marke nicht aus. Entscheidend ist vielmehr der Zuordnungsgrad zu einem bestimmten Hersteller und Nennungen, die – sei es auch irrtümlich – auf ein Konkurrenzunternehmen verweisen, dürfen nicht zugerechnet werden. Der erforderliche Zuordnungsgrad wird im Regelfall 50% der beteiligten Verkehrskreise annähernd erreichen müssen (vgl. zum Vorstehenden BGH GRUR 2001, 1042 f. „Reich und Schön“; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 8 Rn 328; Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Auflage, § 8 Rdn. 476, 526).

Davon kann im Streitfall keine Rede sein. Nach dem Ergebnis der durchgeführten Verkehrsbefragung hat zwar ein relativ hoher Prozentsatz der Befragten, nämlich ein solcher über 50%, angegeben, der abgebildete und ihm vorgehaltene Cracker sei für ihn ein Hinweis auf ein ganz bestimmtes Herstell-Unternehmen, während der Anteil derjenigen Personen, die den Cracker dem richtigen Unternehmen per Namensnennung zugeordnet haben, verschwindend gering war und sich lediglich auf 1,1% belief. Selbst wenn man, was man nach Auffassung des Senats aber nicht darf, bei der Frage der richtigen Zuordnung diejenigen Antworten von Personen hinzurechnet, die nicht das Unternehmen, sondern die Marke „C“ genannt haben, was letztlich den Bekanntheitsgrad der Marke widerspiegeln mag, nicht aber den notwendigen Zuordnungsgrad betrifft, ist der dann gegebene Zuordnungsgrad von maximal 37% bei weitem nicht ausreichend, um davon auszugehen, für den angesprochenen Verkehr habe sich die konkrete Crackerform als Herkunftshinweis auf die Klägerin mit der Folge durchgesetzt, dass sie nunmehr gegenüber allen Verwendern ähnlicher Formen mit Erfolg Unterlassungsansprüche durchzusetzen in der Lage wäre. Erst recht spricht nichts dafür, dass ein solcher Zuordnungsgrad bereits zum maßgeblichen Zeitpunkt der Eintragung bzw. hier der Erstreckung der Marke auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland und damit vor mehr als 15 Jahren erreicht gewesen sein könnte.

39

c.

40

Stellt man demgegenüber für die Frage der Schutzfähigkeit der Klagemarke entscheidend darauf ab, dass sie den Schriftzug „C“ trägt, wobei lediglich die Besonderheit besteht, dass dieses Buchstabenkürzel durch Ausstanzungen auf der Ware selbst sichtbar wird, scheiterte das Klagebegehren ungeachtet der Frage einer etwa gestärkten Kennzeichnungskraft dieser Marke ganz sicher daran, dass die notwendige Zeichenähnlichkeit nicht bejaht werden könnte. Es entspricht nämlich der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. aus jüngerer Zeit nur BGH, GRUR 2003, 332, 335 „Abschlussstück“), dass bei der Beurteilung der Markenähnlichkeit auf den jeweiligen Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Zeichen abzustellen ist und dass dabei die Ähnlichkeit einer Marke mit einem angegriffenen Zeichen nur in Bezug auf die konkrete Form, in der dieses verwendet wird, festgestellt werden kann. Maßgebend dabei sind im Hinblick auf die Hauptfunktion der Marke, die Ursprungsidentität der mit ihr gekennzeichneten Ware zu gewährleisten, nur Übereinstimmungen in denjenigen Merkmalen, die jeweils herkunftshinweisende Bedeutung haben. Die dann gegebenenfalls erst zur Eintragungsfähigkeit der Klagemarke führende Buchstabenbezeichnung „C“ hat aber bei dem in Rede stehenden Cracker der Beklagten keinerlei Entsprechung gefunden, es fehlt damit an einer Übereinstimmung in denjenigen Merkmalen, die gegebenenfalls herkunftshinweisende Bedeutung hätten, und damit schon an der notwendigen Markenähnlichkeit im Rechtssinne.

41

d.

42

43

Selbst wenn aber mit der Klägerin davon ausgegangen werden müsste, dass nicht nur das Buchstabenkürzel „C“ die Klagemarke prägt, sondern dass ihre konkrete achteckige Ausgestaltung und die vorgenommenen Einstanzungen nicht völlig außer acht gelassen werden dürften, stünde ihr der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht zu. Denn dann würde man vielleicht die notwendige Markenähnlichkeit deshalb noch bejahen können, weil auch der Cracker der Beklagten im weitesten Sinne achteckig ist und Ausstanzungen enthält. In Anbetracht der Tatsache, dass der Klagemarke dann allenfalls normale Kennzeichnungskraft zukäme, und die Markenähnlichkeit als verschwindend gering einzustufen wäre, würde es für diesen Fall jedenfalls an der für den Tatbestand des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG notwendigen Verwechslungsgefahr fehlen. Denn bei dem Cracker der Beklagten fehlt die Bezeichnung „C“ völlig, die konkrete Form des Crackers und auch die Stanzenbildung weisen gegenüber der Marke der Klägerin deutliche Unterschiede auf. Soweit das Landgericht in seiner Entscheidung demgegenüber auch darauf abgestellt hat, dass die Cracker in etwa dieselbe Größe aufweisen, ist dies bei der Prüfung eines markenrechtlichen Unterlassungsanspruchs auf § 14 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit Abs. 5 MarkenG nicht zulässig, weil Bezugspunkt nicht die Ware selbst, sondern die Klagemarke ist, die aber die tatsächliche Größe des Crackers nicht richtig wiedergibt.

2.

44

Einen ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, sei es unter dem Gesichtspunkt der vermeidbaren Herkunftstäuschung, der Rufausbeutung oder einem anderen Unlauterkeitstatbestand, kann die Klägerin ungeachtet der sich stellenden Frage nach ihrer Aktivlegitimation (sie ist zwar Inhaberin der Klagemarke, nicht aber Herstellerin und Vertreiberin des C-Crackers in der Bundesrepublik Deutschland) nicht für sich in Anspruch nehmen. Insbesondere der von der Klägerin vorrangig ins Feld geführte Tatbestand der vermeidbaren Herkunftstäuschung greift im Streitfall nicht. Nach den zu § 1 UWG a.F. entwickelten Grundsätzen, die nunmehr in §§ 3, 4 Nr. 9 UWG verankert sind, können Ansprüche aus dem ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz gegen die Verwertung eines fremden Leistungsergebnisses begründet sein, wenn bei dem Vertrieb von Nachahmungen eines Erzeugnisses die Gefahr einer Herkunftstäuschung besteht und der Nachahmer zumutbare und geeignete Maßnahmen zur Vermeidung der Herkunftstäuschung unterlassen hat (ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs; vgl. zuletzt etwa BGH, Urteil vom 28.11.2004, I ZR 326/01 „Puppenausstattungen“, derzeit – soweit ersichtlich – noch nicht veröffentlicht; BGH, Urteil vom 15.07.2004, GRUR 2004, 941, 943 = WRP 2004, 1498 „Metallbett“ m.w.N.). Dieser ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz gegen eine vermeidbare Herkunftstäuschung hat nicht nur zur Voraussetzung, dass das nachgeahmte Erzeugnis wettbewerbsliche Eigenart besitzt, sondern in aller Regel auch, dass es bei den maßgeblichen Verkehrskreisen eine gewisse Bekanntheit erlangt hat. Es genügt jedenfalls, dass das wettbewerbslich eigenartige Erzeugnis bei nicht unerheblichen Teilen der angesprochenen Verkehrskreise eine solche Bekanntheit erreicht hat, dass sich in relevantem Umfang die Gefahr der Herkunftstäuschung ergeben kann, wenn Nachahmungen vertrieben werden. Die erforderliche wettbewerbsliche Eigenart ist gegeben, wenn die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des Erzeugnisses geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen. Zwischen dem Grad der wettbewerbslichen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie der besonderen wettbewerbslichen Umstände besteht eine Wechselwirkung. Je größer die wettbewerbsliche Eigenart und je höher der Grad der Übernahme ist, desto geringer sind die Anforderungen an die besonderen Umstände, die die Wettbewerbswidrigkeit begründen (vgl. dazu: BGH, a.a.O. „Puppenausstattungen“ und „Metallbett“ m.w.N.).

45

Im Streitfall scheitern solche auf den ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz gestützten Unterlassungs- und auch Folgeansprüche der Klägerin schon daran, dass die Klägerin den Vertrieb des „nackten“ Crackers der Beklagten untersagt wissen möchte, die Produkte der Parteien dem angesprochenen Verkehr aber in einer bestimmten Ausstattung begegnen, die sich auf den ersten Blick derart stark voneinander unterscheiden, auch durch die Hinzufügung des Produktnamens „E“ auf der Umverpackung des Produkts der Beklagten, dass die Gefahr einer Herkunftstäuschung nicht nur wenig nahe liegt, sondern evident nicht in Betracht kommt. Warum das Verhalten der Beklagten den Tatbestand der Rufausbeutung ausfüllen soll, hat die Klägerin nicht dargelegt. Dem Senat erhellt sich dies nicht.

3. 47

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 108 ZPO. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO liegen nicht vor. Der Rechtssache kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordern Belange der Rechtsfortbildung oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch den Bundesgerichtshof. Die Normen und Rechtsgrundsätze, die im vorliegenden Fall zur Debatte stehen, haben durch die vorzitierte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und auch des Europäischen Gerichtshofs eine Auslegung erfahren, die der Senat seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat. Im Streitfall geht es um einen insbesondere auch tatrichterlich zu beurteilenden Lebenssachverhalt, der sich zwischen den Parteien ereignet hat, und für diese, nicht aber generell Bedeutung hat.