
Datum: 10.12.2004
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 83/04
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2004:1210.6U83.04.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 84 O 46/03

Tenor:

I.) Auf die Berufung der Klägerin wird das am 18.3.2004 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 84 O 64/03 - teilweise abgeändert und im Hauptausspruch insgesamt wie folgt neu gefasst:

1.) Die Beklagte wird verurteilt,

a) es zu unterlassen, Haselnuss-Pralinen "ÜL-KER KING TOP" wie nachstehend wiedergegeben anzubieten und/oder zu bewerben und/oder in Verkehr zu bringen:

(Bild/Grafik nur in Originalentscheidung vorhanden)

b) der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen,

aa) welche Stück- und Betragsumsätze sie seit Januar 2003 mit dem von Ziffer 1 a) erfassten Produkt in Deutschland getätigt

und

bb) welche Werbemaßnahmen einschließlich ihrer Auftritte im Internet sie seit Januar 2003 in Deutschland für dieses Produkt getätigt hat.

2.) Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, den diese seit Januar 2003 durch die in Ziffer 1 a) aufgeführten Verletzungshandlungen erlitten hat.

3.) Der Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen das vorstehend unter 1 a) tenorierte Verbot ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten angedroht.

4.) Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

II.) Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

III.) Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen haben die Klägerin zu 2/5 und die Beklagte zu 3/5 zu tragen.

IV.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann jedoch die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in nachbenannter Höhe abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit jeweils in derselben Höhe leistet. Es ist Sicherheit in folgender Höhe zu leisten bzw. sind folgende Beträge zu hinterlegen:

Bei Vollstreckung des Anspruches auf

- a) Unterlassung 1.000.000,00 € ;
- b) Auskunft 100.000,00 € ;
- c) Kostenerstattung 120 % der zu vollstreckenden Summe.

V.) Die Revision wird zugelassen.

I	2
Wegen des Sachverhaltes wird gem. § 540 Abs.1 S.1 Ziff.1 ZPO auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. Mit Ihrer Berufung verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Klagebegehren weiter. Sie beantragt zum einen, sinngemäß entsprechend dem vorstehenden Tenor, allerdings ohne Befristung der Annexansprüche, zu entscheiden, und stellt zum anderen dieselben Anträge für die Haselnusspralinen in der nachfolgend wiedergegebenen Verpackung:	3
(Bild/Grafik nur in Originalentscheidung vorhanden)	4
Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Berufung.	5
Während des Berufungsverfahrens hat das Deutsche Patent- und Markenamt durch den als Anlage BB 9 (Bl. 286 ff) von der Klägerin vorgelegten Beschluss vom 2.6. 2004 im Verfahren S 203/03 Lösch 397 35 468.1/30 den Löschungsantrag der Beklagten gegen die Klagemarke 397 35 468 zurückgewiesen. Gegen die Entscheidung hat die Beklagte Beschwerde eingelegt, die sie mit dem aus der Anlage B 3 zur Berufungserwiderung (Bl. 328 ff) ersichtlichen Schriftsatz begründet hat. Über das Rechtsmittel ist noch nicht entschieden worden.	6
II	7
Die Berufung ist zulässig und hat auch in der Sache teilweise Erfolg. Der Klageantrag ist, soweit er die unverpackte Praline zum Gegenstand hat, weitgehend begründet, im übrigen ist die Berufung demgegenüber zurückzuweisen.	8
1.) Der Senat hat in dem Verfahren 6 U 15/03 der Beklagten durch einstweilige Verfügung das Anbieten, Bewerben und/oder in Verkehr bringen der hier streitgegenständlichen unverpackten Praline untersagt. Zur Begründung hat der Senat u.a. ausgeführt:	9
<i>"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 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</i>	10

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. 11

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. 12

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 "Rocher" 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 "Rocher" 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 befragten Personen, denen die unverpackte Praline "Rocher" 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. 13

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 "Rocher" seit jener Befragung maßgeblich gesunken sein könnte, bestehen ebenfalls nicht.

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. 15

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. 16

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, 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 17

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 "ÜLKER KING TOP" antragsgemäß wegen bestehender markenrechtlicher Verwechslungsgefahr zu untersagen, wobei für die beantragte Schreibweise des Wortes "ÜLKER" in Fettdruck eine Begehungsgefahr nicht ersichtlich ist."

An dieser Auffassung hält der Senat auch angesichts der Einwände der Beklagten im wesentlichen fest.

18

Das gilt zunächst hinsichtlich der Meinung der Beklagten, die Haselnusspraline werde in unverpacktem Zustand nicht im geschäftlichen Verkehr vertrieben. Bewerbung und Verkauf durch die Beklagte haben eine Praline zum Gegenstand, die so aussieht, wie sie im obigen Tenor bildlich wiedergegeben ist. Die im geschäftlichen Verkehr erfolgenden Absatzhandlungen sind damit darauf gerichtet, die streitgegenständliche Praline zu vertreiben. Der Umstand, dass die Praline verpackt angeboten und daher ihre unverpackte Erscheinungsform – von dem erwähnten Internet-Auftritt abgesehen - bei der Bewerbung und dem Verkauf für den Interessenten nicht sichtbar ist, ändert nichts daran, dass der Vertrieb im geschäftlichen Verkehr und nicht etwa privat erfolgt. Es kommt hinzu, dass der Verbraucher, der die Praline nicht zum ersten Mal erwirbt, die äußere Form und das Erscheinungsbild der Praline von dem früheren Verzehr her kennt. Die in dem Rechtsgutachten von Herrn Prof. Dr. L. dazu geäußerte Auffassung, dem Kunden stehe gerade nicht die Erinnerung an das Aussehen der unverpackten Praline vor Augen, wenn ihm eine solche in verpackter Form angeboten werde, überzeugt den Senat ebenso wenig wie die Meinung der Beklagten, eine bloße Erinnerung an die Form der unverpackten Praline erfülle den objektiven Tatbestand des Handelns im geschäftlichen Verkehr nicht. Dem Interessenten geht es um den Erwerb der Praline selbst und nicht der vor dem Verzehr zu entfernenden Verpackung. Er wird daher bei der Präsentation des verpackten Produktes dieses auch in unverpackter Gestalt vor Augen haben, wenn er sie kennt, weil er solche Pralinen bereits früher verzehrt hat. Der Kunde erwirbt damit bewusst eine Praline, die das angegriffene Erscheinungsbild hat. Ob davon auch die Fälle erfasst sind, in denen der Interessent die angegriffene Praline nicht in Deutschland, sondern im Ausland, etwa in der Türkei verzehrt hat, braucht nicht entschieden zu werden, weil jedenfalls genügend Kunden die angegriffenen Pralinen bereits in Deutschland verzehrt haben. Im übrigen muss – wie der Senat bereits in seiner Vorentscheidung ausgeführt hat – der Vertrieb der verpackten Praline auch deswegen ausreichen, weil auch die im privaten Umfeld, nämlich bei dem Verzehr der Praline erlangte Bekanntheit der unverpackten klägerischen Praline zur Bejahung der Verkehrsgeltung im Sinne des § 4 Ziff.2 MarkenG ausreicht. Durch die Bewerbung bzw. den Vertrieb der verpackten Praline wird daher auch das unverpackte Produkt im geschäftlichen Verkehr beworben bzw. vertrieben.

19

Ohne Erfolg stellt die Beklagte auch die markenmäßige Benutzung der angegriffenen Pralinengestaltung in Abrede. Diese ist aus den oben wiedergegebenen Gründen, die der Senat zur Begründung des Erlasses der einstweiligen Verfügung angeführt hat und auf die verwiesen wird, gegeben. Der Senat ist auch angesichts des noch nicht abgeschlossenen Löschungsverfahrens weiter an die Eintragung der Marke gebunden. Es steht damit für das Verletzungsverfahren bindend fest, dass die besondere äußere Form der unverpackten klägerischen Praline Herkunftsfunktion aufweist. Der Senat ist daher entgegen der

20

Auffassung der Beklagten auch daran gebunden, dass die kugelige Form mit raspeliger Oberfläche nicht rein technisch bedingt ist, weil auch die Voraussetzungen für die Erlangung der Markenqualität an der Bindungswirkung teilnehmen.

Es besteht auch Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG. Der Senat verweist hierzu wiederum zunächst auf seine oben dargestellten Ausführungen im Verfügungsverfahren. Diese modifizierend ist ergänzend auszuführen: 21

Seine in dem Verfügungsverfahren geäußerte Auffassung, diese Kennzeichnungskraft sei aufgrund der durch das vorgelegte demoskopische Gutachten belegten Bekanntheit gesteigert, hält der Senat nicht mehr aufrecht: Im Ausgangspunkt ist bei Marken, die aufgrund von Verkehrsdurchsetzung gem. § 8 Abs.3 MarkenG eingetragen worden sind, eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft zugrunde zu legen (BGH GRUR 2003, 1040, 1043 – "Kinder"). Nach der Rechtsprechung des BGH (a.a.O.) setzt die Steigerung der Kennzeichnungskraft einer verkehrsdurchgesetzten Marke durch Bekanntheit voraus, dass der Verkehr in ausreichendem Maße die Marke nicht nur kennt, sondern auch unmittelbar oder zumindest mittelbar dem richtigen Inhaber namentlich zuordnet. Das kann nicht festgestellt werden. Der in der Untersuchung der GFR aus Jahr 1997 insoweit ermittelte Nettowert von 74,3 % der beteiligten Verkehrskreise enthält nämlich auch diejenigen Befragten, die nicht den Hersteller, sondern allein den Produktnamen bezeichnet haben (vgl. GA 263). 23,5 % haben den richtigen Hersteller nennen können ("Ferrero"), während 51,1 % die Antwort "Rocher" oder "Ferrero Rocher" gegeben haben, ohne dass die Zahlen insoweit weiter aufgeschlüsselt worden wären. Die Befragten, die nur "Rocher" geantwortet haben, können indessen bei der Ermittlung des Zuordnungsgrades nicht berücksichtigt werden, weil sie nicht den Hersteller der Praline, sondern nur deren Namen bezeichnet haben. Die danach noch abgesicherten Zahlen reichen für eine Erhöhung der Kennzeichnungskraft nicht aus. Etwas anderes folgt auch nicht aus den von der Klägerin angeführten Werbeaufwendungen, weil sich aus ihrem Vortrag nicht ergibt, dass überhaupt und gegf. in welchem Umfang Werbemaßnahmen gerade für die kugelige Praline in unverpackter Form betrieben worden wären. Es kann aber auch nicht umgekehrt mit der Beklagten eine nur schwache Kennzeichnungskraft deswegen angenommen werden, weil die Befragten tatsächlich in der Kugelform keinen Herkunftshinweis gesehen und die Praline – mangels vergleichbarer Konkurrenzprodukte anderer Anbieter - nur aufgrund ihrer technisch funktionellen Merkmale einem einzigen Hersteller zugeordnet hätten. Dieser Annahme steht nicht nur die schon angesprochene Bindungswirkung der Markeneintragung, sondern vor allem auch entgegen, dass 83,8 % der beteiligten Verkehrskreise der Auffassung waren, die Praline komme immer nur von einer ganz bestimmten Firma, und mindestens 23,5 % bei nur geringen Falschzuweisungen die Praline richtig der namentlich benannten Klägerin zugeordnet haben. Der Entscheidung ist deswegen eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft der Klagemarke zugrunde zu legen. 22

Es liegt Warenidentität vor und aus den in der vorangegangenen Entscheidung dargelegten Gründen ist auch unter Berücksichtigung der von dem Landgericht angeführten Gesichtspunkte mindestens von einer normalen Zeichenähnlichkeit auszugehen. Die angegriffene Praline hat im wesentlichen wie die Klagemarke ebenfalls eine Kugelform mit raspeliger Oberfläche. Sie unterscheidet sich von derjenigen der Klägerin allerdings durch eine bei der klägerischen Formmarke nicht vorhandene gewisse Abflachung, die wie ein Fuß wirkt und – wie die Kammer hervorgehoben hat – beim Auspacken als erster Teil der Praline sichtbar wird. Diese Ausgestaltung ändert aber an der durchschnittlichen Ähnlichkeit nichts: Ein Teil der Verbraucher wird den Unterschied nicht bewusst wahrnehmen, weil die Abflachung sich eher wie eine ungewollte geringfügige Abweichung von der Kugelform als 23

wie eine gewollte Formgebung darstellt. Dass die klägerische Praline keine derartige Abflachung aufweist, fällt im übrigen nur dem Verbraucher auf, der sie von allen Seiten betrachtet, wozu auch beim Auspacken kein Anlass besteht. Zudem bleibt auch für denjenigen, der die Abflachung an der angegriffenen Praline erkennt, der Eindruck einer – wenn auch eben abgeflachten - Kugel bestehen.

Angesichts der bereits in der vorangegangenen Entscheidung dargelegten Wechselwirkung der maßgeblichen Komponenten ist bei mittlerer Kennzeichnungskraft der Klagemarke, demgegenüber aber bestehender Warenidentität und normaler Zeichenähnlichkeit Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG zu bejahen. 24

Ist damit der Unterlassungsanspruch begründet, so besteht gem. § 242 BGB auch der Auskunftsanspruch und ist gem. § 14 Abs.5 MarkenG i.V.m. § 256 ZPO antragsgemäß die Pflicht der Beklagten festzustellen, dass die Beklagte der Klägerin den ihr aus der Markenverletzung resultierenden Schaden zu ersetzen hat. Die Beklagte hat schuldhaft gehandelt und spezielle Einwände gegen die deswegen begründeten Annexansprüche nicht erhoben. Allerdings sind diese zeitlich auf den Zeitpunkt zu beschränken, für den die Klägerin eine Verletzungshandlung erstmals schlüssig vorgetragen hat (vgl. BGH GRUR 88,307 f – "Gaby"; 92,523,525 – "Indorektal/Indohexal"; vgl. auch BGH GRUR 2003, 892 f. "Alt Luxemburg"). Die Klägerin hat im vorangegangenen Verfügungsverfahren diesbezüglich die Süßwarenmesse des Jahres 2003 benannt, weswegen die Ansprüche auf den Januar des Jahres 2003 zu beschränken sind. Die Beklagte hat im Vorprozess zwar – mit Blick auf die dort notwendige Dringlichkeit – vorgetragen, die Klägerin müsse spätestens seit April 2001 positive Kenntnis von ihrem Produkt gehabt haben, aus diesem von der Klägerin nicht aufgegriffenen Vortrag ergibt sich aber nicht, dass diese schon vor der Süßwarenmesse des Jahres 2003 Kenntnis von der Form der unverpackten Praline hatte. 25

2.) Ist damit die gegen die unverpackte Praline gerichtete Klage im wesentlichen begründet, so ist die Berufung in vollem Umfang zurückzuweisen, soweit sie die oben auf S. 4 dieses Urteils bildlich wiedergegebene Pralinenpackung zum Gegenstand hat. 26

Es bestehen insoweit schon erhebliche Zweifel an der Zulässigkeit der Berufung, weil sich deren Begründung nicht entnehmen lässt, aufgrund welcher Rechtsposition und aus welcher Rechtsnorm die Klägerin meint, die geltendgemachten Ansprüche herleiten zu können (§ 520 Abs.3 Ziff.2 ZPO). Das kann indes auf sich beruhen, weil die von der Klägerin auf Nachfrage des Senats in der mündlichen Verhandlung näher konkretisierten Ansprüche aus §§ 3, 4 Nr. 9 a), 8 Abs.1 und 3 UWG sämtlich nicht bestehen. 27

Der Vorwurf vermeidbarer Herkunftstäuschung ist bei angenommener wettbewerblicher Eigenart der verpackten und der unverpackten Praline der Klägerin unbegründet, weil durch die Aufschrift "Ulker King Top", die sowohl auf der Verpackung der einzelnen Pralinen als auch auf der durchsichtigen Schachtel deutlich sichtbar angebracht ist, deutlich wird, dass die angebotenen Pralinen nicht von der Klägerin stammen. Es kommt hinzu, dass die auch in der durchsichtigen Schachtel klar erkennbaren einzelnen Pralinen der Beklagten durch die Zweifarbigkeit, die vorherrschende Verwendung der roten Farbe und den Markenaufdruck keinerlei Ähnlichkeit mit der verpackten Praline der Klägerin aufweisen. Damit scheiden betriebliche Herkunftstäuschungen nicht nur im Hinblick auf die im Schriftsatz der Klägerin vom 12.11.2004 unter a) aufgeführte durchsichtige Schachtel selbst, sondern auch hinsichtlich des in jenem Schriftsatz unter b) angeführten auf dieser Schachtel angebrachten Etiketts aus. Denn auch sofern der Verbraucher darin Ähnlichkeiten zu dem Aufbau der Praline "Rocher" der Klägerin erkennen sollte, wird er doch durch die vorstehend angeführten Elemente der zugleich wahrgenommenen Einzel- und Gesamtverpackung der Pralinen vor 28

Fehlvorstellungen über deren betriebliche Herkunft bewahrt. Dasselbe gilt hinsichtlich der a.a.O. unter c) angesprochenen unverpackten Praline, deren vollständige Form zudem wegen des seitlichen Aufschnittes auch zu wenig erkennbar ist, als dass der Verbraucher sie mit der ihm bekannten unverpackten Praline der Klägerin in Verbindung bringen könnte. Angesichts der erheblichen Abweichungen der Verpackung und des Umstandes, dass die Pralinen in der angegriffenen Verpackung nicht in ihrer kugeligen Form mit raspeliger Oberfläche erkennbar sind, bestehen auch keine Anhaltspunkte für die Annahme, der durchschnittlich aufmerksame und informierte Kunde könnte im Sinne einer mittelbaren Verwechslungsgefahr annehmen, es handle sich trotz der Abweichungen um ein Zweitprodukt der Klägerin etwa für den türkischen Markt in Deutschland. Soweit die Klägerin schließlich unter d) auf den ab Bl.150 dokumentierten Internet-Auftritt der Beklagten abstellt, ist nicht ersichtlich, inwiefern die dortige Darstellung der Entstehung einer der von der Beklagten vertriebenen Pralinen das Verbot des Vertriebs der angegriffenen Pralinenpackung, die dort gar nicht abgebildet ist, sollte begründen können.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs.1 ZPO. 29

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 30

Die Revision ist zuzulassen, weil die Frage des Schutzes einer Marke, die aus der Form einer unverpackten Praline besteht, gegen eine undurchsichtig verpackte Praline, bei der im verpackten Zustand die Ähnlichkeit mit der Marke nicht erkennbar ist, noch nicht Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung war (§ 543 Abs.2 Ziff.1 ZPO). 31

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird unter nachfolgender Differenzierung endgültig auf 1.950.000,00 € festgesetzt: 32

Antrag auf Unterlassung a) "nackte" Praline b) Pralinenpackung	1.000.000 €, 600.000 €,	33
Antrag auf Auskunft a) "nackte" Praline b) Pralinenpackung	100.000 €, 75.000 €,	
Antrag auf Schadensersatzfeststellung a) "nackte" Praline b) Pralinenpackung	100.000 €, <u>75.000</u> €,	
Gesamtstreitwert	1.950.000 €.	