
Datum: 02.09.2005
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 23/05
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2005:0902.6U23.05.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 33 O 218/04
Normen: MarkenG § 14 Abs. 2 Nr. 2; UWG §§ 3, 4 Nr. 9 a

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 21.12.2004 verkündete Urteil der 33. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 33 O 218/04 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann jedoch die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 120% der zu vollstreckenden Summe abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in derselben Höhe leistet.

Die Parteien können die Sicherheiten durch eine schriftliche, unwiderrufliche, unbedingte und unbefristete Bürgschaft eines im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstitutes leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Begründung

1

I.

2

Die Klägerin ist ein seit 1958 bestehendes Unternehmen auf dem Gebiet der Rohwurstherstellung. Sie produziert und vertreibt Dauerwurstwaren, insbesondere Geflügel- und Pfeffersalami. Die Klägerin ist Inhaberin der nachfolgend wiedergegebenen 3D-Marke für Fleisch- und Wurstwaren.	3
pp.	4
Zudem ist die Klägerin Inhaberin der Wortmarke "Glücksblatt".	5
Die Beklagte zu 1), deren Geschäftsführer der Beklagte zu 2) ist, stellt her und vertreibt Geflügelfleischerzeugnisse. Die Beklagte bringt unter der Dachmarke "X" und den Bezeichnungen "X1" und "X2" verschiedene Geflügelwurst in der nachstehend wiedergegebenen Form auf den Markt.	6
pp.	7
Die Klägerin hat die Beklagte auf Unterlassung in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Dabei hat es Zweifel an der markenrechtlichen Benutzung des Zeichens geäußert, dies aber letztlich offen gelassen, weil es jedenfalls an der Verwechslungsgefahr fehle.	8
Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin sämtliche erstinstanzlich gestellten Anträge weiter. Sie ist der Ansicht, die Beklagte benutze das angegriffene Zeichen, die Form der Salami, markenmäßig. Entgegen den Ausführungen des Landgerichts sei eine kleeblattartige Wurstform völlig neu und daher aus Sicht der angesprochenen Verbraucher herkunftshinweisend. Darüber hinaus werde die herkunftshinweisende Funktion der Wurstform von der Beklagten in deren Werbung den Verbrauchern gegenüber besonders kommuniziert. Zu Unrecht habe das Landgericht außerdem angenommen, die Kennzeichnungskraft der klägerischen Marke sei ebenso wie die Ähnlichkeit der Zeichen gering, mit der Folge, dass eine Verwechslungsgefahr nicht gegeben sei. Die starke Kennzeichnungskraft der klägerischen Markenform folge aus ihrer Einzigartigkeit, die Ähnlichkeit der in Rede stehenden Zeichen daraus, dass beide ein Kleeblatt darstellten.	9
Im Übrigen wiederholt und vertieft die Klägerin ihr erstinstanzliches Vorbringen.	10
Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil.	11
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen, die sämtlich Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.	12
II.	13
Die Berufung ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs der Klägerin gegen die Beklagte nach § 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG nicht vorliegen.	14
1. Soweit die Klägerin aus ihrer Bildmarke Nr. ####1 vorgeht, scheitert ein Unterlassungsanspruch - allerdings anders als es das Landgericht gesehen hat - nicht an einer fehlenden kennzeichenmäßig Benutzung durch die Beklagte (a). Es besteht jedoch keine Verwechslungsgefahr zwischen den zwischen der klägerischen Marke und dem Zeichen der Beklagten (b).	15

a) Eine Verletzung des Rechts der Klägerin an ihrer Bildmarke Nr. ####1 durch die Warengestaltung der Beklagten kommt nur in Betracht, wenn die Beklagte die angegriffene Warenform kennzeichenmäßig benutzt (vgl. zu Art. 5 I MarkenRL: EuGH, Slg. 2002, I -10273 Rn. 51 ff. = GRUR 2003, 55 = WRP 2002, 1415 - Arsenal Football Club; vgl. zu § 14 MarkenG BGH GRUR 2005, 419 - Räucherkatze; BGHZ 156, 126, 136 = GRUR 2004, 151 - Farbmarkenverletzung I; BGH GRUR 2003, 963, 964 = WRP 2003, 1353 - AntiVir/AntiVirus; BGHZ 153, 131, 138 = GRUR 2003, 232 - Abschlussstück; Ingerl/Rohnke, 2. Aufl. 2003, § 14 Rn. 71 ff; Fezer, MarkenR, 3. Aufl., § 14 Rn. 39a; Hacker, in: Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl., § 14 Rn. 61).

Eine kennzeichenmäßige Benutzung ist gegeben, wenn das Zeichen im Rahmen des Produktabsatzes jedenfalls auch der Unterscheidung der Ware eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen dient. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach der Vorstellung der angesprochenen Verkehrskreise. Maßgebend ist das Verständnis eines durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers (BGH GRUR 2005, 419, 421 - Räucherkatze; BGHZ 153, 131, 139 = GRUR 2003, 332 - Abschlussstück; BGH GRUR 2002, 812, 813 = WRP 2002, 985 - FRÜHSTÜCKS-DRINK II). Dieser muss zu der Vorstellung gelangen, die Form diene als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Ware oder zur Unterscheidung verschiedener Vertriebsstätten. 17

Geht es um die Frage, ob die Form einer Ware kennzeichenmäßig benutzt wird, so entspricht es der Lebenserfahrung, dass der Verkehr diese nicht in gleicher Weise als Herkunftshinweis auffasst wie Wort- und Bildmarken. In einer Form sieht der Verbraucher eher eine funktionelle oder ästhetische Ausgestaltung der Ware als einen Herkunftshinweis. 18

Während also die Kriterien einer kennzeichenmäßigen Benutzung bei allen Markenformen gleich sind, ist die Wahrnehmung im Verkehr unterschiedlich. Der Form eines Produktes hat der Bundesgerichtshof in seiner bisherigen Rechtsprechung nur dann eine Kennzeichnungsfunktion beigemessen, wenn sie sich entweder aus den Gestaltungsgewohnheiten auf dem einschlägigen Warengbiet ergibt (aa) oder daraus, dass die Gestaltung der Klagemarke als Herkunftshinweis auf die Klägerin bekannt geworden ist (bb). Keine dieser Alternativen kann hier bejaht werden. Dennoch ist eine kennzeichenmäßige Benutzung durch die Beklagte gegeben, weil sie selbst die angegriffene Produktform so verwendet, dass der Verbraucher sie als Herkunftshinweis versteht (cc). 19

aa) Von einer kennzeichenmäßigen Verwendung ist auszugehen, wenn der Verkehr aufgrund der Kennzeichnungsgewohnheiten auf dem einschlägigen Warengbiet geneigt ist, in der Form oder in einzelnen Formelementen der Gesamtaufmachung eine eigene Kennzeichnungsfunktion zu erkennen (BGH GRUR 2005, 414 - Russisches Schaumgebäck; BGHZ 153, 131, 140 = GRUR 2003, 232 - Abschlussstück). 20

Entgegen der Ansicht der Klägerin kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine entsprechende Gewöhnung des Verkehrs dahingehend besteht, bei Waren der in Rede stehenden Art in der Produktgestaltung einen Herkunftshinweis zu sehen. Der maßgebliche Verkehrskreis setzt sich aus Personen zusammen, die Aufschnitt an der Wursttheke kaufen. Die Mitglieder des Senats gehören zu dem maßgeblichen Verkehrskreis. Sie können die Gestaltungsgewohnheiten daher aus eigener Kenntnis beurteilen. Wurstaufschnitt an der Theke wird ganz überwiegend in kreisrunder Form angeboten. Auch wenn gelegentlich Wurst in mehr oder weniger phantasievollen anderen Formen angeboten wird (z.B. in einer Trapez- oder Dreiecksform), so handelt es sich hierbei um Einzelfälle. Hinzu kommt, dass selbst in diesen Fällen die abweichende Form nicht als Herkunftshinweis, sondern als schlichtes Gestaltungselement wahrgenommen wird. 21

bb) Eine kennzeichenmäßige Verwendung der angegriffenen Produktform ist des Weiteren dann gegeben, wenn die Gestaltung der Klagemarke als Herkunftshinweis auf die Klägerin auf dem Markt bekannt geworden ist. Auch das kann hier nicht angenommen werden. Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin auf dem Markt für Aufschnitt und Salami mit ihrer Marke bekannt geworden ist, sind nicht ersichtlich. 22

cc) Mit den bisher durch den Bundesgerichtshof formulierten Fallgruppen werden die Fälle der kennzeichenmäßigen Benutzung jedoch nicht abschließend erfasst. Eine kennzeichenmäßige Benutzung ist auch und gerade dann anzunehmen, wenn die Beklagte selbst - entgegen den bisher bestehenden Gestaltungsgewohnheiten - die Form der Ware als Herkunftshinweis, wenn auch als Hinweis auf die eigenen Produkte, einsetzt und die angesprochenen Verkehrskreise dies auch erkennen. 23

Zwar ist auch im konkreten Fall von dem Erfahrungssatz auszugehen, dass der Verkehr in der Form der Ware eher ein funktionelles oder dekoratives Element als einen Herkunftshinweis sieht. Doch kann bei Lebensmitteln, die dem Verkehr in einer willkürlich gewählten Form begegnen, ein Herkunftshinweis eher angenommen werden, weil der Verkehr bei solchen Waren keine um ihrer selbst Willen geschaffene Phantasiegestaltung erwartet (BGH GRUR 2004, 329, 330 = BGH WRP 2004, 492 - Käse in Blütenform). Damit ist nicht gesagt, dass jeder eigentümlichen Form im Lebensmittelbereich herkunftshinweisende Funktion zukommt. Eine eigentümliche Form erhöht die Erinnerbarkeit des Zeichens bei den angesprochenen Verkehrskreisen, sagt aber an sich noch nichts über den Inhalt der erinnerten Information. Nur wenn die über die Form vermittelte Information (auch) die eines Hinweises auf die Herkunft enthält, kann von einer kennzeichenmäßigen Benutzung gesprochen werden. Im konkreten Fall sind diese Voraussetzungen erfüllt. Die Beklagte hat auf die - wenn auch nur entfernt - kleeblattartige Form ihres Produktes in der Werbung so massiv aufmerksam gemacht, dass die angesprochenen Verbraucherkreise die Form der Ware als Kennzeichnungsmittel verstehen. So hat die Beklagte in ihren TV-Werbespots immer wieder ein Kleeblatt eingeblendet, um anschließend unmittelbar auf die (aufgeschnittene) Wurst überzuleiten. Damit hat sie die Übereinstimmungen beider Gestaltungen hervorgehoben. Auch in der Plakatwerbung mit dem Slogan: "Erfolg ist keine Glückssache" (GA I 57) und "Die Frische in Bestform" (GA I 58) wird sowohl durch den Inhalt der Slogans ("Glück" und "form") als auch durch das abgebildete Kleeblatt (aus Wasser) immer wieder die Aufmerksamkeit auf die Form der beworbenen Ware gelenkt, so dass der Verbraucher diese als Herkunftshinweis wahrnimmt. In der Fernsehwerbung heißt es außerdem "X-Salami von X. Die mit der Kleeblattform". Wie die Beklagte selbst vorträgt, ist die Darstellung eines Kleeblattes ein gestalterisches Element der Marketingstory. Genau damit wird erreicht, dass der Verkehr die Ware mittels der Form erkennt. Die Beklagte verwendet die Form der Wurst daher herkunftshinweisend. Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, dass es sich dabei um einen Hinweis auf eigene Produkte und nicht auf die der Klägerin handelt. 24

b) Ein Unterlassungsanspruch der Klägerin nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG scheitert jedoch an der fehlenden Verwechslungsgefahr zwischen der klägerischen Marke und dem Zeichen der Beklagten. Der Schutzbereich der klägerischen Marke ist so eng, dass die von der Beklagten benutzte Form aufgrund ihrer Unterschiede die klägerische Marke nicht verletzt. 25

Die Beurteilung der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen. Dabei kommt es auf die Nähe der in Betracht zu ziehenden Waren, auf die Kennzeichnungskraft der Klagemarke sowie auf das Maß der Ähnlichkeit der zu vergleichenden Kennzeichnungen an, wobei zwischen diesen die 26

Verwechslungsgefahr bestimmenden Faktoren eine Wechselbeziehung dergestalt besteht, dass der Ähnlichkeitsgrad um so geringer sein kann, je größer die Kennzeichnungskraft und/oder die Warennähe ist, während umgekehrt ein höherer Ähnlichkeitsgrad erforderlich ist, wenn die Kennzeichnungskraft der Klagemarke nur schwach und/oder der Warenabstand größer ist. Deshalb kann ein geringer Grad der Ähnlichkeit der Zeichen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Waren oder durch eine erhöhte Kennzeichnungskraft ausgeglichen werden und umgekehrt (BGH GRUR 2002, 542, 543 = WRP 2002, 534 - BIG; BGH GRUR 2002, 544, 545 = WRP 2002, 537 - Bank 24; BGH GRUR 2001, 158, 159 = WRP 2001, 41 - Drei-Streifen-Kennzeichnung; BGH GRUR 2001, 507 = WRP 2001, 694, 695 - EVIAN/REVIAN; BGH GRUR 2000, 506, 508 = WRP 2000, 535 - Attaché/Tisserand, jeweils m.w.N.). Diese Grundsätze gelten auch bei einer dreidimensionalen Klagemarke (BGH GRUR 2003, 712, 713 - Goldbarren; BGHZ 153, 131, 141 = GRUR 2003, 232 - Abschlussstück; BGH GRUR 2000, 888, 889 - MAG-LITE).

aa) Zwischen den Waren der Klägerin und den Waren der Beklagten besteht Identität. Die Parteien vertreiben beide Wurstwaren. 27

bb) Die Kennzeichnungskraft der klägerischen Marke ist an der unteren Grenze der Durchschnittlichkeit anzusiedeln. Eine von Haus aus hohe Kennzeichnungskraft kann entgegen der Ansicht der Klägerin nicht angenommen werden. Es ist nicht davon auszugehen, dass die angemeldete Abbildung einer Salami gegenüber den schon am Markt vorhandenen Formen durch eine "besonders komplizierte und in ihrem Sinngehalt durch symbolhafte Assoziationen angereicherte Form" - so der Vortrag der Klägerin - merklich hervortritt. Vielmehr handelt es sich bei einem Kreis mit acht (vier tieferen und vier flacheren) Einbuchtungen aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise um eine eher einfache Gestaltung, der keine besonders hohe Originalität zukommt. Hinzu kommt, dass schon vor der Anmeldung der klägerischen Marke eine ähnliche Gestaltung als Geschmacksmuster für identische Waren eingetragen war und vertrieben wurde (Wurst mit acht Wölbungen, GA I 123). 28

Eine Stärkung der Kennzeichnungskraft der Marke bis zum Kollisionszeitpunkt im Februar 2004 durch eine umfangreiche Benutzung hat die Klägerin zwar behauptet, aber nicht substantiiert vorgetragen. Im Gegenteil, nach eigenen Angaben der Klägerin wurde ihr Produkt erst Ende 2003/Anfang 2004 in ihren Katalog aufgenommen und erst im Februar 2004 in dem Hotel "N" in C einigen ausgewählten "Key-Kunden" vorgestellt. Die oben als herkunftshinweisend angesehene Benutzung der angegriffenen Form durch die Beklagte kann die Kennzeichnungskraft der Klagemarke nicht stärken. 29

cc) Die Ähnlichkeit zwischen den in Rede stehenden Zeichen ist als gering einzustufen. Zu Recht macht die Beklagte insoweit geltend, dass ein Vergleich der Zeichen nicht nur anhand der jeweiligen Querschnitte der Wurst vorgenommen werden darf. Da die klägerische Marke aus der Abbildung einer zwar aufgeschnittenen aber ganzen Wurst besteht, ist das Bild der ganzen Wurst bei der Feststellung der Zeichenähnlichkeit zu berücksichtigen. Maßgeblich ist insoweit der Gesamteindruck des Zeichens. Dieser kann jedoch durch einzelne Merkmale geprägt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass einzelne Merkmale, denen keine originäre Kennzeichnungskraft zukommt, in der Regel keinen prägenden Einfluss auf den Gesamteindruck haben. Dies trifft hier auf die gewöhnliche Form einer länglichen Wurst zu. Prägend bei der klägerischen Marke ist daher nicht die längliche Wurstform, sondern die Ansicht des Querschnitts. 30

Die Querschnitte der beiden Würste unterscheiden sich deutlich. Das gilt selbst dann, wenn man - wie erforderlich - davon ausgeht, dass der Verkehr die Warenformen nicht gleichzeitig, 31

sondern nacheinander wahrnimmt, so dass ihm die übereinstimmenden Merkmale im maßgeblichen Gesamteindruck stärker im Erinnerungsbild haften als die Unterschiede (BGH GRUR 1998, 924, 925 - salvent/Salventerol; Ingerl/Rohnke, § 14 Rn. 532). Gemeinsam ist beiden Formen, dass sie, abweichend von der üblichen Kreisform, acht Einkerbungen aufweisen. Gegenüber dieser Gemeinsamkeit treten die Unterschiede jedoch erkennbar hervor. So sind die Einkerbungen in der Bildmarke der Klägerin deutlich tiefer ausgeprägt als bei der Ware der Beklagten. Hinzu kommt, dass bei der klägerischen Marke die Ausbuchtungen als Rundungen erkennbar sind, während die Ausbuchtungen bei der Ware der Beklagten langgezogen wirken. Das führt zu einem anderen Gesamteindruck, nämlich - wie schon das Landgericht treffend ausgeführt hat - dazu, dass die Wurst der Beklagten eher den Eindruck einer Variation einer quadratischen als einer runden Wurstscheibe erweckt.

Bei der Bewertung der Zeichenähnlichkeit ist schließlich zu berücksichtigen, dass der Schutzzumfang der klägerischen Marke weiter dadurch verengt wird, dass die Spielräume für die Formgestaltung einer Wurst, die zum Aufschneiden bestimmt ist, gering sind. So muss die Wurst zunächst eine längliche Form haben, um die Anschnittfläche gering zu halten. Die Schnittfläche selbst muss so gestaltet sein, dass man mit der Wurstscheibe ein Brot oder Brötchen belegen kann. Folglich scheiden zahlreiche Formgestaltungen der Schnittfläche (z.B. längliche oder asymmetrische Formen) von vornherein aus. Nur solche Gestaltungen, die mehr oder weniger runden oder eckigen Grundformen entsprechen, kommen als Formgestaltungen in Betracht. Der sich daraus ergebende enge Schutzzumfang führt dazu, dass der Verwechslungsschutz auf weitgehend identische und hochgradig ähnliche Zeichen beschränkt ist. Die hier festgestellten Unterschiede zwischen den Zeichen führen daher - trotz der Warenidentität - aus dem Schutzbereich der klägerischen Marke heraus und führen zur Verneinung der Verwechslungsgefahr. 32

2. Da somit schon zwischen der Marke der Klägerin und dem Produkt der Beklagten ohne Aufschrift (linkes Bild des Klageantrages) keine Verwechslungsgefahr besteht, gilt dies erst recht für den Fall, dass auf dem Produkt der Beklagten die Wortmarke "X1" aufgedruckt ist (rechtes Bild des Klageantrages). 33

3. Auch aus ihrer Wortmarke "GLÜCKSBLATT" kann die Klägerin keinen Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte herleiten. Selbst wenn es grundsätzlich möglich sein sollte, eine Wortmarke mit einer dreidimensionalen Form wegen einer Übereinstimmung im Sinngehalt zu verletzen, fehlt es hier an der Verwechslungsgefahr. Zwar versucht die Beklagte durch ihre Werbung beim Verbraucher eine Assoziation zwischen der Gestaltung ihrer Wurst, die zunächst nur entfernt an ein Kleeblatt erinnert, und einem solchen Kleeblatt herbeizuführen. Eine für die Verwechslungsgefahr ausreichende Zeichenähnlichkeit mit der Wortmarke "Glücksblatt" wird dadurch jedoch nicht hergestellt. 34

4. Schließlich kann sich die Klägerin auch nicht mit Erfolg auf wettbewerbsrechtliche Ansprüche berufen. Unabhängig von der Frage, ob und inwieweit das UWG wegen der Begrenzungsfunktion des Markenrechts noch Anwendung findet, liegen die Voraussetzungen für einen Wettbewerbsverstoß nach §§ 3, 4 Nr. 9 lit. a UWG nicht vor. Es fehlt an der nach neuerer Rechtsprechung für die Fälle der Herkunftstäuschung erforderlichen Voraussetzung, dass das nachgeahmte Erzeugnis bei den maßgeblichen Verkehrskreisen eine gewisse Bekanntheit erlangt haben muss (vgl. BGH GRUR 2005, 167 - Puppenausstattungen; GRUR 2002, 275, 277 - Noppenbahnen; GRUR 2004, 941, 943 - Metallbett). Das war im Kollisionszeitpunkt, wie sich aus den Ausführungen oben unter Ziff. 1 b) bb) ergibt, nicht der Fall. 35

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 37

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Der Rechtssache kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordern Belange der Rechtsfortbildung oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch den Bundesgerichtshof. Streitentscheidend ist vielmehr eine über den entschiedenen Fall nicht hinausweisende Subsumtion eines individuellen, auch tatrichterlich zu beurteilenden Sachverhalts unter Normen und Rechtsgrundsätze, die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung insbesondere durch die oben genannten Entscheidungen bereits eine Klärung erfahren haben. 38

Der Wert der mit diesem Urteil verbundenen Beschwer der Klägerin übersteigt den Betrag von 20.000,00 EUR. 39