
Datum: 03.03.2006
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 6 W 5/06
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2006:0303.6W5.06.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 852/05

Tenor:

I.

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 11. Januar 2006 wird der Beschluss der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 28. Dezember 2005 (31 O 852/05) teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

1)

Im Wege der einstweiligen Verfügung wird angeordnet:

Die Antragsgegnerin zu 3) hat es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000 EUR zu unterlassen,

knusprige Waffeln mit feiner Nugatcreme in Vollmilchschokolade, wie nachstehend wiedergegeben, anzubieten und/oder zu vertreiben:

pp.

2)

Im Übrigen wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 20.12.2005 zurückgewiesen.

II.

Die erstinstanzlichen Kosten des Verfügungsverfahrens werden wie folgt verteilt:

Die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin tragen diese selbst zu 2/3 und die Antragsgegnerin zu 3) zu 1/3.

Die außergerichtlichen Kosten der Antragsgegner zu 1) und 2) trägt die Antragstellerin.

Die außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerin zu 3) trägt diese selbst.

Die Kosten des Verfügungsverfahrens zweiter Instanz trägt die Antragsgegnerin zu 3).

III.

Dieses Urteil ist mit seiner Verkündung rechtskräftig.

Von der Darstellung eines Tatbestandes wird entsprechend §§ 540 Abs. 2, 542 Abs. 2, 313 a Abs. 1 ZPO abgesehen.

B e g r ü n d u n g

I.

Die Antragstellerin ist Hersteller von Süßwaren. Sie vertreibt seit Jahren unter der Bezeichnung "E " einen mit Vollmilchschokolade überzogenen und mit einer Waffel-/Nugatcremefüllung versehenen Schokoladenriegel. Die Antragstellerin ist Inhaberin einer farbigen, dreidimensionalen Marke- DPMA-Registernummer ###1 -, welche den unverpackten Riegel zum Gegenstand hat. Unter markenrechtlichen Gesichtspunkten hat sie von den Antragsgegnern begehrt, den Vertrieb eines von diesen angebotenen Schokoladenriegels in der im Tenor eingeblendeten äußeren Aufmachung zu unterlassen. Nachdem das Landgericht ihren Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen hat, verfolgt sie ihr Begehren im Wege der sofortigen Beschwerde nur noch gegenüber der Antragsgegnerin zu 3), gleichfalls einer Süßwarenherstellerin, weiter.

II.

1

2

3

4

Die gemäß §§ 567 Abs. 1 Nr. 2, 569 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat, soweit sie den ihren Verfügungsantrag insgesamt zurückweisenden Beschluss des Landgerichts teilweise, nämlich nur das angestrebte Verbot gegen die Antragsgegnerin zu 3) betreffend, angegriffen hat, in der Sache Erfolg und führt zur Anordnung des begehrten Unterlassungsgebots. 5

Die Antragsgegnerin zu 3) ist jedenfalls nach § 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG verpflichtet, Angebot bzw. Vertrieb eines Schokoladenriegels in der aus dem Tenor ersichtlichen äußeren Aufmachung zu unterlassen. Sie benutzt die angegriffene Warenform kennzeichenmäßig (1), und es besteht auch eine Verwechslungsgefahr zwischen der die äußere Form eines unverpackten "E "-Riegels darstellenden 3-D-Marke der Antragstellerin (DPMA-Registernummer ####1) und dem Zeichen der Antragsgegnerin zu 3) (2). 6

1. 7

Die Voraussetzungen eines markenmäßigen Gebrauchs liegen dann vor, wenn das Zeichen im Rahmen des Produktabsatzes jedenfalls auch der Unterscheidung der Ware eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen dient, was sich wiederum nach der Vorstellung der durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Teilnehmer der angesprochenen Verkehrskreise richtet (st.Rspr., vgl. nur BGH GRUR 2005, 419, 421 - Räucherhüte). Ist allerdings zu beurteilen, 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, sondern in der Form eher eine funktionelle oder ästhetische Ausgestaltung der Ware erkennen wird. Von der markenmäßigen Verwendung einer angegriffenen Warenform ist deshalb grundsätzlich nur auszugehen, wenn entweder 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, oder wenn die Gestaltung der Klagemarke als Herkunftshinweis auf den Markeninhaber bekannt geworden ist (vgl. BGH GRUR 2005, 414, 416 - Russisches Schaumgebäck; BGH WRP 2003, 521, 523 - Abschlussstück). 8

Ob die Voraussetzungen der ersten Alternative vorliegen, ob also der Verkehr daran gewöhnt wäre, sich an der Form eines Schokoladenriegels zu orientieren, um Waren verschiedener Hersteller voneinander zu unterscheiden, kann offen bleiben. Ein markenmäßiger Gebrauch ist nämlich jedenfalls deshalb zu bejahen, weil die (u.a. auf der Produktausstattung abgebildete) unverpackte Warenform, welche das beanstandete Modell ausmacht, dem Verkehr auf Grund langjähriger und intensiver Benutzung als Herkunftshinweis auf die Antragstellerin bekannt geworden ist. 9

Es ist senatsbekannt und wird im Übrigen durch das als Anlage AS 2 vorgelegte demoskopische Gutachten der H Marktforschung aus Dezember 2005 bestätigt, dass der umsatzstarke, seit Jahren und mit hohem Aufwand als "Die längste Praline der Welt " beworbene "E "-Riegel der Antragstellerin in den angesprochenen allgemeinen Verkehrskreisen hohe Bekanntheit genießt. So haben von den 814 der insgesamt 996 Befragten, die Schokoladenriegel essen/kaufen, als Produktbezeichnung oder Hersteller 533 Personen "E " und weitere 101 Personen "G " angegeben - und dies, obwohl ihnen der unverpackte Riegel der Antragsgegnerin zu 3) und nicht etwa ein "E " der Antragstellerin gezeigt worden war. 10

Wie schon der zitierte und seinerseits populäre Slogan indiziert, weckt Herkunftsvorstellungen nicht nur die einer Baumrinde nachempfundene Oberflächenstruktur 11

des unverpackten Riegels, sondern auch und gerade seine schmal-längliche, an einen längs halbierten Baum erinnernde Grundform. Mit dieser schlanken und im Querschnitt halbrunden Form hebt er sich nicht nur von üblicherweise einzeln verpackten und solcherart auch im Verkehr angebotenen sonstigen Schokoladenriegeln ab, welche - wie etwa "MARS" oder "Milky Way" - eine deutlich breitere, gedrungene und eckige Form haben. Er unterscheidet sich vielmehr auch von denjenigen Schokoladenriegeln, welche zwar einzeln verpackt, aber als Teil eines an eine Schokoladentafel erinnernden Produkts angeboten werden: Konkurrenzprodukte wie etwa die Einzelriegel der "KINDER-Schokolade" oder der "Yogurette" sind auch eher lang und schmal, zudem aber deutlich eckig und zum leichteren Abbrechen oder -beißen regelmäßig in der Art einer Tafelschokolade in einzelne Segmente unterteilt.

An der hohen Bekanntheit des "E "-Riegels nimmt auch die seit dem 19.08.2004 mit Priorität vom 01.03.1999 eingetragene Marke der Antragstellerin teil, weshalb für die mit dieser verbundenen Herkunftsvorstellungen des Verkehrs Entsprechendes gilt. 12

Zwar wendet die Antragsgegnerin zu 3) im Ansatz zutreffend ein, dass grundsätzlich zu unterscheiden ist zwischen Vorstellungen des Verkehr von der Herkunft einer bestimmten Ware einerseits und einer (Register-)Marke des Warenherstellers andererseits. Diese Differenzierung verbietet sich aber aus der Natur der Sache heraus bei dreidimensionalen Marken der vorliegenden Art, die die äußere Form eines (unverpackten) Lebensmittels originalgetreu wiedergeben und deshalb eine Trennung zwischen nur auf das Produkt oder nur die Marke bezogenen Verkehrsvorstellungen nicht erlauben. 13

2. 14

In die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmende Beurteilung der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr ist auch bei einer dreidimensionalen Klagemarke die Nähe der in Betracht zu ziehenden Waren, die Kennzeichnungskraft der Klagemarke sowie das Maß der Ähnlichkeit der zu vergleichenden Kennzeichnungen einzubeziehen sowie die Wechselbeziehung dieser Faktoren, (BGH GRUR 2003, 712, 713 - Goldbarren; BGH a.a.O. - Abschlussstück). Nach Maßgabe dieser Kriterien besteht zwischen der Marke der Antragstellerin und dem angegriffenen Zeichen Verwechslungsgefahr i.S. des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. 15

a) 16

Die Kennzeichnungskraft der 3-D-Marke der Antragstellerin ist in Ansehung der von dem Produkt "E " auf die diese Warenform abbildende Marke ausstrahlenden hohen Bekanntheit im Verkehr jedenfalls als durchschnittlich zu bewerten. 17

Der Senat vermag insoweit die Einschätzung der Kammer, dass die Marke ausschließlich durch die baumrindenartige Struktur der Riegeloberfläche geprägt werde, nicht zu teilen. Wie eingangs schon ausgeführt, nimmt vielmehr an dem Gesamteindruck der Marke neben der Oberflächenprägung gleichermaßen auch die im wettbewerblichen Umfeld praktisch einzigartige länglich-schmale Form mit halbrundem Querschnitt teil. 18

Ein Widerspruch zu der im Verfahren betreffend die Markenmeldung ergangenen Entscheidung des Bundespatentgerichts vom 23.04.2004 - AZ. 32 W (pat) 65/02 - besteht deshalb nicht. Das BPatG hat, insoweit übereinstimmend mit der Beurteilung des Senats, festgestellt, dass die Gestaltung der Marke gekennzeichnet ist 19

"durch eine halbrunde Riegelform mit abgeschrägten Enden und *vor allem* durch eine Art Baumrindenstruktur der Oberfläche" (Kursivsatz durch Verfasser).

Die hieran anschließenden weiteren Feststellungen, dass die Marke die notwendige Unterscheidungskraft 21

"*zumindest* aufgrund der ausgeprägten Rindenstruktur der Riegeloberfläche" (Kursivsatz durch Verfasser) 22

erhalte, schließt nicht notwendig aus, dass es neben diesem Merkmal nicht auch noch andere zur Markenprägung geeignete Gestaltungsdetails - wie eben die Form des Riegels - gegeben hat, die das Registergericht aber ungeprüft lassen konnte, nachdem die Eintragungsfähigkeit schon wegen der Oberflächenstruktur zu bejahen war. 23

b) 24

Zwischen den sich gegenüberstehenden Waren - jeweils knusprige Waffeln mit feiner Nugatcreme in Vollmilchschokolade - besteht Identität. 25

c) 26

Angesichts zweier in durchschnittlicher bzw. höchster Intensität vorliegender Faktoren sind die vorhandenen Unterschiede der Zeichen nicht geeignet, eine Verwechslungsgefahr im markenrechtlichen Sinne zu verneinen. In Ansehung des Grundsatzes, dass für die Bestimmung des Grades der Anlehnung nicht die Unterschiede, sondern die Übereinstimmungen der Zeichen und hierfür der jeweilige Gesamteindruck maßgeblich sind, ist die Ähnlichkeit nämlich noch als - schwach - durchschnittlich zu bewerten. 27

Hinsichtlich der Beschaffenheit der Oberfläche ist der Antragsgegnerin zu 3) zwar zuzugeben, dass das von ihr aufgeprägte Muster sich von der Baumrindenstruktur der Marke entfernt. Offen bleiben kann in diesem Zusammenhang, ob es sich bei der zu ihren Gunsten eingetragenen Bildmarke - DPMA-Reg.-Nr. ####2 -, wie aus der Anlage AG 5 zur Schutzschrift ersichtlich, um eine im Verkehr bekannte Marke handelt; bei dem auf der angegriffenen Warenform aufgeprägten Muster handelt es sich nämlich nicht um eine identische Wiedergabe dieser Marke, weil das S-förmige mittlere Element der Bildmarke in der Benutzung auf dem Schokoriegel deutlich nach oben und unten verlängert ist und nicht, wie bei der Marke, auf einer Höhe mit den beiden seitlichen Elementen endet. 28

Die vorhandenen Unterschiede bei der Strukturierung der Oberfläche als einem der prägenden Elemente der Marke der Antragstellerin sind indes wegen der im Übrigen nahezu übereinstimmenden Gestaltungsmerkmale nicht ausreichend, um aus dem relevanten Ähnlichkeitsbereich herauszuführen. Die äußere Form des angegriffenen Riegels weist zwar gewisse Unterschiede in den Abmessungen auf: er ist etwas schmaler und etwas länger und etwas flacher als die von der Marke der Antragstellerin wiedergegebene Riegelform eines "E". Diese Unterschiede sind allerdings so gering, dass sie nur bei unmittelbarem Vergleich beider Zeichen nebeneinander festzustellen und deshalb auch nicht geeignet sind, einen von dem der Marke der Antragstellerin abweichenden Gesamteindruck des angegriffenen Zeichens zu prägen. 29

Auf den in der Schutzschrift betonten Umstand, dass die angegriffene Riegelform notwendig sei, um den ausweislich einer Marktforschungsstudie von den Verbrauchern erwünschten "haptischen Knuspereffekt" zu erzielen, ist die Antragsgegnerin im Verfahren nicht mehr 30

ausdrücklich zurückgekommen. Eine entsprechende Behauptung wäre jedenfalls nicht glaubhaft gemacht.

Die Verwechslungsgefahr im markenrechtlichen Sinne ist zwar, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, in der Tat normativ zu bewerten. Gleichwohl sieht der Senat sich in seiner Beurteilung, dass ein mit der Klagemarke in den wesentlichen Gestaltungselementen übereinstimmender Eindruck eines länglich-schmalen und halbrunden Schokoladenriegels mit geprägter Oberfläche besteht, indiziell bestätigt durch die bereits dargestellten Ergebnisse des Umfragegutachtens, ausweislich dessen fast 2/3 der derartige Produkte konsumierenden Befragten einer tatsächlichen Verwechslung des angegriffenen Riegels mit der Marke der Antragstellerin erlegen waren. 31

3. 32

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. 33

Der **Wert des Beschwerdeverfahrens** wird auf **166.666 EUR** festgesetzt. 34