
Datum: 28.06.2013
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 183/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2013:0628.6U183.12.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 356/10
Normen: UWG §§ UWG §§ 4 Nr. 9, 11

Tenor:

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das am 27.09.2012 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 31 O 356/10 – teilweise abgeändert:

1. Die Beklagte wird verurteilt,

es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, von Ordnungshaft oder von Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 250.000,00 €, Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre) zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland Keksprodukte von ca. 12,4 cm Länge, bei denen der mit einer Schokoladenkuvertüre umhüllte Teil ca. 80 % der Länge ausmacht, wie nachstehend wiedergegeben



anzubieten, zu bewerben, zu vertreiben und/oder in sonstiger Weise in Verkehr zu bringen,

wenn dies in einer Verpackung wie nachstehend wiedergegeben erfolgt



2. Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

II. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben die Klägerin $\frac{2}{3}$ und die Beklagte $\frac{1}{3}$ zu tragen. Die Kosten des Berufungsverfahrens fallen zu $\frac{3}{5}$ der Klägerin und zu $\frac{2}{5}$ der Beklagten zur Last.

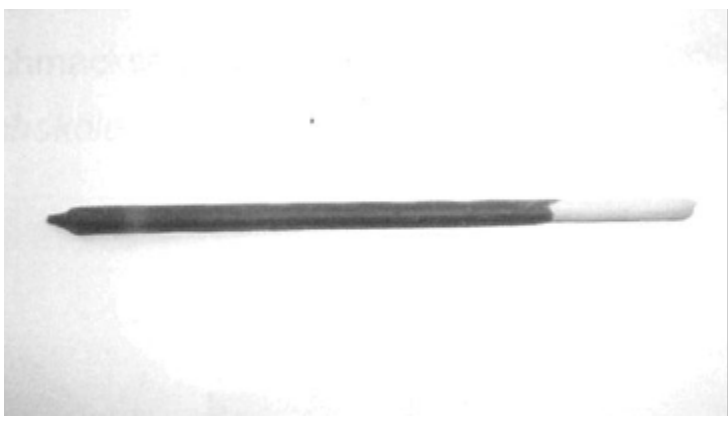
III. Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts, soweit es aufrechterhalten bleibt, sind vorläufig vollstreckbar. Die der Vollstreckung ausgesetzte Partei darf die Vollstreckung durch

Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit leistet. Die Sicherheitsleistung beträgt hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs 100.000,00 €, hinsichtlich der Kostenerstattungsansprüche 110 % des auf Grund der Urteile vollstreckbaren Betrags für die Abwendung der Vollstreckung und 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags für die vollstreckende Partei.

IV. Die Revision wird zugelassen.

Gründe

- I. 1
- Die Klägerin vertreibt in Deutschland seit 1982 unter ihrer Dachmarke „De Beukelaer“ und der Produktbezeichnung „Mikado“ in 75-g-Umverpackungen dünne Keksstangen, die bis auf ein Ende, welches ungefähr ein Fünftel der Gesamtlänge des Stäbchens ausmacht, mit Schokolade („Milkschokolade“ oder „Zartherb“) umhüllt sind. Die Beklagte vertreibt in der Türkei und anderen Ländern unter der Bezeichnung „Biscolata Stix“ ebenfalls mit Schokolade überzogene Keksstangen in 50-g-Umverpackungen mit ihrem Kennzeichen „?ölen“; sie stellte diese auch auf der Internationalen Süßwarenmesse (ISM) 2010 in L aus, die am 31.01.2010 begann. 2
- Die Klägerin sieht darin eine unlautere Nachahmung ihres Produkts. Auf ihren Antrag verbot das Landgericht Köln – 31 O 46/10 – der Beklagten mit einstweiliger Verfügung vom 02.02.2010, die am folgenden Tag auf der Messe zugestellt wurde, im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland Keksprodukte wie nachstehend wiedergegeben anzubieten, zu bewerben, einzuführen, zu vertreiben und/oder in sonstiger Weise in Verkehr zu bringen; die beiden folgenden farbigen Abbildungen entsprachen den oben wiedergegebenen Schwarzweißabbildungen einer Umverpackung und eines Kekses. Mit ihrer am 07.07.2010 eingereichten Klage hat die Klägerin einen gleichlautenden Unterlassungsantrag sowie weitere (Annex-) Anträge angekündigt. Auf der ISM 2011 stellte die Beklagte ihre Produkte nur noch mit dem Hinweis „NOT FOR SALE IN GERMANY“ aus. Nachdem die durch Urteil des Landgerichts Köln – 81 O 137/10 – vom 03.02.2011 bestätigte einstweilige Verfügung vom Senat – 6 U 41/11 – mit Urteil vom 08.07.2011 aufgehoben worden war, hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 08.09.2011 ihren Unterlassungsantrag nach Maßgabe ihres Schriftsatzes vom 06.09.2011 neu formuliert und insoweit mehrere Anträge in ein Eventualverhältnis gestellt; auf die Abbildungen der Umverpackung und des Kekses hat sie sich nur noch hilfsweise bezogen, während sie in den Hauptantrag die Abbildung des Kekses allein eingeblendet hat. 3
- Mit dem angefochtenen Urteil, auf das Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Beklagte nach dem Hauptantrag der Klägerin, ausgenommen die Handlungsform des Einführens, wegen unangemessener Ausnutzung der Wertschätzung des klägerischen Produkts verurteilt, es bei Meidung von Ordnungsmitteln zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland Keksprodukte wie nachstehend wiedergegeben anzubieten, zu bewerben, zu vertreiben und/oder in sonstiger Weise in Verkehr zu bringen, wobei die Produkte eine Länge von ca. 12,4 cm aufweisen und der mit einer Schokoladenkuvertüre umhüllte Teil ca. 80 % der Länge des Produkts ausmacht. 4
- 5



im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Mit ihrer Berufung erstrebt die Beklagte weiter vollständige Klageabweisung. Sie rügt die rechtliche Bewertung des Landgerichts unter vertiefender Wiederholung ihres bisherigen Vorbringens als fehlerhaft. Dagegen verteidigt die Klägerin unter Vertiefung und Ergänzung ihres Vorbringens das angefochtene Urteil.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache insofern Erfolg, als ihre nach dem Hauptantrag der Klägerin erfolgte Verurteilung zur Unterlassung nicht bestehen bleiben kann. Gegenüber dem Hilfsbegehren der Klägerin erweist sich ihr Rechtsmittel dagegen im Wesentlichen als erfolglos.

1. Der erstinstanzliche Urteilsausspruch kann keinen Bestand haben. Sollte der Klägerin ein Anspruch aus §§ 3, 4 Nr. 9, 8 Abs. 1 und 3 Nr. 1 UWG – der einzigen in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage – auf das der Fassung ihres Hauptantrag entsprechende Verbot zustehen, ist er gemäß § 11 UWG in Verbindung mit §§ 194, 214 Abs. 1 BGB jedenfalls verjährt.

a) Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung im Termin vom 08.09.2011 erhoben und im Berufungsrechtszug aufrechterhalten.

b) Der Lauf der sechsmonatigen Verjährungsfrist (§ 11 Abs. 1 UWG) begann in Bezug auf den Unterlassungsanspruch (§ 11 Abs. 2 UWG), nachdem die Präsentation der angegriffenen Produkte bei der ISM 2010 in L als die den Anspruch auslösende Handlung (die Messepräsentation 2011 bezog sich gemäß ihrem ausdrücklichen Vorbehalt nicht auf Deutschland) beendet war (vgl. BGH, GRUR 2003, 448 [450] = WRP 2003, 640 – Gemeinnützige Wohnungsgesellschaft; Köhler / Bornkamm, UWG, 31. Aufl., § 11 Rn. 1.21 m.w.N.). Dies war nach den zutreffenden Feststellungen des Landgerichts alsbald nach Zustellung der einstweiligen Verfügung auf der Messe der Fall.

c) Durch Rechtsverfolgung gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 oder 9 BGB) wurde nur die Verjährung des im Verfügungsverfahren und mit der ursprünglichen Klage geltend gemachten Anspruchs, nicht dagegen die des erst im September 2011 (anderthalb Jahre nach Zustellung der einstweiligen Verfügung und sogar noch mehr als sechs Monate nach der ISM 2011) rechtshängig gewordenen weitergehenden Unterlassungsanspruchs, der dem neu formulierten Hauptantrag der Klägerin aus ihrem Schriftsatz vom 06.09.2011 zu Grunde liegt. Denn diese Neufassung war nicht allein redaktioneller Natur, sondern hat einen neuen Streitgegenstand in den Rechtsstreit eingeführt, dem – wie vom Landgericht im Ansatz richtig ausgeführt – die Hemmungswirkung des Verfügungsantrags und der Klage von Juli 2010 nicht zugute kommt.

Der Streitgegenstand (prozessuale Anspruch) wird bestimmt durch den Klageantrag, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Klagegrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet (BGHZ 154, 342 [347 f.] = GRUR 2003, 716 = WRP 2003, 896 – Reinigungsarbeiten; BGH, GRUR 2011, 521 = WRP 2011, 878 [Rn. 3] – TÜV I, GRUR 2013, 401 = WRP 2013, 472 [Rn. 18] – Biomineralwasser; Senatsurteil vom 09.03.2012 – 6 U 61/11). Wie vom Landgericht zutreffend ausgeführt, hat die Klägerin ihren neuen Hauptantrag auf denselben Lebenssachverhalt wie bisher gestützt, so dass der Klagegrund unverändert geblieben ist. Jedoch hat sie einen neuen Streitgegenstand in das Verfahren eingeführt, indem sie den Antrag in erheblicher Weise geändert hat.

Im Unterschied zum ursprünglichen Klageantrag wird die als rechtswidrig angegriffene Verhaltensweise (Verletzungsform), die den Inhalt des Klagebegehrens bestimmt und begrenzt (vgl. BGHZ 168, 179 = GRUR 2006, 960 = WRP 2006, 1247 [Rn. 15] – Anschriftenliste; GRUR 2008, 1121 = WRP 2008, 1516 [Rn. 16] – Freundschaftswerbung im Internet; GRUR 2011, 1153 = WRP 2011, 1593 [Rn. 38] – Creation Lamis), im neuen Hauptantrag nicht mehr durch die (mit der Formulierung „wie nachstehend wiedergegeben“ in Bezug genommenen) Abbildungen einer Umverpackung und eines Kekses, sondern nur noch durch die Abbildung des Kekses konkretisiert. Eine solche Abwandlung der Verletzungsform ändert den Streitgegenstand auch bei gleichem Lebenssachverhalt, insofern das Weglassen (oder Hinzufügen) zusätzlicher konkretisierender Merkmale im Antrag einen anderen Ausschnitt dieses Sachverhalts als bisher zur Beurteilung stellt und in den erstrebten Vollstreckungstitel einbezieht; denn darin liegt nur gedanklich, nicht aber prozessual (im Sinne des § 264 Nr. 2 ZPO) eine schlichte Erweiterung (oder Beschränkung) der Klage (vgl. BGHZ 168, 179 = GRUR 2006, 960 = WRP 2006, 1247 [Rn. 16] – Anschriftenliste; BGH, GRUR 2008, 1121 = WRP 2008, 1516 [Rn. 25] – Freundschaftswerbung im Internet; Senat a.a.O.). Das mit Verfügungsantrag und Klage erstrebte Verbot des Vertriebs der abgebildeten Keksstange, wenn sie in der abgebildeten Verpackung angeboten wird (so hatte die Klägerin im Verfügungsverfahren vor dem Senat ihr auf Verpackung und Keks bezogenes Unterlassungsbegehren sinngemäß erläutert), unterscheidet sich erheblich von dem mit dem neuen Hauptantrag erstrebten Verbot des Vertriebs der Keksstange unabhängig von der Verpackung – was in der Sache nichts anderes bedeutet als ein Verbot des Vertriebs der Keksstange in jeglicher Verpackung (Senatsurteil vom 08.07.2011 – 6 U 41/11). Indem die Klägerin ihr auf Verpackung und Keks bezogenes (engeres) Unterlassungsbegehren hilfsweise weiterverfolgt, bestätigt sie selbst, dass zwischen den auf so differenzierte Weise von ihr in Anspruch genommenen Rechtsfolgen Unterschiede bestehen (vgl. BGH, GRUR 2011, 742 = WRP 2011, 873 [Rn.15, 19] – Leistungspakete im Preisvergleich), wobei lediglich die auf konkrete Produkt- und Verpackungsmaße Bezug nehmende verbale Differenzierung in ihrem Schriftsatz vom 06.09.2011 vergleichsweise unbedeutend erscheint, weshalb das Landgericht insofern zu Recht von wirtschaftlicher Identität des von der Klägerin im Hauptantrag und ersten Hilfsantrag formulierten Begehrens auf Unterlassung des Vertriebs des ausgepackten Kekses ausgegangen ist.

15

d) Auf die im Verfügungsverfahren (vgl. Urteil vom 08.07.2011 – 6 U 41/11) und in der mündlichen Erörterung zum Ausdruck gekommene Auffassung des Senats, dass dieses Begehren, das sich nach den vorliegenden Fotografien des Messestandes der Beklagten 2010 deutlich von der den Anlass des Verfahrens bildenden konkreten Verletzungsform löst (dort waren Keksstangen zwar auch ausgepackt, aber unmittelbar neben den Verkaufsverpackungen und deren Wiedergabe auf Plakatwänden präsentiert worden), allein deshalb unbegründet sein könnte, weil die erstrebte Unterlassung des Vertriebs der Keksstangen in jeglicher Verpackung auch erlaubte Verhaltensweisen ohne genau

16

beschriebene Ausnahme umfasst (vgl. BGH, GRUR 2013, 409 = WRP 2013, 496 [Rn. 21] – Steuerbüro m.w.N.), kommt es im Hinblick auf die eingetretene Verjährung nicht an.

2. Im Wesentlichen ohne Erfolg bleibt die Berufung dagegen, soweit das hilfsweise aufrechterhaltene, sinngemäß seit der Klageerhebung und schon vorher seit Anbringung des Verfügungsantrags verfolgte, gemäß den vorstehenden Ausführungen unverjährte Begehren der Klägerin in Rede steht, es der Beklagten zu untersagen, Keksstangen der in der Urteilsformel beschriebenen und bildlich wiedergegebenen Art anzubieten, zu bewerben, zu vertreiben und/oder in sonstiger Weise in Verkehr zu bringen, wenn dies in Verpackungen der abgebildeten Art geschieht. 17

a) Der in erster Instanz gestellte Hilfsantrag der Klägerin ist dem Senat durch die Berufung der Beklagten gegen ihre Verurteilung nach dem Hauptantrag ohne Weiteres angefallen (vgl. BGH, GRUR 2005, 692 [694] = WRP 2005, 1009 – „statt“-Preis; Zöller / Heßler, ZPO, 29. A., § 528 Rn. 20). 18

b) Der Klägerin steht ein entsprechender Unterlassungsanspruch aus §§ 3, 4 Nr. 9 lit. a, 8 Abs. 1 und 3 Nr. 1 UWG zu. Der Senat hält nach Würdigung aller Umstände und umfassender rechtlicher Abwägung unter teilweiser Aufgabe seiner Auffassung im Berufungsurteil des Verfügungsverfahrens dafür, dass die Klägerin von der Beklagten, mit der sie in Deutschland in einem wenigstens potentiellen konkreten Wettbewerbsverhältnis (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG) steht, schon unter dem Gesichtspunkt der vermeidbaren Herkunftstäuschung (§ 4 Nr. 9 lit. a UWG) verlangen kann, ein Anbieten der als nahezu identische Nachahmung ihrer „Mikado“-Keksstangen anzusehenden angegriffenen Produkte in der streitbefangenen Aufmachung und in den im Tenor bezeichneten Handlungsformen zu unterlassen. Lediglich die Einfuhr der Keksprodukte kann der Beklagten auf wettbewerbsrechtlicher Grundlage nicht untersagt werden. 19

aa) Der Vertrieb eines nachahmenden Erzeugnisses kann wettbewerbswidrig sein, wenn das nachgeahmte Produkt von wettbewerblicher Eigenart ist und besondere Umstände hinzutreten, die seine Nachahmung als unlauter erscheinen lassen. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen; je größer die wettbewerbliche Eigenart und je größer der Grad der Übernahme sind, desto geringere Anforderungen sind an die besonderen Umstände zu stellen, die die Unlauterkeit der Nachahmung begründen (st. Rspr., vgl. nur BGH, GRUR 2009, 1069 = WRP 2009, 1374 [Rn. 12] – Knoblauchwürste; GRUR 2012, 1155 = WRP 2012, 1379 [Rn. 16] – Sandmalkasten; jeweils m.w.N.). 20

bb) Nachahmungsschutz in diesem Sinne genießen nicht allein die verpackten, durch ihre Bezeichnung und sonstige Aufmachung an einen Titel des japanischen Kaisers und das gleichnamige Geschicklichkeitsspiel erinnernden „Mikado“-Produkte der Klägerin, so wie sie im Handel angeboten werden, sondern auch die Keksstangen als solche, wie sie dem Verbraucher seit ihrer Markteinführung in Deutschland vor drei Jahrzehnten in Fernsehwerbespots (vgl. Berufungserwiderung S. 12-14), Produktabbildungen und werblichen Präsentationen sowie als eine bei verschiedenen Gelegenheiten zum Verzehr angebotene Knabberlei begegnen. Auf die in Deutschland bisher vergeblich gebliebenen Versuche der Klägerin, für die Form ihres Produkts markenrechtlichen Schutz zu erlangen, kommt es insoweit nicht an. 21

Gegenstand des wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes können Leistungs- und Arbeitsergebnisse aller Art sein (BGH, GRUR 2012, 1155 = WRP 2012, 1379 [Rn. 19] – 22

Sandmalkasten), unabhängig davon, ob sie ihrer Art nach sonderrechtsschutzfähig sind oder ob ein an sich möglicher Sonderrechtsschutz noch nicht oder nicht mehr besteht (vgl. *Köhler / Bornkamm*, a.a.O., § 4 Rn. 9.21). Von der Verkehrsauffassung hängt es ab, ob nur ein vollständiges Produkt oder auch einzelne Teile geschützte Erzeugnisse sein können (vgl. BGH, a.a.O.). Wettbewerbliche Eigenart kommt einem solchen Erzeugnis zu, wenn seine konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, GRUR 2010, 1125 = WRP 2010, 1465 [Rn. 21] – Femur-Teil m.w.N.).

Dies ist bei den Keksstangen der Klägerin der Fall. Wie das Landgericht im angefochtenen Urteil unter Wiederholung der Ausführungen der Kammer für Handelssachen im Verfügungsverfahren eingehend und zutreffend dargestellt hat, weisen die „Mikado“-Keksstangen eine besondere Gestaltung auf, die sie von vielen alltäglichen, vom Verbraucher keinem bestimmten Herkunftsbetrieb zugeordneten Produktformen im Keks- und Süßwarenbereich unterscheidet. Die charakteristische Ausführung der sehr schlanken, zu vier Fünfteln mit Schokolade überzogenen Stangen folgt ersichtlich keiner technischen Notwendigkeit, sondern stellt sich als vorwiegend ästhetisch bestimmte Kombination frei wählbarer Elemente dar; der funktionelle Vorteil, dass die zum Verzehr präsentierten Keksstangen vom Konsumenten am schokoladenfreien Ende angefasst werden können, ohne Gefahr zu laufen, die Finger mit schmilzender Schokolade zu verunreinigen, schließt es nicht aus, dass auch dieses Gestaltungselement zur wettbewerblichen Eigenart des Erzeugnisses beiträgt, zumal die konkrete Ausgestaltung des Endes und dessen Längenverhältnis zum schokoladenumhüllten Teil des Kekses keineswegs zwingend ist (vgl. zu frei wählbaren technischen Merkmalen BGH, GRUR 2010, 80 = WRP 2010, 94 [Rn. 27] – LIKEaBIKE). 23

Zutreffend hat das Landgericht auch festgestellt, dass die spezielle Merkmalskombination der „Mikado“-Keksstangen im relevanten wettbewerblichen Umfeld nicht ihresgleichen hat; der Senat nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen darauf Bezug. Die der Klägerin erst nach Prozessbeginn bekannt gewordenen ähnlichen Produkte des Mitbewerbers Ülker müssen insoweit außer Betracht bleiben, um ihr nicht jede Möglichkeit der rechtlichen Gegenwehr gegen gleichzeitig auf den Markt drängende Nachahmungen mehrerer Anbieter zu nehmen (vgl. *Köhler / Bornkamm*, a.a.O., § 4 Rn. 9.26 m.w.N.). Soweit die Beklagte sich zu dem vorgetragenen energischen Vorgehen der Klägerin gegen die Ülker-Produkte mit Nichtwissen erklärt und behauptet, diese würden weiterhin verbreitet in Deutschland angeboten, genügt dies schon mangels näherer Konkretisierung des Marktanteils des ausländischen Anbieters nicht, um einen Wegfall der seit 1982 erworbenen wettbewerblichen Eigenart der „Mikado“-Keksstangen annehmen zu können. 24

Auf eine durch beachtliche Bekanntheit dieser Erzeugnisse im Gegenteil sogar erhöhte wettbewerbliche Eigenart weist neben der langjährigen Marktpräsenz des Produkts „Mikado“ in Deutschland und dem Umstand, dass die Klägerin ihre Umsätze von etwa 7.000 € im Jahr 2005 auf über 12.000 € im Jahr 2009 steigern konnte, das Ergebnis der als Anlage K 2 vorgelegten Studie aus dem Jahr 2009 hin. Obwohl die methodische Zuverlässigkeit der Online-Umfrage nicht ganz zweifelsfrei sein mag, deutet ein Anteil von 66 % der Befragten, dem die unverpackten Keksstangen spontan bekannt vorkam, und ein über 30 % liegender Zuordnungsgrad doch darauf hin, dass große Teile der deutschen Bevölkerung diese Warenform für charakteristisch halten und damit Herkunftsvorstellungen verbinden. 25

Bei dieser Sachlage bedarf es keiner näheren Ausführungen dazu, dass die klägerischen Keksstangen zumindest eine gewisse Bekanntheit bei nicht unerheblichen Teilen des 26

angesprochenen inländischen Publikums erlangt haben, so dass sich die Gefahr einer Herkunftstäuschung in noch relevantem Umfang ergeben kann, wenn Original- und Nachahmungsprodukte am Markt nicht parallel angeboten werden (vgl. BGH, a.a.O. [Rn. 36]),.

cc) Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass die Keksstangen der Beklagten entgegen deren Vorbringen eine nahezu identische Nachahmung der „Mikado“-Kekse der Klägerin sind. Schon beim unmittelbaren Vergleich (Abbildungen S. 6 der Klageschrift und S. 12 der Klageerwiderung) zeigen sich in der (den Senatsmitgliedern aus eigener Anschauung zugänglichen) Wahrnehmung eines durchschnittlich informierten verständigen Verbrauchers, der den Produkten mit angemessener Aufmerksamkeit begegnet, allenfalls marginale Unterschiede. Grundform, Länge und Dicke der Keksstangen stimmen ebenso überein wie insbesondere die Proportionen von Keks und Schokoladenüberzug; geringfügige Abweichungen beim Bräunungsgrad der Kekse und bei der Beschaffenheit des Kuvertürenrandes am schokoladenfreien Ende wird der Verbraucher entweder überhaupt nicht wahrnehmen oder gewöhnlichen Schwankungen im Produktionsprozess zuschreiben, wie bereits das Landgericht im Einzelnen zutreffend ausgeführt hat.

27

Dies gilt auch und erst recht, wenn dem Vergleich die Abbildungen der Beklagtenprodukte auf den Verkaufsverpackungen zu Grunde gelegt werden. Bei diesen zweidimensionalen bildlichen Darstellungen der Keksstangen fallen die vorerwähnten geringfügigen Abweichungen gegenüber den Keksstangen der Klägerin überhaupt nicht mehr auf; dem Betrachter ins Auge springen vielmehr die vollständig übernommenen Gestaltungsmerkmale, wobei insbesondere das charakteristische Längenverhältnis von Keks und Schokoladenumhüllung zwar nicht bei jeder einzelnen der sieben (sechs mit dem dem schokoladenfreien Ende nach oben, eine umgekehrt) abgebildeten Keksstangen, sehr wohl aber im Gesamteindruck deutlich zu erkennen ist.

28

dd) Auf Grund ihrer nahezu identischen Gestaltung sind die Keksstangen der Beklagten bei einem Vertrieb in den in der Urteilsformel wiedergegebenen Umverpackungen geeignet, eine Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeizuführen. Dem steht nicht entgegen, dass die Umverpackungen außerdem das Herstellerkennzeichen „?ölen“ und die von der klägerischen Produktbezeichnung „Mikado“ abweichende Bezeichnung „Biscolata Stix“ tragen. Ob die Hervorhebung des Herstellernamens ausreicht, um die Gefahr einer Herkunftsverwechslung in ausreichendem Maße einzudämmen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (BGH, GRUR 2001, 443 [445 f.] = WRP 2001, 534 – Viennetta). Im Streitfall wird durch die Kennzeichnungen auf den Verpackungen der Beklagten die Gefahr einer unmittelbaren Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft der darin angebotenen und darauf abgebildeten, die Gestaltung der Klägerprodukte nahezu vollständig übernehmenden Keksstangen, jedenfalls aber die einer Herkunftstäuschung im weiteren Sinne nicht hinreichend vermieden.

29

(1) Der Senat kann ebenso wie das Landgericht und der Bundesgerichtshof in seinen beiden jüngsten einschlägigen Entscheidungen (BGH, GRUR 2008, 793 = WRP 2008, 1196 [Rn. 33] – Rillenkoffer; GRUR 2010, 1125 = WRP 2010, 1465 [Rn. 35] – Femur-Teil) offen lassen, ob für die Frage der Herkunftstäuschung gemäß bisheriger höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGHZ 161, 204 = GRUR 2005, 349 [353] = WRP 2005, 476 - Klemmbausteine III; GRUR 2007, 339 = WRP 2007, 313 [Rn. 39] – Stufenleitern; vgl. bereits BGH, GRUR 2001, 443 [445] = WRP 2001, 534 – Viennetta) allein der Zeitraum bis zur Kaufentscheidung der Abnehmer maßgeblich ist oder ob nach der die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken umsetzenden UWG-Novelle 2008 auch mögliche Produktverwechslungen

30

nach dem Kaufabschluss („post-sale-confusion“) in die Bewertung einzubeziehen sind (vgl. dafür *Köhler / Bornkamm*, a.a.O., § 4 Rn. 9.41; dagegen *Piper / Ohly / Sosnitza*, UWG, 5. Aufl., § 4 Rn. 9/55; *Leistner*, in: Großkommentar UWG, 2. Aufl., § 4 Rn. 152).

Nicht entschieden werden muss insbesondere, ob die im angefochtenen Urteil unter Nr. IV 3 lit. c (Urteilsausfertigung S. 28) geschilderte, vom Prozessbevollmächtigten der Beklagten als „Sonntag-Nachmittags-Kaffee-Situation“ apostrophierte Fallgestaltung, bei der unverpackte Kekse der Beklagten jemandem vorgesetzt werden, der sie für „Mikado“-Keksstangen der Klägerin hält und nur deshalb verzehrt, eine Herkunftstäuschung zu begründen vermag (oder ob insoweit allenfalls eine unlautere Rufausbeutung in Betracht kommt, wie sie das Landgericht angenommen hat). 31

(2) Dass die Nachahmungsprodukte der Beklagten irrtümlich dem Originalhersteller der „Mikado“-Keksstangen zugeordnet werden, droht nämlich bereits dann, wenn Verbraucher, die die unverpackten Produkte der Klägerin bei früheren Gelegenheiten kennen gelernt haben und sie wegen ihrer wettbewerblichen Eigenart einer bestimmten Quelle zurechnen, ohne diese genau benennen zu können, in der Einkaufssituation die ihnen bekannten Originalprodukte auf der Umverpackung der Beklagtenprodukte wiederzuerkennen meinen. 32

Eine solche Situation liegt im Streitfall nicht etwa deshalb fern, weil der Verkehr sich bei verpackten Lebensmitteln und ähnlichen Waren des täglichen Bedarfs einer Fülle von Produkten und Sortimenten gegenüber sieht, die sich in Waren- und Verpackungsgestaltung meist nicht wesentlich unterscheiden, sondern regelmäßig stark ähneln, trotzdem aber von unterschiedlichen Herstellern stammen. Bei solchen Produkten wird zwar im Allgemeinen davon auszugehen sein, dass der Verkehr sich in erster Linie an der Produktbezeichnung und der Herstellerangabe orientiert und die verschiedenen Erzeugnisse nicht ausschließlich nach der äußeren Gestaltung der Ware oder Verpackung unterscheidet (vgl. BGH, GRUR 2001, 443 [446] = WRP 2001, 534 – Viennetta; vgl. *Köhler / Bornkamm*, a.a.O., § 4 Rn. 9.43c. 9.46b). Der Bundesgerichtshof, auf dessen hier zitierte Ausführungen sich der Senat im Verfügungsverfahren maßgeblich gestützt hat, hat jedoch im Leitsatz seiner Entscheidung, die eine lediglich nachschaffende Übernahme von Speiseeisprodukten betraf, zum Ausdruck gebracht, dass eine andere Beurteilung im Falle einer identischen Übernahme aller wesentlichen Gestaltungsmerkmale des nachgeahmten Produkts nahe liegen kann. 33

Ein derartiger Fall liegt hier vor. Einen Erfahrungssatz des Inhalts, dass die Abnehmer von bereits für sich genommen wettbewerblich eigenartigen, wenn auch nur verpackt vertriebenen Keksstangen der in Rede stehenden Art bei der Begegnung mit identischen Produktgestaltungen stets zusätzlich auf die ihnen bekannte Produkt- und Herstellerbezeichnung des Originalprodukts zu achten pflegen, so dass jede davon deutlich abweichende Kennzeichnung der Verpackungen, wie sie im Streitfall (gemäß den Erwägungen des Senats in seinem Urteil vom 08.07.2011 – 6 U 41/11) sicherlich anzunehmen ist, eine Herkunftstäuschung ausschließt, hat der Senat von der Beklagten nicht überzeugend dargetan gefunden und vermag er auch selbst nicht aufzustellen. 34

Für die Gewährung wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes ist es nicht erforderlich, dass die angesprochenen Verkehrskreise das Unternehmen, dem sie eine bekannte Ware zuschreiben, namentlich kennen. Vielmehr genügt es, dass sie die Vorstellung haben, die Ware sei von einem bestimmten Hersteller, wie auch immer dieser heißen möge, oder einem mit diesem verbundenen Unternehmen in den Verkehr gebracht worden (vgl. BGH, GRUR 2007, 339 = WRP 2007, 313 [Rn. 40] – Stufenleitern; GRUR 2007, 984 = WRP 2007, 1455 [Rn. 32] – Gartenliege). Für Süß- und Backwaren gelten in dieser Hinsicht keine grundsätzlich anderen Maßstäbe; in markenrechtlichen Verletzungsverfahren, zu denen 35

Wertungswidersprüche sonst kaum vermeidbar wären, hängt gerade auch bei solchen Waren die Frage, ob der Verkehr die Form des Produkts als Hinweis auf seine Herkunft aus einem bestimmtem Unternehmen versteht, nicht davon ab, ob das Unternehmen auch richtig benannt wird (vgl. BGHZ 169, 295 = GRUR 2007, 235 = WRP 2007, 186 [Rn. 25] – Goldhase I; GRUR 2008, 505 = WRP 2008, 797 [Rn. 29] – TUC-Salzkracker).

Im Streitfall hat der Senat davon auszugehen, dass ein relevanter Teil der von den Beklagtenprodukten angesprochenen Endabnehmer zwar die am deutschen Markt seit langem eingeführten Klägerprodukte als solche, nicht aber deren Herkunftsunternehmen oder Produktnamen kennen. Die im Auftrag der Klägerin 2009 durchgeführte Online-Umfrage (Anlage K 2) deutet auf eine erhebliche Differenz zwischen den Verbrauchern hin, die mit der Form der „Mikado“-Keksstangen wegen ihrer besonderen Eigenart und Bekanntheit Herkunftsvorstellungen verbinden, und denen, die sich auch an ihre Produktbezeichnung oder Herstellerin erinnern. Wer die Keksstangen der Klägerin anlässlich einer privaten, beruflichen oder öffentlichen Einladung angeboten oder von Dritten mitgebracht bekommen hat oder wer im Laufe der Zeit vergessen hat, unter welcher Bezeichnung und in welcher Verpackung er sie früher einmal gekauft hatte, kann sich beim Kauf nur an ihrer charakteristischen Form orientieren und läuft dann ohne Weiteres Gefahr, sie auf Grund der Form, die ihm als Abbildung auf den Verpackungen der Beklagtenprodukte entgegentritt, mit diesen zu verwechseln.

36

(3) Außerdem verweist die Klägerin (vgl. nur S. 9 und 14 der Berufungserwiderung) zu Recht darauf, dass unter den Umständen des Streitfalles jedenfalls eine Herkunftstäuschung im weiteren Sinne droht, wie sie vorliegt, wenn der Verkehr die Nachahmung für ein unter einer Zweitmarke vertriebenes Produkt des Originalherstellers hält oder wenn er von geschäftlichen oder organisatorischen Beziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen ausgeht (vgl. BGH, GRUR 2001, 443 [445] = WRP 2001, 534 – Viennetta; GRUR 2009, 1069 = WRP 2009, 1374 [Rn. 15] – Knoblauchwürste). Wegen der quasi-identischen Produktgestaltung liegt eine solche Vorstellung auch bei denjenigen Verbrauchern nahe, die die Originalprodukte der Klägerin unter ihrer Bezeichnung „Mikado“ kennen oder richtig der Herstellermarke „De Beukelaer“ zuordnen. Diese Verbraucher können „Biscolata Stix“ nach Lage der Dinge nämlich für eine alternative Produktbezeichnung und „?ölen“ für eine von dem Einzelhandelsunternehmen verwendete Handelsmarke, wie sie in jüngerer Zeit nicht nur im Discountbereich immer größere Verbreitung finden, halten. Es versteht sich von selbst, dass jedenfalls unter Hinzurechnung dieser Verbraucher der Anteil der durch die Produkt- und Verpackungsgestaltung zu Herkunftstäuschungen verleiteten potentiellen Endabnehmer insgesamt ganz erheblich und keineswegs zu vernachlässigen ist.

37

(4) Soweit der Senat in seinem von der Beklagten mit dem Stichwort „Pralinenform III“ bezeichneten Urteil vom 11.11.2011 – 6 U 86/03 – es als eine nach der Lebenserfahrung allenfalls ganz selten vorkommende und deshalb für die Beurteilung außer Betracht zu lassende Fallgestaltung angesehen hat, dass Verbrauchern eine Anzahl vollständig ausgepackter Exemplare der dort in Rede stehenden, einzeln in Folie verpackten Süßwarenprodukte angeboten würden, lassen sich diese Ausführungen auf den Streitfall schon deshalb nicht übertragen, weil ein Anbieten der Keksstangen in der lediglich geöffneten Umverpackung und darin befindlichen, der Konservierung dienenden weiteren Verpackung hier zwar möglich, aber unter hygienischen und ästhetischen Gründen weder zwingend noch naheliegend ist. Erst recht tragen die marken- und wettbewerbsrechtlichen Erwägungen des Senats in jener Entscheidung nichts zu der im Streitfall maßgeblichen Frage bei, ob Verbraucher, welche die ausgepackte Keksstange der Klägerin kennen, durch die Abbildung des gleich aussehenden Nachahmungsprodukts auf der Umverpackung der

38

Beklagten zu irrigen Vorstellungen über dessen Herkunft verleitet werden.

(5) Zumutbare und geeignete Maßnahmen zur Vermeidung der drohenden Herkunftstäuschung, die der Nachahmer zu ergreifen hat, um dem Unlauterkeitsvorwurf zu entgehen (vgl. BGH, GRUR 2009, 1069 = WRP 2009, 1374 [Rn. 12] – Knoblauchwürste m.w.N.), stehen der Beklagten über die streitbefangene Kennzeichnung ihrer Verkaufsverpackungen hinaus zur Verfügung. In diesem Zusammenhang kann dahingestellt bleiben, ob es ihr zumutbar wäre, eine Änderung der Produktgestaltung selbst (etwa bei den Maßen oder beim Längenverhältnis von Keksstangen und Schokoladenkuvertüre) vorzunehmen oder ob die Klägerin die quasi-identische Nachahmung ihres nicht unter Sonderrechtsschutz stehenden Kekssprodukts, dessen Gestaltung neben ästhetischen Vorzügen auch funktionelle Vorteile bietet (vgl. oben bb), letztlich hinzunehmen hat (vgl. zur Übernahme gemeinfreier technischer Merkmale BGH, GRUR 2012, 58 [Rn. 46] – Seilzirkus m.w.N.). Denn jedenfalls kommen Änderungen der Verpackungsgestaltung in Betracht, die es entweder von vornherein verhindern, dass Verbraucher die Nachahmungen der Beklagten auf Grund ihrer Abbildung auf den Verpackungen für die Originale halten, oder die durch eindeutige Zusätze darüber aufklären, dass „?ölen Biscolata Stix“ ein eigenständiges und kein vom Originalhersteller der „Mikado“-Kekse unter einer Zweitmarke angebotenes oder lizenziertes Produkt ist.

ee) Letztlich liegt in der quasi-identischen Nachahmung des Klägerprodukts, das in Deutschland über eine beachtliche Verkehrsbekanntheit und dank der Gütevorstellungen, die sich während seiner langjährigen erfolgreichen Marktpräsenz bilden konnten, über einen guten Ruf verfügt, auch eine unangemessene, den Absatz der Klägerin beeinträchtigende Ausnutzung seiner Wertschätzung, die nicht durch klar abgrenzende Hinweise auf die unterschiedliche Herkunft in der Verpackungsgestaltung kompensiert wird; insoweit wird auf die auf § 4 Nr. 9 lit. b UWG bezogenen Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen.

ff) Indem sie ihr Produkt „Biscolata Stix“ bei der ISM 2010 ausstellte, hat die Beklagte dafür geworben und eine diesbezügliche Wiederholungsgefahr begründet, so dass ihre Verurteilung zur Unterlassung gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 UWG gerechtfertigt ist. Darüber hinaus belegt die Ausstellung des Produkts auf der Messe – wie bereits vom Landgericht zu Recht angenommen – wenigstens eine Erstbegehungsgefahr des Anbietens, Vertreibens und/oder sonstigen Inverkehrbringens in Deutschland gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 UWG.

Die einen früheren Messeauftritt der Beklagten mit einem anderen Süßwarenprodukt betreffende markenrechtliche Entscheidung des Bundesgerichtshofs, wonach aus der Werbung für ein Produkt auf der Internationalen Süßwarenmesse in L und auf der eigenen Internetseite nicht auf ein Anbieten oder Inverkehrbringen im Inland geschlossen werden könne, es vielmehr der Feststellung ernsthafter und greifbarer tatsächlicher Anhaltspunkte für das Vorliegen einer entsprechenden Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr bedürfe (BGH, GRUR 2010, 1103 = WRP 2010, 1508 [Rn. 22 f.] – Pralinenform II), dürfte den Umständen dieses Einzelfalls geschuldet und nicht zu verallgemeinern sein. Mit dem Landgericht ist der Senat der Auffassung, dass das Ausstellen von Produkten auf einer Messe in Deutschland typischerweise zu dem Zweck geschieht, sie an interessierte Messebesucher und damit jedenfalls auch an inländische Abnehmer zu verkaufen, so dass nach der Lebenserfahrung auch ohne weitergehende Feststellungen zumindest von einer Erstbegehungsgefahr des Anbietens, Vertreibens und sonstigen Inverkehrbringens im Inland auszugehen und es dem Aussteller obliegt, für jeden Messebesucher erkennbare gegenteilige Tatsachen – wie im Streitfall den Hinweis „NOT FOR SALE IN GERMANY“ bei der ISM 2011 – darzulegen und notfalls zu beweisen (wie hier: Graf von der Groeben, GRUR

2011, 795 ff.).

Hinzu kommt im Streitfall, dass die Produktpräsentation auf der ISM 2010, bei der nach 43
unbestrittener Darstellung der Klägerin (vgl. Schriftsatz vom 04.04.2011 und S. 17-19 der
Berufungserwiderung) am Messestand der Beklagten unter anderem unverpackte
Keksstangen zum probeweisen Verzehr angeboten wurden, zusätzlich gegen die Annahme
spricht, es sei ihr in Bezug auf deutsche Messebesucher nur um eine uneigennützige
Leistungsschau und keine Absatzförderung gegangen.

Für ein Verbot der im Hilfsantrag der Klägerin enthaltenen Verletzungsform der Einfuhr fehlt 44
es allerdings gemäß den zutreffenden, im Berufungsrechtszug unangegriffenen
Ausführungen des Landgerichts zum gleichlautenden Teil des Hauptantrages an einer
wettbewerbsrechtlichen Grundlage, so dass die Klage insoweit der Abweisung unterliegt.
Hinsichtlich der Annexanträge verbleibt es ohnehin bei der rechtskräftigen Abweisung durch
das Landgericht.

III. 45

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen 46
Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Der Senat hat die Revision gemäß §
543 Abs. 2 ZPO zugelassen, weil der Fall grundsätzliche Fragen der Unlauterkeit von
Produktnachahmungen im Bereich verpackter Lebensmittel aufzuwerfen scheint.

IV. 47

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird in Abänderung des Senatsbeschlusses vom 48
18.01.2013 auf 250.000,00 € festgesetzt, wobei nach § 45 Abs. 1 S. 1 GKG der Wert des
Hauptanspruchs mit 150.000,00 € und der des Hilfsanspruchs mit 100.000,00 €
zusammenzurechnen waren.

Der Streitwert für das Verfahren erster Instanz wird unter Einbeziehung des Wertes der 49
Annexansprüche gemäß § 63 Abs. 3 S. 1 GKG abändernd auf 280.000,00 € festgesetzt.