# Oberlandesgericht Köln, 6 U 85/13

| | |
|---|---|
| **Datum:** | 20.12.2013 |
| **Gericht:** | Oberlandesgericht Köln |
| **Spruchkörper:** | 6. Zivilsenat |
| **Entscheidungsart:** | Urteil |
| **Aktenzeichen:** | 6 U 85/13 |
| **ECLI:** | ECLI:DE:OLGK:2013:1220.6U85.13.00 |

| | |
|---|---|
| **Vorinstanz:** | Landgericht Köln, 81 O 91/12 |
| **Normen:** | UWG § 4 Nr. 9; MarkenG § 14 Abs. 2, Nrn. 2 und 3 |

**Tenor:**

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das am 25.04.2013 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 81 O 91/12 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder von Ordnungshaft bis zu sechs Monaten verurteilt, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs mit Erdnuss und Karamell gefüllte schokoladenumhüllte Riegel in der nachstehend wiedergegebenen Verpackung anzubieten, zu vertreiben, in den Verkehr zu bringen und/oder zu bewerben:

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

II. Die Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin zu 3/4 und die Beklagte zu 1/4 zu tragen.

III. Dieses Urteil sowie Ziffer 1.b. des angefochtenen Urteils sind vorläufig vollstreckbar. Die der Vollstreckung ausgesetzte Partei darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht die gegnerische Partei vor der Vollstreckung Sicherheit leistet. Die Sicherheitsleistung beträgt

- hinsichtlich des Unterlassungsgebots 250.000,00 EUR

- hinsichtlich der Kosten für die die Vollstreckung abwendende Partei 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren, für die vollstreckende Partei 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

---

**G r ü n d e :** 1

**I.** 2

Die Klägerin ist eine bekannte Herstellerin von Süßwaren in Deutschland und übernimmt für ihre amerikanische Muttergesellschaft, die N, Inc., den Vertrieb der Produkte in Deutschland. 3

Zu dem Sortiment der Klägerin zählt der mit einer Kokosnusszubereitung gefüllte, als längliche Form mit abgerundeten Ecken, einer wellenförmigen Oberflächenstruktur sowie dem Schriftzug „BOUNTY“ und der Einprägung von Palmendarstellungen auf der Unterseite ausgestattete Schokoladenriegel „BOUNTY“. Dieser Artikel wird jedenfalls seit Anfang der 90-er Jahre in verschiedenen Größen einer blau-weißen Verpackung vertrieben, auf der die Produktbezeichnung in weißen großen Druckbuchstaben angebracht und eine Südsee- 4

Szenerie mit Palme, Meer und Himmel sowie eine auf einem Palmzweig drapierte aufgeschlagene Kokosnuss, bei bestimmten Packungen auch der Schokoladenriegel in unverpackter und angeschnittener sowie in verpackter Form, abgebildet sind. Die Klägerin erzielte mit dem Produkt „BOUNTY“ in den Jahren 2010 und 2011 jeweils Umsätze von über 22 Millionen EUR sowie Anteile von mehr als 2,6 % im Marktsegment der Schokoladenriegel.

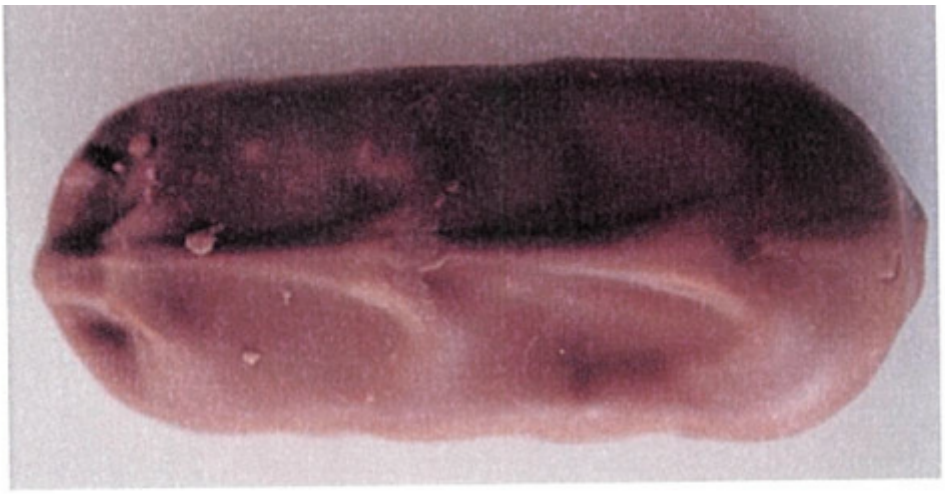
Bei einer im Oktober/November 2004 durchgeführten Verkehrsbefragung der GfK Marktforschung GmbH ordneten 42,7 % aller Befragten den unverpackten Schokoladenriegel dem Produkt „BOUNTY“ bzw. dessen Hersteller sowie 6,7 % der Befragten den von der N, Inc. angebotenen Erzeugnissen „Mars“, „Milky Way“ oder „Snickers“ zu; weitere 3,8 % der Befragten wussten zur Bezeichnung des Produkts oder des Herstellers keine Angaben zu machen. 5

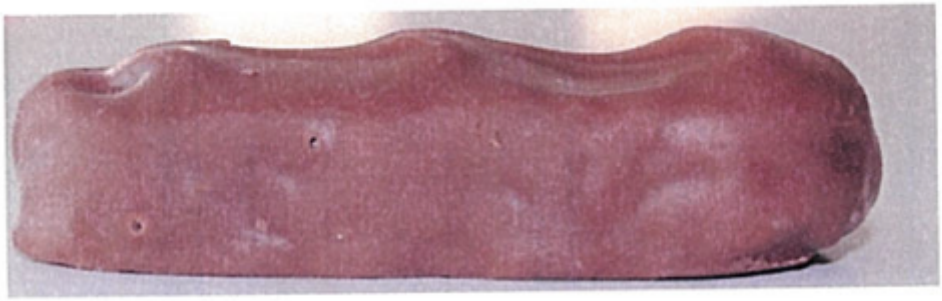
Bereits am 24.04.2003 war auf die Anmeldung der N, Inc., vom 07.05.1998 die Form des „BOUNTY“-Riegels als dreidimensionale Gemeinschaftsmarke registriert worden. Auf die Beschwerde eines Drittunternehmens wurde die Marke am 23.10. 2007 mangels in der Europäischen Gemeinschaft erlangter Unterscheidungskraft wieder gelöscht; eine dagegen gerichtete Beschwerde sowie die nachfolgende Klage der N, Inc. vor dem Gericht erster Instanz der Europäischen Union blieben erfolglos. In der Folgezeit beantragte die N, Inc. die Umwandlung der anfangs eingetragenen Gemeinschafts- in eine nationale Marke, welche vom Harmonisierungsamt am 31.05.2010 genehmigt wurde. Daraufhin trug das Deutsche Patent- und Markenamt am 11.10.2011 zu Gunsten der N, Inc. die dreidimensionale Marke Nr. 302010033190 in Form des unverpackten „BOUNTY“-Riegels unter anderem für nicht medizinische Süßwaren ein. An diesem Zeichen hat die N, Inc. der Klägerin eine einfache Lizenz eingeräumt. Die Beklagte hat beim Deutschen Patent- und Markenamt die Löschung der von ihr mangels Nachweises der Verkehrsdurchsetzung in Deutschland als nicht unterscheidungskräftig angesehenen dreidimensionalen Formmarke beantragt (20 2010 033 190 - 91/13 Lösch) sowie beim Landgericht München I Löschungsklage (33 O 10153/13) erhoben. 6

Zu dem Süßwarensortiment der Klägerin zählt des Weiteren der mit einer Erdnuss-Karamell-Nougat-Zubereitung gefüllte Schokoladenriegel „SNICKERS“, der ebenfalls in verschiedenen Packungsgrößen angeboten wird. Dieser Artikel wird seit Anfang der 1980-er Jahre durchweg in einer braunen Verpackung angeboten, auf der die Produktbezeichnung in blauen Großbuchstaben vor einem rot eingerahmten weißen Hintergrund aufgedruckt sowie jedenfalls seit mehreren Jahren verstreut geschälte ganze und halbe Erdnüsse angeordnet sowie je nach Packung teils auch aufgeschnittene unverpackte, teilweise auch verpackte Schokoladenriegel abgebildet sind. Mit dem „SNICKERS“-Produkt setzte die Klägerin im Jahr 2010 über 95 Millionen EUR sowie im Jahr 2011 – bei Werbeaufwendungen von mehr als 5 Millionen EUR - über 100 Millionen EUR um und erzielte damit bei Schokoladenriegeln einen Marktanteil von 7,9 % im Jahr 2010 sowie von über 8,6 % im Jahr 2011. 7

Die Beklagte vertreibt in der Türkei sowie in einer Vielzahl anderer, auch europäischer Staaten Schokoladenartikel und andere Süßwaren. Sie präsentierte Ende Januar 2012 auf Internationalen Süßwarenmesse (ISM) in L folgenden mit auf der Oberseite wellenartig ausgeprägter Schokolade umhüllten und mit Kokos gefüllten Riegel mit abgerundeten Schmalseiten 8

9





10

in der nachstehend eingeblendeten blau-weißen Umverpackung mit sternartigen Symbolen, die in geschwungener Schrift die Produktbezeichnung „Wish“ sowie daneben einen aufgeschnittenen Schokoladenriegel und eine aufgeschlagene Kokosnuss ausweist: 11

12

Außerdem stellte die Beklagte auf der ISM 2012 einen schokoladeumhüllten, im oberen Bereich mit Karamell und Erdnüssen sowie im unteren Bereich mit Nougat gefüllten Schokoladenriegel aus, auf dessen im Tenor wiedergegebener Verpackung in schräg 13

gestellten lilafarbenen, weiß und rot umrandeten Druckbuchstaben die Produktbezeichnung „Winergy“, umgeben von Abbildungen ganzer und halber geschälter Erdnüsse sowie eines angeschnittenen Produkts, vor einem dunkelbraunen Hintergrund angebracht ist.

Die Klägerin beanstandet die Verpackungen der ihr am Messestand der Beklagten ausgehändigten „Wish“- und „Winergy“-Schokoladenriegel jeweils unter dem Aspekt der vermeidbaren betrieblichen Herkunftstäuschung sowie der unangemessenen Rufausnutzung und –beeinträchtigung als wettbewerbswidrige Nachahmungen ihrer „BOUNTY“- und „SNICKERS“-Süßwaren. Darüber hinaus sieht sie durch die Form des Schokoladenriegels „Wish“ die Rechte der N, Inc. an der eingetragenen dreidimensionalen Marke verletzt. 14

Mit ihrer vorliegenden Klage hat die Klägerin von der Beklagten die Unterlassung des Angebots, des Vertriebs, des Inverkehrbringens und/oder der Bewerbung von mit Kokos sowie von mit Erdnuss und Karamell gefüllten schokoladenumhüllten Riegeln in den angegriffenen Verpackungen der „Wish“- und/oder „Winergy“-Süßwaren begehrt (Anträge zu 1.a. und 1.b.). Daneben hat sie, hauptsächlich auf die von ihr im Wege der Prozessstandschaft geltend gemachte Registermarke ihrer Muttergesellschaft und hilfsweise auf eine eigene kraft Verkehrsgeltung erlangte dreidimensionale Benutzungsmarke gestützt, die Unterlassung der Herstellung, des Angebots, des Vertriebs, des Inverkehrbringens und/ oder der Bewerbung mit Kokos gefüllter Schokoladenriegel in der Form des unverpackten „Wish“-Produkts verlangt (Antrag zu 2.). Des Weiteren hat sie im Hinblick auf die vorgenannten Handlungen Auskunft und Rechnungslegung sowie Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten - im Hinblick auf die Registermarke der N, Inc. aus abgetretenem, hilfsweise aus eigenem Recht – begehrt (Anträge zu 3. und 4.). 15

Mit Urteil vom 25.04.2013 hat das Landgericht der Klage hinsichtlich der Produktverpackungen unter dem Gesichtspunkt der vermeidbaren betrieblichen Herkunftstäuschung sowie bezüglich der Form des „Wish“-Schokoladenriegels wegen Verletzung der dreidimensionalen Registermarke der N, Inc. stattgegeben und den Antrag der Beklagten, das Verfahren bis zur Entscheidung über ihren Löschungsantrag auszusetzen, zurückgewiesen. 16

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der diese unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags weiterhin Klageabweisung, hilfsweise Aussetzung des Verfahrens wegen ihres beim Deutschen Patent- und Markenamt gestellten Löschungsantrags und der vor dem Landgericht München I erhobenen Löschungsklage sowie äußerst hilfsweise die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einer die Form des „Wish“-Schokoladenriegels untersagende Verurteilung, begehrt. Sie macht geltend, die „BOUNTY“- und „SNICKERS“-Verpackungen verfügten im Hinblick auf ihre farbliche und szenische Gestaltung nur über geringe wettbewerbliche Eigenart. Zudem seien die sich gegenüberstehenden Verpackungen der Parteien aufgrund ihres durch die unterschiedlichen Produktbezeichnungen in abweichenden Schriftzügen und die verschiedenen szenischen Darstellungen hervorgerufenen divergierenden Gesamteindrucks sowie wegen ihrer (der Beklagten) auf den Verpackungen angebrachten Herstellerkennzeichnung „S.“ nicht verwechslungsfähig. Ebenso wenig verwechslungsfähig seien die Form des „BOUNTY“-Schokoladenriegels und diejenige des „Wish“-Riegels, wobei letztere angesichts der auf den Verpackungen angebrachten Kennzeichnungen nicht markenmäßig verwendet worden sei, jedenfalls aber die weiteren Kennzeichnungen den Gesamteindruck der Ware mitgeprägten. 17

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Dabei ergänzt sie ihren Unterlassungsantrag zu 2. um den Hilfsantrag, den mit Kokos gefüllten Schokoladenriegel in der unter Ziffer 1.a. 18

wiedergegebenen Verpackung herzustellen, anzubieten, zu vertreiben und/ oder in den Verkehr zu bringen. Ihre aus einer eigenen Benutzungsmarke hergeleiteten Klagebegehren hat die Klägerin in der Berufungsverhandlung mit Einwilligung der Beklagten zurückgenommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil (§ 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO) sowie die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 19

**II.** 20

Die Berufung hat teilweise Erfolg. Die Verpackungsgestaltung und die Form des Schokoladenriegels „Wish“ der Beklagten stellen sich nicht als verbietungswürdig dar. Demgegenüber ist die Verpackung des Schokoladenriegels „Winergy“ wegen ihrer optischen Annäherung an die Ausstattung der Süßware der Klägerin unzulässig. 21

- 1. Soweit die Klägerin die Verpackungsgestaltungen der Schokoladenriegel „Wish“ und „Winergy“ der Beklagten als wettbewerbswidrige Nachahmungen ihrer Süßwaren „BOUNTY“ und „SNICKERS“ ansieht, besteht ein Unterlassungsanspruch aus den §§ 8 Abs. 1 S. 1; 3 Abs. 1; 4 Nr. 9 UWG allein hinsichtlich der Ausstattung des Produkts „Winergy“. 22 23

Der Vertrieb eines nachahmenden Erzeugnisses kann wettbewerbswidrig sein, wenn das nachgeahmte Produkt über wettbewerbliche Eigenart verfügt und besondere Umstände hinzutreten, die die Nachahmung unlauter erscheinen lassen. Dabei besteht zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Intensität der Nachahmung und den besonderen wettbewerblichen Unlauterkeitsumständen eine Wechselwirkung, so dass bei einer größeren wettbewerblichen Eigenart und einem höheren Grad der Übernahme die Anforderungen an die Umstände, die die Wettbewerbswidrigkeit der Nachahmung begründen, geringer sind und umgekehrt (vgl. BGH GRUR 2008, 793 Rn. 27 - Rillenkoffer; GRUR 2010, 80 Rn. 21 - LIKEaBIKE; GRUR 2010, 1125 Rn. 19 – Femur-Teil; GRUR 2012, 58 Rn. 42 – Seilzirkus; GRUR 2013, 951 Rn. 14 – Regalsystem; GRUR 2013, 1052 Rn. 15 – Einkaufswagen III). 24

a) An Hand dieser Kriterien stellt die angegriffene, zwei hintereinander angeordnete Einzelriegel umfassende Verpackung des Schokoladenriegels „Wish“ der Beklagten keine unlautere Nachahmung der Ausstattung des Schokoladenriegels „BOUNTY“ der Klägerin im Sinne des § 4 Nr. 9 UWG dar. 25

aa) Allerdings hat das Landgericht der Ausstattung des „BOUNTY“-Riegels der Klägerin zu Recht eine erhebliche wettbewerbliche Eigenart zugesprochen. 26

Ein Erzeugnis besitzt wettbewerbliche Eigenart, wenn seine konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale nach ihrem Gesamteindruck geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen (vgl. BGH GRUR 2002, 275 [276] – Noppenbahnen; GRUR 2005, 600 [602] – Handtuchklemmen; GRUR 2007, 984 Rn. 16 – Gartenliege; GRUR 2010, 1125 Rn. 21 – Femur-Teil; GRUR 2013, 1052 Rn. 18 – Einkaufswagen III). Dabei kann auch einem Produktprogramm als Gesamtheit von Erzeugnissen mit Gemeinsamkeiten in der Zweckbestimmung und Formgestaltung wettbewerbliche Eigenart zukommen, wenn die wiederkehrende Formgestaltung der Produktserie charakteristische Besonderheiten aufweist, die bewirken, dass sich die zum 27

Programm gehörenden Gegenstände für den Verkehr deutlich von Waren anderer Hersteller abheben (vgl. BGH GRUR 1982, 305, 307 – Büromöbelprogramm; GRUR 1986, 673, 675 – Beschlagprogramm; GRUR 1999, 183, 186 – Ha-Ra/HARIVA; GRUR 2008, 793 Rn. 29 – Rillenkoffer; Senat GRUR-RR 2013, 24 – Gute Laune Drops; *Köhler*/Bornkamm, UWG, 31. Auflage, § 4 Rn. 9.29). Hierfür ist keine zergliedernde, auf einzelne Gestaltungsmerkmale abstellende Betrachtungsweise vorzunehmen, sondern auf den Gesamteindruck des jeweiligen Produkts bzw. der Serie abzustellen (vgl. BGH GRUR 2010, 80 Rn. 32 – LIKEaBIKE; Senat WRP 2013, 1500 Rn. 9 – PANDAS; Köhler a.a.O. § 4 Rn. 9.339). Insoweit kann der Gesamteindruck auch durch Gestaltungselemente bestimmt oder mitbestimmt werden, die für sich genommen nicht geeignet sind, im Verkehr auf die Herkunft eines Erzeugnisses aus einem bestimmten Unternehmen hinzuweisen (vgl. BGH GRUR 2010, 80 Rn. 34 – LIKEaBIKE; GRUR 2012, 1155 Rn. 31 – Sandmalkasten; GRUR 2013, 1052 Rn. 20 – Einkaufswagen III; GRUR 2013, 951 Rn. 19 - Regalsystem).

Demzufolge bezieht die Ausstattung des Schokoladenriegels „BOUNTY“ ihre wettbewerbliche Eigenart nicht allein und/oder vorrangig aus der blau-weißen Hintergrundgestaltung, sondern wird der Gesamteindruck der Verpackung durch das Zusammenspiel der aufgebrachten Produktbezeichnung, den bildlichen Darstellungen und der farblichen Ausgestaltung geprägt. 28

Dabei zeichnet sich die aufgedruckte Bezeichnung „BOUNTY“ optisch dadurch aus, dass sie in aufrechten weißen Druckgroßbuchstaben gehalten ist, welche sich über nahezu die gesamte Höhe und Breite der Schauseite ziehen und aufgrund ihrer dunkelblauen und goldfarbenen Schattierung dreidimensional wirken. Eingerahmt wird die geradlinige Produktbezeichnung durch die Darstellung einer grünfarbigen Palmenlandschaft an der linken Seite sowie, auf einem grünen Palmwedel drapiert, einer Hälfte sowie (bis auf die Verpackung der „BOUNTY Miniatures“) eines weiteren Stücks einer aufgeschlagenen Kokosnuss an der rechten Seite. Die zusätzliche Abbildung eines aufgeschnittenen, die wellenartige Oberflächenstruktur des Produkts veranschaulichenden „BOUNTY“-Riegels findet sich hingegen nicht auf den länglichen Verpackungen, in denen zwei bzw. drei Einzelriegel hintereinander oder neun Einzelriegel nebeneinander verpackt sind, sondern lediglich auf den demgegenüber andersformatigen und größerflächigen Tüten der Produkte „BOUNTY Minis“ und „BOUNTY Miniatures“. Farblich hinterlegt werden die vorgenannten Gestaltungselemente durch eine Fläche in verschiedenen ineinander übergehenden verwischten Blautönen, die durch ihren unteren und seitlichen Übergang in weiße Flächen sowie eine auf der Schauseite horizontal verlaufende verwischte weiße Linie den Eindruck einer Landschaft aus Strand, Meer und Himmel vermittelt. Insgesamt weist die Verpackungsgestaltung - in Anspielung auf die Südpazifikreise des durch die dortige Meuterei bekannt gewordenen Segelschiffs „Bounty“ - die charakteristische Anmutung einer Südsee-Landschaft auf. 29

In dieser Ausstattung ist die wettbewerbliche Eigenart der „BOUNTY“-Verpackung als von Hause aus durchschnittlich zu bewerten. Diese weist ungeachtet einzelner produktbeschreibender Elemente in der maßgeblichen Gesamtschau eine individuelle Anmutung auf, die sich von den Verpackungen anderer – auch mit Kokos gefüllter - Schokoladenriegel deutlich abhebt. Die Klägerin hat unwidersprochen vorgebracht, dass sie gegen sich an ihre Ausstattung anlehnende Konkurrenzprodukte vorgeht und demzufolge insbesondere die Südsee-Szenerie einzigartig geblieben ist. 30

Die den Verpackungen der „BOUNTY“-Schokoladenriegel aufgrund ihres spezifischen Gesamteindrucks originär zukommende durchschnittliche wettbewerbliche Eigenart hat sich aufgrund der Dauer und des Umfangs der Präsenz auf dem deutschen Markt erheblich 31

gesteigert. Der Grad der wettbewerblichen Eigenart eines Produkts kann durch seine tatsächliche Bekanntheit im Verkehr verstärkt werden (vgl. BGH GRUR 2010, 80 Rn. 37 – LIKEaBIKE; GRUR 2010, 1125 Rn. 24 - Femur-Teil; GRUR 2013, 1052 Rn. 24 – Einkaufswagen III). Die Klägerin hat unwidersprochen vorgetragen, dass sie für ihre „BOUNTY“-Riegel jedenfalls seit etwa 15 Jahren Produktverpackungen in der heutigen Ausstattung verwendet, die auf dem deutschen Markt bei nahezu allen Handelsunternehmen des Lebensmittelsektors gelistet sind und mit denen sie in Deutschland in den letzten Jahren Umsätze von mehr 20 Millionen EUR erzielt hat. Diese Umstände lassen darauf schließen, dass die „BOUNTY“-Verpackung eine beträchtliche Verkehrsbekanntheit genießt.

Demgegenüber kann von einer Schwächung der wettbewerblichen Eigenart durch das wettbewerbliche Umfeld nicht ausgegangen werden. Soweit die Beklagte auf Drittprodukte verwiesen hat, bilden diese - soweit es sich überhaupt um Schokoladenerzeugnisse handelt – weder eine vergleichbar markant ausgestaltete Produktbezeichnung noch die bildliche Darstellung einer Südsee-Szenerie ab. Davon abgesehen hat die Beklagte nicht konkret dargelegt, dass die Produkte des wettbewerblichen Umfelds Anfang 2012 auf dem deutschen Markt bereits seit längerer Zeit und in größerem Umfang vermarktet worden und deren Gestaltungsmerkmale deshalb zum Kollisionszeitpunkt einer erheblichen Anzahl von Verbrauchern geläufig waren. Den Beklagten trifft die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, die das Entstehen einer an sich gegebenen wettbewerblichen Eigenart hindern oder deren Schwächung – etwa in Folge der Marktpräsenz ähnlicher Erzeugnisse - begründen (vgl. Senat GRUR-RR 2008, 166 [168] – Bigfoot; Köhler a.a.O. § 4 Rn. 9.78). 32

bb) Die Beklagte hat die Ausstattung des „BOUNTY“-Schokoladenriegels zur Grundlage der Verpackung ihres „Wish“-Doppelriegels gemacht. So hat sie letztere ebenfalls in einer verwischten blau-weißen Farbgestaltung gehalten sowie rechts neben der Produktbezeichnung eine aufgeschlagene Kokosnuss abgebildet. Daneben ist ein aufgeschnittenes Produkt mit einer wellenförmigen Oberflächenstruktur abgebildet, wie es sich jedenfalls auf den – allerdings nicht schlauchförmigen, sondern rechteckigen und deutlich größerformatigen - Tüten der Produkte „BOUNTY Minis“ und „BOUNTY Miniatures“ findet und den Verbrauchern von der Vielzahl der in den letzten Jahren abgesetzten „BOUNTY“-Riegel bekannt ist. 33

Gleichwohl ist der Grad der Leistungsübernahme im Hinblick auf die den Gesamteindruck prägenden Gestaltungsmerkmale als eher gering zu bewerten. Die Beklagte hat die vorgenannten Grundelemente unterschiedlich ausgeformt sowie um weitere andersartige Gestaltungselemente ergänzt und auf diese Weise in einen abweichenden optischen Kontext mit der Folge eingebunden, dass die Verpackung des „Wish“-Schokoladenriegels nach ihrer konkreten Gesamtanmutung ein eigenständiges Erscheinungsbild aufweist. 34

So ist der in sich weiß-blau verwischte Schriftzug der Produktbezeichnung in schwungvollen, nicht dreidimensional ausgeformten Lettern mit einem großen Anfangs- und nachfolgenden Kleinbuchstaben gehalten, ohne angesichts seiner linksseitigen Anbringung die Schauseite zu dominieren. Darüber hinaus fehlt bei dem angegriffenen Doppelriegel (anders als bei der nicht streitgegenständlichen 600-Gramm-Packung) jegliches Gestaltungselement einer grünen Palmenlandschaft. Stattdessen durchziehen den verwischten blaufarbigen Hintergrund mehrere geschwungene weiße Linien, die durch funkelnde weiße Sterne ergänzt werden und diesem deshalb die Anmutung eines Sternenhimmels bzw. eines Weltraums mit Milchstraße verleihen. Auf diese Weise vermittelt die Aufmachung der angegriffenen „Wish“-Verpackung auch aus der Sicht des die vergleichsweise niedrigpreisigen Waren des täglichen Bedarfs situationsadäquat eher flüchtig wahrnehmenden und seine Betrachtung nicht 35

analysierenden Verbrauchers, der die Produkte der Parteien nicht nebeneinander sieht sowie miteinander vergleicht und in dessen Erinnerung eher die übereinstimmenden Merkmale hervortreten (vgl. BGH GRUR 2007, 795 Rn. 34 – Handtaschen; GRUR 2010, Rn. 39, 41 – LIKEaBIKE) insgesamt einen deutlich anderen, eher verträumten Gesamteindruck als die „BOUNTY“-Verpackungen. Dass sich die Beklagte hierbei eines auch auf der Verpackung der Klägerin zum Einsatz kommenden Himmelsmotivs bedient hat, schafft angesichts der unterschiedlichen gestalterischen Umsetzung dieses Motivs keine rechtlich relevanten Übereinstimmungen (vgl. BGH GRUR 2009, 1069 Rn. 22 – Knoblauchwürste; GRUR 2012, 1155 Rn. 19 – Sandmalkasten; Senat WRP 2012, 1128 Rn. 13 – Die Blaue Couch; WRP 2013, 1500 Rn. 25 - PANDAS).

cc) Unter diesen Umständen kann angesichts des eigenständigen Erscheinungsbilds der Verpackung der „Wish“-Schokoladenriegel der Beklagten auch unter Einbeziehung der erheblichen wettbewerblichen Eigenart der „BOUNTY“-Verpackung nicht davon ausgegangen werden, dass ein erheblicher Anteil der angesprochenen Verkehrskreise einer betrieblichen Herkunftstäuschung im Sinne des § 4 Nr. 9 a) UWG erliegt. 36

Einer unmittelbaren Herkunftstäuschung steht mit dem Landgericht entgegen, dass das angegriffene Erzeugnis nicht die optisch markante Kennzeichnung „BOUNTY“ der Süßwaren der Klägerin, sondern die ersichtlich abweichend gestaltete Produktbezeichnung „Wish“ trägt. Auch eine mittelbare Herkunftstäuschung dergestalt, dass der angesprochene Verkehr das unter einer anderen Kennzeichnung angebotene Produkt als Zweitmarke oder als Bestandteil einer neuen Serie der Klägerin ansieht, oder eine Herkunftstäuschung im weiteren Sinne in der Form, dass der Verbraucher von organisatorischen oder wirtschaftliche Beziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen ausgeht (vgl. BGH GRUR 2001, 251 [254] – Messerkennzeichnung; GRUR 2001, 443 [444] – Viennetta; GRUR 2009 Rn. 15 – Knoblauchwürste; GRUR 2009, 1073 Rn. 15 – Ausbeinmesser), kann vorliegend wegen des in der konkreten Darstellung abweichenden und eigenständigen Gesamteindrucks nicht angenommen werden. 37

Soweit sich auf der angegriffenen Verpackung rechtsseitig ebenfalls die Darstellung einer aufgeschlagenen Kokosnuss findet, wird der Verbraucher diesem Bildelement keine maßgebliche herkunftshinweisende Funktion zuweisen, sondern dieses als Hinweis auf die Füllung des Schokoladenriegels – wie ihm eine solche Darstellung nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Beklagten von anderen kokoshaltigen Lebensmitteln bekannt ist - ansehen. Auch die Abbildung des angeschnittenen Produkts mit seiner wellenförmigen Oberflächenstruktur, wie sie sich bei dem unverpackten „BOUNTY“-Riegel findet, wird den Verbraucher nicht zu der Annahme verleiten, zwischen den Parteien bestünden herstellermäßige Beziehungen. An dieser Stelle kann offen bleiben, ob der angesprochene Verkehr dem äußeren Erscheinungsbild des angegriffenen Schokoladenriegels – wie tatsächlich nicht (s. unten 2.c)) - eine herkunftshinweisende Funktion beimisst. Jedenfalls wird der Verbraucher bei situationsadäquat flüchtiger Betrachtung der „Wish“-Verpackung die Oberflächenstruktur des Schokoladenriegels an Hand der die Schauseite nicht dominierenden Produktabbildung nicht im Einzelnen erkennen und diese als ebenso wellenartig wie bei dem „BOUNTY“-Riegel registrieren. 38

Vielmehr wird das Gesamterscheinungsbild der sich gegenüberstehenden Verpackungen von dem zentral und dominant angebrachten geradlinigen Schriftzug der Produktbezeichnung sowie der auf den ersten Blick wahrnehmbaren - nach dem eigenen Vortrag der Klägerin bei Schokoladenriegeln einzigartigen und für ihr Produkt charakteristischen - Darstellung einer Südseelandschaft einerseits sowie durch die geschwungene Schrift der Produktbezeichnung 39

und die sich optisch darin fügende verträumte Himmels- bzw. Weltraum-Szenerie andererseits maßgeblich mitgeprägt. Dann aber kann nicht angenommen werden, dass ein erheblicher Anteil der Verbraucher ungeachtet der unterschiedlichen Gesamtanmutung der „BOUNTY“- und „Wish“-Verpackungen davon ausgehen wird, die darin angebotenen Schokoladenriegel stammten von demselben oder beruhten auf einer Kooperation der jeweiligen Hersteller.

Für eine Herkunftstäuschung im weiteren Sinne vermag die Klägerin auch nicht anzuführen, dass die Beklagte neben der Verpackung des „BOUNTY“- auch diejenige des „SNICKERS“-Riegels und damit gleich zwei Ausstattungen ihres Schokoladenriegelsortiments nachgeahmt habe. Dem steht schon entgegen, dass die Klägerin die Verpackungsgestaltungen der „Wish“- und „Winergy“-Süßwaren nicht als Serie, sondern jeweils für sich genommen zur Unterlassung verlangt. Im Übrigen kann aus dem Umstand, dass die „BOUNTY“- und „SNICKERS“-Produkte mit weiteren Süßwaren in nach Art eines Bonbons verpackten Miniaturformen in „Celebrations“-Sammelpackungen angeboten werden, nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, dass ein erheblicher Anteil der Verbraucher deswegen aus der etwaigen Anlehnung der Ausstattung eines Schokoladenriegels – hier des „Winergy“-Artikels – an eine Süßware der Klägerin auf eine umfassende Kooperation der Hersteller auch bezüglich unähnlicherer Schokoladenriegel schließt. Insoweit spricht aus Sicht des Verbrauchers gegen die Annahme einer Zweitserie auch, dass die „Wish“- und „Winergy“-Verpackungen den Ausstattungen der Süßwaren der Klägerin nicht gleichermaßen ähneln. 40

dd) Angesichts des von demjenigen der „BOUNTY“-Verpackung abweichenden Gesamteindrucks der angegriffenen „Wish“-Verpackung kann die Unlauterkeit der Nachahmung auch nicht unter dem Aspekt der unangemessenen Rufausnutzung im Sinne des § 4 Nr. 9 b) Alt. 1 UWG bejaht werden. 41

Eine unangemessene Ausnutzung der Wertschätzung kann auch ohne Täuschung der angesprochenen Verkehrskreise über die betriebliche Herkunft eines Produkts vorliegen, wenn sich ein Mitbewerber in so starkem Maße an das Originalprodukt anlehnt, dass die mit letzterem verbundenen Qualitätserwartungen und Gütevorstellungen auf die Nachahmung übertragen werden (vgl. OLG Köln NJOZ 2010, 1130 [1132] – Der Eisbär hustet nicht; Köhler a.a.O. § 4 Rn. 9.53 f.). Eine solche Anlehnung erfordert eine aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise erkennbare Bezugnahme auf den Mitbewerber oder seine Produkte. Die Frage, ob hierdurch eine unangemessene Übertragung der Güte- oder Wertvorstellungen stattfindet, ist im Wege einer Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls unter Einbeziehung insbesondere der Stärke des Rufs des nachgeahmten Produkts und des Grads der Anlehnung zu beantworten. Dabei kann grundsätzlich schon die Annäherung an die verkehrsbekannten Merkmale eines fremden Erzeugnisses als solche zu einer für die Annahme einer Rufausbeutung erforderlichen Übertragung der Gütevorstellung führen. Allerdings reicht für eine Rufausbeutung nicht aus, wenn lediglich Assoziationen an ein fremdes Produkt und damit Aufmerksamkeit erweckt werden (vgl. BGH GRUR 2005, 349 [353] – Klemmbausteine III; GRUR 2010, 1125 Rn. 42 – Femur-Teil; GRUR 2013, 1052 Rn. 38 – Einkaufswagen III; OLG Köln GRUR-RR 2006, 278, 279 f. – Arbeitselement für Resektoskopie; BeckRS 2012, 14883). 42

An Hand dieser Kriterien ist in Anbetracht der von der Klägerin in Deutschland erzielten Absatzerfolge zwar davon auszugehen, dass deren „BOUNTY“-Produkte bei dem deutschen Verbraucher einen ausgeprägten guten Ruf genießen. Hierfür muss das nachgeahmte Originalprodukt bei den angesprochenen Verkehrskreisen eine gewisse Wertschätzung dergestalt genießen, dass es in der Wahrnehmung der potentiellen Käufer mit positiven, sich 43

etwa auf die Qualität beziehenden Vorstellungen besetzt ist (vgl. Köhler a.a.O. Rn. 9.52); ein derartiger Imagetransfer kann auch bei populären Produkten aus dem Lebensmittel- und Genussmittelbereich in Betracht kommen (vgl. Senat NJOZ 2010, 1130 [1132] – Der Eisbär hustet nicht). Die dafür erforderliche gewisse Bekanntheit (vgl. Köhler a.a.O.; Ullmann in: Ullmann jurisPK-UWG, 3. Auflage, § 4 Nr. 9 Rn. 129) und Wertschätzung der Verpackungsgestaltung der „BOUNTY“-Produkte kann vorliegend aus der langjährigen umfangreichen Präsenz der Süßwaren auf dem deutschen Markt hergeleitet und angesichts ihres wirtschaftlichen Erfolgs als gesteigert angesehen werden. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, von der Bekanntheit bzw. dem Absatzerfolg einer Ware auf die Gütevorstellung zu schließen, die der Verkehr mit diesen Produkten verbindet (Senat GRUR-RR 2006, 278 [280] – Arbeitselement für Resektoskopie; WRP 2013, 1500 Rn. 27 – PANDAS). In Anbetracht dessen, dass dem Verbraucher die Schokoladenriegel der Klägerin seit jedenfalls etwa 15 Jahren in gleicher Aufmachung begegnen, erscheint es naheliegend, dass der Verkehr seine Gütevorstellungen nicht nur an die Produktbezeichnung „BOUNTY“, sondern auch an die gleichbleibende und dadurch einen Wiedererkennungseffekt aufweisende Verpackungsgestaltung knüpft.

Indessen kann nicht angenommen werden, dass die Verpackung des „Wish“-Doppelriegels bei dem deutschen Verbraucher nicht nur Assoziationen an die Umverpackung der „BOUNTY“-Produkte weckt, sondern dieser weitergehend die Wertschätzung, die er den Schokoladenriegeln der Klägerin entgegenbringt, auf die Süßwaren der Beklagten überträgt. Einem über eine Aufmerksamkeitswerbung hinausgehenden Gütetransfer steht entgegen, dass wegen der unterschiedlichen Ausgestaltung des Schriftzugs der Produktbezeichnungen sowie der – mit einer abweichenden Szenerie einhergehenden - andersartigen Bild- und Farbelemente ein auch bei flüchtiger Betrachtung erkennbarer eigenständiger Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Verpackungen besteht. 44

ee) Unter diesen Umständen kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass durch die Verpackungsgestaltung des angegriffenen „Wish“-Schokoladenriegels die Wertschätzung des „BOUNTY“-Riegels der Klägerin gemäß § 4 Nr. 9 b) Alt. 2 UWG unangemessen beeinträchtigt wird. Der gute Ruf eines Erzeugnisses kann unangemessen beeinträchtigt werden, wenn ein nahezu identisches Produkt nicht denselben oder jedenfalls im Wesentlichen denselben Qualitätsmaßstäben genügt, die der Originalhersteller durch seine Ware gesetzt hat (vgl. BGH GRUR 2010, 1125 Rn. 51 – Femur-Teil; GRUR 2013, 951 Rn. 46 - Regalsystem). Die Verpackungsgestaltung der streitgegenständlichen „Wish“-Süßwaren weist indessen hinlängliche optische Unterschiede auf, die einer Bezugnahme auf den guten Ruf der „BOUNTY“-Erzeugnisse der Klägerin entgegenstehen. 45

b) Dagegen stellt sich die die Ausstattung des „SNICKERS“-Riegels der Klägerin nachahmende Verpackung des Schokoladenriegels „Winergy“ der Beklagten wegen der Herbeiführung vermeidbarer Täuschungen der Verbraucher über die betriebliche Herkunft jener Süßware als nach § 4 Nr. 9 a) UWG, jedenfalls aber wegen unangemessener Rufausnutzung als nach § 4 Nr. 9 b) Alt. 1 UWG wettbewerbswidrig dar. 46

aa) Indem die Beklagte den „Winergy“-Schokoladenriegel in der streitgegenständlichen Verpackung auf der Internationalen Süßwarenmesse in L an ihrem Messestand präsentiert und einem Mitarbeiter der in Deutschland ansässigen Klägerin ausgehändigt hat, hat sie diesen im Inland beworben (vgl. BGH GRUR 2010, 1103 Rn. 20 – Pralinenform II) und angeboten. Für ein Angebot im Sinne des § 4 Nr. 9 UWG genügt jede auf den Vertrieb gerichtete Handlung einschließlich des Feilhaltens (vgl. Köhler a.a.O. § 4 Rn. 9.39). Aufgrund der von der Beklagten auf der ISM entfalteten Absatzbemühungen besteht schon nach der 47

allgemeinen Lebenserfahrung die Gefahr, dass die Beklagte die „Winergy“-Riegel in der streitgegenständlichen Verpackung in naher Zukunft in Deutschland vertreiben und in den Verkehr bringen wird (vgl. Senat GRUR-RR 2013, 472 [476] – Mikado). Im Übrigen liegen dafür im konkreten Fall auch ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte vor (vgl. BGH GRUR a.a.O. Rn. 23). Ausweislich ihres Internetauftritts exportiert die Beklagte ihre Produkte in eine Vielzahl von Ländern unter anderem der Europäischen Union. Dass sie von dieser europaweiten Vertriebsstrategie Deutschland ausnimmt, hat auch die Beklagte nicht behauptet.

bb) Die Verpackungen der „SNICKERS“-Schokoladenriegel der Beklagten verfügen über eine beträchtliche wettbewerbliche Eigenart. 48

Charakteristisch für diese ist der auf der Schauseite mittig angeordnete, in blauen, leicht nach rechts geneigten Großbuchstaben gehaltene Schriftzug der Produktbezeichnung, welcher auf einer länglichen weißen, von einer roten Linie umrandeten Fläche angebracht ist. Auf der daran angrenzenden dunkelbraunen Fläche finden sich verstreute Abbildungen von gleichsam schwebenden halben und ganzen geschälten gelbbraunen Erdnüssen. Diese sind ausweislich der zur Akte gereichten Originalprodukte auch bei der Verpackung des Einzelriegels angesichts der Anbringung am rechten Rand der Schauseite sowie auf der vorderen, dem Käufer zugewandten Längsseite bei der häufig einzeln und nicht im Karton erfolgenden Präsentation im Lebensmittelhandel ohne Weiteres erkennbar. 49

Die angesichts ihrer individuellen Gesamterscheinung als durchschnittlich zu bewertende wettbewerbliche Eigenart der „SNICKERS“-Verpackungen hat sich aufgrund der Dauer ihres Angebots und des Umfangs ihres Vertriebs auf dem deutschen Markt erheblich gesteigert. Zum Zeitpunkt des Marktzutritts der Beklagten im Januar 2012 hatte die Klägerin ihr entsprechend verpacktes Produkt bereits seit etwa 30 Jahren in Deutschland vertrieben und hiermit in den beiden Jahren zuvor Umsätze in der Größenordnung von jeweils 100 Millionen EUR bei einem gleichzeitigen beträchtlichen Werbeaufwand von mehreren Millionen EUR im Jahr 2010 erzielt. Soweit die Beklagte – abweichend von den Feststellungen des angefochtenen Urteils (§ 314 ZPO) - in der Berufungsverhandlung vorgebracht hat, die nicht auf allen Verpackungen abgebildeten Erdnüsse seien erst vor einigen Jahren als Ausstattungsmerkmal hinzugetreten, ist sie mit dieser – zudem unsubstantiierten – Behauptung nach den §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen. Im Übrigen ist der wirtschaftliche Erfolg der „SNICKERS“-Schokoladenriegel jedenfalls in den letzten Jahren (auch) auf Verpackungen mit darauf abgebildeten Erdnüssen zurückzuführen. Die demnach über Jahre hinweg gleichbleibende Ausstattung der „SNICKERS“-Verpackung ist dabei nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Klägerin einzigartig geblieben. Angesichts dessen genießt diese bei den deutschen Verbrauchern eine enorme Bekanntheit. 50

cc) Die Verpackung des „Winergy“-Schokoladenriegels der Beklagten lehnt sich erkennbar an diejenige der „SNICKERS“-Riegel der Klägerin an, indem sie den Gesamteindruck prägende Gestaltungsmerkmale übernommen und, soweit sie diese modifiziert hat, in einer Form abgewandelt hat, die der Verpackung keine grundlegend andere Anmutung verleiht. 51

So ist die nahezu mittig angeordnete Produktbezeichnung „Winergy“ ebenfalls in nach rechts geneigten, sich über einen Großteil der Schauseitenfläche erstreckenden Druckbuchstaben gehalten, die sich in ihrer Lilafärbung – insbesondere in der Erinnerung des die Verpackung situationsadäquat flüchtig betrachtenden Verbrauchers - kaum von der blauen Farbgebung des „SNICKERS“-Schriftzugs unterscheiden. Dabei ist die Produktbezeichnung „Winergy“ zwar nicht mit einer weißen, rotfarbig eingerahmten Fläche hinterlegt, weist aber aufgrund der weißen und roten Umrandung der einzelnen Buchstaben 52

ersichtliche Anklänge an die von der Klägerin gewählte optische Untermalung des Schriftzugs auf. Auf der schwarzbraunen, durch die Abbildung eines Schokoladen-Splashs und eines aufgeschnittenen Schokoladenriegels deutlich erkennbare Braunflächen aufweisenden Grundfläche sind gleichfalls, wenn auch in größerer Anzahl, verstreut halbe und ganze geschälte gelb-bräunliche Erdnüsse gleichsam schwebend abgebildet.

Die Verpackung des „Winergy“-Riegels weist zwar auch optische Eigenheiten in Gestalt der blitzartigen Hervorhebung des Anfangsbuchstabens gegenüber den nachfolgenden klein geschriebenen Lettern der Produktbezeichnung, der stärkeren Seitneigung der Buchstaben sowie der Andeutung eines Schokoladen-Splashs im Hintergrund auf. Diese Gestaltungsmerkmale verleihen der angegriffenen Verpackung eine dynamischere und lebhaftere Komponente gegenüber der eher statischen und schlichten Optik der „SNICKERS“-Verpackung. Unbeschadet dessen bleibt letztere in der „Winergy“-Verpackung angesichts der optischen Übereinstimmungen in der Architektur und der Farbgebung nach wie vor erkennbar. 53

dd) Unter diesen Umständen wird ein erheblicher Anteil der angesprochenen Verbraucher die Produkte zwar wegen der unterschiedlichen Produktbezeichnungen „SNICKERS“ und „Winergy“ nicht unmittelbar miteinander verwechseln. Aufgrund der einander angenäherten Ausstattungen der Verpackungsgestaltungen sowie der enormen Bekanntheit der „SNICKERS“-Verpackung wird er jedoch wegen der vergleichbaren Gesamtaufmachung der „Winergy“-Verpackung einer Fehlvorstellung darüber erliegen, dass es sich bei letzterem Schokoladenriegel um eine Zweitmarke im Sinne einer Ausstattungsvariante der Klägerin handele, zumindest aber irrig annehmen, die Beklagte stehe mit dem Hersteller der „SNICKERS“-Produkte in lizenz- oder gesellschaftsvertraglichen oder sonstigen organisatorischen Verbindungen. 54

Die von der Beklagten auf der Schauseite der Verpackung angebrachte Kennzeichnung „S.“ vermag derartige betriebliche Herkunftstäuschungen im vorliegenden Fall nicht auszuschließen. Dies vermag der Senat, dessen Mitglieder zu den angesprochenen Verkehrskreisen zählen, aus eigener Sachkunde zu beurteilen. 55

Eine deutlich erkennbare (vgl. Köhler a.a.O. § 4 Rn. 9.44) bzw. auffällig angebrachte unterschiedliche Herstellerangabe spricht zwar grundsätzlich gegen eine Herkunftstäuschung auch im weiteren Sinne (vgl. BGH GRUR 2001, 251, 254 – Messerkennzeichnung; GRUR 2001, 443, 445 f. – Vienetta; GRUR 2009, 1069 Rn. 14, 16 – Knoblauchwürste). Der den „Winergy“-Schokoladenriegel situationsadäquat flüchtig betrachtende Verbraucher wird die klein und eng gedruckte Angabe „S.“ jedoch schon nicht zwingend als eigenständiges Kennzeichen wahrnehmen, zumal diese ähnlich wie der daneben angeordnete i-Punkt der Produktbezeichnung nach Art eines kreisförmigen Siegels ausgestaltet ist und sich vor der Abbildung einer Erdnuss nicht deutlich abhebt. 56

Jedenfalls aber wird der deutsche Verbraucher die Angabe „S.“ auch wegen der weiteren ihm nicht verständlichen Aufdrucke nicht ohne Weiteres als Herstellerbezeichnung erkennen. Dagegen spricht umso mehr, als die Beklagte auf dem deutschen Markt bislang noch nicht über längere Zeit oder in größerem Ausmaß geschäftlich tätig geworden und deshalb dem deutschen Verbraucher nicht als selbstständige Süßwarenherstellerin mit einem eigenen Produktsortiment und damit als Konkurrentin der Klägerin bekannt ist. Selbst die Beklagte hat nicht behauptet, dass sie bereits seit Jahren eine Vielzahl mit „S.“ gekennzeichneter Süßwaren über den deutschen Lebensmitteleinzelhandel vertreibt. Soweit sie im Berufungsverfahren behauptet hat, sie stelle ihre Produkte seit vielen Jahren auf den Messen Anuga und ISM in L aus, so kann, da es sich nach dem an Hand diverser 57

Wettbewerbsprozesse gewonnenen Kenntnisstand des Senats um Fachmessen handelt, die Sichtweise der deutschen Verbraucher hiervon nicht beeinflusst werden.

Angesichts dessen kann nicht davon ausgegangen werden, dass der deutsche Verkehr der kleinen und in der Gesamtkonzeption der Schauseite eher unauffälligen Angabe „S.“ die Funktion einer eigenständigen Herstellerangabe beimessen und/ oder sich bei der Beurteilung der betrieblichen Herkunft an dieser orientieren wird. Dagegen spricht weiter, dass sich der Verbraucher im deutschen Einzelhandel nicht mit einer Fülle von Schokoladenriegeln in ähnlicher Verpackungsgestaltung konfrontiert sieht, sondern das von der Klägerin gewählte Design nach ihrem unwidersprochenen Vortrag einzigartig ist und deshalb aus Sicht des Verbrauchers schon für sich genommen als betrieblicher Herkunftshinweis dient. 58

Doch selbst wenn der deutsche Verkehr die Bezeichnung „S.“ als Herstellerkennzeichnung wahrnehmen und erkennen sollte, wird er wegen der einander erkennbar angenäherten Verpackungsgestaltungen davon ausgehen, dass es sich bei den „Winergy“-Schokoladenriegeln um eine von der Klägerin gestattete Produktvariante handele. Auch bei einer unterschiedlichen Herstellerangabe kann eine Herkunftstäuschung im weiteren Sinn bejaht werden, wenn sich die einander gegenüberstehenden Produktausstattungen in ihren prägenden Gestaltungsmerkmalen und damit in ihrer Gesamtwirkung deutlich ähneln (vgl. BGH GRUR 2009, 1069 Rn. 19 – Knoblauchwürste). 59

Wie aufgezeigt, übernimmt die Verpackung der „Winergy“-Schokoladenriegel die prägenden Gestaltungsmerkmale der „SNICKERS“-Verpackung und wandelt diese lediglich in eine dynamischere Form ab. Dabei fügt sich sowohl die Produktbezeichnung „Winergy“ als auch die schwungvolle Ausgestaltung der Produktverpackung in die Geschäftsstrategie der Klägerin, in ihrer - den Mitgliedern des Senats als deutschen Verbrauchern bekannten - Werbung die Kraftzufuhr durch den „SNICKERS“-Riegel, etwa durch den den Senatsmitgliedern aus einer Vielzahl von Fernsehspots bekannten Spruch „Und der Hunger ist gegessen“, herauszustellen. 60

Demzufolge wird ein erheblicher Anteil des angesprochenen deutschen Verkehrs irrig annehmen, der Vertrieb der „Winergy“-Schokoladenriegel erfolge in Kooperation oder mit Einwilligung der Klägerin. Soweit die Beklagte im Berufungsverfahren erstmals unter Beweisantritt behauptet hat, neben dem Fachpublikum sei auch dem durchschnittlichen deutschen Verbraucher bekannt, dass die Klägerin keine Produktlizenzen vergebe, ist sie mit diesem Vortrag nach den §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen. Im Übrigen vermag der Senat, dessen Mitglieder zu den angesprochenen Verkehrskreisen zählen, eine derartige Kenntnis des deutschen Verbrauchers aus eigener Sachkunde zu verneinen. 61

ee) Im Übrigen führt die erkennbare optische Bezugnahme auf die von der Klägerin für ihren „SNICKERS“-Riegel gewählte Verpackungsgestaltung und Werbestrategie dazu, dass ein erheblicher Anteil der deutschen Verbraucher die aufgrund des jahrelangen erfolgreichen Produktabsatzes entwickelten Qualitätsvorstellungen, die er mit dem Schokoladenriegel der Klägerin verbindet, auf den „Winergy“-Riegel der Beklagten überträgt (§ 4 Nr. 9 b) Alt. 1 UWG). Ein solcher Transfer liegt vor, wenn sich ein Wettbewerber ohne sachlichen Grund in so starkem Maß an die bekannte Aufmachung eines Konkurrenzprodukts anlehnt, dass er sich an das „Image“ des Originals „anhängt“ und auf diese Weise unlauter an der vom Anbieter des Konkurrenzprodukts durch eigene intensive und langjährige Anstrengungen am Markt erworbenen Wertschätzung partizipiert (vgl. Senat NJOZ 2010, 1130, 1131 – Der Eisbär hustet nicht; Götting/*Nordemann*, UWG, 2. Auflage, § 4 Nr. 9 Rn. 9.69). Dies ist bei dem „Winergy“-Artikel der Beklagten, wie aufgezeigt, angesichts der nur unselbstständigen 62

Abwandlung der prägenden Gestaltungsmerkmale der „SNICKERS“-Verpackung und der demnach erkennbaren Bezugnahme auf das erfolgreiche Produkt der Klägerin der Fall.

2. Sofern sich die Klägerin mit Zustimmung der N, Inc. gegen die Form des unverpackten „Wish“-Schokoladenriegels wendet, ist gemäß den §§ 14 Abs. 5, 30 Abs. 3 MarkenG aus der im Berufungsverfahren noch allein streitgegenständlichen, an die Klägerin lizenzierten dreidimensionalen Registermarke ihrer Muttergesellschaft ein Verbot eines mit Kokos gefüllten Schokoladenriegels in der Form des „Wish“-Produkts nicht gerechtfertigt. 63

a) Der Senat hat aufgrund der Eintragung des Kennzeichens der N, Inc. in das deutsche Markenregister gemäß § 4 Nr. 1 MarkenG von dessen Schutzfähigkeit auszugehen. Das Verletzungsgericht ist an eine auf Grund ihrer Eintragung in Kraft stehende Marke gebunden und hat deshalb die Schutzfähigkeit des Zeichens nicht selbst zu überprüfen (vgl. BGH GRUR 2005, 427, 428 – Lila-Schokolade; GRUR 2010, 1103 Rn. 19 – Pralinenform II; Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Auflage, § 14 Rn. 535). Es kann dahinstehen, ob der beim DPMA gestellte Antrag und/oder die beim Landgericht München I erhobene Klage auf Löschung der Registermarke Aussicht auf Erfolg hat. Im Hinblick auf diese Frage bedurfte es einer Aussetzung des Verfahrens (§ 148 ZPO) schon deshalb nicht, weil auch bei Bestandskraft der dreidimensionalen Marke der N, Inc. diese durch die Form des „Wish“-Schokoladenriegels nicht verletzt worden ist. 64

b) Die angegriffene Form des Schokoladenriegels der Beklagten ist mit der dreidimensionalen Formmarke der N, Inc. nicht identisch (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG). Bei einer dreidimensionalen Marke müssen grundsätzlich alle Formelemente übereinstimmen (vgl. OLG Hamburg vom 08.10.2008 – 5 U 52/06 – Rn. 59, zitiert nach juris; Ingerl/Rohnke a.a.O. § 14 Rn. 282). Die angegriffene Form stellt sich flacher als die im Markenregister wiedergegebene Form dar. Zudem sind die Ausläufer der wellenartigen Verwerfungen auf der Oberseite breiter als bei der dreidimensionalen Marke ausgefallen und wirken deshalb plumper. Überdies ist die Unterseite nicht wie bei der Registermarke wellenförmig ausgeprägt, sondern mit kleinen Quadraten versehen. Diese Abweichungen stellen keine derart geringfügigen Abwandlungen dar, dass sie einem Durchschnittsverbraucher entgehen können und deshalb nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs der Identität nicht entgegenstehen (vgl. EuGH GRUR 2003, 422 Rn. 52 f. – LTJ Diffusion; GRUR 2010, 451 Rn. 25 – Bergspechte). 65

c) Allerdings weist der angegriffene, der registrierten Ware „nicht medizinische Süßwaren“ unterfallende Schokoladenriegel eine der dreidimensionalen Marke der N, Inc. hochgradig ähnelnde Gestalt auf. Deren Verbot wegen Verwechslungsgefahr (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG) steht jedoch entgegen, dass die Beklagte die angegriffene Form nicht als Hinweis auf die Herkunft des Produkts aus ihrem Unternehmen und damit nicht markenmäßig verwendet hat. 66

Eine Verletzungshandlung nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG kann grundsätzlich nur angenommen werden, wenn die angegriffene Gestaltungsform markenmäßig verwendet wird, also im Rahmen des Produktabsatzes aus der Sicht des Durchschnittsverbrauchers jedenfalls auch der Unterscheidung der Ware eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen dient (vgl. BGH GRUR 2007, 780 Rn. 22 – Pralinenform I; GRUR 2010, 1103 Rn. 25 – Pralinenform II). Eine dreidimensionale Marke ist deshalb nur dann vor der Übernahme ästhetischer Gestaltungsmerkmale durch Mitbewerber auf deren Waren geschützt, wenn die Warengestaltung vom Verkehr weitergehend als Herkunftshinweis verstanden wird (vgl. BGH GRUR 2007, 780 Rn. 22 f. – Pralinenform I). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Verkehr nach der Lebenserfahrung die Formgestaltung einer Ware 67

regelmäßig nicht in gleicher Weise wie Wort- und Bildmarken als Herkunftshinweis auffasst, weil es bei der Warenform zunächst um eine funktionelle und ästhetische Ausgestaltung der Ware selbst geht. Deren besondere Form wird darum eher diesem Umstand als der Absicht zugeschrieben werden, auf die Herkunft der Ware hinzuweisen (vgl. EuGH GRUR Int 2006, 842 Rn. 25 – Form eines Bonbons II; BGH GRUR 2005, 414 [416] – Russisches Schaumgebäck; GRUR 2007, 780 Rn. 26 – Pralinenform I; GRUR 2010, 1103 Rn. 30 – Pralinenform II).

Die für eine markenmäßige Benutzung darlegungs- und beweispflichtige Klägerin hat nicht substantiiert dargelegt, dass es bei Schokoladenriegeln üblich ist, dass deren Form als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen dient und der Verbraucher demzufolge aus der Form eines Schokoladenriegels auf eine bestimmte betriebliche Herkunft schließt (vgl. dazu BGH GRUR 2005, 414 [416] – Russisches Schaumgebäck; GRUR 2007, 780 Rn. 27 – Pralinenform I; GRUR 2010, 138 Rn. 26 f. – ROCHER-Kugel). Nach ihrem schriftsätzlichen Vortrag vom 25.02.2013 wird der Markt für Schokoladenriegel nicht nur von einfachen geometrischen Grundformen bestimmt, sondern existiert auf dem deutschen Markt eine Vielzahl von Schokoladenriegeln in unterschiedlichen Abmessungen und Oberflächengestaltungen. Der reiche Formenvorrat spricht aus Sicht des – sich nicht an der Markenregisterlage, sondern an den tatsächlichen Marktgegebenheiten orientierenden - Verkehrs gegen eine entsprechende Kennzeichnungsgewohnheit (vgl. BGH GRUR 2007, 780 Rn. 27 – Pralinenform I). Soweit die Klägerin vorgebracht hat, die unterschiedlichen Formen der Schokoladenriegel würden von den Herstellern gezielt zur Produktdifferenzierung eingesetzt, hat sie diese pauschale Behauptung nicht durch konkreten Sachvortrag präzisiert und kommt es im Übrigen nicht auf die Marketing-Strategie der Hersteller, sondern auf die Wahrnehmung der angesprochenen Verbraucher an. Diese werden indessen – was die Mitglieder des Senats aus eigener Sachkunde zu beurteilen vermögen – die unterschiedlichen Abmessungen und Oberflächenstrukturen der diversen Schokoladenriegel nur als funktionelle und/oder ästhetische Stilmittel ansehen. 68

Eine Gewöhnung des Verkehrs an die Form eines Schokoladenriegels als Herkunftshinweis folgt auch nicht aus einer durch Benutzung erhöhten Kennzeichnungskraft der dreidimensionalen Marke der N, Inc.. Zwar hat der Grad der Kennzeichnungskraft einer dreidimensionalen Marke Auswirkungen darauf, ob der Verkehr dieser Form einen Herkunftshinweis entnimmt, wenn er ihr als Form einer Ware begegnet (vgl. BGH GRUR 2005, 427 [428 f.] – Lila-Schokolade; GRUR 2010, 1103 Rn. 33 – Pralinenform II). Die Kennzeichnungskraft der dreidimensionalen Marke der N, Inc. kann jedoch allenfalls als durchschnittlich bewertet werden. 69

Da die Form einer Ware vom Verkehr gewöhnlich nicht als Hinweis auf die betriebliche Herkunft, sondern als ästhetisches Stilmittel wahrgenommen wird, kommt dieser grundsätzlich keine originäre Unterscheidungskraft zu und kann deshalb regelmäßig nur kraft Verkehrsdurchsetzung als Marke registriert werden (vgl. BGH GRUR 2005, 414 [416] – Russisches Schaumgebäck; GRUR 2010, 138 Rn. 25 – ROCHER-Kugel). Dementsprechend ist die dreidimensionale Gemeinschaftsmarke der N, Inc. lediglich aufgrund der vorgelegten Benutzungsnachweise und der daraus vom HABM hergeleiteten Verkehrsdurchsetzung eingetragen worden. Einer aufgrund von Verkehrsdurchsetzung eingetragenen Marke kommt regelmäßig durchschnittliche Kennzeichnungskraft zu (vgl. BGH GRUR 2007, 780 Rn. 35 – Pralinenform I; GRUR 2010, 1103 Rn. 40 – Pralinenform II). 70

Von einem höheren Kennzeichnungsgrad kann im vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden. Ausweislich der Verkehrsbefragung der H GmbH aus dem Jahr 2004 und nach der 71

eigenen Darstellung der Klägerin beläuft sich der Durchsetzungsgrad der dreidimensionalen Marke der N, Inc. auf 42,7 % aller – bei Waren des Massenkonsums den repräsentativen Ausschnitt aus der Gesamtbevölkerung bildenden (vgl. BGH GRUR 2006, 760 Rn. 22 – LOTTO; GRUR 2010, 138 Rn. 50 – ROCHER-Kugel; BPatG GRUR 2013, 1145 [1147] – TOTO) - Befragten, die die Form der dreidimensionalen Marke dem Hersteller bzw. dem Produkt „Bounty“ zugeordnet haben, zuzüglich 6,7 % der Befragten, die die von der N, Inc. stammenden Erzeugnisse „Mars“, „Milky Way“ oder „Snickers“ benannt haben (vgl. *Ströbele* /Hacker a.a.O. § 8 Rn. 563) sowie 3,8 % der Befragten, die das Produkt oder den Hersteller zwar nicht benennen konnten, aber die Ware auch keinem anderen, ausdrücklich benannten Unternehmen zugeordnet haben (vgl. BGH GRUR 2008, 505 Rn. 30 – TUC-Salzcracker; GRUR 2010, 138 Rn. 53 – ROCHER-Kugel; GRUR 2010, 1103 Rn. 43 – Pralinenform II)). Demgegenüber lassen die mit einem (verpackten) Produkt erzielten Umsätze, die unternommenen Werbeanstrengungen sowie der diesbezügliche Marktanteil bei einer zusammen mit anderen Kennzeichnungen – wie vorliegend dem Wortzeichen „Wish“ – verwendeten Warenform nicht auf die Verwendung letzterer auch für sich genommen als Herkunftshinweis schließen (vgl. BGH GRUR 2010, 138 Rn. 39 – ROCHER-Kugel). Selbst ohne Abzug der Fehlertoleranz liegt der Durchsetzungsgrad demnach mit 53,2 % damit nur geringfügig über dem für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung grundsätzlich erforderlichen Anteil von 50 % (vgl. BGH GRUR 2008, 510 Rn. 23 – Milchschnitte; GRUR 2010, 138 Rn. 41 – ROCHER-Kugel). Aus der – zur Eintragung als dreidimensionale Marke führenden – Verkehrsdurchsetzung kann indessen noch nicht abgeleitet werden, dass der Verkehr selbst eine identische Warenform ebenfalls als Herkunftshinweis versteht (vgl. BGH GRUR 2007, 780 Rn. 24 – Pralinenform I; GRUR 2010, 1103 Rn. 28 – Pralinenform II; Senat, Urteil vom 11.11.2011 – 6 U 86/03 – Rn. 16, zitiert nach juris).

Ebenso wenig hat die Klägerin konkret dargetan, dass die Form des angegriffenen „Wish“-Riegels der Beklagten vom Verkehr nicht nur als eine Variante der üblichen Form eines Schokoladenriegels angesehen wird, sondern erheblich von den bei Schokoladenriegeln üblichen Form abweicht und deshalb von dem Durchschnittsverbraucher ohne Vornahme einer Prüfung und ohne besondere Aufmerksamkeit als Herkunftshinweis aufgefasst werden kann (vgl. EuGH GRUR Int 2006, 746 Rn. 38, 40 – Form einer Wurst; GRUR Int 2006, 842 Rn. 26 ff. – Form eines Bonbons II; BGH GRUR 2005, 414 [416] – Russisches Schaumgebäck; GRUR 2007, 780 Rn. 28 – Pralinenform I; GRUR 2010, 1103 Rn. 31 - Pralinenform II; Ströbele a.a.O. § 8 Rn. 224 f.). Auch wenn Schokoladenriegel von Wettbewerbern andere Abmessungen und Oberflächengestaltungen aufweisen mögen, ist schon nicht ersichtlich, dass der Verbraucher der Ausgestaltung der verpackten und zum Verzehr bestimmten Süßware besondere Aufmerksamkeit widmen wird. Im Übrigen kann nicht davon ausgegangen werden, dass die streitgegenständliche Riegelform deutlich aus der aus Verbrauchersicht gebräuchlichen Gestaltungsvielfalt bei Schokoladenriegeln herausfällt. Vielmehr stellen die Abrundung der Schmalseiten und die verwischten Erhebungen auf der Oberfläche aus Sicht des Verkehrs die nicht ungewöhnliche dekorative Abwandlung eines herkömmlichen Schokoladenriegels und damit eine bloße Variante der bekannten Grundform eines solchen handelsüblichen Produkts dar. Dementsprechend hat auch das Gericht erster Instanz der Europäischen Union in seinem Urteil vom 08.07.2009 der Form der dreidimensionalen Marke der N, Inc. die originäre Eignung als Herkunftshinweis abgesprochen (Rn. 31 ff.). 72

Auch aus der Situation, in der der Verbraucher die Form des unverpackten „Wish“-Schokoladenriegels wahrnimmt, kann eine markenmäßige Benutzung nicht hergeleitet werden. Auf die Abbildung eines angeschnittenen Riegels auf der Produktverpackung kann für den Hauptantrag schon deshalb nicht abgestellt werden, weil die Klägerin die 73

Verpackungen nicht (auch) zum Gegenstand ihres markenrechtlichen Unterlassungsantrags gemacht hat (vgl. BGH GRUR 2007, 780 Rn. 38 – Pralinenform I). Davon abgesehen sieht der Verkehr in der Abbildung der Ware mit der Darstellung ihrer typischen Merkmale auf der Verpackung regelmäßig nur eine bildliche Beschreibung des darin befindlichen Süßwarenprodukts als solches und keinen Hinweis auf die betriebliche Herkunft der abgebildeten Ware (EuGH GRUR Int 2006, 842 Rn. 64 – Form eines Bonbons II; BGH GRUR 2005, 414 [416] – Russisches Schaumgebäck). Vorliegend gilt nichts anderes. Die Abbildung eines – im Übrigen nicht drei-, sondern nur zweidimensional und nicht in vollständiger Form wiedergegebenen – Schokoladenriegels dient aus Sicht des Verbrauchers, auch in Anbetracht der räumlichen Einheit mit der Abbildung einer aufgeschlagenen Kokosnuss, lediglich der Veranschaulichung des Verpackungsinhalts.

Demzufolge begegnet die angegriffene dreidimensionale Form des Schokoladenriegels dem Verbraucher erstmals im Stadium des Produktverzehrs. Allerdings kann auch eine im Zeitpunkt der Kaufentscheidung für den Verbraucher noch nicht erkennbare, weil verpackte Formmarke herkunftshinweisend und damit markenmäßig benutzt werden, wenn sie als solche im Stadium des Verbrauchs der Ware wahrgenommen wird (vgl. EuGH GRUR Int 2006, 842 Rn. 71 – Form eines Bonbons II; BGH GRUR 2007, 780 Rn. GRUR 2010, 1103 Rn. 29 – Pralinenform II). Zu berücksichtigen ist aber, dass der Verkehr bei einer verpackten Ware ggf. nur während eines relativ kurzen Zeitraums (etwa beim Auspacken und Verzehr eines Lebens- oder Genussmittels) Gelegenheit hat, die Form der Ware als solche wahrzunehmen. Unter solchen Umständen liegt es nicht nahe anzunehmen, dass der Verbraucher allein der Erscheinungsform der Ware – unabhängig von deren Verpackung, Bezeichnung und Bewerbung – einen Herkunftshinweis entnimmt (vgl. BGH GRUR 2007, 780 Rn. 29 – Pralinenform I; Ströbele a.a.O. § 8 Rn. 482). 74

So liegt der Fall auch hier. Auch wenn der Verbraucher nur einen der beiden in der „Wish“-Verpackung enthaltenen Schokoladenriegel verzehrt, bewahrt er den verbleibenden Riegel auch aus hygienischen Gründen üblicherweise weiter in der Verpackung auf; dies vermag der Senat, dessen Mitglieder zu den angesprochenen Verbrauchern zählen, aus eigener Sachkunde zu beurteilen. Wird der Verbraucher aber durchweg unmittelbar vor dem Verzehr mit der auf der Verpackung aufgedruckten Wortkennzeichnung „Wish“ konfrontiert, so wird er auch bei Wahrnehmung der Produktform nicht erwarten, dass die Form des – schon über seine Produktbezeichnung individualisierten und zum unmittelbaren Verzehr bestimmten - Schokoladenriegels als weiterer Herkunftshinweis und nicht nur der Ästhetik dient. 75

Soweit die Klägerin im Berufungsverfahren hilfsweise die Form des mit Kokos gefüllten Schokoladenriegels in der Verpackung des „Wish“-Riegels zur Unterlassung begehrt hat, ist dieser – gegenüber dem Hauptantrag kein minus, sondern ein aliud darstellende (vgl. Senat GRUR-RR 2013, 472 [473] - MIKADO) - Antrag bereits unzulässig. In erster Instanz hat die Klägerin diesen Antrag ausweislich des Sitzungsprotokolls vom 21.03.2013 nicht gestellt. Das Landgericht hat im Hinblick auf den erstmals im Schriftsatz vom 04.04.2013 angekündigten Hilfsantrag die mündliche Verhandlung nicht wieder eröffnet und den Hilfsantrag demzufolge nicht im Tatbestand des angefochtenen Urteils angeführt. Die Klägerin hat diesbezüglich auch keine Anschlussberufung eingelegt. Eine Klageänderung im Wege der –erweiterung (erst) im zweiten Rechtszug setzt jedoch die zulässige Einlegung einer (Anschluss-)Berufung der bisherigen Partei voraus (vgl. Rimmelspacher in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage, § 533 Rn. 9; Wulf in: Beck´scher Online-Kommentar ZPO, Stand 15.07.2013, § 533 Rn. 3). Unter diesen Umständen wirkt es sich nicht aus, dass der Hilfsantrag aus den vorstehenden Gründen auch unbegründet wäre. 76

77

d) Die Klägerin vermag für die kraft Verkehrsdurchsetzung eingetragene dreidimensionale Marke der N, Inc. keinen Schutz als bekannte Marke im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG zu beanspruchen (vgl. Bl. 156 d. A.). Ist ein Zeichen aufgrund von Verkehrsdurchsetzung eingetragen worden, so kommt ihm grundsätzlich durchschnittliche Kennzeichnungskraft zu (vgl. BGH GRUR 2007, 1066 Rn. 34 – Kinderzeit; GRUR 2010, 1103 Rn. 40 – Pralinenform II; Ingerl/Rohnke a.a.O. § 8 Rn. 354, § 14 Rn. 630). Für den erweiterten Schutz als im Rechtssinn bekannte Marke ist deshalb eine über den für die Verkehrsdurchsetzung erforderlichen Mindestgrad von 50 % deutlich hinausgehende Bekanntheit des Zeichens als Herkunftshinweis (vgl. BGH GRUR 2007, 780 Rn. 36 – Pralinenform I; Ströbele/*Hacker* a.a.O. § 14 Rn. 283) erforderlich (vgl. Senat GRUR-RR 2012, 341 [342 f.] – Ritter Sport). Hiervon kann bei der dreidimensionalen Marke der N, Inc. angesichts des bei der Verkehrsbefragung der H GmbH im Jahr 2004 erreichten Durchsetzungsgrads von 53,2 % nicht ausgegangen werden.

- 3. Auskunfts- und Schadensersatzansprüche der Klägerin kommen allenfalls wegen der wettbewerbswidrigen Verpackungsgestaltung des „Winergy“-Schokoladenriegels der Beklagten in Betracht (§§ 242 BGB, 9 S. 1 UWG). Im Hinblick darauf ist jedoch zur Vermeidung einer unzulässigen Ausforschung erforderlich, dass die Klägerin einen entsprechenden Verletzungsfall (und nicht nur die Gefahr einer erstmaligen Verletzungshandlung) dargetan und ggf. nachgewiesen hat. 78 79

Dies ist auch hinsichtlich der Ausstellung und des Angebots der Süßware auf der Internationalen Süßwarenmesse 2012 nicht der Fall. Die Beklagte hat in der Klageerwiderung unwidersprochen vorgebracht, dass die ISM dem Fachpublikum vorbehalten ist. Nach ihrer dort weiter aufgestellten Behauptung ist den Fachbesuchern bekannt, dass die Klägerin keine Produktlizenzen vergibt und/oder mit Drittunternehmen kooperiert, und gehen diese deshalb von der qualitativen Eigenständigkeit eines türkischen Unternehmens aus. Die für die Unlauterkeit der Nachahmung darlegungs- und beweispflichtige Klägerin hat eine derartige Kenntnis der Fachbesucher lediglich bestritten, ohne für eine abweichende Sichtweise der Messebesucher in erster Instanz Beweis anzutreten. Ihr Beweisantritt in der Berufungserwiderung ist nach den §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO verspätet und bezieht sich ohnehin allein auf Verbraucher. 80

Soweit die Beklagte den „Winergy“-Schokoladenriegel auf ihrer Internetseite „www.solen.com.tr“ angeboten und beworben hat, ist nicht ersichtlich, dass sich die dortige Präsentation nicht nur an die angeblich über besondere Kenntnisse verfügenden deutschen Fachkreise, sondern auch an die deutschen (End-)Verbraucher richtet. Dagegen spricht neben dem englischsprachigen Begleittext, dass die Beklagte nach dem Vortrag in der Klageschrift offenbar ihre Produkte über Zwischenlieferanten in Deutschland abzusetzen sucht. 81

- 4. Soweit der Schriftsatz der Klägerin vom 06.12.2013 nicht nachgelassenen neuen Sachvortrag enthalten hat, hat dieser zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung (§§ 525 S. 1, 156 ZPO) keinen Anlass gegeben. 82 83

**III.** 84

85

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision sind nicht erfüllt. Der Senat weicht mit seiner Entscheidung weder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs ab noch hat die Sache über die Rechtsanwendung auf den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 ZPO). Der zu entscheidende Sachverhalt ist im Wege der tatrichterlichen Anwendung gesetzlicher und höchstrichterlich geklärter Rechtsgrundsätze zu der unlauteren Nachahmung von Lebensmittelverpackungen sowie der Verletzung dreidimensionaler Formmarken - auch hinsichtlich der markenmäßigen Benutzung einer Warenform - an Hand individueller Einzelfallumstände zu beurteilen. 86

**Streitwert für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren** 87

(in Abänderung des landgerichtlichen Beschlusses vom 25.04.2013 und des Senatsbeschlusses vom 04.06.2013): 88

1 Million EUR (wegen der wirtschaftlichen Bedeutung der Klageprodukte sowie § 45 Abs. 1 S. 2 GKG) 89

---

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE