

6 U 55/14
84 O 239/14
 Landgericht Köln



Anlage zum Verkündungs-
 protokoll vom 31.10.2014

Verkündet am 31.10. 2014

Agaczynski, JBe
 als Urkundsbeamtin
 der Geschäftsstelle

OBERLANDESGERICHT KÖLN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes

der **riha Wesergold Getränke GmbH & Co. KG**, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin **riha Richard Hartinger Getränke GmbH**, diese vertreten durch den Geschäftsführer **Richard Hartinger jun.**, Behrenstraße 44-64, 31737 Rinteln,

Antragsgegnerin und Berufungsklägerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

Krohn Rechtsanwälte,
 Esplanade 41, 20354 Hamburg,

g e g e n

die **Deutsche SiSi Werke Betriebs GmbH**, vertreten durch die Geschäftsführer Dr. Hans-Peter Wild u. Carsten Kaisig, Rudolf-Wild-Straße 107-115, 69214 Eppelheim,

Antragstellerin und Berufungsbeklagte,

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Hermanns Wagner Brück, Kaiser-Wilhelm-Ring 41, 40545 Düsseldorf,

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln

auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 2014

durch seine Mitglieder Nolte, Dr. Hohlweck und Boyke

für Recht erkannt :

Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das am 19.02.2014 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln wird zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Gründe:

(anstelle von Tatbestand und Entscheidungsgründen gemäß § 540 Abs. 1 ZPO)

I.

Die Antragstellerin stellt das Kinder-Fruchtsaftgetränk „Capri-Sonne“ in zahlreichen Sorten her und vertreibt es in sogenannten Standbeuteln. Sie hat „Capri-Sonne“ im Jahre 1966 entwickelt und produziert es an ihrem Stammsitz in Eppelheim/Heidelberg seit 1969. „Capri-Sonne“ wird in 23 Ländern produziert und in 110 Ländern vertrieben. Die Standbeutel der „Capri-Sonne“ werden in 10er Boxen und in kleineren Verkaufsstellen auch einzeln verkauft. Die Aufmachung beispielhaft für die Sorte „Orange“ ist nachstehend wiedergegeben:



Der „Capri-Sonne“ - Standbeutel ist – in neutralisierter Form – Gegenstand der am 23.02.1995 angemeldeten und am 05.09.1996 eingetragenen dreidimensionalen Marke der Antragstellerin Nr. 395 08 178, die für die Warenklasse 32 „alkoholfreie Getränke, Fruchtgetränke, Fruchtsäfte und Fruchtnektar“ Schutz genießt. Auf die Anlagen W 2 und W 3 nimmt der Senat Bezug.

Die Antragsgegnerin hat am 09.08.2013 beim DPMA die Löschung der Marke wegen absoluter Schutzhindernisse beantragt. Mit – nicht rechtskräftigem - Beschluss vom 21.08.2014 (Az. 39508178 – S 230/13 Lösch, Anlage AG 14) hat das Deutsche Patent- und Markenamt die Marke gelöscht und zur Begründung darauf hingewiesen, dass der Marke das Schutzhindernis der technisch erforderlichen Form nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegenstehe. Die Antragstellerin hat gegen diese Entscheidung Widerspruch eingelegt. Mit im Wesentlichen gleicher Begründung hat die Rechtbank (entspricht einem deutschen Landgericht) Den Haag durch Urteil vom 09.04.2014 die Löschung der Basismarke der Antragstellerin beschlossen (Az. C/09/448299/HA ZA 13-873, Anlage AG 13).

Die Antragsgegnerin gehört zur riha WeserGold Getränkegruppe mit Sitz in Rinteln und zählt zu den großen Fruchtsaftherstellern Europas.

Zwischen der Antragstellerin und einer Gesellschaft aus dem Firmenverbund der Antragsgegnerin, der Wesergarten Getränke GmbH, gab es bereits einen Rechtsstreit vor dem Landgericht Hamburg wegen Verkaufs von Fruchtsaftgetränken der Marke „Sonn-inger“ in den Sorten „Orange“ und „Multivitamin“ in Standbeuteln in 10er Boxen an den Discounter Aldi Nord. Wegen der Einzelheiten des dortigen Verfahrens wird auf die Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Später bemerkte die Antragstellerin, dass die hiesige Antragsgegnerin die Standbeutel und 10er-Boxen, die Gegenstand des Hamburger Verfahrens waren, an die Aldi Niederlande Fruchtsaftgetränke lieferte. Die Antragstellerin erwirkte daraufhin gegen die Antragsgegnerin ein entsprechendes Verbot des Landgerichts Braunschweig. Das Oberlandesgericht Braunschweig hat das Berufungsverfahren durch Beschluss vom 10.06.2014 bis zum rechtskräftigen Abschluss des beim Patent- und Markenamt anhängigen Lösungsverfahrens ausgesetzt (Anlage AG 15).

Auf der Messe Anuga, die vom 05.10. bis 09.10.2013 in Köln stattfand, hat die Antragsgegnerin einen Standbeutel mit der dazugehörigen 10er-Box in der nachstehend wiedergegebenen Ausstattung ausgestellt:





Die Antragsgegnerin hat am 27.02.2013 eine deutsche dreidimensionale Marke angemeldet, die einem S-förmigen Standbeutel entspricht; die Marke ist am 04.06.2013 unter der Nummer 302013019421 eingetragen worden.

Die Antragstellerin hat auch in der geänderten Ausstattung des Produktes der Antragsgegnerin eine Markenverletzung im Sinne des §§ 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG gesehen. Darüber hinaus hat sie sich auf die Verletzung einer bekannten Marke nach § 14 Abs. 2 Ziffer 3 MarkenG sowie hilfsweise auf lauterkeitsrechtlichen Verwechslungsschutz nach § 5 Abs. 2 und den Gesichtspunkt der gezielten Mitbewerberbehinderung gemäß § 4 Nr. 10 UWG gestützt.

Die Antragstellerin hat am 11.10.2013 die im Tatbestand des angefochtenen Urteils wiedergegebene einstweilige Verfügung der Kammer erwirkt; darauf und auf alle sonstigen Feststellungen des Urteils wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen. Nach Widerspruch der Antragsgegnerin hat das Landgericht die einstweilige Verfügung durch das angefochtene Urteil bestätigt.

Mit ihrer Berufung begehrt die Antragsgegnerin Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückweisung des auf Erlass der einstweiligen Verfügung gerichteten Antrags. Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und vertritt die Auffassung, dass wegen offenkundiger Schutzunfähigkeit der Angriffsmarke – jedenfalls nach der Löschungsentscheidung des Patentamtes - ein Verfügungsgrund aufgrund der hiernach

geringen Erfolgsaussichten für eine mögliche Hauptsacheklage zu verneinen sei. Hinsichtlich eines markenrechtlichen Verfügungsanspruchs fehle es schon an der erforderlichen markenmäßigen Benutzung. Das Landgericht habe in diesem Zusammenhang zu Unrecht eine Auseinandersetzung mit der Branchenüblichkeit von Standbeutel-Verpackungen jenseits der Fruchtsaftgetränke unterlassen und einen zu engen Bezugspunkt gewählt; tatsächlich müsse zumindest der Bereich (flüssiger) Lebensmittel einbezogen werden und im übrigen müssten auch die identischen Standbeutel der Marken „Flipper“ und „Plein Sud“ berücksichtigt werden. Das Landgericht sei ferner zur Begründung der markenmäßigen Benutzung zu Unrecht von einer überdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Klagemarke ausgegangen, da die festgestellten Zuordnungsgrade von über 50 % nicht zur Annahme einer gesteigerten Kennzeichnungskraft genügten und die bereits erstinstanzlich erhobenen Einwendungen im Hinblick auf die Höhe der aufgrund der Umfragen ermittelten Zuordnungsgrade nicht berücksichtigt worden seien. Jedenfalls seien die unzutreffenden Feststellungen zur überdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft der für die Antragstellerin geschützten Form undifferenziert auf die konkret angegriffene Verletzungsform übertragen worden, obwohl diese deutliche Gestaltungsunterschiede und überdies einen Herstelleraufdruck aufweise. Im Hinblick auf den Herstelleraufdruck sei im Übrigen auch ein „Zweitmarken-Verständnis“ ausgeschlossen. Abgesehen von der nicht gegebenen markenmäßigen Benutzung fehle es im Übrigen an einer Verwechslungsgefahr zwischen der Klagemarke und der angegriffenen Verletzungsform.

Die Antragstellerin verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Sie weist im Hinblick auf die von der Antragsgegnerin erstmals bestrittene markenmäßige Benutzung ergänzend darauf hin, dass diese erstinstanzlich nicht in Abrede gestellt worden sei und sich im Übrigen aus der eigenen Markenmeldung der Antragsgegnerin ergebe, dass der Standbeutelform herkunftshinweisende Funktion zukomme. Hilfsweise stützt sie die geltend gemachten Ansprüche auf Lauterkeitsrecht, dabei in erster Linie auf § 4 Nr. 9 a) und b) UWG, ferner auf Verwechslungsschutz nach § 5 Abs. 2 UWG sowie schließlich auf den Gesichtspunkt der gezielten Mitbewerberbehinderung aus § 4 Nr. 10 UWG.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie den sonstigen Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Antragsgegnerin ist nicht begründet.

Das Landgericht hat zu Recht und mit im Wesentlichen zutreffender Begründung angenommen, dass die streitgegenständlichen Standbeutel und Umkartons der Antragsgegnerin die Rechte der Antragstellerin aus ihrer dreidimensionalen Marke DE 39508178 verletzen, so dass die Antragstellerin Unterlassung gemäß §§ 4, 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG verlangen kann. Dem tritt der Senat im Ergebnis auf der Grundlage auch des ihm bis zur Berufungsverhandlung unterbreiteten Sachverhalts bei.

1.

Ein Verfügungsgrund besteht auch in Ansehung der nicht rechtskräftigen Löschungsentscheidung des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 21.08.2014.

Der Verfügungsgrund wird nach der Rechtsprechung des Senats im Markenrecht nicht vermutet und bedarf daher einer einzelfallorientierten Interessenabwägung. Ein Verfügungsgrund wird von der Rechtsprechung in Fällen offenkundiger Schutzunfähigkeit der Verfügungsmarke ausnahmsweise verneint (vgl. Hanseatisches Oberlandesgericht GRUR-RR 2008, 293, zitiert nach juris Tz. 42 f). Allerdings darf angesichts der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Hauptsacheverfahren im Verfügungsverfahren nicht jede noch nicht rechtskräftige Löschung der Marke des Antragstellers im Laufe des Verfügungsverfahrens mit offenkundiger Schutzunfähigkeit gleichgesetzt werden; sie zwingt allerdings zu sehr sorgfältiger Prüfung und Abwägung (vgl. dazu Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Auflage, Vor §§ 14-19 d Rn. 209 m.w.N.; vgl. auch Senat GRUR 2005, 1070, zitiert nach juris).

Danach vermag der Senat jedenfalls nicht festzustellen, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die Antragsgegnerin mit ihrem auf das Schutzhindernis des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG gestützten Einwand im Lösungsverfahren letztinstanzlich obsiegen wird. Das Patent- und Markenamt hat seine Lösungsentscheidung auf das Schutzhindernis der technisch erforderlichen Form nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG gegründet und im einzelnen dargelegt, dass den den Gesamteindruck der angegriffenen Form bestimmenden Merkmalen objektiv eine technische Funktion für die Handhabbarkeit bzw. Haltbarkeit der Verpackung von Flüssigkeiten zugeordnet werden kann. Die Antragsgegnerin ist der Annahme, dass die wesentlichen funktionellen Merkmale der Verpackungsform nur einer technischen Wirkung zuzuschreiben sind, in der Berufungsverhandlung mit beachtlichen Argumenten entgegengetreten, die Gegenstand des bereits eingelegten Widerspruchs im Verfahren vor dem Patent- und Markenamt sein werden. Dessen Ausgang vermag der Senat nicht zu prognostizieren und hält daher einen Erfolg der Antragsgegnerin nicht für ausgeschlossen, aber auch nicht für überwiegend wahrscheinlich, jedenfalls nicht für „so gut wie sicher feststehend“ im Sinne der zitierten Rechtsprechung des Hanseatischen Oberlandesgerichts. Derzeit ist daher aufgrund der Eintragung der Marke in das deutsche Markenregister gemäß § 4 Nr. 1 MarkenG noch von deren Schutzfähigkeit auszugehen. Die Bindung an die Eintragung gilt grundsätzlich auch im Verfügungsverfahren (Ingerl/Rohnke, a.a.O.). Dafür spricht nicht zuletzt auch zumindest indiziell der Umstand, dass der Standbeutel in S-Form der Antragsgegnerin noch im Jahr 2013 als dreidimensionale Marke ins Register eingetragen worden ist.

2.

Ein Verfügungsanspruch besteht sowohl für die streitgegenständlichen Standbeutel als auch für den Umkarton aus § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG.

a.

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). Die Ursprungsgarantie als Hauptfunktion der Marke wird dann beeinträchtigt, wenn das Zeichen von dem Dritten für seine Waren oder Dienstleistungen in der Weise benutzt wird, dass die Abnehmer es als Herkunftskennzeichnung dieser Waren oder Dienstleistungen auffassen (vgl. EuGH GRUR 2007, 971 – Celine, juris Tz. 27). 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 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; Senat, GRUR-RR 2014, 210 ff, juris Tz. 63 – Bounty und Snickers).

Aus dem Umstand, dass die Antragsgegnerin selbst erst kürzlich eine parallele dreidimensionale Marke hat eintragen lassen, gleichwohl aber jegliche Herkunftsfunktion der Verfügungsmarke verneint, folgt allein noch keine markenhmäßige Benutzung der angegriffenen Gestaltung im genannten Sinne. Denn es ist grundsätzlich unerheblich, ob der Verwender subjektiv die betriebliche Herkunft der Produkte kennzeichnen wollte oder mit einer solchen Wahrnehmung rechnete (BGH, GRUR 1960, 126 [128] - Sternbild; Senat, a.a.O., Goldbär, juris Tz. 36). Bei der Prüfung der Frage, ob eine bestimmte Form einer Ware markenmäßig benutzt, also als Hinweis auf ihre Herkunft angesehen wird, ist auf das Verständnis des durchschnittlichen Verbrauchers abzustellen (vgl. Senat, LMuR 2012, 47, juris Tz. 17). Dabei genügt es, wenn rechtlich erhebliche Anteile des Verkehrs das Zeichen jedenfalls auch herkunftshinweisend verstehen (vgl. auch Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rn. 144).

Das Landgericht hat mit Erwägungen, die die maßgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte umfassend darstellen und im Wesentlichen zutreffend auf den Streitfall anwenden, eine markenmäßige Benutzung der angegriffenen Standbeutel im Hinblick darauf bejaht, dass die Antragstellerin auf dem hier relevanten deutschen Markt die einzige Herstellerin sei, die Standbeutel in der geschützten Form verwende, und dass sie über Jahre eine Sonderstellung erworben habe, die auch aus der Umfrage der Epsos-GmbH aus dem Jahr 2012 ersichtlich werde und die insgesamt eine überdurchschnittliche Kennzeichnungskraft ihrer Marke begründe. Dem begegnet die Berufungsbegründung im Ergebnis ohne Erfolg:

aa.

Das Landgericht ist insbesondere zu Recht davon ausgegangen, dass die Standbeutelform der Antragstellerin nicht branchenüblich, sondern auf dem relevanten Markt singulär ist. Eine herkunftshinweisende Bedeutung kann insbesondere einer vom Branchenüblichen erheblich abweichenden Form beizumessen sein (vgl. BGH GRUR 2007, 780, juris Rn. 28 – Pralinenform).

Das Gegenteil, nämlich dass Standbeutel im Lebensmittelbereich eine absolut gängige und weit verbreitete Verpackungsform darstellen, lässt sich zunächst nicht der Entscheidung des EuGH vom 12.01.2006 (GRUR 2006, 233, juris insbesondere Tz. 35, 36-Deutsche Sisi-Werke) entnehmen. Der EuGH hat lediglich festgestellt, dass der Sektor, in dem der Vergleich zur Branchenüblichkeit vorzunehmen ist im Rahmen der Tatsachenwürdigung bestimmt wird und keine Rechtsfrage ist, die als solche der Kontrolle des Gerichtshofs unterliegen würde. Eine positive Festlegung des tatsächlich relevanten Markts ist damit folgerichtig nicht verbunden.

Auch wenn man aber im Streitfall die Branchenüblichkeit nicht nur auf die konkret beanspruchte Einzelware (Fruchtsäfte) bezieht, sondern auch Verpackungsformen berücksichtigt, die innerhalb verwandter Warenbereiche (sonstiger flüssiger Lebensmittel) geläufig sind (so ausdrücklich Ströbele/Hacker, Markengesetz, 10. Auflage, § 8 Rn. 237), folgt daraus unter Berücksichtigung der Abbildungen, die die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 03.12.2013 als Anlagen AG 4 - AG 8 zum Umfeld vorgelegt hat, kein anderes Ergebnis. Dieses Umfeld bestätigt nämlich die Behauptung der Antragsgegnerin.

rin, vergleichbare Standbeutel im Bereich flüssiger Lebensmittel seien im Inland branchenüblich, nicht. Aus den genannten Anlagenkonvoluten scheiden bereits von vornherein all diejenigen Produkte aus, die keine flüssigen Lebensmittel enthalten; dies gilt insbesondere auch für die in abgebildeten Verpackungen von Tütensuppen, die nicht flüssig, sondern getrocknet verpackt und in den Verkehr gebracht werden. Dass etwa Backzutaten, Mini-Salamis, Champignons, Gewürzzubereitungen, Reis, Sauerkraut, Oliven, Süßigkeiten Katzen- und Hundefutter oder Badreiniger und Seife keine flüssigen Lebensmittel darstellen, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Die im Anlagenkonvolut AG 8 vorgelegten Trinktüten, die allesamt nicht in deutscher Sprache beschriftet sind, werden auch nach dem Vortrag der Antragsgegnerin nicht auf dem deutschen Markt angeboten und haben ebenso außer Betracht zu bleiben. Übrig bleiben damit allenfalls die Abbildungen von sonstigen mehr oder weniger flüssigen Lebensmitteln, wie etwa des Smoothie, des „Multipower-Getränks“, des Fruchtmus oder auch der Sour Cream. Abgesehen davon, dass die Antragsgegnerin aber nichts zu deren Präsenz auf dem deutschen Markt und damit zum inländischen Benutzungsumfang vorgetragen hat, sind die Verpackungen der zuletzt genannten Produkte jedenfalls auch deutlich anders gestaltet als die sich im Streitfall gegenüberstehenden Standbeutel der Parteien.

Das Landgericht hat bei seiner Beurteilung der Branchenunüblichkeit auch zu Recht die identischen Standbeutel der Marken „Flipper“ und „Plein Sud“ unberücksichtigt gelassen. Drittzeichen, die von Lizenznehmern des Kennzeicheninhabers benutzt werden, dürfen nicht als schwächend berücksichtigt werden; sie weisen auf dieselbe betriebliche Herkunft hin und können dem lediglich seine gesetzlichen Befugnisse (§ 30 MarkenG) ausübenden Markeninhaber ebenso wenig entgegengehalten werden, wie seine eventuellen weiteren eigenen Marken (Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 m. 658). Es ist insoweit unstrittig, dass es sich bei „Flipper“ um eine Zweitmarke und bei „Plein Sud“ um ein Lizenzprodukt der Antragstellerin handelt.

bb.

Das Landgericht hat im Ansatz zu Recht in die Beurteilung, ob die Beklagte die angegriffene Gestaltungsform markenmäßig benutzt hat, die Kennzeichnungskraft der Verfügungsmarke einbezogen. Zwar geht der Senat – insoweit abweichend von der ange-

flichten Entscheidung - nur von durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Verfügungsmarke aus. Eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der Verfügungs- bzw. Klage-marke ist jedoch nicht unabdingbare Voraussetzung für die Annahme der markenmäßigen Verwendung des Kollisionszeichens (vgl. BGH, BB 2014, 2369, juris Tz. 29 – Gelbe Wörterbücher).

Ausgangspunkt für die Beurteilung der Kennzeichnungskraft der Verfügungsmarke ist die Bindung des Verletzungsgerichts an deren Eintragung (vgl. BGH, GRUR 2010, 1103 = WRP 2010, 1508 [Rn. 19] – Pralinenform II). Diese hat nicht zur Folge, dass der Marke im Verletzungsverfahren ein bestimmtes Maß an Kennzeichnungskraft beizumessen ist, sondern nur, dass der Marke nicht jeglicher Schutz versagt werden darf, während der Grad der Kennzeichnungskraft vom Verletzungsgericht selbstständig zu bestimmen ist (vgl. BGH, GRUR 2010, 1071 = WRP 2007, 1461 [Rn. 24] – Kinder II).

Beim Grad der Kennzeichnungskraft wird zwischen sehr hoher (weit überdurchschnittlicher), hoher (überdurchschnittlicher), normaler (durchschnittlicher), geringer (unterdurchschnittlicher) und sehr geringer (weit unterdurchschnittlicher) Kennzeichnungskraft differenziert (vgl. BGH, GRUR 2013, 833 = WRP 2013, 1038 [Rn. 55] – Culinaria / Villa Culinaria).

aaa.

Ist ein Zeichen aufgrund von Verkehrsdurchsetzung eingetragen, so kommt ihm grundsätzlich durchschnittliche Kennzeichnungskraft zu (vgl. BGH GRUR 2007, 1066 Rdnr. 34; GRUR 2010, 1103 Rdnr. 40 – Pralinenform II). Zwar ergibt sich aus der als Anlage W 2 zur Antragsschrift vorgelegten Eintragungsurkunde nicht, dass die dreidimensionale Marke aufgrund von Verkehrsdurchsetzung eingetragen ist, allerdings gibt die Antragstellerin insoweit auch keine anderweitige Erklärung dafür, aus welchem Grund das Patent- und Markenamt die Eintragung unstreitig zunächst wegen fehlender Unterscheidungskraft abgelehnt und erst nach Vorlage eines Umfragegutachtens zur Bekanntheit eingetragen hat. Der Hinweis der Antragsgegnerin auf eine nachlässige Eintragungspraxis des Patentamtes ist insoweit nicht von der Hand zu weisen und ein anderer Grund als Eintragung aufgrund von Verkehrsdurchsetzung, von der der Senat ausgeht, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

bbb.

Einen darüber hinaus gesteigerten, überdurchschnittlichen Grad der Kennzeichnungskraft vermag der Senat auf der Grundlage des Vorbringens der Antragstellerin und insbesondere nach den Ergebnissen der Ipsos-Umfrage aus dem Jahr 2012 nicht anzunehmen.

Zur Annahme einer gesteigerten Kennzeichnungskraft einer dreidimensionalen Marke, die eine mögliche Warenform wiedergibt, genügt nicht allein die Bestimmung eines prozentualen Bekanntheitsgrads der Gestaltung als solcher. Erforderlich ist vielmehr eine Beurteilung unter Heranziehung aller relevanten Umstände, insbesondere der Eigenschaften, die die Marke von Haus aus besitzt, des Marktanteils der mit der Marke versehenen Waren, der Intensität, geografischen Ausdehnung und Dauer der Benutzung sowie des Werbeaufwands (BGH, GRUR 2007, 780 Tz. 36 – Pralinenform I).

Nach dem Ergebnis der Umfrage ordnen 64,8 % aller Befragten die Verpackung des Produkts „Capri-Sonne“ einem bestimmten Unternehmen zu. Bei der Feststellung des Kennzeichnungsgrades sind auch diejenigen Verkehrskreise zu berücksichtigen, die die Klagemarke zwar als Hinweis auf ein Unternehmen auffassen, es aber keinem namentlich bestimmten Unternehmen zuordnen (BGH GRUR 2010, 1103, Tz 34 – Pralinenform II). Auch wenn sich bei offener Frage ohne Vorgabe von Unternehmensnamen ein Anteil von immerhin 58,6 % (54,2 % + 4,4 %) ergibt, der die Beutelform konkret und namentlich dem Produkt „Capri-Sonne“ oder sogar den Sisi-Werken zuordnet, reichen die genannten Werte nicht aus, um die Kennzeichnungskraft auf einen überdurchschnittlichen Grad zu erhöhen. Es ist anerkannt, dass bei Wortzeichen, die wegen stark beschreibender Anklänge nur eine sehr geringe Unterscheidungskraft besitzen, hohe Prozentsätze im Kennzeichnungs- und Zuordnungsgrad erreicht werden müssen, um eine gesteigerte Kennzeichnungskraft annehmen zu können (vgl. BGH GRUR 2003, 1040, - Kinder; BGH GRUR 2004, 514, - „Telekom“). Entsprechendes muss für die vorliegende allein aufgrund von Verkehrsdurchsetzung eingetragene Formmarke der Antragstellerin gelten. Die erreichten Prozentwerte sind für die Annahme einer gesteigerten Kennzeichnungskraft zu gering.

ccc.

Auch wenn die auf die Umfrage gestützten Darlegungen der Antragstellerin für eine gesteigerte überdurchschnittliche Kennzeichnungskraft nicht ausreichen, ist zu berücksichtigen, dass der ermittelte Durchsetzungsgrad gleichwohl nicht unerheblich über dem für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung grundsätzlich erforderlichen Anteil von 50 % (vgl. BGH GRUR 2010, 138, juris Tz. 41 – Rocher-Kugel) liegt. Soweit die Antragsgegnerin ihre bereits erstinstanzlich erhobenen Einwendungen gegen die gutachterlich ermittelten Werte der Verkehrsbefragung wiederholt, hat das Landgericht diese zutreffend zurückgewiesen. Insbesondere ist eine Zuordnung der Verpackung zu der Marke Capri-Sonne unschädlich, da diese funktionsgemäß dem Verständnis als Unternehmenshinweis gleichsteht. Nach dem sonstigen Vorbringen der Antragstellerin und aufgrund eigener Sachkunde geht der Senat daher jedenfalls von einer beträchtlichen Bekanntheit der Verfügungsmarke aus, die neben der Singularität der Verpackungsform im relevanten Markt maßgeblich zur Annahme einer markenmäßigen Benutzung führt.

Dafür sprechen weitere Umstände wie die von der Antragstellerin dargelegten und glaubhaft gemachten Umsatzzahlen sowie Werbeaufwendungen. In der als Anlage W 1 zur Antragsschrift vorgelegten eidesstattlichen Versicherung des Herrn Reutlin vom 30.09.2013 sind Verkaufszahlen und Werbeaufwendungen im Einzelnen dargelegt und glaubhaft gemacht. So liegen die jährlichen Absatzmengen des Produkts „Capri-Sonne“ in den streitgegenständlichen Standbeuteln allein in Deutschland im dreistelligen Millionenbereich und die Gesamtwerbeaufwendungen, die weiterhin durch das Anlagenkonvolut W 5 glaubhaft gemacht sind, belaufen sich von 1994 bis 2012 auf über 40 Mio €.

Eine beträchtliche Bekanntheit vermag der Senat schließlich auch aus eigener Sachkunde festzustellen (vgl. Senat, GRURPrax 2014, 202, juris Tz. 33 – Goldbär), weil es auch den Senatsmitgliedern als Teil der angesprochenen Verkehrskreise geläufig ist, dass das Produkt „Capri-Sonne“ in der als Formmarke eingetragenen Verpackung seit mehreren Jahrzehnten bis heute vertrieben wird und den angesprochenen Verkehrskreisen im Markt gegenübertritt.

cc.

Mit dem Landgericht geht der Senat davon aus, dass die aufgezeigten Singularität der Verpackung im relevanten Markt, die durchschnittliche Kennzeichnungskraft der Verfügungsmarke und eine jedenfalls beträchtliche Bekanntheit des Standbeutels als Herkunftshinweis auf die Antragstellerin dazu führen, dass der Verkehr auch der Verpackungsform innerhalb der Gesamtausstattung der angegriffenen Verletzungsform einen Herkunftshinweis entnimmt.

b.

Das Landgericht hat auch unter erschöpfender Darstellung der maßgeblichen Rechtsgrundsätze im Ergebnis zutreffend Verwechslungsgefahr der sich gegenüberstehenden Zeichen im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG angenommen.

Das Bestehen von Verwechslungsgefahr i.S. von Art. 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des konkreten Falls umfassend zu beurteilen. Dabei hängt das Vorliegen von Verwechslungsgefahr insbesondere von dem Bekanntheitsgrad der Marke auf dem Markt, der gedanklichen Verbindung, die das benutzte oder eingetragene Zeichen zu ihr hervorrufen kann, sowie dem Grad der Ähnlichkeit zwischen der Marke und dem Zeichen und zwischen den damit gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen ab (vgl. BGH GRUR 2005, 427, 429 - Lila-Schokolade; BGHZ 169, 295 Tz. 17 - Goldhase).

Dabei fällt zunächst erheblich ins Gewicht, dass die sich gegenüberstehenden Zeichen für identische Produkte, nämlich Fruchtsaftgetränke benutzt werden. In der Gesamtschau mit der gegebenen durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Verfügungsmarke und anzunehmender hoher Zeichenähnlichkeit ist insgesamt die Annahme von Verwechslungsgefahr gerechtfertigt, weil rechtlich erhebliche Teile des Verkehrs den Eindruck gewinnen werden, dass die fraglichen Waren zumindest aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen.

aa.

Für die Beurteilung der Zeichenähnlichkeit ist vom jeweiligen Gesamteindruck der einander gegenüberstehenden Zeichen auszugehen; bei zusammengesetzten Zeichen sind dabei insbesondere ihre unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen (vgl. BGH GRUR 2002, 171, Marlboro-Dach, zitiert nach juris, dort Tz. 44; BGH GRUR 2011, 148, 151, Rdnr. 29 – Goldhase II; Senat, Urteil v. 30.03.2012, 6 U 159/11 – Ritter-Sport, zitiert nach juris, Rdnr. 26). Das schließt nicht aus, dass unter Umständen ein oder mehrere Bestandteile einer komplexen Marke für den durch die Marke im Gedächtnis des Verkehrs hervorgerufenen Gesamteindruck prägend sein können; weiter ist nicht ausgeschlossen, dass ein Zeichen, das als Bestandteil in eine zusammengesetzte Marke oder komplexes Kennzeichen aufgenommen wird, eine selbstständig kennzeichnende Stellung behält, ohne dass es das Erscheinungsbild der zusammengesetzten Marke oder komplexen Kennzeichnung dominiert oder prägt (vgl. BGH, GRUR 2013, 883, Tz. 45 - Culinaria; BGH GRUR 2009, 766 Tz. 34 – Stofffähnchen). Versteht der Verkehr ein Element des angegriffenen Zeichens nach den Umständen als Zweitkennzeichnung, kann sich der Vergleich darauf beschränken (vgl. BGH WRP 2008, 236, Tz. 33 – The Home Store; Senat, GRUR-RR 2012, 341, juris Tz. 26 – Ritter-Sport).

Zwar ist der früher vertretenen Auffassung des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main, bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr zwischen einer als dreidimensionale Marke eingetragenen Gesamtform einer Warenverpackung und einer beanstandeten Verpackung müssten weitere Kennzeichnungsmittel, die nicht die Form betreffen, etwa unähnliche Wortmarken, in der Regel außer Betracht bleiben (vgl. MarkenR 2000, 30, juris Tz. 8 - Standbeutel), nicht zu folgen. Diese Auffassung ist mit den Grundregeln der Prüfung der Verwechslungsgefahr nach allen relevanten Umständen des Einzelfalls und nach dem Gesamteindruck unvereinbar (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rn. 991). Gleichwohl ist bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit der Vergleich im Streitfall auf die Verfügungsmarke einerseits und die Verpackungsform der angegriffenen Gestaltung ohne Rücksicht auf sonstige Ausstattungsmerkmale wie Herstellerbezeichnung oder sonstige Wort- oder Bildelemente beschränkt.

In derartigen Fällen kommt es maßgeblich darauf an, ob die angegriffene Gestaltung vom angesprochenen Verkehr wie bei einem Gesamtzeichen im Zusammenhang wahrgenommen wird oder ob - möglicherweise aufgrund bestimmter Werbemaßnahmen oder aufgrund bestimmter Kennzeichnungsgewohnheiten, z.B. der häufigen Verwendung von Zweitmarken, allgemein oder insbesondere auf dem infrage stehenden Warengbiet - der Verkehr daran gewöhnt ist, in einer Gesamtaufmachung wie der angegriffenen Verpackung einzelnen Elementen eine eigenständige, von der Kennzeichnungsfunktion anderer Bestandteile unabhängige Kennzeichnungsfunktion zuzuerkennen (vgl. BGH GRUR 2002, 171, juris Tz. 48 – Marlboro-Dach; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rn. 828 ff m.w.N.).

Denn aufgrund der herkunftshinweisenden Funktion der Capri-Sonne-Verpackungsform wird der Verkehr diese auch in der angegriffenen Verletzungsform als funktionell eigenständig erkennen und ihr in der Gesamtaufmachung eine eigenständige, von der Kennzeichnungsfunktion anderer Bestandteile unabhängige Kennzeichnungsfunktion zu erkennen. Für eine derartige Verkehrsanschauung spricht im Streitfall die dargelegte Bekanntheit der Verfügungsmarke, die zwar noch nicht die Annahme gesteigerter Kennzeichnungskraft begründet, die aber gleichwohl nicht unerheblich über dem für die Annahme von Verkehrsdurchsetzung erforderlichen Kennweisungsgrad liegt und die Annahme beträchtlicher Bekanntheit rechtfertigt. Insbesondere spricht dafür aber der Umstand, dass die Antragstellerin seit mehr als 40 Jahren als einzige Herstellerin im deutschen Markt flexible Standbeutel für Getränke verwendet und damit in der Branche singulär ist. Für die Frage, ob der Verkehr in der Verpackungsform ein selbstständig kennzeichnendes Element sieht, ist auf den situationsbedingt aufmerksamen Durchschnittsverbraucher abzustellen (vgl. Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, GRUR-RR 2006, 321, juris Tz. 71). Dieser wird die einzigartige Verpackungsform, die in besonderer Weise geeignet ist, seine Aufmerksamkeit zu erregen, deutlich schneller und einprägsamer wahrnehmen, als sonstige Ausstattungsmerkmale wie Text, Bild und farbliche Gestaltung. Soweit nach der Rechtsprechung auch bestimmte Kennzeichnungsgewohnheiten für eine selbstständige Kennzeichnungsfunktion eines Zeichenbestandteils sprechen können, ist zu berücksichtigen, dass - unabhängig davon, ob darin bereits eine Übung im fraglichen Markt gesehen werden kann - dem Verkehr jedenfalls mit dem über

den Discounter „Aldi“ vertriebenen Produkt „Flipper“ ein mit einer Zweitmarke versehener identischer Getränkestandbeutel begegnet und bekannt ist sowie über „Lidl“ ein weiteres Lizenzprodukt der Antragstellerin vertrieben wird, das eine identische Verpackungsform aufweist. Soweit die Antragsgegnerin nach dem insoweit unangefochtenen Tatbestand zu den großen Fruchtsaftherstellern Europas gehört, liegt eine Verwendung der Bezeichnung „Wesergold“ als Zweitmarke nach der Verkehrsanschauung zumindest nahe.

bb.

Davon ausgehend besteht hohe Zeichenähnlichkeit zwischen der Verfügungsmarke einerseits und der Verpackungsform des angegriffenen Zeichens andererseits. Das Landgericht hat zu Recht und mit zutreffender Begründung, auf die der Senat Bezug nimmt, darauf hingewiesen, dass weder die leicht unterschiedlichen Größenverhältnisse der Standbeutel noch der leicht gewölbte Verlauf der Seitenkanten („S-Beutel“) dazu führen, dass der angegriffene Standbeutel aus dem Schutzbereich der Verfügungsmarke herausfiele. Insbesondere ändert die leichte Formveränderung nichts daran, dass sich der Standbeutel in der Frontalansicht nach unten verjüngt und im maßgeblichen Gesamteindruck mit dem geschützten Standbeutel übereinstimmt. In der Tat wird der Verkehr, dem der angegriffene Standorte der Antragsgegnerin begegnet, annehmen, es handele sich um einen Beutel der Antragstellerin, dessen eine Seite lediglich etwas eingedrückt ist.

c.

Soweit das Landgericht den Unterlassungsanspruch aus § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG auch betreffend den beanstandeten um Karton bejaht hat, hat die Antragsgegnerin mit der Berufungsbegründung hiergegen keine gesonderten Einwendungen erhoben. Die Markenverletzung liegt darin, dass auf dem um Karton die geschützte dreidimensionale Form durch Aufdruck ersichtlich ist.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Das Urteil ist gemäß § 542 Abs. 2 S. 1 ZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 500.000 EUR festgesetzt.

Nolte

Dr. Hohlweck

Boyke