

Kein europaweites Verkaufsverbot für „Flecki“

Eigener Leitsatz:

Das Schokoladenpuddingprodukt "Flecki" verletzt nicht das Geschmacksmuster des Schokoladenpuddings "Paula". Eine Nachahmung des Produkts sei nicht gegeben und mangels eines übereinstimmenden Gesamteindrucks scheidet eine Designverletzung aus. Zudem kann "Flecki" kein Wettbewerbsverstoß angelastet werden, da beide Produkte wesentliche Unterschiede in der Optik und Verpackungsanpreisung aufweisen.

Landgericht Düsseldorf

Urteil vom 01.03.2012

Az.: 14c O 302/11

Tenor:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Verfügungsklägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Verfügungsklägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des gegen sie vollstreckbaren Betrages abwenden, falls nicht die Verfügungsbeklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Tatbestand:

Die Verfügungsklägerin, einer der größten Lebensmittelkonzerne in Deutschland, nimmt die Verfügungsbeklagten auf Unterlassung und Drittauskunft im Hinblick auf ein Puddingprodukt aus einem

eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmuster und hilfsweise aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz in Anspruch.

Die Verfügungsklägerin ist Inhaberin des am 18.08.2005 angemeldeten und eingetragenen und am 04.10.2005 veröffentlichten Gemeinschaftsgeschmacksmuster Nr. 000388210-0002 (im Folgenden: Verfügungsgeschmacksmuster) wie nachstehend wiedergegeben:

Sie vertreibt seit mehreren Jahren unter der Bezeichnung "Paula" einen Pudding in mehreren Geschmacksrichtungen, bei dem eine helle und eine dunkle Puddingmasse in Form von Flecken eines Kuhfells innerhalb des Bechers verteilt sind, wie dies aus den nachfolgenden Abbildungen ersichtlich ist:

Der Vertrieb erfolgt in Umverpackungen mit mindestens vier Puddingbechern über den Lebensmitteleinzelhandel, wie nachstehend wiedergegeben:

Das Produkt ist seit seiner Markteinführung sehr erfolgreich und wird von der Verfügungsklägerin umfangreich, insbesondere über das Fernsehen, beworben, wobei die auf der Verpackung abgebildete Kuh "Paula" als Identifikationsfigur dient. Der Pudding "Paula" hat einen Umsatzanteil auf dem Markt für Fertigdesserts von 3,5 %, auf den Teilmarkt für Kinderprodukte bezogen sogar einen Marktanteil von 10,5 %. Wegen der mit dem Produkt seit der Markteinführung erzielten Bruttoerlöse und Werbeaufwendungen wird auf den Vortrag auf Bl. 12 der Antragsschrift (Bl. 12 GA) in Verbindung mit Anlage PBP 11 verwiesen.

Die Verfügungsbeklagte zu 1) ist die Dachgesellschaft der XXX Gruppe, eines der größten Discount-Lebensmittelhändler in Deutschland. Sie vertreibt seit Mitte November 2011 in Nordrhein-Westfalen in ausgewählten Filialen den Vanille-Schokoladen-Pudding "Flecki", der ihr von dessen Herstellerin, der Verfügungsbeklagten zu 2), einem Molkereibetrieb,

geliefert wird. Wegen der Einzelheiten des angegriffenen Produkts wird auf die zum Gegenstand des Verfügungsantrags gemachten Abbildungen Bezug genommen. Das Produkt "Flecki" wird in Gebindegrößen von zwei Bechern in zwei Geschmacksrichtungen vertrieben, wobei auf der nachstehend wiedergegebenen Umverpackung die Verfügungsbeklagte zu 2) als Herstellerin angegeben ist:

Die Verfügungsklägerin ist der Ansicht, dem Verfügungsgeschmacksmuster komme ein weiterer Schutzbereich zu, da der Abstand zu dem von ihr vorgelegten Formenschatz groß sei. Durch die neue technische Möglichkeit, zwei Massen miteinander derart zu verstrudeln, dass diese fleckenförmig miteinander verbunden und nicht voneinander getrennt sind, sei der Gestaltungsspielraum des Designers vergrößert und gerade nicht beschränkt worden. Die angegriffene Ausführungsform falle in den Schutzbereich des Verfügungsgeschmacksmusters, da es die charakteristische Abwechslung von dünnen und dicken Bereichen ("Fleckenmuster") übernehme, wobei es nicht darauf ankomme, ob dies in Form von dünnen, zwei gleichfarbige Massen verbindenden "Stegen" oder von "Flecken" geschehe. Dabei erstreckten sich auch die "Flecken" des Verletzungsproduktes bis an den oberen Rand des Produktes.

Die Verfügungsklägerin ist weiter der Ansicht, der Pudding "Paula" verfüge aufgrund seiner "Flecken" über durch Bekanntheit erheblich gesteigerte wettbewerbliche Eigenart. Im aktuellen wettbewerblichen Umfeld finde sich keine auch nur annähernd ähnliche Gestaltung, bei der unregelmäßige Flecken gezeigt würden, bei denen die beiden Massen sich nicht berührten. Genau diese Gestaltung ahme das Produkt der Verfügungsbeklagten nach. Auch übernahmen die Verfügungsbeklagten das charakteristische Merkmal der Flecken in ihren Produktnamen, identische Farben und ebenfalls eine Kuh für die Bewerbung ihres Produkts. Die auf der Packung von "Flecki" weiter vorhandenen Tiere Katze, Hund und Ziege seien von der für das Produkt "Paula" eingerichteten Webseite

übernommen worden. Da die Verfügungsbeklagte zu 1) unstreitig auch bekannte Markenprodukte unter eigenen Marken (Zweitmarken) vertreibe, werde für den Kunden der Eindruck erweckt, dass es sich bei dem Produkt "Flecki" um eine Zweitmarke der Verfügungsklägerin handele, weshalb eine vermeidbare Herkunftstäuschung und gleichzeitig eine Rufausbeutung vorliege. Insoweit verweist die Verfügungsklägerin auf die als Anlage PBP 16 vorgelegte Marktforschungsanalyse des Marktforschungsinstituts GfK, wonach davon auszugehen sei, dass ein erheblicher Teil der Bevölkerung "Flecki" der Verfügungsklägerin zurechnen würde; bei Kindern sogar fast zwei Drittel.

Die Verfügungsklägerin beantragt,

die Verfügungsbeklagte zu 1. im Wege der einstweiligen Verfügung zu verurteilen,

I. es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 Euro – ersatzweise Ordnungshaft – oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Falle wiederholter Zuwiderhandlung bis zu insgesamt 2 Jahren, wobei die Ordnungshaft für die Verfügungsbeklagte an ihrem jeweiligen gesetzlichen Vertreter zu vollziehen ist, zu unterlassen,

zylinderförmige durchsichtige Behälter, die oben offen und unten geschlossen sind und sich leicht zur geschlossenen Seite hin verjüngen, deren Inhalt aus zwei Stoffen besteht, wobei einer hell und der andere dunkel ist, und deren Inhalt im Behälter unregelmäßig verteilt ist, wobei sich teilweise Flecken bilden,

im Gebiet der Europäischen Union anzubieten, zu bewerben, in Verkehr zu bringen, einzuführen, auszuführen oder zu gebrauchen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen, wenn dies wie folgt geschieht:

II. und der Verfügungsklägerin unverzüglich Auskunft über die

Herkunft und den Vertriebsweg der unter A.I beschriebenen Erzeugnisse zu erteilen durch Vorlage eines verbindlichen und vollständigen Verzeichnisses, das sich zu erstrecken hat auf

1. Namen und Anschrift der Hersteller, Lieferanten und anderer Vorbesitzer der Erzeugnisse und der Nutzer der Dienstleistungen sowie der gewerblichen Abnehmer und Verkaufsstellen, für die sie bestimmt waren, und

2. die Menge der ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Erzeugnisse sowie auf die Preise, die für die betreffenden Erzeugnisse oder Dienstleistungen bezahlt wurden.

B.

die Verfügungsbeklagte zu 2. im Wege der einstweiligen Verfügung zu verurteilen,

I. es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 Euro – ersatzweise Ordnungshaft – oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Falle wiederholter Zuwiderhandlung bis zu insgesamt 2 Jahren, wobei die Ordnungshaft für die Verfügungsbeklagte an ihrem jeweiligen gesetzlichen Vertreter zu vollziehen ist, zu unterlassen,

zylinderförmige durchsichtige Behälter, die oben offen und unten geschlossen sind und sich leicht zur geschlossenen Seite hin verjüngen, deren Inhalt aus zwei Stoffen besteht, wobei einer hell und der andere dunkel ist, und deren Inhalt im Behälter unregelmäßig verteilt ist, wobei sich teilweise Flecken bilden,

im Gebiet der Europäischen Union herzustellen, anzubieten, zu bewerben, in Verkehr zu bringen, einzuführen, auszuführen oder zu gebrauchen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen, wenn dies wie folgt geschieht:

II. und der Verfügungsklägerin unverzüglich Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der unter B.I beschriebenen

Erzeugnisse zu erteilen durch Vorlage eines verbindlichen und vollständigen Verzeichnisses, das sich zu erstrecken hat auf

1. Namen und Anschrift der Hersteller, Lieferanten und anderer Vorbesitzer der Erzeugnisse und der Nutzer der Dienstleistungen sowie der gewerblichen Abnehmer und Verkaufsstellen, für die sie bestimmt waren, und
2. die Menge der ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Erzeugnisse sowie auf die Preise, die für die betreffenden Erzeugnisse oder Dienstleistungen bezahlt wurden.

Die Verfügungsbeklagten beantragen,

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Die Verfügungsbeklagten sind der Ansicht, die Anträge seien im Hinblick auf die genannten Benutzungshandlungen des Gebrauchs, Einführens und Ausführens zu weit gefasst.

Die Verfügungsbeklagten meinen, Ansprüche aus dem Geschmacksmusterrecht schieden aus, da die Gestaltungsfreiheit des Entwerfers durch technische Vorgaben und vorbekannte Muster beschränkt gewesen sei, so dass die Unterschiede zwischen dem Geschmacksmuster und dem beanstandeten Produkt ausreichten, um beim informierten Benutzer nicht den selben Gesamteindruck hervorzurufen. Die angegriffene Ausführungsform übernehme gerade nicht die für das Verfügungsgeschmacksmuster typischen Elemente, nämlich die Verstrudelung zweier gleichstarker Massen als rechtsaufsteigende Streifen bis an den oberen Rand des Produkts, an dem sich ein sichelförmiges Muster ergebe. Vielmehr würden sich bei "Flecki" in einer eindeutig überwiegenden Trägermasse etwa mittelgroße, grob kreisförmige Flecken befinden, die durch linksaufsteigende Stege verbunden seien, wobei sich die Flecken gerade nicht bis zur Oberfläche fortsetzten, sondern alle Flecken vielmehr von einer einheitlichen Schicht der Trägermasse bedeckt würden.

Weiter sind die Verfügungsbeklagten der Ansicht, dass

wettbewerbsrechtliche Ansprüche nicht gegeben seien. Die Flecken von "Paula" verfügten nur über geringe wettbewerbliche Eigenart, da diese größtenteils technisch bedingt seien. Für den besonderen wirtschaftlichen Erfolg des Produktes seien auch nicht die Flecken, sondern vielmehr auf die Figur der "coolen" Kuh "Paula" bezogene, vielfältige an Kinder gerichtete Werbemaßnahmen verantwortlich. Die Produkte "Paula" und "Flecki" unterschieden sich des Weiteren deutlich wegen der unterschiedlichen Form der Flecken. Die Verfügungsbeklagte zu 2) habe durch die unterschiedliche Gestaltung der Verpackung und Angabe der Marken- und Herstellerbezeichnung auch alles Zumutbare unternommen, um eine Herkunftstäuschung zu vermeiden. Insbesondere seien die Kühe "Flecki" und "Paula" äußerst unterschiedlich gestaltet und die Kuh "Flecki" stehe nicht alleine, sondern befinde sich auf dem Bild in einem Bauernhof. Die Darstellung einer Kuh sei für ein Milchprodukt äußerst naheliegend.

Wegen des Parteivorbringens im Übrigen wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der zulässige Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung hat keinen Erfolg.

Die Verfügungsklägerin hat keinen Verfügungsanspruch im Sinne der §§ 935, 940, 936, 916 ff. ZPO glaubhaft gemacht.

I.

Der Verfügungsklägerin stehen weder ein Unterlassungsanspruch gemäß Art. 19 Abs. 1, Art. 10, Art. 89 Abs. 1 lit. a) Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung (im Folgenden: GGV) noch der mit dem weiteren Verfügungsantrag geltend gemachte Folgeanspruch gegen die Verfügungsbeklagten zu.

Die Verfügungsklägerin ist Inhaberin des am 17.08.2005 angemeldeten und eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmusters 000388210-0002, von dessen Rechtsgültigkeit die Kammer nach Art. 85 Abs. 1 GGV auszugehen hat.

Der Verfügungsklägerin steht an ihrem Gemeinschaftsgeschmacksmuster das ausschließliche Benutzungsrecht gemäß Art. 19 Abs. 1 GGV zu. Dieser Schutz erstreckt sich gemäß Art. 10 Abs. 1 GGV auf jedes Geschmacksmuster, das beim informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck erweckt.

1.

Das Verfügungsgeschmacksmuster weist folgende Merkmale auf:

1. Zylinderförmiger durchsichtiger Behälter
2. Der Behälter ist oben offen und unten geschlossen und verjüngt sich leicht zur geschlossenen Seite.
3. Der Inhalt des Behälters besteht aus zwei Stoffen, wobei einer hell und der andere dunkel ist.
4. Der Inhalt ist im Behälter unregelmäßig verteilt, wobei fleckenartige Flächen entstehen, die in einer groben, unregelmäßigen Spirale angeordnet sind.
5. Die schlierenartigen Flecken sind bis in die Deckschicht gezogen.
6. In der Draufsicht weist die Deckschicht helle und dunkle unregelmäßige Flächen auf.

Das Muster ist insgesamt geprägt durch die in einer grob unregelmäßigen Spirale angeordneten, fleckenartigen Flächen und die ausgeprägte, zweifarbige Gestaltung der Deckschicht. Soweit die Verfügungsklägerin behauptet, der Anteil der hellen Creme sei deutlich geringer, widerspricht dies den hinterlegten Abbildungen des Verfügungsgeschmacksmusters,

wonach das Mengenverhältnis sich jedenfalls in einem relativ ausgewogenen Bereich von ungefähr 40% der hellen Masse zu 60% der dunklen Masse bewegt, was insbesondere auch für die Deckschicht gilt.

2.

Es ist von einem normalen Schutzbereich des Verfügungsgeschmacksmusters auszugehen. Bei der Bemessung des Schutzzumfangs sind die Gestaltungsfreiheit des Entwerfers und der Abstand zum Formenschutz zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 19.05.2010, I ZR 71/08 – Untersetzer, zitiert nach juris, Rdnr. 17 m.w.N.).

Zum Zeitpunkt der Anmeldung des Verfügungsgeschmacksmusters gab es bereits eine gewisse Musterdichte, so dass der Entwerfer eine durchschnittliche, gemäß Art. 10 Abs. 2 GGV zu berücksichtigende Gestaltungsfreiheit hatte. Der vorgelegte Formenschutz zeigt, dass es bereits mehrfarbige gestrudelte und gestreifte Puddingmassen gab. Dies ergibt sich insbesondere aus den Gemeinschaftsgeschmacksmustern, die unter der Nr. 000158076-0012 bis 0028 eingetragen sind.

Auch eine getupfte Puddingmasse konnte man dem Formenschutz schon entnehmen. Insoweit kann zwar bezüglich des vor Anmeldung und Eintragung des Verfügungsgeschmacksmusters angemeldeten und eingetragenen, aber nachveröffentlichten deutschen Geschmacksmusters 40502143-0001 (Anlage AG 15) nicht davon ausgegangen werden, dass diese Gestaltung schon zuvor den Fachkreisen bekannt gemacht worden ist. Eine Tupfengestaltung kann der informierte Benutzer aber der Europäischen Patentschrift EP 0 853 888, die am 22.07.1998 veröffentlicht wurde, entnehmen. Sie zeigt wie pürierte Früchte tupfenförmig in eine milchbasierte Masse eingebracht werden können. Im Zusammenspiel von Zeichnung und Beschreibung wird deutlich, dass sich dabei eine tupfenförmige Gestaltung ergibt, deren Aussehen der Patentschrift ohne Weiteres zu entnehmen ist, auch wenn keine mehrfarbige oder fotografische

Abbildung hinterlegt ist.

Die weiteren von der Verfügungsbeklagten vorgelegten Muster sind entweder deutlich weiter vom Verfügungsgeschmacksmuster entfernt oder nachveröffentlicht. So kann insbesondere hinsichtlich der Gemeinschaftsgeschmacksmuster Nr. 000361548-0003, Nr. 000361548-0004 und Nr. 000386586-0001 (Anlage 19) nicht davon ausgegangen werden, dass sie den Fachkreisen vor Anmeldung des Verfügungsgeschmacksmusters bekannt gemacht wurden. Ihre Anmeldung und Eintragung lag zwar vor der Anmeldung des Verfügungsgeschmacksmusters, ihre Veröffentlichung indes danach. Dies gilt auch für die deutschen Geschmacksmuster 40502143-002 (Anlage AG 16), 40502143-0004 (Anlage AG 17) sowie 40502143-003 und 40502143-006 (Anlage AG 18).

Weiter eingeschränkt war die Gestaltungsfreiheit allerdings zum einen durch die technischen Schwierigkeiten, die damit verbunden sind, verschiedene Puddingmassen definiert in einen Becher einzubringen, und zum anderen durch das Bedürfnis ein Produkt zu schaffen, bei dem regelmäßig beim Verzehr auf einen Löffel verschiedene Puddingsorten gelangen, ohne dass der Pudding zuvor noch gerührt werden müsste.

Dass gleichwohl eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten verblieb, zeigen die vielen zeitgleich oder zeitnah eingetragenen Geschmacksmuster mit ganz unterschiedlichen Gestaltungen. Der Entwerfer hatte also nicht nur einen geringen Gestaltungsspielraum mit der Folge, dass das Verfügungsgeschmacksmuster grundsätzlich einen geringen Schutzbereich hätte.

Auch hat das Verfügungsgeschmacksmuster vom vorbekannten Formenschatz einen deutlichen Abstand. Zwar hinterlässt das Verfügungsgeschmacksmuster ebenso wie die vorbekannten Formen der Muster Nr. 000158076-0012 bis 0028 für den informierten Benutzer einen dynamischen, leicht gerührt wirkenden Gesamteindruck. Eine mengenmäßig etwa gleiche Verteilung der

einzelnen Massen findet sich in den Mustern Nr. 000158076-017 ff. Allerdings unterscheidet sich das Verfügungsgeschmacksmuster von diesen Mustern deutlich dadurch, dass die von unten bis oben durchgezogenen Spiralen beim Verfügungsgeschmacksmuster in sich unregelmäßig sind und sich in der Weise von den gleichmäßigen Spiralen der vorbestehenden Formen abheben, dass hier der Eindruck eines nur kurz, etwas grobschlächtig und langsam und nicht von einer präzisen Maschine, sondern von Menschenhand ausgeführten Rührvorgangs entsteht. Letzteres würde auch gelten, wenn man die oben angeführten, vor Anmeldung und Eintragung des Verfügungsgeschmacksmuster angemeldeten und eingetragenen, aber nachveröffentlichten Geschmacksmuster, insbesondere die Gemeinschaftsgeschmacksmuster Nr. 000386586-0001 und 000361548-0003, zu berücksichtigen hätte, weil sie auf irgendeine Weise den Fachkreisen vor der Anmeldung des Verfügungsgeschmacksmusters bekannt geworden wären.

Insgesamt setzt sich das Verfügungsgeschmacksmuster dadurch deutlich vom Formenschatz ab, dass bei ihm zwei durch einen klaren Hell-Dunkel-Kontrast gegeneinander abgegrenzte Massen in einer dynamisch-gerührten Form zusammengestellt sind, wobei die Dicke der einzelnen Schlieren auf ihrem Weg vom Becherboden bis zur Becheröffnung stark wechselt. Dabei reißen die Massen auf diesem Wege zwar nicht ab, sondern verjüngen und verbreitern sich in Form von in der Seitenansicht feststellbaren organisch anmutenden Flecken.

3.

Die angegriffene Ausführungsform des Produkts "Flecki" fällt nicht in den Schutzbereich des Verfügungsgeschmacksmusters.

Zwar vermitteln Verfügungsgeschmacksmuster und angegriffene Ausführungsform in der Seitenansicht einen ähnlichen Gesamteindruck. So finden sich bei der angegriffenen Ausführungsform die Merkmale 1 und 2 des Verfügungsgeschmacksmusters wieder. Indes wird der informierte

Benutzer der Gestaltung des Bechers eine weniger prägende Bedeutung für den Gesamteindruck zumessen, da es sich hierbei um einen handelsüblichen Puddingbecher ohne besondere Merkmale handelt. Auch das Merkmal 3 des Verfügungsgeschmacksmusters findet sich bei der angegriffenen Ausführungsform wieder. Insoweit liegt eine für den Gesamteindruck eher unbedeutende Abweichung darin, dass das farbig eingetragene Verfügungsgeschmacksmuster eine weiß-braune Masse zeigt, während der angegriffene Pudding eher gelblich braun ist. Der hell/dunkel-Kontrast ist bei beiden gegeben.

Auch ist das Merkmal 4 bei der angegriffenen Ausführungsform festzustellen, wobei sich insoweit bei genauerer Betrachtung eine Abweichung deshalb ergibt, weil dem angegriffenen Produkt die dynamisch-quirilige diagonal hochgezogene Ausrichtung fehlt, die das Verletzungsgeschmacksmuster aufweist. Die Massen sind hier eher in Form unregelmäßiger großer Fleckenbereiche übereinander angeordnet mit dazwischen liegenden schmalen Stegen. Dadurch wird ein statisch-ruhiger Gesamteindruck erweckt, der eher der Zeichnung eines Kuhfells entspricht als einer umgerührten Masse. Der informierte Benutzer wird diese Abweichung bei seiner Beurteilung des Gesamteindrucks berücksichtigen, wenngleich sie nicht überzugewichten ist, da bei beiden Mustern die unregelmäßige Fleckenstruktur den Eindruck der Seitenansicht prägt.

Entscheidend ist vielmehr, dass die in der ersten Ansicht des Verfügungsgeschmacksmusters zu erkennende und mit der zweiten Ansicht deutlich in ihrer Bedeutung für den Gesamteindruck des Musters hervorgehobene Draufsicht des Verfügungsgeschmacksmusters gänzlich unterschiedlich von der des angegriffenen Musters ist.

Bei dem angegriffenen Pudding "Flecki" ist die Deckschicht weitgehend farblich einheitlich. Nur bei einem Teil der Puddings – vornehmlich denen mit Vanilledeckschicht – waren an den Rändern an gegenüberliegenden Seiten zwei kleine Flecken in der anderen Farbe festzustellen. Es handelte sich nur um

Farbtupfen in der homogenen Oberfläche. Davon hat sich die Kammer durch Augenscheinnahme der zu den Akten gereichten und in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Muster nach Abziehen der Verschlussfolie überzeugen können. Dies entspricht auch den von den Parteien vorlegten Abbildungen.

Ganz anders weist dagegen das Verfügungsgeschmacksmuster eine Deckschicht mit auffälligem Muster auf. Jede der beiden Massen nimmt einen erheblichen Anteil der Deckschicht ein, wobei es nicht darauf ankommt, in welchem Verhältnis die Farbanteile genau stehen. Nach Auffassung der Kammer dürfte in etwa ein Verhältnis von 40:60 vorliegen. Jedenfalls prägen beide Farben gleichgewichtig den Eindruck der Deckschicht. Die diagonal gegenüberliegenden Bereiche sind jeweils in derselben Farbe gehalten, wobei die braunen Bereiche in der Mitte verbunden sind. Die Flächen sind ungleichmäßig und etwas sichelförmig, was wiederum an eine fließende Drehbewegung erinnert. Das Muster ist dynamisch, während die Gestaltung der Oberfläche des angegriffenen Musters statisch ist.

Diese Unterschiede begründen einen so großen Abstand des angegriffenen Designs zum Verfügungsgeschmacksmuster, dass mangels eines übereinstimmenden Gesamteindrucks eine Verletzung des Gemeinschaftsgeschmacksmusters zu verneinen ist.

II.

Auch der von der Verfügungsklägerin geltend gemachte wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz kann nicht gewährt werden.

Zwar finden die autonomen Vorschriften über den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz neben denen der GGV Anwendung (vgl. BGH GRUR 2006, 346 – Jeans II). Denn die GGV lässt Bestimmungen der Mitgliedstaaten über den unlauteren Wettbewerb ausdrücklich unberührt (Art. 96 Abs. 1 GGV, Erwägungsgrund Nr. 31 GGV) und der Bundesgerichtshof geht im

Hinblick auf die unterschiedlichen Schutzvoraussetzungen und Rechtsfolgen von einem grundsätzlichen Nebeneinander von Geschmacksmuster- und ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz aus (BGH a.a.O.).

Der Verfügungsklägerin steht gegen die Verfügungsbeklagten jedoch kein Unterlassungsanspruch aus §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 9 lit. a bzw. lit b, 8 Abs. 1 UWG zu; entsprechendes gilt für den als Folgeanspruch geltend gemachten Anspruch auf Drittauskunft (§ 242 BGB).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Vertrieb eines nachahmenden Erzeugnisses wettbewerbswidrig sein, wenn das nachgeahmte Produkt über wettbewerbliche Eigenart verfügt und besondere Umstände hinzutreten, die die Nachahmung unlauter erscheinen lassen. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen, in der Weise, dass bei einer größeren wettbewerblichen Eigenart und einem höheren Grad der Übernahme geringere Anforderungen an die besonderen Umstände zu stellen sind, die die Wettbewerbswidrigkeit der Nachahmung begründen und umgekehrt (st. Rspr.; vgl. nur BGH GRUR 2010, 80 – LIKEaBIKE; BGH GRUR 2009, 79 Rn. 27 – Gebäckpresse).

1.

Ein Erzeugnis besitzt wettbewerbliche Eigenart, wenn dessen konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen (st. Rspr.; vgl. nur BGH GRUR 2010, 80 LIKEaBIKE; BGH GRUR 2008, 1115 Rn. 20 – ICON).

Die Gestaltung des Puddings "Paula" durch die durch eine spezielle Strudeltechnik hervorgerufene fleckenförmige Anordnung der eingefüllten Puddingmassen ist geeignet, auf die

Herkunft des Produktes hinzuweisen. Es ist unstreitig geblieben, dass bei Markteinführung des Produktes "Paula" kein Puddingprodukt auf dem Markt gewesen ist, dass in vergleichbarer Weise eine an ein Kuhfell erinnernde, fleckige Gestaltung aufgewiesen hat. Die Gestaltung ist deshalb ungewöhnlich und von hohem Wiedererkennungswert. Insoweit ist abweichend von dem vom Bundesgerichtshof aufgestellte Grundsatz, dass sich der Verkehr bei verpackten Lebensmitteln in erster Linie an der Produktbezeichnung und Herstellerangabe und nicht an der äußeren Gestalt der Ware oder Verpackung orientiert (BGH GRUR 2001, 443, 446 – Viennetta), für den vorliegenden Fall einer besonders ungewöhnlichen, kindgerechten Produktgestaltung davon auszugehen, dass der Verkehr die Gestaltung des Puddings selbst besonders beachtet und dieser herkunftshinweisende Funktion zukommt. Dass dabei auch die stilisierte Kunstfigur der Kuh "Paula", die sowohl auf dem Deckel des Puddingbechers als auch auf der Umverpackung aufgebracht und die Mittelpunkt der umfangreichen Werbekampagne um das Produkt ist, Aufmerksamkeit geschenkt wird, steht dieser Annahme nicht entgegen. Vielmehr verstärkt diese Aufmerksamkeit gerade die Identifikationswirkung, die dem kuhfleckentypischen Muster des Puddings zukommt.

Der Grad der wettbewerblichen Eigenart des Puddings "Paula" ist durch seine tatsächliche Bekanntheit im Verkehr verstärkt (vgl. zur Steigerung der wettbewerblichen Eigenart eines Erzeugnisses durch Verkehrsbekanntheit BGH, GRUR 1997, 308, 310, Wärme fürs Leben; GRUR 2005, 166, 167 – Handtuchklemmen; GRUR 2007, 984 Rdnr. 28 – Gartenliege). Diesbezüglich hat die Verfügungsklägerin unbestritten vorgetragen, dass sie mit dem Produkt einen nicht unerheblichen Marktanteil von 3,5 % auf dem Markt für Fertigdesserts und sogar von über 10 % auf dem Teilsegment dieses Marktes innehat, der Kinder als Konsumentengruppe hat. Sie hat weiter unbestritten vorgetragen, dass sie in den Jahren 2010 und 2011 mit dem "Paula"-Pudding einen Umsatz von deutlich über 20 Mio. € erzielt hat. Die erhebliche Verkehrsbekanntheit wird auch

durch das Ergebnis der von der Verfügungsklägerin vorgelegten Studie des GfK Marktforschungsinstitutes belegt, wonach ein beträchtlicher Teil der befragten Testpersonen einen Pudding mit "Fleckenmuster" (in der dortigen Befragung das angegriffene Produkt) allein anhand der Puddinggestaltung der Verfügungsklägerin zuordnet. Es ist deshalb von einer erheblichen Bekanntheit des Puddingproduktes der Verfügungsklägerin zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt der Markteinführung der Nachahmung im Jahre 2011 (vgl. BGH GRUR 2007, 339, Rz. 32 – Stufenleitern) auszugehen.

2.

Der Grad der Nachahmung ist hingegen allenfalls gering.

Bei der Beurteilung des Grades der Nachahmung kommt es – wie auch für die Beurteilung der Herkunftstäuschung – weniger auf die Unterschiede und mehr auf die Übereinstimmungen der Produkte an. Dies folgt aus dem Erfahrungssatz, dass der Verkehr die in Rede stehenden Produkte regelmäßig nicht gleichzeitig wahrnimmt und miteinander vergleicht, sondern seine Auffassung auf Grund eines Erinnerungseindrucks gewinnt, in dem die übereinstimmenden Merkmale stärker hervortreten als die unterscheidenden (st. Rspr.; vgl. nur BGH GRUR 2010, 80, LIKEaBIKE; BGH, GRUR 2007, 795 Rdnr. 34 – Handtaschen; Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl., § 4 Rz. 9.34). Dabei ist bei der Beurteilung der Ähnlichkeit auf die Gesamtwirkung abzustellen, da der Verkehr ein Produkt in seiner Gesamtheit mit allen seinen Bestandteilen wahrnimmt, ohne es einer analysierenden Betrachtung zu unterziehen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, GRUR 2001, 251, 253 – Messerkennzeichnung; GRUR 2005, 600, 602 – Handtuchklemmen; GRUR 2007, 795 Rz. 32 – Handtaschen).

Bei Berücksichtigung dieser Grundsätze weist das Produkt "Flecki" nicht nur geringfügige, in der Gesamtwirkung unerhebliche Abweichungen vom Produkt "Paula" auf, sondern erweckt vielmehr eine andere Gesamtwirkung.

Bei identischer Farbgebung der einzelnen verstrudelten Massen ähneln sich zwar die bei der Verstrudelung gezeichneten Muster einer Art unterschiedlich dicker Flecken. Hierin erschöpfen sich aber die Übereinstimmungen. In der Seitenansicht sind die einzelnen Massen in "Flecki" gegeneinander durch unschärfere Konturen abgegrenzt als diejenigen in "Paula". Das Produkt "Paula" weist klar begrenzte Flecken auf, die wie Inseln in einer andersfarbigen Masse liegen und einander nicht berühren. Demgegenüber haben die einzelnen Felder in "Flecki" dadurch eine Verbindung zueinander, dass es sich um Flecken und Stege handelt, wobei sich, anders als bei "Paula", auch gelegentlich Schlieren bilden. Insgesamt wird daher bei Flecki ein eher schlierenartiger Gesamteindruck hervorgerufen. Als Zeichnung eines Kuhfells ist die Verstrudelung in "Flecki" in der Seitenansicht naturgetreuer und diejenige im Produkt "Paula" mit der nahezu schachbrettartigen Optik von Flecken, die überwiegend eher regelmäßigen, leicht verzerrten Quadraten ähneln, stilisierter. In der Draufsicht bestehen ebenfalls augenfällige Unterschiede. Bei "Paula" zieht sich die Fleckencreme bis zum oberen Rand des Produkts, so dass sich das Fleckenmuster auch in der Draufsicht zeigt. "Flecki" verfügt demgegenüber über eine im Wesentlichen einfarbige Deckschicht, bei der bei einzelnen Produkten die andersfarbige Schicht nur in geringem Umfang am äußeren Rand nach oben dringt.

Ob die vorhandenen Übereinstimmungen, also die Übernahme einer jedenfalls fleckenähnlichen Gestaltung durch "Flecki", ausreichen, um eine Nachahmung in Gestalt einer sog. nachschaffenden Leistungsübernahme zu begründen, kann vorliegend dahinstehen. Eine nachschaffende Leistungsübernahme liegt vor, wenn die fremde Leistung nicht unmittelbar oder fast identisch übernommen wird, sondern lediglich als Vorbild benutzt und nachschaffend unter Einsatz eigener Leistungen wiederholt wird, somit eine bloße Annäherung an das Originalprodukt vorliegt (BGH GRUR 2007, 795 – Handtaschen). Denn selbst wenn man eine solche Annäherung annähme, so würde

es an dem weiter erforderlichen, besonderen Unlauterkeitsmerkmal der Herbeiführung einer vermeidbaren Herkunftstäuschung oder der Rufausbeutung fehlen.

3.

Nach § 4 Nr. 9 lit. a UWG ist das Anbieten eines Nachahmungsproduktes unlauter, wenn es zu einer vermeidbaren Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft des nachgeahmten Erzeugnisses führt. Die bloße Eignung oder Gefahr, eine Herkunftstäuschung hervorzurufen, reicht dabei für sich genommen nicht aus, wenn der Nachahmer geeignete und zumutbare Maßnahmen zu deren Vermeidung trifft (vgl. z.B. BGH WRP 2009, 1374 – Knoblauchwürste). Dabei ist – wie dargestellt – die Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Art und Weise und Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen zu beachten.

Unter Berücksichtigung der deutlich gesteigerten wettbewerblichen Eigenart einerseits und des allenfalls geringen Grades der Nachahmung andererseits dürfen an das Unlauterkeitsmerkmal der Herkunftstäuschung keine zu hohen, aber auch nicht zu niedrige Anforderungen gestellt werden.

Vorliegend besteht zwar – wie bereits ausgeführt – die für eine Herkunftstäuschung erforderliche Bekanntheit des "Paula"-Puddings bei einem nicht unerheblichen Teil der Verkehrskreise. Auch ist die Gefahr einer Herkunftstäuschung im weiteren Sinne nicht ausgeschlossen. Zwar ergibt sich dies nicht bereits aus der von der Verfügungsklägerin vorgelegten Marktforschungsstudie der GfK, da bei dieser den Testpersonen jeweils "Flecki"-Puddings ohne Umverpackung vorgelegt worden sind, die Produkte dem Verkehr bei der Kaufentscheidung indes nur in der jeweiligen Verpackung entgegentreten (BGH GRUR 2001, 443, 445 – Viennetta).

Die Kammer geht allerdings davon aus, dass, auch wenn das angegriffene Produkt deutliche Hinweise auf die

Verfügungsbeklagte zu 2. als Herstellerin und die eigene Handelsmarke der Verfügungsbeklagten zu 1. ("Desira") trägt, was üblicherweise eine Herkunftstäuschung ausschließen würde, im vorliegenden Fall gleichwohl nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein Teil der Verkehrskreise das angegriffene Produkt für ein unter einer Zweitmarke vertriebenes Produkt der Verfügungsklägerin hält (sog. Herkunftstäuschung im weiteren Sinne, die für die Gefahr einer Täuschung über die betriebliche Herkunft ausreicht, vgl. Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 4 Rz. 9.44 m.w.N.). Denn jedenfalls in Teilen der Verkehrskreise ist bekannt, dass die Verfügungsbeklagte zu 1) eine Vielzahl von Produkten, die von namhaften Markenherstellern stammt, unter ihren eigenen Handelsmarken in ihrem Sortiment führt. Die Verwendung der Handelsmarke der Verfügungsbeklagten zu 1) schließt deshalb für diesen Teil der Verkehrskreise nicht aus, dass es sich um ein Originalprodukt der Verfügungsklägerin handeln könnte. Gleiches gilt für den auf das Produkt aufgebrachten Herstellerhinweis, da diesen Teilen der Verkehrskreise auch bekannt sein dürfte, dass die Originalmarkenhersteller der von der Verfügungsbeklagten zu 1) unter einer Zweitmarke vertriebenen Produkte anhand der Herstellerangaben regelmäßig nicht zu identifizieren sind.

Die Kammer geht auch davon aus, dass jedenfalls einem Teil der Verkehrskreise, die über den Zweitmarkenvertrieb durch die Verfügungsbeklagte zu 1) informiert sind, nicht bekannt ist, dass die Verfügungsklägerin selbst ihre Produkte ausschließlich unter ihrer Handelsmarke "XXX" und nicht etwa unter Zweitmarken vertreibt.

Die Verfügungsbeklagten haben jedoch die geeigneten und zumutbaren Maßnahmen ergriffen, um die somit verbleibende, allerdings nur für den soeben eingegrenzten Teil der Verkehrskreise bestehende Gefahr einer Herkunftstäuschung auszuschließen. Grundsätzlich muss es einem Wettbewerber möglich sein, ein Milchprodukt zur kindgerechten Gestaltung in die Nähe einer Kuh und deren Fell zu bringen. Die Gestaltung

eines an ein Kuhfell erinnernden, fleckigen Pudding aus den Bestandteilen Vanille- und Schokoladenpudding ist als hinter der konkreten Produktgestaltung des "Paula"-Puddings stehende Grundidee nicht schutzfähig (vgl. BGH GRUR 2005, 166, 168 – Puppenausstattungen; BGH WRP 2009, 1374 – Knoblauchwürste). Es muss den Verfügungsbeklagten mithin freistehen, ein Produkt herzustellen bzw. zu vertreiben, dass diese Grundidee aufgreift, und dabei insbesondere eine Kuh als Identifikationsfigur zu verwenden, da sich dies bei der erforderlichen zielgruppengerechten Gestaltung aufdrängt. Sie müssen sich allerdings so weit von dem Originalprodukt beabstanden, wie das in diesem Rahmen möglich ist. Dies ist vorliegend geschehen.

Denn über die deutliche Verwendung von Handelsmarke und Herstellerkennzeichnung und die schon dargelegten Unterschiede in der Gestaltung der "Flecken" hinaus grenzt sich das Produkt "Flecki" durch seine Verpackung soweit von dem Produkt der Verfügungsklägerin ab, wie dies das Erfordernis, ein marktgerechtes Produkt anzubieten, ermöglicht. Das Produkt "Paula" wird mindestens im Viererpack, "Flecki" hingegen im Zweierpack angeboten. Soweit auf den sich gegenüberstehenden Produkten jeweils eine Kuh abgebildet ist, so liegen deutliche Unterschiede in den Details der Zeichnungen vor. Während "Paula" als fett stilisierte Kuh mit Sonnenbrille dargestellt wird, die sich mit sichtbarer Zunge genießerisch das Maul ableckt und deren Farben denjenigen des Puddings entspricht, zeigt das Etikett von "Flecki" ein magere weiße Kuh mit Kuhglocke um den Hals und einem Blümchen im Maul. Insgesamt ist das Bild auf dem angegriffenen Produkt detailreich und unruhig, während das Bild des Produkts "Paula" einen ruhigen und "coolen" Gesamteindruck erweckt. Anders als "Paula", die nicht nur durch die unnatürliche Form der ihr Fell kennzeichnenden Flecken hervorsteht, ist die Kuh des "Flecki"-Produkts unauffällig dargestellt. Sie nimmt weniger Platz auf dem Bild ein als "Paula" und ist von anderen Bauernhoftieren umringt. "Paula" hingegen steht dominant in

der Mitte des Bildes, andere Tiere sind nicht wiedergegeben. Eine größere Beabstandung in Gestaltung oder Verpackung ist den Verfügungsbeklagten nach Ansicht der Kammer nicht zumutbar.

Da die Verfügungsbeklagten mithin ausreichende zur Vermeidung einer Herkunftstäuschung geeignete und zumutbare Maßnahmen getroffen haben, ist die – unter dem Gesichtspunkt der Herkunftstäuschung – verbleibende Verwechslungsgefahr hinzunehmen (vgl. BGH GRUR 2002, 275, 277 – Noppenbahnen; BGH GRUR 2005, 166, 170 – Puppenausstattungen).

4.

Auch eine unangemessene Ausnutzung bzw. Beeinträchtigung der Wertschätzung des "Paula"-Puddings liegt nicht vor. Auch wenn eine Nachahmung vorliegen sollte, würde ein durch eine Herkunftstäuschung hervorgerufener Transfer des bekannten Rufes des Puddings der Verfügungsklägerin auf das angegriffene Produkt aus den bereits dargelegten Gründen jedenfalls nicht unangemessen sein.

III.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91, 708 Nr. 6, 711 S. 1 und 2 ZPO.