

## Formmarkenschutz und Kompatibilitätsinteresse

Mark Schweizer\*

---

*Die grundsätzlichen Fragen zum Schutz von Produktformen durch Markenrecht können heute als geklärt betrachtet werden. Dennoch gibt es auch mehr als 25 Jahre nach dem Inkrafttreten des Markenschutzgesetzes noch offene Fragen. Insbesondere gibt es widersprüchliche Rechtsprechung dazu, ob das Interesse, mit einem Primärprodukt kompatible Ersatzteile anzubieten, eine technische Notwendigkeit i.S.v. Art. 2 lit. b MSchG zu begründen vermag. Dieser Beitrag schlägt Antworten auf diese und weitere offene Fragen vor, namentlich nach den für die Prüfung nach Art. 2 lit. b MSchG relevanten Produkten, der Anzahl der verfügbaren alternativen Formen, damit keine technische Notwendigkeit gegeben ist, und der Beweislast für das Vorhandensein zumutbarer alternativer Formen.*

### Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung .....	2
II.	Der Schutzausschlussgrund der technischen Notwendigkeit nach Art. 2 lit. b MSchG .....	3
1.	Klare Grundsätze .....	3
a.	Beurteilungsgegenstand ist der Registereintrag, nicht die tatsächlich benutzte Form .....	3
b.	Objektive Prüfung .....	3
c.	Massgebend ist der Gesamteindruck .....	4
d.	Massgeblich ist der erweiterte Alternativformtest .....	4
2.	... und offene Fragen .....	6
a.	Ist die technische Notwendigkeit immer in Bezug auf die eingetragenen Produkte zu prüfen? .....	6
b.	Genügt eine einzige zumutbare alternative Form, damit die technische Notwendigkeit entfällt? .....	7
c.	Begründet ein Kompatibilitätsinteresse eine technische Notwendigkeit? .....	8
d.	Wer trägt die Beweislast dafür, dass es zumutbare alternative Formen gibt? .....	11
	Zusammenfassung .....	13

---

\* RA PD Dr. iur., LL.M.; Präsident des Bundespatentgerichts, St. Gallen.

## I. Einleitung

Dreidimensionale Marken im engeren Sinn – auch «eigentliche Formmarken»<sup>1</sup> – unterscheiden sich dadurch von allen anderen Markentypen, dass bei ihnen Zeichen und Kennzeichnungsgegenstand zusammenfallen.<sup>2</sup> Dem Markeninhaber stehen daher Ausschliesslichkeitsrechte nicht nur am Kennzeichen, sondern auch am gekennzeichneten Gegenstand zu. Dies kann – muss aber nicht – schädliche Auswirkungen haben. Schädliche Auswirkungen hat das „Monopol“<sup>3</sup> am Kennzeichnungsgegenstand dann, wenn Mitbewerbern keine gleichwertigen Alternativen (mehr) zur Verfügung stehen und daher der Produktwettbewerb behindert wird. Dies ist der Kern der Rechtfertigung der absoluten Schutzausschlussgründe gemäss Art. 2 lit. b MSchG und Grund der Sonderstellung eigentlicher Formmarken im Gefüge des Markenrechts.

In den gut 25 Jahren seit dem Inkrafttreten des Markenschutzgesetzes, das in der Schweiz den markenrechtlichen Schutz dreidimensionaler Formen erstmals ermöglichte, hat die Rechtsprechung zahlreiche offene Fragen zu den Schutzausschlussgründen von Art. 2 lit. b MSchG geklärt. Einige Fragen sind aber auch nach 25 Jahren noch offen, beziehungsweise wieder offen, nachdem sie geklärt schienen. Dies trifft vor allem auf die Frage zu, ob das Interesse von Mitbewerbern, mit einem Primärprodukt eines Marktteilnehmers kompatible Verschleiss-, Ersatz-, Erweiterungs- oder Ergänzungsteile anzubieten, eine technische Notwendigkeit i.S.v. Art. 2 lit. b MSchG zu begründen vermag. Während das Bundesgericht dies im Streit um den Schutz der Form der Lego-Klemmbausteine 2004 klar verneinte,<sup>4</sup> bezeichnete es die gegenteilige Auffassung im Streit um die Nespresso-Kaffeekapseln 2011 als „unter Willkürgesichtspunkten vertretbar“.<sup>5</sup>

Im vorliegenden Beitrag wird diese Frage vertieft untersucht und – um es vorweg zu nehmen – anders als durch die herrschende Lehre beantwortet. Vorab werden jedoch die gesicherten Erkenntnisse zum Schutzausschlussgrund der technischen Notwendigkeit von Formen zusammengefasst, ehe auf offene Fragen verwiesen und Antworten vorgeschlagen werden. Nicht weiter eingegangen wird auf den ebenfalls in Art. 2 lit. b MSchG enthaltenen Schutz-

---

<sup>1</sup> BGE 129 III 514 E. 2.1 – «Lego III (3D)».

<sup>2</sup> BGE 129 III 514 E. 2.1 – «Lego III (3D)»; BGer, sic! 2005, 646 ff., E. 2 – «Zahnpastastrang (3D)»; ein Teil der Lehre betont, auch bei Formmarken im engeren Sinn müsse Kennzeichen und gekennzeichnete Gegenstand verschieden sein, siehe RUTH ARNET, Markenschutz für Formen, sic! 2004, 829 ff., 833; MAGDA STREULI-YOUSSEF / DANIEL ZIMMERLI, Der Schutz von «Teilformmarken», in: Kunz et al. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, 397 ff., 402, anders aber 403; OFK MSCHG-WILLI, Art. 1 N 21; unklar SHK MSCHG-NOTH, ART. 2 N 16 f., der einerseits betont, bei der Warenformmarke sei Zeichen und Kennzeichnungsgegenstand identisch, andererseits aber verlangt, Ware und Zeichen müssten «zumindest gedanklich selbständig sein».

<sup>3</sup> Nicht jedes Ausschliesslichkeitsrecht begründet ein Monopol im wirtschaftlichen Sinne.

<sup>4</sup> BGer, sic! 2004, 854 ff., E. 2.1.1 – «Erläuterungen zu Lego III (3D)».

<sup>5</sup> BGer, Urteil 4A\_178/2011 vom 28. Juni 2011, E. 2.2 (in BGE 137 III 324 ff. – «Nespresso» nicht publizierte Erwägung). Die Kognition war wegen Art. 98 BGG auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte beschränkt.

ausschlussgrund des Wesens der Ware, der in der Praxis bislang eine untergeordnete Rolle gespielt hat.<sup>6</sup>

## **II. Der Schutzausschlussgrund der technischen Notwendigkeit nach Art. 2 lit. b MSchG**

### **1. Klare Grundsätze...**

#### **a. Beurteilungsgegenstand ist der Registereintrag, nicht die tatsächlich benutzte Form**

Formmarken sind so geschützt, wie sie im Register eingetragen sind. Entsprechend hat die Prüfung auf absolute Schutzausschlussgründe einzig nach Massgabe der hinterlegten Abbildungen zu erfolgen.<sup>7</sup> Soweit aus der Abbildung nicht ersichtlich ist, in welchem Material die hinterlegte Form ausgeführt wird, ist das Zeichen losgelöst von der Ausführung in einem bestimmten Material zu prüfen.<sup>8</sup> Nicht massgeblich ist, ob die Marke mit dem Vermerk „dreidimensionale Marke“ oder als (zweidimensionale) Bildmarke oder als Positionsmarke eingetragen wurde. Erschöpft sich ein Zeichen in der Abbildung der gekennzeichneten Ware oder deren Verpackung, ohne dass eine ungewöhnliche Bildperspektive, stilisierte Darstellung oder andere besondere Wiedergabe es unterscheidungskräftig individualisiert, unterliegt es denselben Voraussetzungen wie jene dreidimensionalen Marken, die in der Form der angebotenen Ware oder Verpackung selbst bestehen (so genannte „Warenbildmarke“, als ob es noch eines weiteren Begriffs bedürft hätte).<sup>9</sup> Die Positionsmarke unterliegt den für Formmarken geltenden Kriterien, wenn sie im Wesentlichen aus der Form einer Ware oder eines Warenteils besteht.<sup>10</sup>

#### **b. Objektive Prüfung**

Die Lehre ist sich einig, dass die Voraussetzungen von Art. 2 lit. b MSchG „objektiv“ zu prüfen sind, es also auf das Verständnis der massgeblichen Verkehrskreise nicht ankommt.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> Das Bundesgericht hat soweit ersichtlich einer Form nur in einem einzigen Fall den Schutz als Marke verweigert, weil sie das Wesen der Ware ausmache, BGer, sic! 2008, 110 ff., E. 3.2.1 – «Lindor-Kugel (3D)».

<sup>7</sup> BGE 120 II 307 E. 3a – «Uhrenarmband (3D)».

<sup>8</sup> BGer, sic! 2005, 646 ff., E. 3.2 – «Zahnpastastrang (3D)»; BVGer, sic! 2012, 114 ff., E. 4.3 – «Flaschenhals (3D)».

<sup>9</sup> BVGer, Urteil B-3601/2014 vom 14. September 2016, E. 3.2 – «gelb-weisse Pille» (st. Rsp.).

<sup>10</sup> BVGer, Urteil B-2894/2014 vom 13. Mai 2016, E. 3.3 – «Taschenlampe mit Löchern (Positionsmarke)»; BVGer, Urteil B-6219/2013 vom 27. April 2016, E. 3.1.2 – «rote Damenschuhsohle (Positionsmarke)»; a.M. STREULI-YOUSSEF/ZIMMERLI (Fn. 2), 408 f.

<sup>11</sup> Statt aller OFK MSCHG-WILLI, Art. 2 N 202.

### c. Massgeblich ist der Gesamteindruck

Ebenfalls unstrittig ist, dass das Zeichen in seiner Gesamtheit zu prüfen ist.<sup>12</sup> Enthält das Zeichen sowohl technisch notwendige wie nicht technisch notwendige Elemente, so ist es schutzfähig.<sup>13</sup> Bei der Überwindung der fehlenden Unterscheidungskraft nach Art. 2 lit. a MSchG verlangt die Rechtsprechung, dass bei Kombination einer Form mit zweidimensionalen Elementen diese Elemente „den Gesamteindruck wesentlich zu beeinflussen vermögen“<sup>14</sup>. Bei der Prüfung nach Art. 2 lit. b kann es darauf nicht ankommen, weil der Massstab ein objektiver ist und es nicht auf die Wahrnehmung durch die Verkehrskreise ankommt. Auch wenn die nicht technisch notwendigen Elemente nur unwesentlich sind, ist die Marke schutzfähig, allerdings ist ihr Schutzbereich entsprechend eng.<sup>15</sup>

### d. Massgeblich ist der erweiterte Alternativformtest

Das Bundesgericht unterscheidet zwischen technisch beeinflussten, technisch bedingten und technisch notwendigen Formen.<sup>16</sup> Nur letztere sind absolut freihaltebedürftig. Technisch beeinflusst sind Formen, die zwar technisch nützlich, aber nicht technisch bestimmt sind. Technisch bedingt sind Formen, die durch ihren Verwendungszweck bestimmt sind, ohne dass sie aber im gleich nachstehend erläuterten Sinne notwendig sind.

Bei der Umschreibung der technischen Notwendigkeit wendet das Bundesgericht einen erweiterten Alternativformtest an. Demnach ist eine Form technisch notwendig, wenn dem Konkurrenten für ein Produkt der betreffenden Art (technisch) überhaupt keine alternative Form zur Verfügung steht (Lehrbuchbeispiel: Schlüssel, der ein Schloss öffnet) oder im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs nicht zugemutet werden kann. Nicht zugemutet werden kann eine alternative Form, wenn sie objektiv nachteilig ist, insbesondere wenn die alternative Form weniger praktisch, weniger solide, teurer in der Herstellung oder ökologisch schlechter ist.<sup>17</sup> Jeder auch noch so geringfügige Nachteil der alternativen Form begründet dabei die technische Notwendigkeit der geschützten Form. So ist die geschützte Form technisch notwendig im Sinne von Art. 2 lit. b MSchG, wenn die Herstellung der alternativen Form auch nur minimal teurer ist.<sup>18</sup> Die zumutbare alternative Form muss sich zudem ausserhalb des

---

<sup>12</sup> MARBACH, in: Marbach/von Büren (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht III/1 - Markenrecht, Rn. 543 ff.; CR-PI-MEIER/FRAEFEL, LPM 2 N 94.

<sup>13</sup> BGE 143 III 127 E. 3.3.2 – «rote Damenschuhsohle (Positionsmarke)».

<sup>14</sup> BVGer, sic! 2009, 790 ff., E. 2.2.3 «Zigaretenschachtel (3D)»; BVGer, Urteil B-1061/2017 vom 7. August 2018, E. 7.3.3 – «Nussknackermännchen (3D)».

<sup>15</sup> Vgl. HGer SG, sic! 2013, 759 ff., E. 13 – «Nespresso IV».

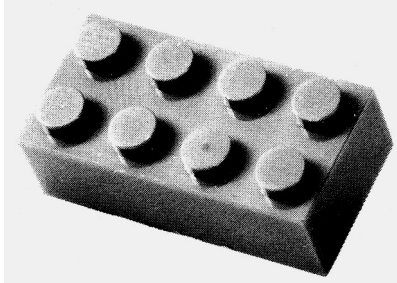
<sup>16</sup> BGE 129 III 514 E. 2.4 «Lego III (3D)».

<sup>17</sup> BGE 129 III 514 E. 3.2.1 – «Lego III (3D)», bestätigt in BGer, sic! 2004, 676 ff., E. 3 – «zahnradförmiger Katalysatorträger (3D)», BGE 131 III 121 E. 3.1 – «Smarties (3D)»; BGer, sic! 2006, 666 ff., E. 2.1 – «Zigarettenverpackung (3D)»; zur ökologischen Nachteiligkeit MARBACH (Fn. 12), 162.

<sup>18</sup> BGer, sic! 2012, 811 ff., E. 3.2 – «Lego IV (3D)». I.c. betrug die Mehrkosten 1,3%.

Schutzbereichs der eingetragenen Marke befinden, d.h. sie darf keine rechtlich relevante Verwechslungsgefahr mit dieser begründen.<sup>19</sup>

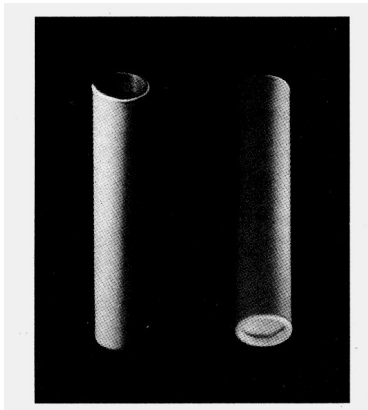
### Marke



Technisch notwendig: Quaderform mit runden Noppen für Klemmbausteine (BGer, sic! 2012, 811 ff., E. 3.2 – „*Lego IV (3D)*“)



Nicht technisch notwendig: Sternform für Katalysator für Kontaktlinsendesinfektionsmittel (BGer, sic! 2004, 676 ff., E. 3 „*zahnradförmiger Katalysatorträger (3D)*“)



Nicht technisch notwendig: zylinderförmige Verpackung für Schokoladepastillen (BGE 131 III 121 ff.)

Der schweizerische Ansatz zur Prüfung der absoluten Freihaltebedürftigkeit von Formmarken unterscheidet sich damit grundsätzlich vom Ansatz des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zum europäischen Recht. Der EuGH lehnt den Alternativformtest ausdrücklich ab.<sup>20</sup> Stattdessen sind die wesentlichen, d.h. wichtigsten,<sup>21</sup> Merkmale der Marke zu definieren und es ist zu prüfen, ob jedes einzelne wesentliche Merkmal einen technischen Zweck erfüllt,<sup>22</sup> also nach schweizerischer Terminologie „technisch bedingt“ ist. Dieser Ansatz führt dazu, dass eine weit grössere Anzahl von Formen absolut schutzunfähig ist. Vorteil des europäischen Ansatzes ist, dass er ohne Sachverständigengutachten zur Frage, ob es eine zumutbare alternative

<sup>19</sup> BGer, sic! 2012, 627 ff., E. 2.3 – «Nespresso II».

<sup>20</sup> EuGH, Urteil C-299/99 vom 18. Juni 2002, Rn. 83 – «Philips/Remington»; EuGH, Urteil C-48/09 vom 14. September 2010, Rn. 56 – «Lego/HABM».

<sup>21</sup> EuGH, Urteil C-48/09 vom 14. September 2010, Rn. 69 – «Lego/HABM».

<sup>22</sup> EuGH, Urteil C-299/99 vom 18. Juni 2002, Rn. 84 – «Philips/Remington»; EuGH, Urteil C-215/14 vom 16. September 2015, Rn. 42 ff. – «Nestlé/Cadbury».

Form gibt, durchgeführt werden kann. Solche Gutachten sind nicht nur kostspielig, sondern führen auch zu wesentlichen Verfahrensverzögerungen, was vor allem im Verfahren des vorsorglichen Rechtsschutzes problematisch ist.<sup>23</sup> Nachteil des europäischen Ansatzes ist, dass damit auch unterscheidungskräftige Formen vom Markenschutz ausgeschlossen werden, deren Schutz keine schädlichen Auswirkungen hat, weil es eben zumutbaren Alternativen gibt, und damit vermeidbare Verwechslungen in Kauf genommen werden.<sup>24</sup> Der schweizerische Ansatz dient dem Zweck des Markenrechts besser, bezahlt dies aber mit prozessualen Nachteilen. Den europäischen Ansatz in der Schweiz zu übernehmen scheint angesichts der Gesetzgebungsgeschichte ausgeschlossen.<sup>25</sup>

## 2. ... und offene Fragen

### a. Ist die technische Notwendigkeit immer in Bezug auf die eingetragenen Produkte zu prüfen?

Wie vorstehend erläutert, gehört es zum gesicherten Erkenntnisstand, dass für die Prüfung der technischen Notwendigkeit einer eigentlichen Formmarke deren Registereintrag massgeblich ist. Gilt dies aber auch für die Waren (und Dienstleistungen, soweit man die technische Notwendigkeit einer Form für die Erbringung einer Dienstleistung für möglich hält<sup>26</sup>), für welche die Marke eingetragen ist?

Die *Unterscheidungskraft* einer Marke nach Art. 2 lit. a MSchG ist immer in Bezug auf die beanspruchten Produkte zu beurteilen.<sup>27</sup> Dasselbe gilt grundsätzlich auch bei der Prüfung nach Art. 2 lit. b MSchG.<sup>28</sup> Bei der Prüfung auf absolute Schutzausschlussgründe nach Art. 2 lit. b MSchG erfährt dieser Grundsatz aber insofern eine Ausnahme, als es der Anmelder nicht in der Hand hat, durch die Wahl der beanspruchten Waren die technische Notwendigkeit auszuschliessen,<sup>29</sup> so lange die Ware, für die der Schutzausschlussgrund zutrifft, unter den beanspruchten Oberbegriff fällt. Beispielweise hat es der Anmelder nicht in der Hand, durch die Wahl der beanspruchten Waren „Spielbausteine“ die Prüfung, ob die auf der hinterlegten Form sichtbaren Noppen für „Klemm(spiel)bausteine“ technisch notwendig sind, auszu-

---

<sup>23</sup> Siehe die Prozessgeschichte in HGer SG, sic! 2013, 759 ff. «Nespresso IV»: bis zur ersten Abweisung des Massnahmesuchs (nach Anhörung der Gegenpartei) dauerte es rund zwei Monate. Nachdem das Bundesgericht den Entscheid aufgehoben hatte, weil kein Sachverständigengutachten eingeholt worden war, dauerte es 22 Monate bis zum Endentscheid.

<sup>24</sup> PETER SCHRAMM, Der europaweite Schutz des Produktdesigns, Baden-Baden 2005, 234 f.

<sup>25</sup> Siehe die Zusammenfassung der Gesetzgebungsgeschichte in BGE 129 III 514 E. 3.2.2 – «Lego III (3D)»: das Parlament ersetzte «technisch bedingt» durch «technisch notwendig», um sicherzustellen, dass – im Sinne der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts zum wettbewerbsrechtlichen Ausstattungsschutz – der erweiterte Alternativformtest angewendet würde; ebenso MARBACH (Fn. 12), Rn. 531.

<sup>26</sup> So das BVGer, Urteil B-5456/2009 vom 8. Juni 2010 – «Kugelschreiber (3D)».

<sup>27</sup> BGE 133 III 342 E. 3.2 – «trapezförmiger Verpackungsbehälter (3D)».

<sup>28</sup> BGE 129 III 514 E. 3.1.3 – «Lego III (3D)».

<sup>29</sup> Vgl. BGer, Urteil 4A\_178/2011 vom 28. Juni 2011, E. 2.2 (nicht publizierte Erwägung in BGE 137 III 324 – «Nespresso»).

schliessen.<sup>30</sup> Abzustellen ist auf die Ware, die auf der hinterlegten Abbildung objektiv erkennbar ist und auf die technische Funktion, die die hinterlegte Form objektiv erfüllt.<sup>31</sup> Zur Bestimmung der technischen Wirkung sind gegebenenfalls auch externe Quellen heranzuziehen.<sup>32</sup>

Nach einem Teil der Lehre ist demgegenüber auf die Anschauung der Verbraucher abzustellen: Waren, die für die Marktteilnehmer nicht substituierbar sind, bilden die relevante Gattung.<sup>33</sup> Nach einer anderen Auffassung ist auf die „engstmöglich definierte Gattung“ abzustellen.<sup>34</sup>

Der Vorteil, auf die objektive technische Funktion der hinterlegten Form abzustellen, liegt darin, dass es nicht auf ein wie auch immer zu ermittelndes Verkehrsverständnis ankommt. Das Gesagte gilt auch für Warenformen, die für Dienstleistungen beansprucht werden:<sup>35</sup> zwar kann eine Dienstleistung in aller Regel nicht nur mit einer bestimmten Ware erbracht werden; Werbendienstleistungen z.B. nicht nur mit einem bestimmten Kugelschreiber. Ist aber die hinterlegte Form für die erkennbare technische Funktion – hier: Schreibgerät – notwendig, so ist sie auch dann absolut freihaltebedürftig, wenn sie für eine Dienstleistung beansprucht wird, die mittels dieser Ware erbracht werden kann.<sup>36</sup> Schutzzähig wäre sie aber für Dienstleistungen, für die solche Waren gar nicht gebraucht werden können. Die technisch notwendige Form einer Schere wäre beispielsweise für „Schönheitspflege“ nicht schutzzähig, wohl aber für „Transportdienstleistungen“.

#### **b. Genügt eine einzige zumutbare alternative Form, damit die technische Notwendigkeit entfällt?**

Strittig ist beim erweiterten Alternativformtest, ob der Nachweis genügt, dass es eine einzige zumutbare alternative Form gibt, damit die Marke nicht technisch notwendig ist. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht zumindest implizit davon aus, dass eine einzige zumutbare

---

<sup>30</sup> So im Ergebnis auch das Bundesgericht im «Lego» Verfahren, BGE 129 III 514 E. 3.2.4 – «Lego III (3D)», trotz der zugegebenermassen widersprüchlichen Ausführungen in E. 3.1.3.

<sup>31</sup> So zum europäischen Recht EuGH, Urteil C-30/15 vom 10. November 2016, Rn. 47 f. – «Simba Toys / EUIPO». Zur Methode der Ermittlung der objektiven Funktion unter Heranziehung externer Erkenntnisquellen FRANZ HACKER, Technisch funktionale Marken, in: Ahrens et al (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Büscher, Köln 2018, 15 ff., 21 ff.

<sup>32</sup> EuGH, Urteil C-30/15 vom 10. November 2016, Rn. 48 ff. – «Simba Toys / EUIPO»: krit. HACKER (Fn. 31), 22 f.

<sup>33</sup> PETER HEINRICH / ANGELIKA RUF, Die Formmarke nach „Lego III“, „Swatch-Uhrenarmband“ und „Katalysatorträger“, sic! 2005, 253 ff, 257; SHK MSCHG-NOTH, Art. 2 N 41.

<sup>34</sup> MARBACH (Fn. 12), Rn. 516.

<sup>35</sup> Was nach hier vertretener Auffassung, mit der h.L. und Rsp., als zulässig erachtet wird, BVGer, sic! 2011, 34 ff. – «Kugelschreiber (3D)»; MARKUS WANG, Die schutzzähige Formgebung, Bern 1998, 331 f.; MARBACH (Fn. 12), Rn. 498 f.; SHK MSCHG-NOTH, Art. 2 N 20; a.M. ARNET, Die Formmarke, Zürich 1993, 17 ff.

<sup>36</sup> BVGer, sic! 2011, 34 ff., E. 2.4 – «Kugelschreiber (3D)». Dass die konkret beanspruchte Form im «Kugelschreiber (3D)» Urteil technisch notwendig im Sinne von Art. 2 lit. b MSchG ist, hat das BVGer allerdings nicht überzeugend begründet. Die Ausführungen beschränken sich auf die fehlende originäre Unterscheidungskraft, der Sprung zur technischen Notwendigkeit ist unvermittelt (siehe E. 6.1).

Formalternative genügt.<sup>37</sup> Ein Teil der Lehre dagegen verlangt eine „freie Variierbarkeit“, d.h. eine Vielzahl von zumutbaren alternativen Formen, um die technische Notwendigkeit auszuschliessen.<sup>38</sup> Diese Auffassung wird durch die Befürchtung getrieben, dass bei einer geringen Anzahl alternativen Formen auch diese (durch Mitbewerber) markenrechtlich geschützt werden könnten und der Markteintritt neuer Mitbewerber dadurch verhindert würde.

Diese Befürchtung scheint theoretischer Natur. Technisch bedingte Formen sind regelmässig originär nicht unterscheidungskräftig und nur nach erfolgter Verkehrsdurchsetzung schutzbar. Dass sich in einem Markt sämtliche technisch bedingten – aber eben nicht technisch *notwendigen* – Formen im Verkehr als Herkunftshinweise durchsetzen, scheint selbst bei einer geringen Zahl von möglichen Formen praktisch ausgeschlossen. Eine derart fernliegende Möglichkeit rechtfertigt es nicht, eine „praktisch unbeschränkte Wahlmöglichkeit von Formen“<sup>39</sup> zu verlangen.

### c. Begründet ein Kompatibilitätsinteresse eine technische Notwendigkeit?

Es ist in neuerer Zeit wieder strittig, inwiefern das Interesse, dass ein Verschleiss-, Ersatz-, Erweiterungs- oder Ergänzungsteil oder Verbrauchsmaterial zu einem Primärprodukt kompatibel ist, die technische Notwendigkeit einer Form begründen kann. Das Bundesgericht hatte diese Frage für den von den LEGO Klemmbausteinen geschaffenen Fortsetzungsbedarf eindeutig verneint.<sup>40</sup> In einem neueren Urteil erachtet es jedoch die von der Vorinstanz vertretene gegenteilige Auffassung für den von Kapselkaffeemaschinen geschaffenen Verbrauchsbedarf als „unter Willkür Gesichtspunkten vertretbar“.<sup>41</sup>

Die Lehre neigt fast einhellig zur Auffassung, dass ein Kompatibilitätsinteresse die technische Notwendigkeit begründen kann, d.h. dass zumutbare Alternativformen auf solche beschränkt sind, die mit dem Primärprodukt kompatibel sind.<sup>42</sup> Nicht überzeugend scheint aber insbesondere der Hinweis von ESCHMANN, dass diese Auffassung mit der älteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Ausstattungsschutz übereinstimme.<sup>43</sup> Das Bundesgericht führt selbst

---

<sup>37</sup> BGE 129 III 514 E. 2.4.2 («überhaupt *keine* alternative Form»), E. 3.2.3 («unbestreitbar, dass die [...] als Form beanspruchten [...] Noppen *nicht die einzige* Möglichkeit bilden, [die Klemmwirkung zu erzielen]») (Hervorhebung hinzugefügt); BGer, sic! 2006, 666 ff., E. 2.1 – «Zigarettenverpackung (3D)»; SASKIA ESCHMANN, Kompatibilität und der markenrechtliche Schutzausschlussgrund der technischen Notwendigkeit, in: AJP 2011, 1639 ff., 1641.

<sup>38</sup> ANGELIKA RUF, Anmerkung zu „Zigarettenverpackung (3D)“, sic! 2006, 666 ff, 669; HEINRICH/RUF (Fn. 33), 261; SHK MSCHG-NOTH, Art. 2 N 45.

<sup>39</sup> HEINRICH/RUF (Fn. 33), 261 f.

<sup>40</sup> BGer, sic! 2004, 854 ff., E. 2.1.1 – «Erläuterungen zu Lego III (3D)».

<sup>41</sup> BGer, Urteil 4A\_178/2011 vom 28. Juni 2011, E. 2.2 (in BGE 137 III 324 ff. «Nespresso» nicht publizierte Erwägung). Die Kognition war wegen Art. 98 BGG auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte beschränkt.

<sup>42</sup> DAVID MEISSNER/DANIEL BOHREN, Perpetuierter Patentschutz durch Formmarken?, SMI 1995, 225 ff.; WANG, (Fn. 35), 375 ff.; BSK MSchG-STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, Art. 2 N 272; OFK MSCHG-WILLI, Art. 2 N 210; MARBACH (Fn. 12), 161 f.; SHK MSCHG-NOTH, ART. 2 N 46; ESCHMANN (Fn. 37), 1647 f.; DIRK SPACEK, Produktkompatibilität – Systemschutz durch Immaterialgüterrechte?, in: Grosz/Grünwald (Hrsg.), Recht und Wandel, Festschrift für Rolf H. Weber, Zürich 2016, 181 ff., 197 ff.

<sup>43</sup> ESCHMANN (Fn. 37), AJP 2011, 1648.



aus, „dass in jenen Präjudizien lediglich erkannt wurde, die Konkurrenten verhielten sich ihrerseits *nicht schon deshalb* unlauter und verletzten den wettbewerbsrechtlichen Ausstattungsschutz *nicht bereits dadurch*, dass sie LEGO-kompatible Bauelemente in Verkehr brächten.“<sup>44</sup> Die ältere wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung zum Ausstattungsschutz äussert sich nicht zur Frage, ob die Übernahme einer unterscheidungskräftigen Form durch ein Kompatibilitätsinteresse gerechtfertigt ist, sondern nur dazu, ob die Befriedigung eines von einem anderen geschaffenen Ersatz-, Ergänzungs- oder Erweiterungsbedarfs *per se* (selbst ohne Schaffung einer Verwechslungsgefahr!) unlauter ist, weil damit ein durch einen anderen Marktteilnehmer (u.U. durch immaterialgüterrechtlich geschützte Güter) geschaffenes Bedürfnis befriedigt wird.

Nach hier vertretener Auffassung, die sich mit derjenigen des Bundesgerichts deckt,<sup>45</sup> ist die Frage, ob die Kontrolle eines vom Produkt des Markeninhabers geschaffenen Sekundärmarktes durch eine Formmarke missbräuchlich ist, kartellrechtlich zu prüfen. Das Markenrecht ist nicht geeignet, die sich dabei stellenden „wettbewerbspolitischen und wettbewerbsrechtlichen Überlegungen“<sup>46</sup> abzubilden. Das Interesse der Marktteilnehmer, dass die von ihnen angebotenen Ersatzteile<sup>47</sup> mit dem Produkt eines Mitbewerbers kompatibel sind, vermag für sich alleine die Schaffung einer Verwechslungsgefahr mit der Formmarke eines anderen nicht zu rechtfertigen.<sup>48</sup> Technisch notwendig ist die Form des Ersatzteils nur solange, als man verlangt, dass es zum Primärprodukt passt. Richtet man das Augenmerk stattdessen auf das Gesamtsystem – wie es das Bundesgericht in den Erläuterungen zum Lego-Urteil<sup>49</sup> getan hat – so gibt es zumutbare alternative Formen. Im Bereich der Kaffeekapselsysteme beispielsweise gibt es konkurrierende Systeme von Tchibo (Cafissimo), Bosch (Tassimo), Migros (Delizia), Lavazza (A Modo Mio) oder Illy (E.S.E. Pods), die alle Kapselformen aufweisen, die sich von den mit dem Nespresso-System von Nestlé kompatiblen Kapseln deutlich unterscheiden.

Die Durchsetzung der markenrechtlichen Ausschliesslichkeitsrechte gegen kompatible Ersatzteile kann jedoch missbräuchlich sein, wenn (i) der Markeninhaber eine marktbeherrschende Stellung innehat und (ii) durch den Missbrauch dieser Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt (Art. 7 Abs. 1 KG), beispielsweise durch die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG). Art. 3 Abs. 2 KG steht

---

<sup>44</sup> BGer, sic! 2004, 854 ff., E. 2.1.2 – «Erläuterungen zu Lego III (3D)», unter Hinweis auf BGer, Urteil 4C.46/2003 vom 2. Juli 2003, E. 5.2.2 (nicht veröffentlicht in BGE 129 III 514 ff. – «Lego III (3D)»), Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>45</sup> BGer, Urteil 4C.46/2003 vom 2. Juli 2003, E. 5.2.2 i.f. (nicht veröffentlicht in BGE 129 III 514 ff. – «Lego III (3D)»: «Der Vorwurf eines entsprechenden Missbrauchs der Formmarke [sc. durch Verbot des Vertriebs kompatibler Klemmbausteine] bedürfte vielmehr im Einzelfall einer eingehenden kartellrechtlichen Begründung.»

<sup>46</sup> ESCHMANN (Fn. 37), 1648.

<sup>47</sup> Darunter sind im Folgenden alle «must fit» Teile zu verstehen, unabhängig davon, ob es sich um Ersatz-, Verschleiss-, Erweiterungs- oder Ergänzungsteile handelt.

<sup>48</sup> Fehlt eine Verwechslungsgefahr, ist das Inverkehrbringen kompatibler Ersatzteile selbst dann nicht rechtswidrig, wenn die Formmarke schutzfähig ist, HGer SG, sic! 2013, 759 ff., E. 13 – «Nespresso IV».

<sup>49</sup> BGer, sic! 2004, 854 ff., E. 2.1.2 – «Erläuterungen zu Lego III (3D)».

einer kartellrechtlichen Prüfung der immaterialgüterrechtlichen Rechtsdurchsetzung nach h.L. nicht entgegen.<sup>50</sup>

Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Abs. 2 setzt eine korrekte Abgrenzung des relevanten Marktes voraus. Ob Sekundärprodukte einen eigenen relevanten Markt darstellen ist seit langem unstritten. Aus Nachfragersicht können einzelne Ersatzteile grundsätzlich nicht mit anderen Produkten substituiert werden. Ein Hersteller kann die Preise für die Ersatzteile kurzfristig erhöhen, indem er die höhere Zahlungsbereitschaft von Konsumenten ausnützt, die bereits in das Primärgut investiert haben. Dies ist langfristig aber häufig nicht profitabel, weil potenzielle Kunden des Herstellers im Primärbereich ein derartiges Verhalten berücksichtigen, indem sie die zu erwartenden Kosten über die gesamte Lebensdauer des Primärguts in die Kalkulation miteinbeziehen. Stellen Kunden eine derartige Betrachtung an, kann sich ein Hersteller im Sekundärbereich langfristig nicht antikompetitiv verhalten, wenn im Primärbereich Wettbewerb herrscht.<sup>51</sup> M.a.W. stellen die betreffenden Produkte des Sekundärbereichs keinen eigenen Markt dar, wenn der Wettbewerbsdruck im Primärbereich dazu führt, dass sich der Hersteller im Sekundärbereich langfristig nicht antikompetitiv verhalten kann.<sup>52</sup> Es liegt dann ein so genannter „Systemmarkt“ vor, der Primär- und Sekundärmarkt umfasst.<sup>53</sup> Ob dies der Fall ist, ist nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu prüfen, wobei die Wettbewerbskommission einen Katalog von zu berücksichtigenden Kriterien entwickelt hat.<sup>54</sup>

Hat der Markeninhaber eine marktbeherrschende Stellung, ist zu prüfen, ob die Durchsetzung seiner markenrechtlichen Ausschliesslichkeitsrechte im Einzelfall ein Missbrauch dieser Stellung darstellt. Die Tatsache alleine, dass das Originalprodukt zu weniger günstigen Konditionen angeboten wird, genügt dabei nicht, den Missbrauchsvorwurf zu begründen.<sup>55</sup> Entscheidend ist, dass der Anbieter die Lieferkonditionen in einer für den Abnehmer im Zeitpunkt der Entscheidung über die Investition in das Primärgut *nicht voraussehbaren* Weise verschlechtert und damit die Situation des Locked-in-Konsumenten ausnützt. Denn wenn die Lieferkonditionen für die Ersatzteile bereits im Investitionszeitpunkt bekannt waren, konnte sich der Abnehmer in Kenntnis der Gesamtkosten des Systems entscheiden und, wenn auf dem Pri-

---

<sup>50</sup> GEORG RAUBER, Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Zürich/Genf 2004, 185 ff.; DONATELLA FIALA, Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht, Bern 2006, 149 f.; BSK KG-HILTY, Art. 3 Abs. 2 N 26 ff.; a.M. HGer BE, sic! 2006, 348 ff. – «Anschlaghalter III»; a.M. für das Patentrecht, wo es ein gesetzliches System von Zwangslizenzen gibt WERNER STIEGER, in: Bertschinger/Geiser/Münch (Hrsg.), Patentrecht, Basel 2002, Rn. 13.339 ff.

<sup>51</sup> BSK KG-REINERT/BLOCH, Art. 4 Abs. 2 N 177.

<sup>52</sup> BSK KG-REINERT/BLOCH, Art. 4 Abs. 2 N 177.

<sup>53</sup> RPW 1999/2, 247 ff. – «Minolta».

<sup>54</sup> MARK AMSTUTZ/MANI REINERT, Erfasst Art. 4 Abs. 2 KG auch die überragende Marktstellung und die relative Marktmacht?, in: sic! 2005, 632 f.

<sup>55</sup> Siehe aber ESCHMANN (Fn. 37), 1648.

märmarkt Wettbewerb herrscht, für ein anderes System entschliessen, wenn ihm die Kosten für Primärprodukt und Ersatzteile nicht angemessen erscheinen.

Liegt ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vor, wird diesem im Patentrecht typischerweise durch eine kartellrechtliche Zwangslizenz begegnet.<sup>56</sup> D.h. die Unterlassungsansprüche des Schutzrechtsinhabers gehen nicht vollständig unter, aber ihre Durchsetzung ist missbräuchlich, wenn der Verletzer bereit ist, eine angemessene Lizenzgebühr zu bezahlen.<sup>57</sup> Die Übertragung des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwands auf markenrechtliche Unterlassungsansprüche erscheint unter zwei Gesichtspunkten problematisch: erstens gelten Markenrechte anders als Patentrechte potenziell „ewig“, so lange die Marke ernsthaft gebraucht wird und die fälligen Erneuerungsgebühren bezahlt werden, was bedeuten würde, dass der Mitbewerber auf alle Zeiten eine Lizenzgebühr bezahlen müsste. Zweitens führt die Marktpräsenz identischer Zeichen für die gleichen Produkte über kurz oder lang dazu, dass die Marke ihre Unterscheidungskraft verliert, d.h. nicht mehr als Hinweis auf die Herkunft des Produkts aus einem bestimmten Unternehmen verstanden wird (Freizeichenbildung<sup>58</sup>). Der Zwangslizenzeinwand gegen markenrechtliche Unterlassungsansprüche führt also *de facto* zur Vernichtung des Markenrechts. Ist die Durchsetzung markenrechtlicher Unterlassungsansprüche kartellrechtswidrig, ist sie daher unabhängig davon zu verweigern, ob der Verletzer bereit ist, eine angemessene Lizenzgebühr zu bezahlen.<sup>59</sup>

#### **d. Wer trägt die Beweislast dafür, dass es zumutbare alternative Formen gibt?**

Das Bundesgericht geht zumindest implizit davon aus, dass die Beweislast für das Vorliegen zumutbarer Alternativformen, und somit die Beweislast dafür, dass die geschützte Form *nicht* technisch notwendig ist, bei der Markeninhaberin liegt.<sup>60</sup> Dies ist insofern überraschend, als das Vorliegen technischer Notwendigkeit bei einer eingetragenen Marke eine rechtsvernichtende Tatsache ist, die nach allgemeiner Regel derjenige zu beweisen hat, der sich darauf beruft, d.h. derjenige, der die Nichtigkeit der Marke geltend macht. Es ist denn auch unbestritten, dass das Vorliegen absoluter Schutzausschlussgründe im Eintragungsverfahren vom IGE,

---

<sup>56</sup> BGH vom 13. Juli 2004, GRUR 2004, 966 – «Standard-Spundfass»; ANDREAS HEINEMANN, Immaterialgüterrecht in der Wettbewerbsordnung, Tübingen 2002, 185 f.; STEFAN HEUTZ, Das Spannungsverhältnis zwischen den Immaterialgüterrechten und der kartellrechtlichen Kontrolle marktbeherrschender Unternehmen, Frankfurt am Main 2010, 107 f.; KATHARINA APEL, Die kartellrechtliche Zwangslizenz im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, Baden-Baden 2015, 286 ff.

<sup>57</sup> WOLFGANG KELLENTER, Der FRAND-Einwand im Patentverletzungsprozess nach der EuGH-Entscheidung Huawei/ZTE, in: Kühnen (Hrsg.), 80 Jahre Patentgerichtsbarkeit in Düsseldorf, Köln 2016, 255 ff., 258; FLORIAN BRUNNER, «FRAND»-Obliegenheiten bei standardessentiellen Patenten aus vertrags- und kartellrechtlicher Perspektive, sic! 2019, 1 ff., 11.

<sup>58</sup> Zum Freizeichen siehe BGE 130 III 133 – «Montessori».

<sup>59</sup> A.M. HEUTZ (Fn. 56), 107 f., der eine Zwangslizenz auch im Markenrecht für möglich hält.

<sup>60</sup> BGER, sic! 2004, 854 ff., E. 2.1 – «Erläuterungen zu Lego III (3D)»; BGE 137 III 324 E. 3.2.2 «Nespresso»; ebenso HGER SG, sic! 2013, 759 ff., E. 4b – «Nespresso IV».

und im Verletzungsverfahren von der Partei, die die Nichtigkeit der Marke geltend macht, zu beweisen ist.<sup>61</sup>

An dieser allgemeinen Regel ist auch für die Schutzausschlussgründe nach Art. 2 lit. b MSchG festzuhalten. Da derjenige, der geltend macht, eine Form sei technisch notwendig, aber den Beweis für das Fehlen einer Tatsache – nämlich das Fehlen zumutbarer alternativer Formen – erbringen muss, trifft den Markeninhaber eine erhöhte Substanziierungslast.<sup>62</sup> Er muss konkret aufzeigen, welche Formen zumutbare Alternativen zur geschützten Form sind. Im ordentlichen Verfahren ändert die hier vertretene Auffassung daher praktisch nichts.

Praktische Auswirkungen hat die Beweislastverteilung aber im Massnahmeverfahren, bevor ein Sachverständigengutachten zur Frage der technischen Notwendigkeit vorliegt. Da Parteigutachten gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine Beweismittel sind,<sup>63</sup> liegt vor der Erstattung des Gerichtsgutachtens regelmässig ein *non liquet* vor,<sup>64</sup> und es ist zu Lasten der beweisbelasteten Partei zu entscheiden – nach hier vertretener Auffassung also gegen den angeblichen Verletzer, während nach herrschender Auffassung gegen den Markeninhaber zu entscheiden ist.

Vorteil dieser Beweislastverteilung ist, dass eine Durchsetzung von eigentlichen Formmarken im Massnahmeverfahren (Verfügungsverfahren) in vernünftiger Frist möglich bleibt. Die Einholung eines Gerichtsgutachtens dauert selbst bei «Kurzgutachten» gerne ein Jahr, wie das Verfahren von Nestlé gegen Denner vor dem Einzelrichter am Handelsgericht St. Gallen wegen des Vertriebs Nespresso-kompatibler Kaffeekapseln zeigt. Während es bis zum Erlass eines superprovisorischen (einstweiligen) Verbots gerade einmal eine Woche dauerte, und dieses Verbot nach durchgeführtem Schriftenwechsel nach zwei Monaten wieder aufgehoben wurde, dauerte es nach Rückweisung durch das Bundesgericht zur Einholung eines Gerichtsgutachtens zur technischen Notwendigkeit der geltend gemachten Formmarke nicht weniger als 22 Monate, bis die Abweisung des Massnahmegesuchs bestätigt wurde.<sup>65</sup> 22 Monate sind für ein Massnahmeverfahren, das den raschen Schutz gefährdeter Rechtsstellungen bezweckt, definitiv zu lange.

---

<sup>61</sup> BVGer, Urteil B-2217/2014 vom 3. November 2016, E. 4.4.3 – «Bond St. 22 London (fig.)»; DAVID ASCHMANN, Der Markenbeweis, sic! 2008, 699 ff., 706. Hingegen trägt der Gesuchsteller resp. Markeninhaber die Beweislast für die Überwindung absoluter Schutzausschlussgründe durch Verkehrsdurchsetzung, BGE 130 III 478 E. 3.3 – «Lernstudio».

<sup>62</sup> Zur Mitwirkungsobliegenheit des Beweisgegners beim Beweis des Nichtvorliegens einer Tatsache BGE 119 II 305 E. 1b; BGer, Urteil 4C.64/2003 vom 18. Juli 2003, E. 4.

<sup>63</sup> BGE 137 III 324 ff., E. 3.2 «Nespresso»; BGE 141 III 433 E. 2.6.; s. aber Urteil 4A\_301/2016/4A\_311/2016 vom 15. Dezember 2016, E. 7.2.3 (nicht publiziert in BGE 143 III 79): zusammen mit anderen Beweismitteln kann ein Parteigutachten Beweis erbringen.

<sup>64</sup> HGer SG, sic! 2013, 759 ff., E. 5 «Nespresso IV».

<sup>65</sup> HGer SG, sic! 2013, 759 ff., E. 5 «Nespresso IV».

## Zusammenfassung

Die Form einer Marke ist in der Schweiz technisch notwendig und damit gemäss Art. 2 lit. b MSchG vom Markenschutz ausgeschlossen, wenn es keine zumutbare alternative Form gibt, die gleich praktisch, solide, günstig in der Herstellung oder ökologisch wie die geschützte Form ist und keine Verwechslungsgefahr mit der geschützten Form begründet («erweiterter Alternativformtest»). Die Beweislast dafür, dass es keine alternative Form gibt, trägt derjenige, der den Bestand einer eingetragenen Marke angreift. Allerdings trifft den Markeninhaber eine erhöhte Behauptungslast, da es sich um den Beweis einer unbestimmten negativen Tatsache handelt. Massgeblich für den Vergleich ist die technische Funktion, die die hinterlegte Form objektiv erfüllt.

Eine technische Form ist bereits dann nicht technisch notwendig, wenn es eine einzige Form gibt, die den gleichen Zweck gleich gut erfüllt. Abzulehnen ist die Auffassung, es bedürfe einer praktisch unbeschränkten Wahlmöglichkeit von Formen, damit die technische Notwendigkeit entfällt. Allerdings muss die alternative Form in jeder Hinsicht mindestens gleichwertig zur geschützten Form sein, bereits ein geringfügiger Nachteil macht die alternative Form unzumutbar.

Handelt es sich bei der geschützten Form um ein Verschleiss-, Ersatz-, Erweiterungs- oder Ergänzungsteil oder Verbrauchsmaterial, das zu einem Primärprodukt passen muss, so begründet das Kompatibilitätsinteresse alleine keine technische Notwendigkeit. Abzustellen ist darauf, ob es für das Gesamtsystem bestehend aus Primärprodukt und Ersatzteil zumutbare alternative Formen gibt.

Dem Missbrauch von Markenrechten zur Kontrolle des Sekundärmarkts ist durch das Kartellrecht zu begegnen, vorab durch Art. 7 Abs. 1 KG, der den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verbietet. Ob der Anbieter von kompatiblen Ersatzteilen marktbeherrschend i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG ist, hängt von der korrekten Abgrenzung des relevanten Marktes ab. Ob Sekundärprodukte einen eigenen relevanten Markt darstellen ist seit langem umstritten und darf nicht einfach angenommen werden.

Die Tatsache alleine, dass das Originalprodukt zu weniger günstigen Konditionen als ein Konkurrenzprodukt angeboten wird, genügt nicht, einen Missbrauchsvorwurf zu begründen. Entscheidend ist, dass der Anbieter die Lieferkonditionen in einer für den Abnehmer im Zeitpunkt der Entscheidung über die Investition in das Primärgut nicht voraussehbaren Weise verschlechtert und damit die Situation des Locked-in-Konsumenten ausnützt.