
Datum: 27.04.2023
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 20 U 41/22
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2023:0427.20U41.22.00

Vorinstanz: Landgericht Düsseldorf, 2a O 202/20

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 12. Januar 2022 verkündete Urteil der 2a. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf - Az.: 2a O 202/20 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.

Dieses und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung der Beklagten wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

- I. 2
- Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen der Verwendung des Textes „Ei, Ei, Ei, Ei, Ei“ unter marken- und lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten auf Erstattung von Abmahnkosten, Auskunftserteilung und Rechnungslegung sowie Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht in Anspruch. 3
- Die Klägerin ist Herstellerin von Eierlikör mit Firmensitz in A-Stadt. Das Familienunternehmen wurde im Jahr 1876 gegründet und befindet sich inzwischen in fünfter Generation im Besitz der Familie B. Der seitens der Klägerin vertriebene Eierlikör „B. Original“ wird in unveränderter Zusammensetzung nach einem von C. B. entwickelten Familienrezept 4

hergestellt. Die Klägerin ist unter anderem Inhaberin der beim Deutschen Patent- und Markenamt am 18. August 1978 angemeldeten und am 09. April 1979 unter der Registernummer DE..... eingetragenen deutschen Wortmarke „Eieiei“, die Schutz in der Warenklasse 33 für „Spirituosen“ genießt.

Die Beklagte ist Betreiberin einer Brennerei mit Sitz in Niedersachsen. Sie bietet ihre Spirituosen – darunter Eierliköre – sowohl über ihren Onlineshop unter „www.de/shop“ als auch über den Einzelhandel an.

Anfang des Jahres 2020 stellte die Klägerin fest, dass die Beklagte auf ihrer Website unter „www.de“ - wie abgebildet - für ihre Eierliköre warb:



Mit anwaltlichem Schreiben vom 28. Januar 2020 ließ die Klägerin die Beklagte daraufhin abmahnen sowie zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung und Erstattung von Abmahnkosten in Höhe von 2.305,40 € netto auffordern. Mit anwaltlichem Schreiben vom 18. Februar 2020 übersandte die Beklagte der Klägerin – ohne Anerkennung einer Rechtspflicht – eine strafbewehrte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung. Eine Erstattung der Abmahnkosten erfolgte nicht.

Im April 2020 stellte die Klägerin fest, dass nach Eingabe des Suchtextes „Firma D. mit ei“ in die Suchmaske der Suchmaschine „Google“ die Weihnachtswerbung der Beklagten unter der Kategorie „Bilder“ als Suchergebnis angezeigt wurde:

5

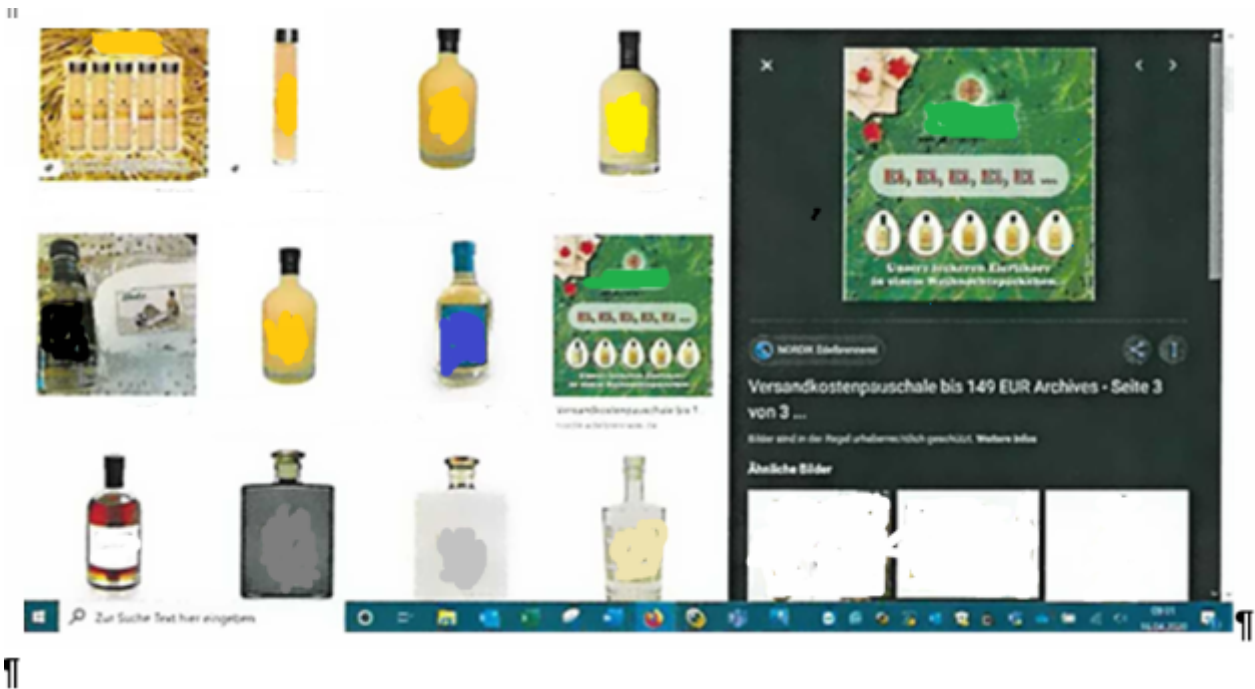
6

7

8

9

10



Zudem stellte die Klägerin fest, dass die Beklagte über ihren Internetauftritt bei „Facebook“ unter „www.facebook.com/Firma D.“ nun folgendermaßen für die von ihr hergestellten Eierliköre warb:



11

12

13



Mit anwaltlichem Schreiben vom 27. April 2020 forderte die Klägerin die Beklagte daraufhin zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 3.750,- € auf; sie mahnte die Beklagte abermals ab und forderte diese erfolglos zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung sowie Erstattung von Abmahnkosten in Höhe von 2.085,95 € brutto auf.

14

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes sowie wegen der in erster Instanz gestellten Anträge wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

15

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, der Klägerin stehe gegen die Beklagte kein Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten nebst Verzugszinsen zu, weil die von ihr ausgesprochenen Abmahnungen unbegründet gewesen seien. Die Beklagte sei nicht zur Unterlassung verpflichtet gewesen, da es an einem markenmäßigen Gebrauch des angegriffenen Zeichens fehle. Angesichts der konkreten Verwendung des angegriffenen Zeichens und aufgrund des hierdurch hervorgerufenen Gesamteindrucks bei den angesprochenen Verkehrskreisen sei vorliegend von einer rein beschreibenden Verwendung des Textes „Ei, Ei, Ei, Ei, Ei“ auszugehen, die weder mit einem herkunftshinweisenden Gebrauch noch einer gedanklichen Verknüpfung mit der Klagemarke einhergehe. Aus denselben Gründen könne die Klägerin die Beklagte auch nicht aus einem Geschäftsabzeichen wegen der streitgegenständlichen Zeichenverwendung weder aufgrund einer Verwechslungsgefahr gemäß § 15 Abs. 2 MarkenG noch aufgrund eines Bekanntheitsschutzes gemäß § 15 Abs. 3 MarkenG auf Unterlassung in Anspruch nehmen. Auch ein Unterlassungsanspruch unter dem Gesichtspunkt unlauterer Nachahmung gemäß § 4 Nr. 3 UWG scheide aus.

16

Hiergegen richtet sich die form- sowie fristgerecht eingelegte und binnen verlängerter Frist begründete Berufung der Klägerin, mit der sie ihr erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt. Sie macht geltend, entgegen dem Landgericht werde das angegriffene Zeichen von der Beklagten markenmäßig verwendet. Die Klagemarke verfüge über zumindest durchschnittliche Kennzeichnungskraft. Das angegriffene - hochgradig ähnliche - Zeichen werde von der Beklagten zur Kennzeichnung identischer Waren benutzt. Durch die beanstandete Benutzung des Zeichens durch die Beklagte werde ferner die Unterscheidungskraft und die Wertschätzung der bekannten Klagemarke ohne

17

rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausgenutzt und beeinträchtigt. Darüber hinaus sei die Bezeichnung „Eieiei“ bzw. „Ei, Ei, Ei“ auch als Geschäftsabzeichen im Sinne von § 5 Abs. 2 Satz 2 MarkenG geschützt. Der Unterlassungsanspruch ergebe sich daher ergänzend auch aus § 15 MarkenG. Außerdem sei die Beklagte aus dem Verbot der wettbewerblichen Nachahmung zur Unterlassung verpflichtet.

Die Klägerin beantragt,	18
das erstinstanzliche Urteil vom 12. Januar 2022 des Landgerichts Düsseldorf (Az.: 2a O 202/20) aufzuheben und	19
1.	20
die Beklagte zu verurteilen, an sie einen Betrag in Höhe von 2.743,43 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.02.2020 zu zahlen;	21
2.	22
die Beklagte zu verurteilen, an sie einen Betrag in Höhe von 2.743,43 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.05.2020 zu zahlen;	23
3.	24
festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr allen Schaden zu ersetzen, der ihr aus dem Angebot und Vertrieb der wie in Anlage A abgebildet gekennzeichneten Waren bereits entstanden ist oder künftig noch entstehen wird;	25
4.	26
die Beklagte zu verurteilen, ihr Auskunft über Herkunft und Vertriebsweg der wie in Anlage A abgebildet gekennzeichneten Waren zu erteilen, insbesondere Angaben zu machen über Namen und Anschriften der Hersteller, Lieferanten und anderen Vorbesitzer, der gewerblichen Abnehmer und Verkaufsstellen, für welche die Waren bestimmt waren, über die Menge der hergestellten, ausgelieferten, erhaltenen und bestellten Waren sowie über die Preise, die für die Waren bezahlt wurden;	27
5.	28
die Beklagte zu verurteilen, ihr Auskunft über Art und Umfang des Angebots und Vertriebs der wie in Anlage A abgebildet gekennzeichneten Waren zu erteilen, und zwar durch Vorlage eines Verzeichnisses, aus dem sich die mit den Waren nach Anlage A erzielten Umsätze und die Gestehungskosten einschließlich aller Kostenfaktoren, jeweils aufgeschlüsselt nach Kalendervierteljahren, sowie Art und Umfang der betriebenen Werbung, gegliedert nach Werbeträger, Auflagenzahl, Erscheinungszeit und Verbreitungsgebiet, ergeben.	29
Die Beklagte beantragt,	30
die Berufung zurückzuweisen.	31
Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.	32
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands zweiter Instanz wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	33

II.	34
Die zulässige Berufung ist unbegründet; der Klägerin stehen die geltend gemachten Ansprüche gegen die Beklagte nicht zu.	35
Die angefochtene Entscheidung beruht weder auf einer entscheidungserheblichen Rechtsverletzung im Sinne des § 546 ZPO durch das Landgericht, noch rechtfertigen die gemäß § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine abweichende Entscheidung, § 513 Abs. 1 ZPO. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die in jeder Hinsicht zutreffenden Ausführungen des Landgerichts in den Gründen der angefochtenen Entscheidung verwiesen, denen sich der Senat nach eigener Überprüfung anschließt und die durch das Berufungsvorbringen der Klägerin auch nicht entkräftet werden.	36
A.	37
Ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Gestalt von Abmahnkosten besteht nicht.	38
1.	39
Mit Recht hat das Landgericht entschieden, dass § 14 Abs. 6 MarkenG in Verbindung mit §§ 683 Satz 1, 677, 670 BGB als Anspruchsgrundlage nicht in Betracht kommt.	40
1.1.	41
In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass im Kennzeichen- und Wettbewerbsrecht Abmahnkosten nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag unter der Voraussetzung erstattungsfähig sind, dass die Abmahnung begründet war (vgl. BGH GRUR 2012, 304 Rn. 21 - <i>Basler Haar-Kosmetik</i> ; GRUR 2011, 617 Rn. 15 - <i>Sed;Ingerl/Rohnke</i> , MarkenG, 4. Auflage, Vor §§ 14 - 19d Rn. 296 mit zahlreichen weiteren Nachweisen).	42
1.2.	43
Dies war hier nicht der Fall, denn der Klägerin stand der mit den ausgesprochenen Abmahnungen wegen der streitgegenständlichen Zeichenverwendung geltend gemachte Unterlassungsanspruch weder aufgrund einer Verwechselungsgefahr (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG) noch aufgrund eines Bekanntheitsschutzes (§ 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG) zu. Die Beklagte hat die Klagemarke „Eieiei“ nicht verletzt.	44
a. Eine beeinträchtigende Benutzung des Zeichens ist gegeben, wenn es durch Dritte markenmäßig oder – was dem entspricht – als Marke verwendet wird und diese Verwendung die Funktionen der Marke und insbesondere ihre wesentliche Funktion, den Verbrauchern die Herkunft der Waren oder Dienstleistungen zu garantieren, beeinträchtigt oder beeinträchtigen kann (vgl. BGH GRUR 2019, 1053 Rn. 27 – <i>ORTLIEB II</i>). Damit die Marke nämlich ihre Aufgabe als wesentlicher Bestandteil des Systems eines unverfälschten Wettbewerbs erfüllen kann, muss sie die Gewähr bieten, dass alle Waren oder Dienstleistungen, die sie kennzeichnet, unter der Kontrolle eines einzigen Unternehmens hergestellt oder erbracht worden sind, das für ihre Qualität verantwortlich gemacht werden kann (vgl. EuGH GRUR 2003, 55 Rn. 48 – <i>Arsenal FC</i>). Maßgeblich ist, ob der angesprochene Verkehr das Zeichen auch als Hinweis auf die Herkunft der Ware oder Dienstleistung aus einem bestimmten Betrieb versteht. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls (vgl. BGH GRUR 2019, 1289 Rn. 25 - <i>Damen Hose MO</i>). Abzustellen ist auf die Sicht eines normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen	45

Durchschnittsverbrauchers (vgl. BGH GRUR 2012, 1040 Rn. 16 - *pjur/pure*). Die Tatsache, dass ein Zeichen vom angesprochenen Verkehr als Herkunftshinweis für die in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen und damit als Marke erkannt wird, muss anhand der Umstände des Einzelfalls positiv festgestellt werden (vgl. BGH GRUR 2019, 522 Rn. 41 - *SAM*).

b. Davon ist auch das Landgericht ausgegangen und ist rechtsfehlerfrei zu der Einschätzung gelangt, dass der normal informierte, angemessen aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher - wie die Mitglieder des Senats als Teil der angesprochenen Verkehrskreise selbst feststellen können - in der streitgegenständlichen Zeichenverwendung keinen Hinweis auf die Herkunft einer Ware sieht. Die Klägerin beanstandet die fünffache Aufzählung des Begriffs „Ei“ jeweils im Rahmen einer Internet-Werbung für ein Produkt-Paket, das fünf verschiedene Sorten Eierlikör enthält. Angesichts dessen ist es für den Senat - ebenso wie für das Landgericht - unter Berücksichtigung der nachfolgend dargestellten maßgeblichen Umstände des Einzelfalls fernliegend, dass die angesprochenen Verkehrskreise in dem angegriffenen Text „Ei, Ei, Ei, Ei, Ei“ einen Herkunftshinweis erblicken. Die Ausführungen der Berufung führen zu keiner abweichenden Beurteilung der Sach- und Rechtslage. 46

aa. Ein in diesem Zusammenhang zu berücksichtigender Umstand ist die Tatsache, dass der angegriffene Text „Ei, Ei, Ei, Ei, Ei“ im Hinblick auf die Beschaffenheit des beworbenen Produkts - nämlich als Kernzutat von Eierlikör - glatt beschreibend ist. 47

(1) Bei dem Gebrauch einer beschreibenden Angabe kann eine markenmäßige Benutzung grundsätzlich nicht angenommen werden (vgl. BGH GRUR 2009, 502 Rn. 29 - *pcb*). Denn bestimmte Arten der Benutzung zu rein beschreibenden Zwecken können keine Funktionen der geschützten Marke beeinträchtigen (vgl. EuGH GRUR 2009, 756 Rn. 61 - *L'Oréal/Bellure*). Hat ein Wort beschreibenden Charakter, wird es vom Verkehr eher als Sachhinweis und nicht als Kennzeichen aufgefasst (so BGH GRUR 2017, 502 Rn. 26 - *MICRO COTTON*). Dabei ergibt sich der beschreibende Charakter in erster Linie aus dem Sinngehalt der betreffenden Bezeichnung. Maßgeblich für die Frage, ob der Verkehr das Zeichen nur beschreibend versteht, ist jedoch auch der Kontext, in der die gerügte Benutzungshandlung erfolgte. 48

(2) Mit dieser Maßgabe ordnen die angesprochenen Verkehrskreise dem angegriffenen Text „Ei, Ei, Ei, Ei, Ei“ ohne besonderen gedanklichen Aufwand lediglich einen beschreibenden Begriffsinhalt zu und fassen ihn nicht als Hinweis auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen auf. Die Wortfolge besteht aus der fünffachen Wiederholung des Wortes „Ei“, jeweils getrennt durch ein Komma und Leerzeichen. 49

(a) Das Substantiv „Ei“ bezeichnet unter anderem eine „befruchtete oder nicht befruchtete weibliche tierische oder menschliche Keimzelle, ein „(von bestimmten Tieren, besonders Vögeln, gelegtes) von einer Schale umschlossenes, die Eizelle und meist Dotter und Eiweiß enthaltendes kugeliges, oft länglich ovales Gebilde“ oder ein „Hühnerei (als Nahrungsmittel)“ (vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/Ei>). Im allgemeinen Sprachgebrauch wird unter „Ei“ das Hühnerei verstanden, das vom Menschen als Nahrungsmittel benutzt wird. Dies spiegelt sich auch in Lebensmittelverordnungen wieder, die das Ei als Lebensmittel bei fehlender Angabe der Tierart als Hühnerei definieren (vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Ei>). Darüber hinaus hat das Ei für den Menschen auch eine kulturelle Bedeutung als Osterei (BPatG, Beschluss vom 21. September 2022, Az.: 29 W (pat) 508/21, zitiert nach juris). Das Nomen „Ei“ ist ferner Bestandteil zahlreicher Redensarten, so wie „jemanden mit [faulen] Eiern bewerfen (als Ausdruck starken Missfallens)“, „jemanden, etwas wie ein rohes Ei (sehr 50

vorsichtig) behandeln“ oder „ach, du dickes Ei! (umgangssprachlich: Ausruf der Überraschung)“ (<https://www.duden.de/rechtschreibung/Ei>) (BPatG, Beschluss vom 18. Juli 2021, Az.: 26 W (pat) 514/21, zitiert nach juris).

(b) In Alleinstellung ist das Wort „Ei“ für eine große Anzahl der in Warenklasse 33 beanspruchten Waren („Spirituosen“) ein schlagwortartiges Beschaffenheitsmerkmal und stellt als Zutatenangabe einen engen beschreibenden Bezug zu diesen Waren her. Eier oder Eierprodukte können nämlich Bestandteile alkoholischer Getränke sein, was den angesprochenen Verkehrskreisen auch bekannt ist. Dies rechtfertigt die Annahme, dass der Verkehr den glatt beschreibenden Begriffsinhalt ohne weiteres erfasst und in dem angegriffenen Text „Ei, Ei, Ei, Ei, Ei“ eine bloße Sachangabe erblickt, wobei dieses Verkehrsverständnis durch die Großschreibung des Wortes „Ei“ maßgeblich verstärkt wird. 51

bb. Im Hinblick auf die Frage der Geeignetheit zur Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion ist weiter festzustellen, dass das fünffache Aneinanderreihen des Wortes „Ei“ - durch Kommata und Leerzeichen getrennt - keine semantische oder syntaktische Besonderheit darstellt, die von einer Sachangabe wegführt und den angesprochenen Verkehrskreisen die Bedeutung eines betrieblichen Herkunftshinweises vermittelt. 52

(1) Die Wiederholung eines Wortes oder einer Wortgruppe ist ein werbeübliches rhetorisches Stilmittel, das der Rede Nachdruck verleihen soll. Es wird seit langem in der modernen Werbepsychologie verwendet, um die Aufmerksamkeit des Publikums zu erregen und den werbemäßig auffordernden Charakter zu unterstreichen, ohne dass der Verkehr dies als herkunftshinweisend wahrnimmt (vgl. BPatG, Beschluss vom 18. Juli 2021, Az.: 26 W (pat) 514/21, zitiert nach juris mit Hinweis auf BPatG, 30 W (pat) 566/20 – *My-My/MY-MY*; 29 W (pat) 36/20 – *Vino WEINLOFT*; 27 W (pat) 65/09 – *AUTOAUTO!*; 29 W (pat) 148/95 – *Leute LEUTE*; 29 W (pat) 198/92 – *FalzFalz*). Hervorzuheben ist, dass sowohl die Verdoppelung als auch die Verdreifachung des Wortes „Ei“ insbesondere in dem hier einschlägigen Produktbereich festzustellen ist (dazu ausführlich BPatG, Beschluss vom 18. Juli 2021, Az.: 26 W (pat) 514/21, zitiert nach juris). Ist dem Verkehr sowohl die Verdoppelung als auch die Verdreifachung des Wortes „Ei“ bzw. „ei“ bekannt, führt die hier in Rede stehenden fünfte Wiederholung nicht zu einer entscheidenden Änderung des Verkehrsverständnisses, sondern wird nur als eine weitere Verstärkung des Aufmerksamkeitseffekts wahrgenommen. 53

(2) Daneben wird die Interjektion „ei“ oft in der Kindersprache als Ausdruck der Verwunderung oder Überraschung verwendet, wie beispielsweise „ei, wo kommst du denn her?“ bzw. „Ei, der Daus“ oder als „Ausdruck der Zärtlichkeit“, wie zum Beispiel „ei [ei] machen (streicheln, lieblosen)“ (vgl. BPatG, BPatG, Beschluss vom 18. Juli 2021, Az.: 26 W (pat) 514/21, zitiert nach juris mit Hinweis auf <https://www.duden.de/rechtschreibung/ei>; <https://de.wiktionary.org/wiki/ei>). 54

(3) Dies zugrunde gelegt, entnehmen die angesprochenen Verkehrskreise dem angegriffenen Text „Ei, Ei, Ei, Ei, Ei“ - soweit ihnen dieser in Alleinstellung entgegentritt - in Bezug auf die Waren der Warenklasse 33 entweder eine fünffach wiederholte und auf diese Weise besonders einprägsame schlagwortartige Zutatenangabe und/oder einen durch die Verfünffachung besonders eindringlich wirkenden Ausdruck des Erstaunens, der nur der werbemäßigen Anpreisung der vorgenannten Waren dient. Sie fassen den angegriffenen Text daher wahlweise als Beschaffenheitsangabe oder als werbliche Anpreisung, nicht aber als Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Unternehmen auf (vgl. BPatG, Beschluss vom 18. Juli 2021, Az.: 26 W (pat) 514/21, zitiert nach juris). Die gegenteiligen Ausführungen der Berufung verfangen nicht. 55

cc. Ein weiterer im Rahmen der Gesamtwürdigung zu beachtender Umstand ist das durch die Art und Weise der Zeichenverwendung hervorgerufene Gesamterscheinungsbild der streitbefangenen Online-Werbung.

(1) Die Verkehrsauffassung wird auch durch die konkrete Aufmachung bestimmt, in der die angegriffene Bezeichnung dem Publikum entgegentritt ([BGH, Urteil vom 09. Februar 2012, Az.: I ZR 100/10](#), GRUR 2012, 1040, Rn. 19 - *pjur/pure*). Maßgeblich für die Frage der markenmäßigen Benutzung ist, wie der Verkehr die beanstandete Verwendung des Zeichens auf der Internetseite versteht ([OLG Köln, Urteil vom 24. Oktober 2014, Az.: 6 U 211/13](#), GRUR 2015, 596, Rn. 35 - *Kinderstube*). Maßgeblich für die Beurteilung, ob eine kennzeichenmäßige Benutzungshandlung vorliegt, ist somit die Einbettung des Zeichens in sein Umfeld. Dabei ist auf die Kennzeichnungsgewohnheiten in dem maßgeblichen Warenssektor abzustellen, insbesondere auf die Art und Weise, in der Kennzeichnungsmittel bei den betreffenden Waren üblicherweise verwendet werden. 57

(2) Vorliegend bestärkt das Präsentationsumfeld die angesprochenen Verkehrskreise in der Annahme, dass es sich bei der beanstandeten Wortfolge „Ei, Ei, Ei, Ei, Ei“ um einen rein beschreibenden Hinweis dergestalt handelt, dass die in den beworbenen Eierlikör-Päckchen enthaltenen fünf Liköre allesamt die Zutat „Ei“ enthalten. 58

(a) Dies gilt in besonderer Weise für diejenige Präsentation, bei der der angegriffene Text „Ei, Ei, Ei, Ei, Ei“ mit einem Osternest bebildert ist. Vor dem Hintergrund, dass Eier die Hauptzutat von Eierlikör sind und angesichts der kulturellen Bedeutung von Ostereiern, die - woran der Verkehr gewöhnt ist - eingebettet in Osternester dargestellt werden, erfasst der Verkehr den beschreibenden Begriffsinhalt als Zutatenhinweis ohne weiteres und auf den ersten Blick. Die Annahme, der Verkehr erblicke in den angegriffenen Zeichen ein Unterscheidungsmittel für deren Herkunft ist fernliegend. 59

(b) Nichts anderes gilt für die Weihnachtswerbung. Hervorzuheben ist, dass die beanstandete Wortfolge „Ei, Ei, Ei, Ei, Ei“ nicht in Alleinstellung - gewissermaßen zusammenhanglos - verwendet wird, sondern in der konkreten Aufmachung jedem „Ei“ jeweils bildlich eine Eierlikörflasche zugeordnet ist. Die fünffache Wiederholung des Wortes „Ei“ als rhetorisches Stilmittel findet gemäß der graphischen Anordnung ihre Entsprechung in den fünf beworbenen Eierlikörflaschen in fünf verschiedenen Geschmacksrichtungen. Zu betonen ist weiter, dass die fünf Eierlikörflaschen unterschiedlicher Geschmacksrichtungen jeweils eiförmig umrahmt und damit eine auch nur bei flüchtigem Blick erkennbare optische Betonung erfahren haben. Hierzu hat das Landgericht in den Gründen der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, dass sowohl die Farbgebung als auch die Positionierung der Flasche innerhalb der Eiform jeweils den Eindruck eines dottergelben Eigelbs erwecken und dadurch den rein beschreibenden Charakter des Begriffs „Ei“ nochmals verstärken. Dem schließt sich der Senat vollumfänglich an. Hiergegen bringt auch die Klägerin nichts Substantielles vor. Entgegen der Berufung wird die rein beschreibende Verwendung der beanstandeten Wortfolge auch nicht dadurch zum Herkunftshinweis, dass damit zwei unterschiedliche Eierlikör-Päckchen - eins für Ostern, eins für Weihnachten - beworben wurden. 60

(3) Schließlich ist zu würdigen, dass oberhalb der beanstandeten Wortfolge „Ei, Ei, Ei, Ei, Ei“ - wenn diese nicht in Alleinstellung auf der Produktverpackung angebracht ist - das eigene Unternehmenskennzeichen der Beklagten („Firma D.“) in einer den Gesamteindruck prägenden Art und Weise abgebildet ist. Die Klägerin irrt, wenn sie meint, das Unternehmenskennzeichen der Beklagten sei kaum wahrnehmbar. Dies trifft nicht zu. Der Schriftzug „Firma D.“ wird durch seine goldglänzende Farbe optisch betont und hebt sich zusätzlich dadurch vom Hintergrund ab, dass er in eine Art „Strahlen“ eingebettet ist. Auch 61

diese hervorgehobene Platzierung des Unternehmenskennzeichens spricht gegen eine markenmäßige Verwendung der beanstandeten Wortfolge. Ohne Erfolg macht die Klägerin erstmals in der Berufungsinstanz geltend, aufgrund ihrer Bekanntheit und der jahrzehntelangen Kooperation mit unterschiedlichen Unternehmen sei es der Verkehr gewöhnt, auf Produktverpackungen neben der Klagemarke oder dem Unternehmenskennzeichen weitere Marken vorzufinden. Damit dringt sie nicht durch.

(a) Die Klägerin ist mit diesem neuen Vortrag, der von der Beklagten zulässigerweise bestritten worden ist, präkludiert. Neuer, streitiger Vortrag ist nur unter den engen Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO berücksichtigungsfähig. Diese liegen hier nicht vor. Die Klägerin hat schon nicht dargetan, aus welchem Grund ihr entsprechendes Vorbringen nicht im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens möglich war. Angesichts dessen, dass die Parteien von Anfang an um die Frage der markenmäßigen Verwendung der beanstandeten Wortfolge gestritten haben, hätte für sie hinreichend Anlass bestanden, zu den Kennzeichnungsgewohnheiten der Lebensmittel- und Getränke- sowie insbesondere der Spirituosen-Branche vorzutragen. Dies war offenbar aus Nachlässigkeit im Sinne des § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht geschehen.

62

(b) Im Übrigen sind die von der Klägerin in Bezug genommenen Beispiele (siehe Seiten 11 bis 17 der Berufungsbegründung vom 08. April 2022) auch in der Sache nicht geeignet, ein herkunftshinweisendes Verständnis des Wortes „Ei“ oder der Wortfolge „Ei, Ei, Ei, Ei, Ei“ zu belegen. Im Gegenteil: Der Umstand, dass bei sämtlichen abgebildeten Beispielen explizit und graphisch hervorgehoben auf das Unternehmenskennzeichen „B.“ verwiesen wird, zeigt vielmehr, dass der Verkehr die von der Klägerin verwendete Wortfolge „Ei, Ei, Ei“ - in Alleinstellung - gerade nicht als Herkunftshinweis versteht. Nichts anderes gilt für die beanstandete Wortfolge „Ei, Ei, Ei, Ei, Ei“. Auf Grundlage des von der Klägerin gehaltenen Sachvortrages erschließt sich auch nicht, weshalb die angesprochenen Verkehrskreise davon ausgehen sollten, dass die Parteien über eine Kooperationsvereinbarung oder ähnliches miteinander verbunden sein sollen. Dafür spricht angesichts der Tatsache, dass sowohl die Klägerin als auch die Beklagte Eierlikör herstellen nichts, denn eine Kooperation wird der Verkehr nur bei Unternehmen vermuten, die unterschiedliche Produkte herstellen. Die Annahme, die Beklagte würde Eierlikör der Klägerin vertreiben, liegt danach aus der maßgeblichen Sicht des Durchschnittsverbrauchers fern. Der Umstand, dass der beanstandeten Wortfolge drei Punkte nachgestellt sind („Ei, Ei, Ei, Ei, Ei...“), führt zu keiner anderen Beurteilung. Weil aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise nichts dafür spricht, dass die Parteien über eine Kooperationsvereinbarung oder ähnliches miteinander verbunden sein könnten, werden sie auch die drei Punkte nicht als - versteckten - Hinweis auf die Klägerin begreifen. Eine solchermaßen interpretierende und mehrere gedankliche Zwischenschritte voraussetzende Betrachtungsweise nehmen sie nicht vor.

63

c. Ohne Erfolg macht die Berufung geltend, das Landgericht habe verkannt, dass es sich bei der Klagemarke um eine bekannte Marke handle mit der Folge, dass für eine markenmäßige Verwendung eine gedankliche Verknüpfung ausreichend sei. Dem folgt der Senat nicht.

64

aa. Es kann schon im Ausgangspunkt nicht angenommen werden, dass es sich bei der Klagemarke „Eieiei“ um eine bekannte Marke handelt. Die Behauptung der Klägerin, auf jeder Eierlikörfflasche befinde sich mindestens eine in das Glas eingearbeitete Prägung, die die Klagemarke „Eieiei“ wiedergebe, wird durch die von ihr vorgelegten Lichtbilder nicht gestützt. Im Gegenteil: Die Darstellung auf Seite 44 der Berufungsbegründung vom 08. April 2022 zeigt, dass die Wortfolge „Ei, ei, ei...“ - mit Kommata und Leerzeichen - in das Glas geprägt

65

ist. Dass die Klagemarke bekannt ist, folgt nicht allein daraus, dass auf den Kartons, die bei Abgabe mehrerer Eierlikörflaschen verwendet werden, sowie in Flyern und Broschüren stets der Domainname „eieiei.B.“ abgedruckt ist (siehe dazu Verpackungsbeispiele auf Seite 47 der Berufungsbegründung vom 08. April 2022 sowie Anlage K 17). In der Wahrnehmung der angesprochenen Verkehrskreise liegt darin eine für das Internet typische und übliche Verkürzung unter Weglassung von Leerzeichen und Kommata.

bb. Die von der Klägerin vorgelegten Unterlagen belegen allenfalls eine umfangreiche Verwendung des Werbeslogans „Ei, Ei, Ei B.“, was jedoch gerade keine besondere Bekanntheit der Klagemarke „Eieiei“ begründet. 66

(1) Zu betonen ist, dass in den von der Klägerin umfangreich verwendeten Werbeslogan („Ei, Ei, Ei B.“) die Klagemarke („Eieiei“) keinen Eingang gefunden hat. In der Klagemarke findet - anders als im Werbeslogan - gerade keine Trennung zwischen den „Ei“-Elementen statt. Damit nimmt die Klagemarke Bezug auf die Interjektion „ei“, die von den angesprochenen Verkehrskreisen - wie bereits dargetan - als Ausdruck der Verwunderung und Überraschung verstanden wird. Genau diese Bezugnahme fehlt dem Zeichen „Ei, Ei, Ei“, das als glatt beschreibende Aufzählung einer Zutatenangabe verstanden wird. 67

(2) Überdies hat die Klägerin das Zeichen „Ei, Ei, Ei“, der sich - wie zuvor ausgeführt - wesentlich von der Klagemarke „Eieiei“ unterscheidet, in dem Werbeslogan mit dem Unternehmenskennzeichen „B.“, also einem Worтеlement mit eigenständiger Kennzeichnungskraft, verbunden, womit eine Veränderung des kennzeichnenden Charakters bewirkt wird. Dies gilt hier umso mehr, als dass es sich bei dem Element „B.“ um den einzigen kennzeichnungskräftigen Bestandteil in dieser Wortkombination handeln dürfte (siehe dazu BPatG, Beschluss vom 21. September 2022, Az.: 29 W (pat) 508/21, zitiert nach juris). 68

(3) Ferner ist zu berücksichtigen, dass sich der Werbeslogan („Ei, Ei, Ei B.“) unstreitig an den in den 1960er Jahren populären Schlager „Ay, Ay, Ay, Maria aus Bahia“ anlehnt. Durch die Kombination der Wortfolge „Ei, Ei, Ei“ mit dem Zeichen „B.“ und die dadurch entstehende Bezugnahme auf diesen Schlagertitel erhält der Werbeslogan einen eigenständigen kennzeichnenden Charakter. Aus der maßgeblichen Verkehrssicht sind die verbundenen Teile zu einer Einheit verschmolzen mit der Folge, dass der Verkehr darin ein einheitliches Zeichen erkennt. Das gilt auch für die Mitglieder der angesprochenen Verkehrskreise, denen der Schlager „Ay, Ay, Ay, Maria aus Bahia“ unbekannt ist. Auch von ihnen wird der Werbeslogan („Ei, Ei, Ei“ und „B.“) als Werbeaussage verstanden, mit der - unter Verwendung werbeüblicher Stilmittel - im Sinne eines Beschaffenheitsmerkmals darauf hingewiesen wird, dass Eier wesentlicher Bestandteil der von der Klägerin hergestellten und vertriebenen Produkte sind. Die Wortfolge „Ei, Ei, Ei“ verbindet sich mit dem Zeichen „B.“ zu einem Gesamtbegriff, der als Einheit wahrgenommen wird. 69

2. 70

Davon ausgehend, dass eine kennzeichenmäßige Benutzung des angegriffenen Zeichen „Ei, Ei, Ei, Ei, Ei“ zu verneinen ist, bedarf es keiner Ausführungen des Senats zur markenrechtlichen Verwechslungsgefahr im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Gleiches gilt, soweit die Parteien über den markenrechtlichen Bekanntheitsschutz im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG streiten und zwar unabhängig davon, dass in Bezug auf die Klagemarke „Eieiei“ - wie dargetan - nicht feststellbar ist, dass es sich um eine bekannte Marke handelt. 71

3. 72

Auch aus dem Schutz von Unternehmenskennzeichen ergibt sich kein Unterlassungsanspruch der Klägerin. Sie kann nicht mit Erfolg geltend machen, die in Rede stehende Bezeichnung „Eieiei“ bzw. „Ei, Ei, Ei“ sei als Geschäftsabzeichen im Sinne von § 5 Abs. 2 Satz 2 MarkenG geschützt. Nach Maßgabe der bereits angestellten Erwägungen kann nicht von einem kennzeichenmäßigen Gebrauch der in Rede stehenden Zeichen (ohne den Zusatz „B.“) ausgegangen werden, denn es handelt sich - wie dargetan - um eine schlichte Zutatenangabe, der aus der maßgeblichen Sicht eines Durchschnittsverbrauchers keine betriebliche Herkunftshinweisfunktion zukommt. Der Senat verkennt nicht, dass bei bekannten Unternehmenskennzeichen die Einbeziehung von Benutzungshandlungen geboten sein kann, die eine gedankliche Verknüpfung mit dem bekannten Unternehmenskennzeichen hervorrufen, auch wenn darin noch keine klassische kennzeichenmäßige Benutzung zu sehen ist. Hieraus ergibt sich jedoch keine für die Klägerin günstige Rechtsfolge, da dem Verbraucher die in Rede stehende Bezeichnung „Eieiei“ bzw. „Ei, Ei, Ei“ stets und nur in Kombination mit dem Zusatz „B.“ geläufig ist. Der bekannte Werbeslogan lautet nun einmal „Ei, Ei, Ei B.“ (und eben nicht „Eieiei“ bzw. „Ei, Ei, Ei“).

4. 74

Auf Grundlage der vorstehenden Ausführungen ergibt sich schließlich auch kein Unterlassungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten aus § 4 Nr. 3 UWG. Es ist nicht zu beanstanden, dass das Landgericht die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz für nicht gegeben erachtet hat. Das Landgericht ist aufgrund der zur markenmäßigen Verwendung des angegriffenen Zeichens angestellten Erwägungen folgerichtig zu dem Ergebnis gelangt, dass der Wortfolge „Ei, Ei, Ei“ schon keine wettbewerbliche Eigenart zukommt. Dies hält der Nachprüfung durch den Senat stand. Das Vorbringen der Klägerin in der Berufungsinstanz gibt keinen Anlass zu ergänzenden Ausführungen. Die Berufung irrt, wenn sie meint, der Werbeslogan „Ei, Ei, Ei“ (wohlgemerkt ohne den Zusatz „B.“) habe sich aufgrund der intensiven und langjährigen Benutzung als Herkunftshinweis auf das Unternehmen der Klägerin etabliert. Diese Ansicht teilt der Senat - ebenso wie das Landgericht - aus den bereits dargelegten Gründen, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, nicht.

5. 76

Es bedarf keiner Entscheidung des Senats, ob als Anspruchsgrundlage für den von der Klägerin geltend gemachten Unterlassungsanspruch die von der Beklagten mit anwaltlichem Schreiben vom 18. Februar 2020 abgegebene Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung in Betracht kommt. Die Klägerin hat ihren Unterlassungsbegehren im Rahmen dieses Rechtsstreits auf eine Markenverletzung gestützt und sich hilfsweise auf die Verletzung wettbewerbsrechtlichen Vorschriften aus dem UWG berufen, sich mithin eines gesetzlichen Unterlassungsanspruches berührt. Will die Klägerin den Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte auch aus einem Unterlassungsvertrag ableiten, so liegt ein eigener Streitgegenstand vor (siehe dazu Thiering, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Auflage, § 14 Rn. 641 mit zahlreichen weiteren Nachweisen), der jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist.

III. 78

1. 79

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 80

2.	81
Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO in Verbindung mit § 709 Satz 2 ZPO.	82
3.	83
Die Revision wird nicht zugelassen, da die gesetzlichen Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die relevanten Rechtsfragen sind durch die zitierten höchstrichterlichen Entscheidungen beantwortet. Die Anwendung der dort entwickelten Grundsätze ist Sache des Tatrichters. Als reine Einzelfallentscheidung hat die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine revisionsgerichtliche Entscheidung im Sinne des § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.	84
4.	85
Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird - entsprechend der erstinstanzlichen Festsetzung, die von keiner der Parteien angegriffen wurde - auf 60.000,- € festgesetzt.	86