
Datum: 24.01.2019
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 42/18
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2019:0124.4U42.18.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 14 O 171/17

Schlagworte: Marke; rechterhaltende Benutzung; Verfall; Löschung; Felsquellwasser

Normen: MarkenG § 49 Abs. 1; MarkenG § 55 Abs. 2 Nr. 1; MarkenG § 26 Abs. 1; MarkenG § 26 Abs. 3, MarkenG § 55 Abs. 1; ZPO § 531 Abs. 2; ZPO § 97 Abs. 2

Leitsätze:

1. Die Benutzungsform eines Zeichens, die zu einer Markeneintragung wegen Verkehrsdurchsetzung geführt hat, muss auch nach der Markeneintragung als rechtserhaltende Benutzung anerkannt werden (Anschluss an EuGH, GRUR 2013, 722).
2. Ob die Eintragung der Marke hierbei zu Recht erfolgt ist, ist jedenfalls im Rahmen einer Löschungsklage nach § 55 Abs. 1, § 49 Abs. 1 MarkenG nicht zu überprüfen.

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 23.11.2017 verkündete Urteil der 14. Zivilkammer – Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Bochum abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens. Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung durch

Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

A.

Der Kläger ist IT-Techniker, Netzwerkspezialist und Hobbybrauer.

Die Beklagte ist eine der bekanntesten Bierbrauereien in Deutschland. Sie vertreibt u.a. die Biersorten „Krombacher Pils“, „Krombacher Alkoholfrei Pils“, „Krombacher Radler“, „Krombacher Radler Alkoholfrei“, „Krombacher Weizen“ und „Krombacher Weizen Alkoholfrei“.

Bereits seit den 1960-er Jahren verwendet die Beklagte bei der Bewerbung und der Produktaufmachung der von ihr gebrauten und vertriebenen Biere den Begriff „Felsquellwasser“, und zwar ausschließlich als Bestandteil der Werbeaussage „mit Felsquellwasser gebraut“ oder – in äußerst geringem Umfang – abweichend formulierter, indes inhaltlich gleichbedeutender Werbeaussagen. Andere auf dem deutschen Markt vertretene Brauereien verwenden den Begriff „Felsquellwasser“ im Zusammenhang mit den von ihnen vertriebenen Bieren nicht. Ein Wasser, das unter der Bezeichnung „Felsquellwasser“ vertrieben wird, war und ist auf dem deutschen Markt nicht erhältlich.



n Beispiele für die Benutzung des Begriffes aus der Zeit vor dem Jahr 2010 wieder:





9



rin der deutschen Wort-Bildmarke

10

11

Diese Marke wird beim Deutschen Patent- und Markenamt unter der Registernummer 897142 geführt (Registerauszug Anlage Bk 1). Sie ist für folgende Waren eingetragen

12

(Klasse nach der Nizzaer Klassifikation):

Klasse 32:	Mit Felsquellwasser gebrautes Bier.	13
Innerhalb eines nicht genau bestimmbar Zeitraumes vor dem Jahr 2010 entsprach das Frontetikett der Flaschen der Biersorte „Krombacher Pils“ der vorstehenden Abbildung.		14
Am 08.01.2008 meldete die Beklagte den Begriff „Felsquellwasser“ zur Eintragung als Wortmarke in das Markenregister des Deutschen Patent- und Markenamtes an. Im Laufe des Eintragungsverfahrens beschränkte die Beklagte das Waren- und Dienstleistungsverzeichnis der Anmeldung, das zunächst diverse Waren und Dienstleistungen umfasst hatte, auf die Ware „Biere“ (Klasse 32 nach der Nizzaer Klassifikation). Mit Beschluss vom 19.05.2008 lehnte die Markenstelle für Klasse 32 die Eintragung der Marke zunächst ab. Hiergegen wandte sich die Beklagte mit dem Rechtsbehelf der Erinnerung. Die Beklagte beauftragte zudem die in Hamburg ansässige „J GmbH“ mit der gutachterlichen Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung des Begriffes „Felsquellwasser“. Die J GmbH führte daraufhin im Zeitraum vom 31.08.2009 bis zum 13.09.2009 eine Verkehrsbefragung durch und kam in ihrem unter dem 24.09.2009 erstellten Verkehrsgutachten (Anlage BB1) zu dem Ergebnis, die von ihr durchgeführte „Studie liefere das eindeutige Ergebnis, dass die Bezeichnung ‚Felsquellwasser‘ im Zusammenhang mit Bier verkehrsdurchgesetzt sei“. Dieses Verkehrsgutachten legte die Beklagte im Erinnerungsverfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt vor. Mit Beschluss vom 31.03.2010 (Anlage BB2) hob die Markenstelle für Klasse 32 des Deutschen Patent- und Markenamtes daraufhin auf die Erinnerung der Beklagten ihren ablehnenden Beschluss vom 19.05.2008 auf. In den Gründen dieses Beschlusses führte die Markenstelle aus, bei dem Begriff „Felsquellwasser“ handele es sich von Hause aus um eine beschreibende und nicht unterscheidungskräftige Angabe, denn sie beinhalte den ohne Weiteres erfassbaren Bedeutungsgehalt, dass das so bezeichnete Bier mit Wasser hergestellt werde, das aus einer Felsenquelle gewonnen werde. Damit erschöpfe sie sich in einem rein beschreibenden Aussagegehalt ohne jegliche betriebliche Herkunftswirkung. Allerdings habe die Beklagte zu ihrer, der Markenstelle, Überzeugung dargetan, dass sich der Begriff infolge seiner Benutzung für Bier in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt habe. Es sei festzustellen, dass der überwiegende Teil des angesprochenen Verkehrs die Angabe „Felsquellwasser“ als einen auf ein bestimmtes Unternehmen bezogenen Herkunftshinweis verstehe, was ebenso wie für die originäre auch für die durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft ausreichend sei. Es könne auch davon ausgegangen werden, dass die Zuordnung des Zeichens zum Unternehmen der Beklagten als Herkunftshinweis erfolge. Trotz seines Charakters als Werbeschlagwort und seiner Benutzung im Rahmen des anpreisenden Slogans „mit Felsquellwasser gebraut“ könne es gleichzeitig als Betriebskennzeichen wirken, nach der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung sei es auch sogar unerheblich, dass die Werbefunktion im Vordergrund stehe. Die Wortmarke „Felsquellwasser“ sei mithin aufgrund von Verkehrsdurchsetzung für die Ware „Biere“ in das Markenregister einzutragen.	15	
Am 07.06.2010 wurde daraufhin die Wortmarke „Felsquellwasser“ für die Beklagte unter der Registernummer 302008001325 für die Ware „Biere“ (Klasse 32 nach der Nizzaer Klassifikation) in das Markenregister des Deutschen Patent- und Markenamtes eingetragen.		16
Auch nach der Markeneintragung nutzte und nutzt die Beklagte den Begriff „Felsquellwasser“ ununterbrochen bei der Produktaufmachung der von ihr hergestellten und vertriebenen Biere und Biermischgetränke. Jede einzelne Flasche der Biersorten „Krombacher Pils“, „Krombacher Alkoholfrei Pils“, „Krombacher Radler“, „Krombacher Radler Alkoholfrei“, „Krombacher Weizen“ und „Krombacher Weizen Alkoholfrei“ verfügt – jedenfalls seit 2012 –		17

über ein Rückenetikett, dessen Text – neben anderen Angaben – auch den Werbeslogan „mit Felsquellwasser® gebraut“ enthält (Abbildungen dieser Rückenetiketten in Anlage Bk 3 [Blatt 5, 6, 7, 8, 10 und 12 des grünen Anlagenhefters], in Anlage Bk 5 [Blatt 31 des grünen Anlagenhefters], in Anlage Bk 6 [Blatt 51 des grünen Anlagenhefters] und in Anlage Bk 8 [Blatt 66, 68, 70, 73 und 75 des grünen Anlagenhefters]. Allein im Zeitraum von 2012 bis Juli 2017 lieferte die Beklagte insgesamt 4,18 Milliarden Bierflaschen, die auf diese Weise gekennzeichnet waren, an den Handel aus.

Im Januar und Februar 2012 veröffentlichte die Beklagte in den Publikumszeitschriften „Auto Motor Sport“, „Sport Bild“, „TV Spielfilm“, „Kicker Montag“ und „Kicker Formel1“ eine Werbeanzeige, die ebenfalls den Werbeslogan „mit Felsquellwasser® gebraut“ enthielt (Abbildung Anlage Bk 9). Darüber hinaus lieferte die Beklagte seit 2013 insgesamt 13.320 sogenannte „Bierkarten“ an Gastronomiebetriebe aus; diese „Bierkarten“ enthalten jeweils erläuternde Angaben zu den von der Beklagten hergestellten Biersorten und darin auch jeweils die Aussage „mit (...) Felsquellwasser® gebraut“ (beispielhafte Abbildung Anlage Bk 11). Der Internetauftritt „www.krombacher.de“ der Beklagten enthält seit dem 09.09.2011 ununterbrochen auf verschiedenen Seiten den Hinweis, die Biersorten der Beklagten würden mit „Felsquellwasser®“ hergestellt (beispielhafte Abbildung Anlage Bk 12). Auch in einem im Jahre 2017 im Auftrag der Beklagten ausgestrahlten TV-Werbespot fand der Begriff „Felsquellwasser“ Verwendung. 18

Unter dem 03.04.2017 beantragte der Kläger beim Deutschen Patent- und Markenamt die Löschung der Wortmarke „Felsquellwasser“ (Registernummer 302008001325) wegen Verfalls. Die Beklagte erhob hiergegen Widerspruch. Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 21.07.2017 (Anlage K3 = Blatt 24-26 der Gerichtsakte) forderte der Kläger die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 02.08.2017 auf, in die Löschung der Wortmarke „Felsquellwasser“ (Registernummer 302008001325) einzuwilligen. Zugleich forderte der Kläger die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 07.08.2017 zur Erstattung vorgerichtlicher Kosten in Höhe von insgesamt 2.199,76 € auf. Die Beklagte kam diesen Aufforderungen nicht nach. 19

Der Kläger hat daraufhin mit Schriftsatz vom 19.09.2017, der Beklagten zugestellt am 16.10.2017 (Zustellungsurkunde Blatt 31 der Gerichtsakte), Klage erhoben. Er hat die Auffassung vertreten, die Wortmarke „Felsquellwasser“ (Registernummer 302008001325) sei mangels einer rechtserhaltenden Benutzung wegen Verfalls zu löschen. Die Beklagte habe die Marke nicht markenmäßig für die Ware „Biere“, für die sie eingetragen sei, benutzt. Die Beklagte vermarkte ihre Biere ausschließlich unter dem Zeichen „Krombacher“. Den Begriff „Felsquellwasser“ benutze sie lediglich zur Kennzeichnung des von ihr verwendeten (Brau-)Wassers, und für dieses Wasser sei der Begriff „Felsquellwasser“ nicht einmal unterscheidungskräftig. Die Ware „Wasser“ sei im Verhältnis zur Ware „Biere“ keine „ähnliche“ Ware. Der bloße (Zutaten-)Zusammenhang zwischen Wasser und Bier reiche auch nicht aus, um von einer markenmäßigen Benutzung der Wortmarke „Felsquellwasser“ für die Ware „Biere“ auszugehen. Ihm, dem Kläger, stehe neben dem Löschungsanspruch ein Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten in Höhe von insgesamt 3.237,91 € (100,00 € Verwaltungsgebühr für das Lösungsverfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt sowie Rechtsanwaltsvergütung, berechnet nach einem Gegenstandswert von 200.000,00 €) zu. 20

Der Kläger hat beantragt, 21

die Beklagte zu verurteilen, 22

• 1. in die Löschung der deutschen Wortmarke „Felsquellwasser“, Registernummer 302008001325, einzuwilligen;	24
• 2. ihn, den Kläger, von Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 3.237,91 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit freizustellen.	25
Die Beklagte hat beantragt,	27
die Klage abzuweisen.	28
Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die streitgegenständliche Marke sei nicht verfallen. Für die Frage einer rechtserhaltenden Benutzung komme es auf die Verwendung der Marke im konkreten Einzelfall an. Der (Phantasie-)Begriff „Felsquellwasser“ werde ausschließlich im Zusammenhang mit ihren, der Beklagten, Bieren verwendet. Keine andere Brauerei verwende diesen Begriff. Schon allein das von ihr, der Beklagten, seit der Markeneintragung verwendete ®-Symbol gebe dem Verkehr einen deutlichen Hinweis, dass es sich bei dem Begriff „Felsquellwasser“ um eine Marke handle. Dass der Begriff „Felsquellwasser“ – angeblich – nicht unterscheidungskräftig sei, könne im Rahmen einer Löschungsklage wegen Verfalls nicht gerügt werden.	29
Mit dem angefochtenen, am 23.11.2017 verkündeten Urteil hat die 14. Zivilkammer – Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Bochum der Klage vollumfänglich stattgegeben.	30
Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung.	31
Die Beklagte ist der Auffassung, das Landgericht habe bei seiner Entscheidung nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Marke „Felsquellwasser“ für Bier verkehrsdurchgesetzt sei. Der Begriff werde vom angesprochenen Verkehr als Herkunftshinweis verstanden; seit der Markenmeldung gelte dies sogar umso mehr, weil sie, die Beklagte, den Begriff grundsätzlich um das ®-Symbol ergänze. Zudem gelte nach der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, die auch bereits Eingang in die obergerichtliche Rechtsprechung in Deutschland gefunden habe, dass eine Benutzungsform, die zu einer Markeneintragung wegen Verkehrsdurchsetzung geführt habe, auch nach der Markeneintragung als rechtserhaltende Benutzung anerkannt werden müsse. Sie, die Beklagte, habe die Marke „Felsquellwasser“ nach der Markeneintragung in gleicher Form wie vor der Markeneintragung benutzt. Die Benutzung seit der Markeneintragung erfolge – wegen der Hinzufügung des ®-Symbols – im Ergebnis sogar „noch markenmäßiger“ als vor der Eintragung.	32
Die Beklagte beantragt,	33
das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.	34
Der Kläger beantragt,	35
die Berufung zurückzuweisen.	36
	37

Der Kläger ist der Auffassung, der Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung durch das Verkehrsgutachten der J GmbH sei „schallend missraten“. Die J GmbH habe in ihrem Gutachten offensichtlich die markenrechtlichen Begriffe der „Verkehrsgeltung“ und der „Verkehrsdurchsetzung“ miteinander verwechselt. Darüber hinaus leide das Gutachten auch unter weiteren methodischen Mängeln. Schließlich könne die Beklagte auch nicht mit ihrer Auffassung durchdringen, eine Benutzungsform, die zu einer Markeneintragung wegen Verkehrsdurchsetzung geführt habe, müsse auch nach der Markeneintragung als rechtserhaltende Benutzung anerkannt werden. Selbst wenn diese Auffassung zuträfe, fehle es an der praktischen Umsetzung dieser Rechtsregel: während die Benutzungsformen vor der Markeneintragung sich durch eine prominente Platzierung des Slogans „mit Felsquellwasser gebraut“ auszeichneten, erscheine dieser Slogan auf den Bierflaschen der Beklagten seit der Markeneintragung nur noch relativ versteckt auf den Rückenetiketten und dort lediglich innerhalb eines Fließtextes nahe der Zutatenliste und ohne besondere Hervorhebung.

Soweit in den Gründen dieses Urteils Fundstellen in der Gerichtsakte angegeben sind, wird wegen der Einzelheiten auf die dort befindlichen Dokumente verwiesen. 38

B. 39

Die – zulässige – Berufung der Beklagten ist begründet. Die – zulässige – Klage ist unbegründet. 40

I. Klageantrag zu 1. (Einwilligung in die Markenlöschung) 41

1. Zulässigkeit 42

Die Klage ist mit diesem Klageantrag zulässig. 43

Der Kläger hat sein Löschungsbegehren im vorliegenden Rechtsstreit – ausschließlich – auf den Gesichtspunkt des Verfalls nach § 49 Abs. 1 MarkenG gestützt. Seine diesbezügliche Klagebefugnis ergibt sich aus § 55 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Nach dieser Vorschrift ist in den Fällen des Antrags auf Löschung wegen Verfalls jede Person klagebefugt. Es handelt sich um eine Popularklage, für die es eines Nachweises eines besonderen Rechtsschutzinteresses der klagenden Partei nicht bedarf (Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl. [2018], § 55 Rdnr. 13). 44

2. Begründetheit 45

Das Löschungsbegehren ist indes unbegründet. Die Voraussetzungen für eine Löschung der Markeneintragung wegen Verfalls nach § 49 Abs. 1 MarkenG – andere Verfallsgründe sind vom Senat nicht zu prüfen – liegen nicht vor. Die Beklagte hat die streitgegenständliche Wortmarke „Felsquellwasser“ seit der Markeneintragung durchgehend rechtserhaltend im Sinne des § 26 Abs. 1 und Abs. 3 MarkenG benutzt. Die Änderungen des Markengesetzes durch das Markenrechtsmodernisierungsgesetz vom 11.12.2018 (BGBl. 2018 I, 2357) sind dabei für die im vorliegenden Rechtsstreit zu treffende Entscheidung ohne Bedeutung; die für den vorliegenden Rechtsstreit bedeutsamen Regelungen des Markengesetzes haben durch das Markenrechtsmodernisierungsgesetz keine Änderung erfahren. 46

a) Dem Kläger ist zuzugeben, dass sich der Begriff „Felsquellwasser“ innerhalb der Werbeaussage „mit Felsquellwasser gebraut“ (oder in inhaltlich gleichbedeutenden Werbeaussagen) in sprachlich-grammatikalischer Hinsicht fraglos nicht auf das Endprodukt 47

„Bier“, sondern lediglich auf die Zutat „(Brau-)Wasser“ bezieht und sich in sprachlich-grammatikalischer Hinsicht im Wesentlichen – wenn nicht sogar vollständig – in einer bloßen Beschreibung dieses (Brau-)Wassers erschöpft. Diese – formale – Bewertung ist im vorliegenden Rechtsstreit indes nicht ausschlaggebend. Entscheidend ist vielmehr – worauf die Beklagte (erstmalig) in der Berufungsinstanz zutreffend hingewiesen hat – der in der höchststrichterlichen Rechtsprechung, der sich der erkennende Senat anschließt, zu den Gemeinschaftsmarken (für die nationale deutsche Marke kann nichts anderes gelten) entwickelte Grundsatz, dass eine Benutzungsform eines Zeichens, die zu einer Markeneintragung wegen Verkehrsdurchsetzung geführt hat, auch nach der Markeneintragung als rechtserhaltende Benutzung anerkannt werden muss (EuGH, GRUR 2013, 722 [Rdnr. 33]; ebenso OLG Köln, Urteil vom 28.03.2014 – 6 U 162/13 – <juris>, dort Rdnr. 15; vgl. hierzu auch Ströbele/Hacker/Thiering, a.a.O., § 26 Rdnr. 29). Dies bedeutet, dass die Art und Weise der Nutzung, welche die Marke in das Register gebracht hat, auch dazu ausreicht, die Marke im Register zu halten, ohne dass der Markeninhaber seine Nutzung umstellen muss (OLG Köln, a.a.O.).

Ob die Eintragung der Marke in das Register hierbei zu Recht erfolgt ist, ist jedenfalls im Rahmen einer Löschungsklage nach § 55 Abs. 1, § 49 Abs. 1 MarkenG nicht – auch nicht inzident – zu überprüfen. Denn diese Klage ist ein Rechtsbehelf zur Beurteilung des Verhaltens des Markeninhabers nach der Eintragung der Marke in das Register und kein Rechtsbehelf zur Überprüfung der Richtigkeit der Eintragsentscheidung des Deutschen Patent- und Markenamtes. Ebenso wie im Rahmen einer Verletzungsklage hat das zur Entscheidung über eine Löschungsklage nach § 55 Abs. 1, § 49 Abs. 1 MarkenG berufene Gericht die Eintragsentscheidung seiner Entscheidung zugrunde zu legen. 48

b) Die Beklagte benutzt das Zeichen „Felsquellwasser“ noch in der gleichen Art und Weise wie vor der Markeneintragung (hierzu unter aa)). Allenfalls – wenn überhaupt – liegt eine unschädliche Verringerung der Intensität der Nutzung des Wortzeichens vor (hierzu unter bb)). 49

aa) Unstreitig verwendete und verwendet die Beklagte den Begriff „Felsquellwasser“ durchgehend sowohl vor als auch nach der Markeneintragung ausschließlich innerhalb der Werbeaussage „mit Felsquellwasser gebraut“ oder in inhaltlich gleichbedeutenden Werbeaussagen. Ausweislich der Gründe des Beschlusses des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 31.03.2010 – deren inhaltliche Richtigkeit vom Senat nicht zu prüfen ist – lag indes gerade die Benutzungsform des Begriffes „Felsquellwasser“ als Bestandteil des Werbeslogans „mit Felsquellwasser gebraut“ der Eintragung der hier streitgegenständlichen Wortmarke für die Ware „Biere“ zugrunde. Diese Benutzungsform ist damit als für eine rechtserhaltende Benutzung der streitgegenständlichen Marke ausreichend anzusehen. 50

Die rechtserhaltende Benutzung liegt hierbei schon allein in der Anbringung des genannten Werbeslogans auf den Rückenetiketten der von der Beklagten an den Handel ausgelieferten Bierflaschen. Der Werbeslogan ist auf diesen Rückenetiketten von der eigentlichen Zutatenliste der jeweiligen Biersorte räumlich getrennt. Der Werbeslogan dient damit nicht allein der bloßen Beschreibung des in den Flaschen enthaltenen Bieres, bei der genannten Angabe handelt es sich vielmehr qualitativ noch immer um einen eigenständigen Werbeslogan. Die Verwendung des Zeichens „Felsquellwasser“ erfolgt damit noch immer qualitativ in derjenigen Art und Weise, die der Senat aufgrund der Gründe des Beschlusses des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 31.03.2010 als markenmäßige Benutzung dieses Zeichens anzuerkennen hat. Die Absicht einer markenmäßigen Verwendung wird hierbei durch die Verwendung des ®-Symbols noch unterstrichen. 51

Der Senat ist – entgegen den vom Kläger in der mündlichen Verhandlung geäußerten Bedenken – durch die Regelung in § 531 Abs. 2 ZPO nicht an der Berücksichtigung der Gründe des Beschlusses des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 31.03.2010 gehindert. Der in § 531 Abs. 2 ZPO angeordnete (eingeschränkte) Novenausschluss gilt nicht für <u>unstreitiges</u> neues Vorbringen in der Berufungsinstanz (Zöller/Heßler, ZPO, 32. Aufl. [2018], § 531 Rdnr. 20 mit zahlreichen weiteren Nachweisen). Die Beklagte hat erstmals in der Berufungsinstanz Ablichtungen des Beschlusses des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 31.03.2010 sowie des Verkehrsgutachtens der J GmbH vom 24.09.2009 vorgelegt. Der Kläger hat weder die Existenz der diesen Ablichtungen zugrundeliegenden Original-Dokumente bestritten, noch hat er vorgetragen, dass die von der Beklagten vorgelegten Ablichtungen den Inhalt dieser Original-Dokumente unzutreffend wiedergeben. Die Existenz und der Inhalt der beiden genannten Dokumente sind damit zwischen den Parteien unstreitig.	52
<u>bb)</u> Es kann dahinstehen, ob die vom Kläger als „relativ versteckt“ bezeichnete Verwendung des Werbeslogans „mit Felsquellwasser gebraut“ auf den Rückenetiketten der von der Beklagten an den Handel ausgelieferten Bierflaschen noch der Intensität der Verwendung dieses Slogans vor der Markeneintragung entspricht. Eine (eventuelle) Verringerung der Intensität der Zeichenbenutzung ist nämlich unschädlich. Aus dem oben unter a) dargestellten Grundsatz darf nämlich nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass eine dem Benutzungszwang genügende Benutzung die hohen Maßstäbe einer Verkehrsdurchsetzung erfüllen muss (Ströbele/Hacker/Thiering, a.a.O., § 26 Rdnr. 30; Becker, GRUR 2013, 724 [725]). Für die Annahme einer rechtserhaltenden Benutzung reicht es vielmehr aus, dass die Marke in einer Weise verwendet worden ist, die nicht nur als bloße Scheinhandlung zu bewerten ist (Ströbele/Hacker/Thiering, a.a.O., § 26 Rdnr. 30 a.E.). Dass die durchgehende Verwendung des Werbeslogans „mit Felsquellwasser® gebraut“ auf mehr als 4 Milliarden Bierflaschen seit der Markeneintragung keine bloße Scheinhandlung ist, bedarf keiner weiteren Begründung.	53
<u>II. Klageantrag zu 2. (Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten)</u>	54
Bereits mangels Erfolges des auf die Markenlöschung gerichteten Klageantrages zu 1. kann der Kläger keinen Ersatz seiner vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten verlangen. Im Übrigen bestünde selbst beim Erfolg des Löschungsbegehrens kein Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlichen Kosten des Lösungsklägers, weil das Halten einer wegen bloßer Nichtbenutzung verfallenen Marke keinen rechtswidrigen Störungszustand begründet (Ströbele/Hacker/Thiering, a.a.O., § 55 Rdnr. 79 m.w.N.).	55
<u>C.</u>	56
Die Entscheidung über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO.	57
Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf § 97 Abs. 2 ZPO. Die Beklagte obsiegt im vorliegenden Rechtsstreit aufgrund ihres Vorbringens zu dem Inhalt des Beschlusses des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 31.03.2010. Hierzu hätte sie ohne Weiteres bereits in der ersten Instanz vortragen können.	58
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.	59
Anlass für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO) besteht nicht.	60

