

---

**Datum:** 20.10.2000  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 6. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 6 U 51/00  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2000:1020.6U51.00.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Köln, 84 O 77/99

---

**Tenor:**

1.) Die Berufung der Beklagten gegen das am 1.3.2000 verkündete Urteil des Landgerichts Köln - 84 O 77/99 - wird zurückgewiesen. 2.) Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen. 3.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann jedoch die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in nachbenannter Höhe abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit jeweils in derselben Höhe leistet. Es ist Sicherheit in folgender Höhe zu leisten bzw. sind folgende Beträge zu hinterlegen: Bei Vollstreckung des Anspruches auf a) Unterlassung 750.000,00 DM; b) Kostenerstattung 50.000,00 DM. 4.) Die Beschwer der Beklagten wird auf 750.000 DM festgesetzt.

---

**Tatbestand**

1

Die Parteien sind Hersteller u.a. von Süßwaren. Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens, dem das auf den Erlass einer einstweiligen Verfügung gerichtete Verfahren 81 O 98/99 LG Köln vorausgegangen ist, ist die zu Gunsten der Beklagten eingetragene und aus der Seite 4 dieses Urteils ersichtliche Wortmarke "Kinder Kram".

2

Die Klägerin vertreibt eine Vielzahl von Produkten aus Schokolade unter Verwendung von Marken, die mit dem Begriff "Kinder" beginnen. Bei diesen Marken, wegen deren Ausgestaltung im einzelnen auf die Darstellung in der Klageschrift und die zugehörigen Anlagen sowie auf die im Berufungsverfahren als Anlage BE 1 vorgelegten farbigen Abbildungen verwiesen wird, ist das Wort "Kinder" so ausgestaltet, dass das "K" einen geringfügig verlängerten senkrechten Strich aufweist und in schwarz und demgegenüber der

3

restliche Wortbestandteil "inder" in rot geschrieben ist.

Zu den Marken der Klägerin gehört auch "Kinderschokolade". Diese Marke ist - wie sich aus der Anlage K 1 a zur Klageschrift (= Bl.22) ergibt - am 11.8.1980 unter der Nummer 1006192 als durchgesetztes Zeichen für gefüllte Vollmilchschokolade eingetragen worden. Ebenso ist am 12.8.1991 - wie aus der Anlage K 4 (= Bl.30) ersichtlich ist - unter der Nummer 1180071 die Marke "Kinder" als durchgesetztes Zeichen eingetragen worden, und zwar allgemein für Schokolade. Während "Kinderschokolade" eine reine Wortmarke ist, ist "Kinder" eine Wort/Bildmarke, die der vorstehend beschriebenen Aufmachung entspricht.

Die streitgegenständliche Wortmarke "Kinder Kram" ist am 28.1.1999 zu Gunsten der Beklagten für Zuckerwaren, Back- und Konditorwaren und nicht-medizinische Kaugummi in die Markenrolle eingetragen worden.

Die Klägerin hält diese Marke im Sinne des § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG für verwechslungsfähig mit ihrer Wort/Bildmarke "Kinder". Angesichts der Vielzahl der von ihr vertriebenen verschiedenen Produkte, deren Marken mit dem Begriff "Kinder" beginnen, erwarte der Verkehr, dass auch "Kinder Kram" von ihr vertrieben werde. Das ergebe sich zum einen aus den im einzelnen vorgetragenen hohen Werbeaufwendungen und Umsatzzahlen für "Kinderschokolade" und weitere Produkte wie "Kinder Überraschung", "Kinder Happy Hippo Snack" und zum anderen aus dem als Anlage K 6 (= Bl.32) vorgelegten demoskopischen Gutachten der GfK vom April 1997, das belege, dass 71,6 % der Käufer bzw. Interessenten der Meinung seien, das Wort "Kinder" weise auf eine ganz bestimmte Firma hin.

Die Klägerin hat b e a n t r a g t,

der Beklagten zu untersagen,

Zuckerwaren, Back- und Konditorwaren und nicht-medizinische Kaugummi unter der Marke

"Kinder Kram"

wie sie im Markenblatt Heft 4 vom 28.1.1999 auf Seite 1051 unter der Nr. 398 57 206 (wie nachfolgend eingeblendet) veröffentlicht worden ist,

pp.

anzubieten, und/oder zu bewerben und/oder in Verkehr zu bringen.

Die Beklagte hat b e a n t r a g t,

die Klage abzuweisen.

Sie hat sich auf ein nach ihrer Auffassung bestehendes hohes Freihaltebedürfnis sowie ihr Recht aus § 23 MarkenG zur beschreibenden Verwendung berufen und auf die aus Bl.166 ersichtliche Vielzahl von zu ihren Gunsten bestehenden Markeneintragungen verwiesen, in denen das Wort "Kinder" vorkomme, wie z.B. die Marke "Haribo macht Kinder froh". Zudem gebe es die auf den Seiten 4-8 der Klageerwiderung im einzelnen aufgelisteten Marken von anderen Herstellern, die ebenfalls den Begriff "Kinder" enthielten.

21

Die Beklagte hat bestritten, dass sich der Begriff "Kinder" ohne besondere farbliche Gestaltung für die Klägerin durchgesetzt habe. Sie hat im übrigen die Auffassung vertreten, das Gutachten belege die Bekanntheit der Bezeichnung "Kinder" nicht, weil die Marke "Kinder" der Klägerin farblich ausgestaltet sei und zudem die Fragen suggestiv gestellt gewesen seien.

22

Im übrigen bestehe eine erhebliche Warenferne zwischen Schokolade und nicht-medizinischen Kaugummis.

23

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und zur Begründung durch deren wörtliche Übernahme auf die Entscheidungsgründe des Urteils einer anderen Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 17.9.1999 in dem erwähnten Verfahren 81 O 98/99 verwiesen. Der Begriff "Kinder" sei im maßgeblichen Zusammenhang mit Schokolade nicht beschreibend. Er werde insofern identisch gebraucht, als "Kinder" auch in der angegriffenen Marke dem Gesamtausdruck vorangestellt werde. Zudem werde entgegen der gewöhnlichen Schreibweise und in Anlehnung an die Marken der Klägerin der Begriff in zwei Worten, also nicht als "Kinderkram", verwendet. Schließlich sei auch die erforderliche Warenähnlichkeit gegeben, zumal der Kunde Kaugummis und Süßwaren im Supermarkt im selben Bereich vorfinde.

24

Ihre Berufung gegen dieses Urteil begründet die Beklagte wie folgt:

25

Der Begriff "Kinder" sei Freihaltebedürftig. Auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Bezeichnung nicht "für Kinder" laute, sei sie doch Bestimmungsangabe im Sinne des § 8 Abs.2 Nr.2 MarkenG. Zudem bestehe von Hause aus auch das Eintragungshindernis des § 8 Abs.2 Nr.1 MarkenG, weil "Kinder" ein Begriff sei, dem für Schokolade keine Unterscheidungskraft zukomme. Soweit die Marke "Kinder" dennoch eingetragen worden sei, sei dies als durchgesetztes Wort/Bildzeichen speziell in der beschriebenen Ausgestaltung geschehen. Auf diese grafische Gestaltung sei die Schutzfähigkeit beschränkt. Es komme hinzu, dass die Marke "Kinder" in Alleinstellung von der Klägerin gar nicht benutzt werde, weswegen sie inzwischen die aus den - gesondert gehefteten - Anlagen CBH 1 und 2 ersichtlichen Löschungsanträge gestellt habe. Im übrigen sei "Kinder" von Hause aus von nur geringer Kennzeichnungskraft. Dies belege auch die - allerdings unvollständig - in Kopie ebenfalls vorgelegte Akte des Markenamtes. Außerdem sei die Vielzahl von Drittmarken zu berücksichtigen, die auch das Wort "Kinder" enthielten. Schließlich bestehe keine Verwechslungsgefahr. Die Zeichen seien schon nicht ähnlich, weil das angegriffene Zeichen aus zwei gleichwertigen Teilen bestehe. Es liege aus im einzelnen dargelegten Gründen auch keine Anlehnung an die Zeichen der Klägerin vor. Weiter seien die Waren auch nicht ähnlich, weil der Verkehr zwischen Schokoladen einerseits und Süßwaren und nicht-medizinischen Kaugummis andererseits unterscheide und diese auch nicht regelmäßig in Supermärkten gemeinsam angeboten würden.

26

Die Beklagte beantragt,

27

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.

28

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Die Klägerin b e a n t r a g t,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 29 |
| die Berufung zurückzuweisen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 30 |
| Sie verteidigt das angefochtene Urteil wie folgt:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 31 |
| Die als durchgesetztes Zeichen eingetragene Marke "Kinder" sei von hoher Kennzeichnungskraft. Das ergebe sich aus dem Umstand, dass die unwidersprochen vorgetragene hohe Bekanntheit nicht nur die Verkehrsdurchsetzung begründe, sondern zugleich auch die von Hause aus gegebene Kennzeichnungskraft erhöhe. Soweit die Beklagte auf den Umstand abstelle, dass es sich bei der Marke "Kinder" um ein Wort/Bildzeichen handele, treffe das zwar zu, ändere an dem Bestand des Anspruches aber nichts. Denn zum einen seien die Bildelemente nur von marginaler Bedeutung und zum anderen ordne der Verkehr auch das Wortzeichen "Kinder" ihr zu. Dies belege schon die als Anlage K 6 bei den Akten befindliche Umfrage, bei der das Wort "Kinder" in durchgängig schwarzer Schrift verwendet worden sei. Zudem bietet die Klägerin insoweit auch die Einholung eines weiteren Gutachtens an. Soweit die Beklagte sich auf Drittzeichen berufe, treffe für den Verletzerprozess ihre Auffassung nicht zu, dass auch unbenutzte Marken auf die Kennzeichnungskraft Einfluss hätten. Aus diesem Grunde obliege es der Beklagten, im einzelnen darzulegen, welche Marken seit wann und in welchem Umfang für welche Waren benutzt würden. Auch die eigenen Marken der Beklagten seien teilweise nicht benutzt, es komme hinzu, dass bei ihnen "Kinder" überwiegend nicht markenmäßig benutzt würden, sondern lediglich ein Werbeslogan aufgegriffen werde, während nur der Bestandteil "Haribo" zur Bezeichnung der Waren diene. | 32 |
| Auch seien sich die Marken sehr ähnlich. Das folge zunächst aus der ungewöhnlichen und der deutschen Grammatik und (neuen) Rechtschreibung widersprechenden Schreibweise von "Kinder Kram" anstelle von "Kinderkram". Zudem handele es sich bei "Kinder" um eine Serienmarke, weil der Verkehr schon diesen Bestandteil ihrer weiteren Marken zum Anlass nehme, (auch) die betreffende Ware ihr zuzurechnen. Dies belege auch das von der Beklagten angeführte Beispiel des Produktes "Milchschnitte". Dieses werde nämlich vom Verkehr teilweise als "Kinder Milchschnitte" bezeichnet, obwohl es - wie aus der Anlage BE 1 ersichtlich - tatsächlich nicht so, sondern einfach "Milchschnitte" heiße. Zudem bestehe entgegen der Auffassung der Beklagten eine erhebliche Warennähe. So habe - wie sich aus der Anlage K 25 (= Bl.154 ff) ergebe - nach dem früheren, unter der Geltung des Markengesetzes nicht mehr maßgeblichen Begriff der Warengleichartigkeit diese zwischen Zuckerwaren, Backwaren, Konditorwaren und Kaugummimasse bestanden. Der Verkehr fasse die betreffenden Waren unter dem Oberbegriff "Süßwaren" zusammen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 33 |
| Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes wird auf die Akten des erwähnten Verfahrens 81 O 98/99 LG Köln und die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen, die sämtlich Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 34 |
| E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 35 |
| Die Berufung ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht die Beklagten antragsgemäß verurteilt, weil die Voraussetzungen des § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG vorliegen. Die zu ihren Gunsten eingetragene Marke "Kinder Kram" ist auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Beklagten im Berufungsverfahren für den angemeldeten Warenbereich mit der Wort/Bildmarke "Kinder" der Klägerin verwechselbar.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 36 |
| Die Marke "Kinder" ist in Kraft und von gesteigerter Kennzeichnungskraft.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 37 |

- Die Schutzfähigkeit der Marke ergibt sich aus dem Umstand, dass diese eingetragen ist. Im Verletzerprozess ist von der Schutzfähigkeit einer Marke auszugehen, soweit diese in das Markenregister eingetragen ist (vgl. Fezer, Markenrecht, 2. Aufl., § 41 RZ 10; Ingerl/Rohnke MarkenG § 14 RZ 15 jew. m.w. N.). Das gilt auch für Zeichen, die - wie die Wort/Bild Marke "Kinder" der Klägerin - schon zu Zeiten der Geltung des früheren Warenzeichengesetzes eingetragen worden sind, zumal diese Bindungswirkung bereits nach altem Recht bestanden hat (vgl. Baumbach/Hefermehl, WZG, 12. Aufl., § 4 RZ 32 m.w.N.). Auch die nunmehr von der Beklagten gestellten Löschungsanträge haben die Bindungswirkung nicht beseitigt. Solange die eingetragene Marke nicht gelöscht ist, ist sie als bestandskräftig anzusehen. 38
- Vor diesem Hintergrund bedarf die Frage nicht der Klärung, ob für die Warengruppe, für die die Klägerin ihr Zeichen angemeldet hat, ein Freihaltebedürfnis von "Kinder" der Eintragung entgegengestanden hat. Wenn insoweit ein Freihaltebedürfnis bestanden hat, war dieses auf Grund der durch die Eintragung für den Senat bindend feststehenden Verkehrsdurchsetzung gem. § 4 Abs.3 WZG überwunden. Es kann aus diesem Grunde auch offen bleiben, ob die Bezeichnung "Kinder" vom Verkehr überhaupt als Beschreibung der bevorzugten Gruppe der Abnehmer aufgefasst wird und ob daher eine "Bestimmung" der Ware im Sinne des § 8 Abs.2 Ziff.2 MarkenG vorliegt (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 8 RZ 77, Baumbach/Hefermehl, a.a.O. § 4 RZ 86 f, jew. m.w.N.). 39
- Die vorstehenden Fragen bedürfen auch nicht etwa mit Blick auf die - von Amts wegen zu beachtende - Bestimmung des § 22 Abs.1 Ziff.2 2.Alt. MarkenG der Klärung. Die Vorschrift eröffnet entgegen ihrem Wortlaut nicht die Möglichkeit, im Verletzungsverfahren zu überprüfen, ob im Zeitpunkt der Eintragung der prioritätsälteren Marke die Eintragungsvoraussetzungen vorlagen (vgl. ausdrücklich Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 22 RZ 12; unausgesprochen ebenso Fezer, a.a.O. § 22 RZ 3). Gem. § 22 Abs.1 Ziff.2 2.Alt. MarkenG könnte die Klägerin vielmehr nur dann aus ihrer Marke keine Rechte gegen die Marke "Kinder Kram" herleiten, wenn am Tage der Veröffentlichung von deren Eintragung, also am 28.1.1999, die anfänglich vorhandenen Eintragungsvoraussetzungen für die Wort/Bildmarke "Kinder" wieder weggefallen wären. Es müsste also die gem. § 4 Abs.3 WZG erforderliche Verkehrsgeltung, von deren Vorhandensein im Zeitpunkt der Eintragung der Marke "Kinder" aus den genannten Gründen auszugehen ist, nachträglich wieder entfallen sein. Die Marke müsste mithin im Januar 1999 dem Verkehr wesentlich weniger bekannt gewesen sein, als sie es im August 1991 bei ihrer Eintragung als durchgesetztes Zeichen war. Davon kann indes aus den sogleich darzulegenden Gründen nicht die Rede sein. 40
- Die Kennzeichnungskraft von "Kinder" ist nämlich sogar gesteigert. 41
- Das als Anlage K 6 vorgelegte GfK Gutachten belegt eine hohe Bekanntheit von "Kinder", und zwar zudem in der farbneutralen Fassung des reinen Wortzeichens. Die Umfrage hat ergeben, dass 71,6 % der Befragten, die sich zumindest gelegentlich mit Schokolade befassen, der Meinung waren, "Kinder" deute im Zusammenhang mit Schokolade auf einen bestimmten Hersteller hin. Bezogen auf die Gesamtzahl der Befragten und damit auch derjenigen, die sich nicht, auch nicht gelegentlich mit Schokolade oder Schokoladewaren befassen, betrug der Bekanntheitsgrad immerhin noch 63,6 % und damit nahezu zwei Drittel. Diese Zahlen belegen eine gesteigerte Kennzeichnungskraft. Diese besteht nicht nur für das Wort/Bildzeichen in seiner eingetragenen farbigen Gestalt, sondern darüber hinaus auch für das reine Wortzeichen "Kinder". Den Befragten ist das Wort "Kinder" in schriftlicher Form vorgelegt worden. Dabei war zwar das "K" entsprechend der Markeneintragung mit einem geringfügig verlängerten senkrechten Strich geschrieben, andererseits aber die Marke nicht farbig, sondern in einheitlich schwarzen Buchstaben auf weißem Hintergrund dargestellt 42

worden.

Die Kritik der Beklagten an der Befragung - dass die im Jahre 1997 ermittelten Umfrageergebnisse durch eine zwischenzeitliche gegenläufige Entwicklung überholt wären, macht sie selbst nicht geltend - ist unberechtigt. Insbesondere ist nicht zu beanstanden, dass zunächst in Frage 1 einleitend nach dem Interesse an Schokoladeprodukten gefragt und das Zeichen in Frage 2, mit der es dem Befragten präsentiert worden ist, in einen Zusammenhang mit Schokoladeprodukten gestellt worden ist. Ziel der Befragung war die Feststellung, ob der aus der Umgangssprache stammende Begriff "Kinder" gerade für Schokoladeprodukte eine andere, nämlich herkunftshinweisende Funktion hat. Dies macht es indes erforderlich, den Zusammenhang des Zeichens mit Schokoladeprodukten mit der Fragestellung herzustellen. 43

Vor dem Hintergrund dieses Umfrageergebnisses kann auch nicht angenommen werden, dass Drittmarken die Kennzeichnungskraft von "Kinder" nachhaltig geschwächt haben könnten. Insoweit kommt hinzu, dass bei einer Vielzahl der von der Beklagten angeführten Zeichen, etwa auch ihrer eigenen Marke "Haribo macht Kinder froh", "Kinder" nicht am Beginn des Zeichens steht. Zudem hat die Beklagte auch nicht hinreichend vorgetragen, seit wann, in welchem Umfang und für welche Produkte die Drittmarken benutzt werden. 44

Ohne Erfolg erhebt die Beklagte die Einrede der Nichtbenutzung der Marke. Allerdings findet die einschlägige Bestimmung des § 25 Abs.1 MarkenG auch auf Marken Anwendung, die - wie die Klägermarke - bereits zu Zeiten der Geltung des Warenzeichengesetzes eingetragen worden sind (vgl. Ingerl/Rohnke a.a.O., § 25 Rz 3). Nachdem die Eintragung bereits im Jahre 1991 erfolgt ist, ist auch die (doppelte) Fünfjahresfrist des § 25 Abs.1 MarkenG abgelaufen und war sie dies auch bereits bei Klageerhebung. Gleichwohl greift die Einrede nicht durch, weil eine Nichtbenutzung der Marke durch die Klägerin nicht vorliegt. Das gilt auch angesichts des unstreitigen Umstands, dass diese zumindest bis vor kurzem "Kinder" in Alleinstellung nicht zur Kennzeichnung von Schokoladeprodukten verwendet hat. Es kann auch dahinstehen, ob die Verwendungsformen des Zeichens "Kinder", die die Klägerin erstmals in der Berufungsverhandlung präsentiert hat, dessen Benutzung als Marke in Alleinstellung darstellen. Das ist indes zweifelhaft, weil das Zeichen "Kinder" auf den fotografischen Abbildungen nicht einer einzelnen Ware zugeordnet ist und sich auf der vorgelegten Verpackung das Zeichen "Kinder" zwar auf den beiden kleineren Schmalseiten in Alleinstellung befindet, das Produkt auf der Vorderseite aber vollständig als "Kinder Happy Hippo Snack" bezeichnet worden ist. Der Senat lässt diese Fragen offen, weil die Marke "Kinder" auch dann ausreichend benutzt worden ist, wenn eine Benutzung in Alleinstellung bis heute nicht anzunehmen ist. 45

Die Klägerin hat - was unbestritten ist - im Anschluss an deren Eintragung als Marke die Bezeichnung "Kinder" in derselben Form weiterverwendet, wie sie dies vorher getan hat und wie es die Voraussetzungen der Verkehrsdurchsetzung im Sinne des damaligen § 4 Abs.3 WZG geschaffen hat. Die Weiterbenutzung eines Zeichens in der Form, wie sie zu dessen Eintragung als durchgesetztes Zeichen geführt hat, kann indessen nicht dessen Nichtbenutzung darstellen. Die Eintragung der Marke als durchgesetztes Zeichen beruht ersichtlich auf der Feststellung, dass bereits der bei nahezu allen Produkten der Klägerin verwendete Zeichenbestandteil "Kinder" in der durch das Wort/ Bildzeichen ausgedrückten charakteristischen farbigen Ausgestaltung für sich genommen, also auch ohne einen der durchweg verwendeten Zusätze wie "Schokolade", "Überraschung" oder "Riegel", für Schokoladeprodukte nach Art eines Serienzeichens herkunftshinweisend wirkt. Ist das aber der Fall, dann kann der Klägerin nicht mit Erfolg vorgeworfen werden, sie benutze das 46

Zeichen nicht, weil sie es weiterhin (nur) als Serienzeichen und nicht auch in Alleinstellung für ihre Produkte verwende.

Die Zeichen sind auch verwechslungsfähig. Denn das Klagezeichen ist nicht nur aus den dargelegten Gründen von hoher Kennzeichnungskraft, sondern sowohl die Zeichen, als auch die Waren, für die sie eingetragen sind, sind auch von hoher Ähnlichkeit. 47

Was zunächst die Zeichenähnlichkeit angeht, so kann diese nicht mit dem Hinweis verneint oder relativiert werden, dass das angegriffene Zeichen aus zwei Worten bestehe, während das Klagezeichen ein Wort/Bildzeichen darstelle, das nur ein Wort enthalte. Denn die Bezeichnung "Kinder Kram" passt, worauf die Klägerin zu Recht hinweist, in die Reihe von ihren Produkten, die das Zeichen "Kinder" als Serienzeichen verwenden. Gerade mit der Ausgestaltung in zwei Worten unter Voranstellung von "Kinder" ähnelt die streitgegenständliche Marke derjenigen der Klägerin, weil diese wie ausgeführt - zumindest von zu vernachlässigenden Einzelfällen abgesehen - auch nicht in Alleinstellung, sondern so verwendet wird, das "Kinder" vorangestellt und dieses Zeichen durch einen weiteren Begriff individualisiert wird. Es kommt hinzu, dass der Begriff "Kinderkram" in der Umgangssprache Verwendung findet und die Beklagte ihn entgegen den deutschen Rechtschreibregeln in getrennter Schreibweise und damit im Ergebnis genauso verwendet, wie die Klägerin das Klagezeichen. Allein der Umstand, dass das streitgegenständliche Zeichen eine reine Wortmarke ist, während es sich bei dem Klagezeichen um eine Wort/Bildmarke handelt, ändert an der erheblichen Ähnlichkeit nichts. Auch unter Berücksichtigung der farblichen Ausgestaltung wird die Marke der Klägerin als "Kinder" und damit von ihrem Wortsinn her verstanden. Das beruht zum einen darauf, dass es sich um ein Wort der Umgangssprache handelt und dies zum anderen in der Marke deutlich hervortritt, während die farbliche Ausgestaltung lediglich als Individualisierung des Schriftzuges aufgefasst wird und nichts daran ändert, dass der Verkehr die Marke anhand ihres Wortsinnes erinnern wird. Es kommt hinzu, dass der bildliche Teil der Marke bei einer akustischen Präsentation etwa in der Werbung nicht wahrgenommen wird. Im übrigen belegen die erwähnten Zahlen der Umfrage, dass das reine Wortzeichen "Kinder" herkunftshinweisend verstanden wird, weil Grundlage der Befragung nicht das Klagezeichen, sondern lediglich das Wort "Kinder" war. 48

Schließlich sind auch die Waren hinreichend ähnlich. Das gilt ohne weiteres für Schokolade einerseits und Zuckerwaren andererseits, aber auch die Ähnlichkeit mit Back- und Konditorwaren und nicht-medizinischen Kaugummis reicht für den Verletzungstatbestand aus. Insofern ist zu berücksichtigen, dass mit Blick auf die insoweit bestehende Wechselwirkung (st.Rs. vgl. z.B. BGH GRUR 96,198 f; weitere Nachweise bei Ingerl/Rohnke a.a.O. § 14 RZ 180) wegen der hohen Kennzeichnungskraft und der großen Zeichenähnlichkeit schon ein geringer Grad von Ähnlichkeit ausreicht. Zumindest dieser ist indes zu bejahen. Dem Verkehr treten Zuckerwaren und Kaugummis etwa in Supermärkten, aber auch in Kiosken u.ä. häufig nebeneinander gegenüber. Beide haben gemeinsam, dass es sich um essbare Produkte handelt, die nicht der Ernährung im engeren Sinne dienen, sondern aus rein geschmacklichen Gründen "nebenher" verzehrt bzw. gekaut werden. Was die Back- und Konditorwaren angeht, so ergibt sich die ausreichende Nähe aus dem Umstand, dass Schokoladeprodukte - und speziell auch diejenigen der Klägerin - auch in Bäckereien vertrieben werden. 49

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs.1 ZPO. 50

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 51

52

Die gemäß § 546 Abs.2 ZPO festgesetzte Beschwer der Beklagten entspricht dem Wert ihres Unterliegens im Rechtsstreit.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 750.000 DM.

53