
Datum: 19.04.2002
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 137/01
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2002:0419.6U137.01.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 33 O 320/00

Tenor:

1.) Auf die Berufung der Beklagten wird das am 8.5.2001 verkündete Urteil der 33. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 33 O 320/00 - abgeändert und im Hauptausspruch wie folgt neu gefasst: Die Klage wird abgewiesen. 2.) Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen hat die Klägerin zu tragen. 3.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann jedoch die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 120 % der zu vollstreckenden Summe abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in derselben Höhe leistet. Die Parteien können die Sicherheiten durch eine schriftliche, unwiderrufliche, unbedingte und unbefristete Bürgschaft eines im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstitutes leisten. 4.) Die Revision wird nicht zugelassen. 5.) Die Beschwer der Klägerin wird auf über 20.000 EUR festgesetzt.

Tatbestand

1

Die Parteien sind Wettbewerber als führende Vertreiber von Zahnbürsten. Die Klägerin begehrt - sowohl aus Marken-, als auch aus Wettbewerbsrecht - die Unterlassung bestimmter Bezeichnungen auf der Blisterverpackung von Zahnbürsten der Beklagten und macht darüber hinaus Annexansprüche geltend.

2

Die Klägerin ist seit dem Jahre 1995 Marktführerin für Zahnbürsten, sie hatte damals einen Marktanteil von 32,5 % erreicht und hat diesen bis zum ersten Quartal des Jahres 2000 auf 44,1 % steigern können. Die Klägerin vertreibt - zumindest auch - die aus den Anlagen K 1 und - als Originalprodukte - K 5 ersichtlichen acht Zahnbürsten. Zwei dieser Zahnbürsten sind

3

im oberen Bereich der Blisterverpackungen mit der Bezeichnung "X-Aktiv" und eine mit der Bezeichnung "Junior Interdent" versehen. Die Verpackungen weisen übereinstimmend in der Mitte der Schauseite in einem schrägen Schriftzug die Angabe "FLEX" auf. Der Schriftzug ist so angeordnet, dass er an der Stelle auf die verpackte Zahnbürste auftrifft, an der deren Griff in einer Schlangenlinie verläuft. Wegen der weiteren Einzelheiten der Ausstattung der klägerischen Zahnbürsten, die nach ihrem unwidersprochen Vortrag "beispielhaft" vorgelegt worden sind, wird auf die erwähnten Anlagen verwiesen.

Die Beklagte, die mit einem Marktanteil von 13,9 % im Jahre 1999 ebenfalls eine bekannte Anbieterin ist, vertreibt drei Zahnbürsten, die sich ebenfalls als Originalprodukte bei den Akten befinden (Anlage K 7) und deren Verpackungen aus dem nachfolgend darzustellenden Klageantrag ersichtlich sind. Die Zahnbürsten weisen auf der Vorderseite und - kleiner - oben auf der Rückseite der Verpackungen die Bezeichnungen "b.a.d. U-FLEX", "b.a.d. PROFESSIONAL INTERDENT" bzw. "b.a.d. V-aktiv" auf. Der Begriff "U-FLEX" findet sich bei der erstgenannten Zahnbürste auch etwa in der Mitte des Textes auf der Rückseite der Verpackung. Für die drei Bezeichnungen sind die aus der Anlage K 15 (Bl. 41 f) ersichtlichen Marken eingetragen. 4

Die Klägerin sieht durch diese drei Bezeichnungen für die Zahnbürsten der Beklagten Markenrechte verletzt. Sie stützt sich hierzu auf die aus der Anlage K 12 (= Bl.34) ersichtliche Wort/Bildmarke DE ..., deren Textteil "Dr.B. FLEX" lautet, und behauptet, von deren Inhaberin zur Geltendmachung der Rechte aus dieser Marke ermächtigt worden zu sein. Darüber hinaus macht sie Rechte aus einer Benutzungsmarke "FLEX" geltend und stützt sich auf § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt des ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutzes. 5

Die Klägerin hat in erster Instanz nach Rücknahme des anfangs angekündigten zusätzlichen Antrags auf Löschung der erwähnten drei Marken b e a n t r a g t, 6

1. die Beklagte zu verurteilen, 7

1. es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 500.000,-- DM, an dessen Stelle im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ordnungshaft bis zu sechs Monaten tritt, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfalle bis zu zwei Jahren, wobei die Ordnungshaft an dem jeweiligen Geschäftsführer der Beklagten zu vollziehen ist, es zu unterlassen, 8

9

10

im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland - insbesondere auch im Internet - Zahnbürsten anzubieten, vorrätig zu halten, zu vertreiben und/oder anzukündigen, deren Verpackungen folgende Bezeichnungen aufweisen: 11

12

13

1. ihr Auskunft zu erteilen über den Umfang ihrer seit dem 01.08.1999 begangenen Verletzungshandlungen gemäß Ziffer I. unter Angabe der nach Produkten, Mengen, Abgabepreisen und Zeiten aufgegliederten Umsätze der unter Ziffer I. 1.) genannten Waren, 14

über die insoweit seit dem 01.08.1999 betriebene Werbung unter Angabe der Werbemaßnahmen, der Werbeträger, deren Auflagenzahl und Verbreitungsgebiet sowie über die existierenden Lagervorräte in bezug auf die unter Ziffer I. 1.) genannten Waren, aufgliedert nach Produkten, Mengen und Abgabepreisen;

15

16

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr jeden Schaden zu ersetzen, der ihr durch Verletzungshandlungen gemäß Ziffer I. 1.) entstanden ist oder noch entstehen wird.

Die Beklagte hat b e a n t r a g t, 18

die Klage abzuweisen. 19

Sie hat hinsichtlich der Wort/Bildmarke die fehlende rechtserhaltende Benutzung gerügt und für "FLEX" die Verkehrsgeltung in Abrede gestellt. Darüber hinaus bestehe jedenfalls keine Verwechslungsgefahr und lägen auch die Voraussetzungen für Ansprüche aus ergänzendem wettbewerblichen Leistungsschutz aus im einzelnen vorgetragenen Gründen nicht vor. Schließlich hat sie die Verjährungseinrede erhoben. 20

Das L a n d g e r i c h t hat der Klage ganz überwiegend stattgegeben und sie im übrigen, nämlich bezüglich eines Teils der Annexansprüche, wegen eingetretener Verjährung abgewiesen. 21

Bezüglich der Bezeichnung "U-Flex" seien die Ansprüche aus § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG begründet. Dem Wortbestandteil "FLEX" der Wortbildmarke Dr. B. FLEX komme starke Kennzeichnungskraft zu, hinter der die weitere Angabe "Dr. B." zurücktrete, weil sie auf allen verschiedenen Zahnbürsten vorhanden sei. FLEX werde deshalb als die eigentliche Produktbezeichnung empfunden. Die Wort/Bildmarke sei auch hinreichend benutzt worden. Zwar weiche die Benutzungsform von der eingetragenen Form ab, gleichwohl setze der Verkehr den Gesamteindruck der verwendeten Marke aber noch mit der eingetragenen Marke gleich. "FLEX" sei auch nicht rein beschreibend. Dies ergebe auch die von der Beklagten (als Anlage KE 5 im Anlagenordner) vorgelegte Ipsos-Befragung. Mit dem Bestandteil "FLEX" der Wortbildmarke sei die angegriffene Bezeichnung U-FLEX in der konkret beanstandeten Verwendungsform verwechslungsfähig. Der vorangestellte Buchstabe "U" trete zurück und es komme hinzu, dass die Beklagte die streitige Bezeichnung in eine Gesamtgestaltung eingebunden habe, die mit der Verwendung der Wortbildmarke durch die Klägerin nahezu identisch sei. Schließlich stehe der Beklagten auch § 23 Markengesetz nicht zur Seite, weil "FLEX" nicht rein beschreibend sei. 22

Bezüglich der weiteren Bezeichnungen "PROFESSIONAL INTERDENT" und "V-AKTIV" ergebe sich der Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG. Die von der Klägerin verwendeten Bezeichnungen "INTERDENT" und "X-AKTIV" seien geeignet, betriebliche Herkunftsvorstellungen auszulösen, da bislang kein Mitbewerber solche Kennzeichnungen nach Art von Typenbezeichnungen am Markt verwendet habe. Es sei davon auszugehen, dass diese Typenbezeichnungen dem Verkehr als griffige und zugleich individualisierende Produktbezeichnungen erschienen. Die Beklagte habe diese Bezeichnungen, die für die Klägerin einen ausreichenden Bekanntheitsgrad erlangt hätten, nachgeahmt. Auch wenn man davon ausgehen wolle, dass die auf den sich jeweils gegenüberstehenden Verpackungen ebenfalls befindlichen Marken "Dr. B. FLEX" einerseits und "b.a.d." andererseits 23

Verwechslungen verhinderten, sei das Verhalten der Beklagten doch, nämlich unter dem Aspekt der Rufausbeutung, unlauter.

Zur Begründung ihrer gegen dieses Urteil gerichteten B e r u f u n g bestreitet die Beklagte erneut die Ermächtigung der Inhaberin der eingetragenen Marke. Überdies trägt sie vor, die eingetragene Wort/Bildmarke sei nicht rechtserhaltend genutzt worden und "FLEX" weise die für einen Markenschutz aus § 4 Ziff.2 MarkenG erforderliche Verkehrsgeltung nicht auf, weil der Begriff nicht kennzeichnend, sondern beschreibend sei. Wegen dieses beschreibenden Charakters von Flex liege jedenfalls auch keine Verwechslungsgefahr vor, weswegen markenrechtliche Ansprüche gegen die Zahnbürste B.a.d. U-flex ausschieden. Dasselbe gelte im Ergebnis hinsichtlich aller drei angegriffenen Zahnbürsten für die geltendgemachten Ansprüche aus § 1 UWG. Die von der Klägerin benutzten Bezeichnungen seien sämtlich beschreibend und freihaltebedürftig. Aus im einzelnen dargelegten Gründen bestehe weder eine Verwechslungsgefahr, noch seien die Voraussetzungen einer Rufausbeutung gegeben. Das gelte schließlich auch für die insbesondere in der mündlichen Berufungsverhandlung erörterte Frage einer etwaigen systematischen Nachahmung. 24

Die Beklagte b e a n t r a g t, 25

die Klage unter teilweiser Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung insgesamt abzuweisen. 26

Die Klägerin b e a n t r a g t, 27

die Berufung zurückzuweisen. 28

Sie stützt sich weiterhin sowohl auf Marken- als auch das allgemeine Wettbewerbsrecht. Die eingetragene Wort/Bildmarke, zu deren Inanspruchnahme sie von der Inhaberin ermächtigt sei, werde aus im einzelnen dargestellten Gründen von dem Bestandteil FLEX geprägt. Zudem sei durch Benutzung die nicht eingetragene Marke FLEX entstanden. Hinsichtlich beider Marken bestehe Verwechslungsgefahr mit der von der Beklagten verwendeten ähnlichen Bezeichnung U-FLEX. Im übrigen sei die Klage aus Wettbewerbsrecht unter dem Gesichtspunkt des ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutzes begründet. Es bestehe die Gefahr von Herkunftstäuschungen, zudem nutze die Beklagte ihren guten Ruf aus und behindere sie durch die systematische Nachahmung von drei Bezeichnungen für Zahnbürsten aus ihrem Sortiment. 29

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes wird auf die beigezogenen Akten der Verfahren 31 O 693/00 und 84 O 182/00, beide LG Köln, und die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen, die bis auf den Schriftsatz der Klägerin vom 27.3.2002 und denjenigen der Beklagten vom 28.3.2002 Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren. 30

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 31

Die Berufung ist zulässig und begründet. Die geltendgemachten Ansprüche stehen der Klägerin unter keinem Gesichtspunkt zu. 32

A 33

Die Klageanträge sind, soweit sie sich gegen die Bezeichnung "U-FLEX" richten, nicht aus Markenrecht begründet. Das gilt sowohl für die Rechte aus der eingetragenen Wort/Bildmarke, als auch für diejenigen aus einer von der Klägerin in Anspruch genommenen Benutzungsmarke FLEX. 34

I	35
Die Klägerin kann sich für Ansprüche aus § 14 Abs.2 Ziff.2, Abs.5 und 6 MarkenG nicht mit Erfolg auf die aus der Anlage K 12 ersichtliche eingetragene Wort/Bildmarke Nr. DE ... mit dem Textteil "Dr.B. FLEX" stützen.	36
Allerdings ist sie entsprechend ihrer Behauptung von der Inhaberin der Marke, der L.-Produktion GmbH, ermächtigt worden, etwaige markenrechtliche Ansprüche gegen die Bezeichnung "U-FLEX" geltend zu machen. Das ergibt sich aus der Anlage K 24 (Bl.185), deren inhaltliche Richtigkeit die Beklagte im Berufungsverfahren nicht in Abrede stellt. Aus ihr geht hervor, dass der Managing Director der Markeninhaberin die Klägerin unter dem 24.8.1999 dazu ermächtigt hat, alle gewerblichen Rechte zu verteidigen, die der L.-Produktion GmbH zustehen. Anhaltspunkte dafür, dass der Managing Director in seiner einem Geschäftsführer zumindest ähnlichen Position zu dieser Ermächtigung nicht bevollmächtigt gewesen sein könnte, bestehen nicht.	37
Der Senat lässt die Frage dahinstehen, ob die Benutzung der Wort/Bildmarke durch die Klägerin als im Sinne des § 26 MarkenG rechtserhaltend anzusehen ist, obwohl die konkrete Anbringung der Marke auf ihren Produkten in der Anordnung der einzelnen Wortbestandteile - insbesondere durch die vertikale Schreibweise nur des Teiles "Dr.B." und demgegenüber die nahezu waagerechte Schreibweise von "FLEX" - deutlich von der eingetragenen Form abweicht. Die Frage braucht nicht entschieden zu werden, weil eine Verwechslungsgefahr unter keinem Gesichtspunkt besteht.	38
Die Prüfung der Frage, ob zwischen einer Marke und der ihr gegenüberstehenden Bezeichnung die Gefahr einer Verwechslung vorliegt, ist auf der Grundlage des jeweiligen Gesamteindrucks der in Frage stehenden Marken vorzunehmen. Ob danach eine Verwechslungsgefahr begründet ist, ist unter Berücksichtigung der Nähe der in Betracht zu ziehenden Waren und/oder Dienstleistungen, für welche die zu vergleichenden Zeichen geschützt oder verwendet sind, sowie der Kennzeichnungskraft der Klagemarke und nach der Ähnlichkeit der zu beurteilenden Zeichen zu entscheiden, wobei die genannten, die Verwechslungsgefahr bestimmenden Faktoren in einer Wechselbeziehung dergestalt miteinander stehen, dass der Ähnlichkeitsgrad umso geringer sein kann, je größer die Kennzeichnungskraft und/oder die Warennähe ist, während umgekehrt ein höherer Ähnlichkeitsgrad erforderlich ist, wenn die Kennzeichnungskraft der Marke nur schwach und/oder der Warenabstand größer ist (st. Rechtsprechung, vgl. z.B. BGH WRP 02,326,328 - "ASTRA/ESTRA-PUREN"; BGH GRUR 00, 875,876 - "Davidoff"; BGH WRP 98,755,757 - "Nitrangin"; EuGH GRUR 98, 387 - "Springende Raubkatze"). Dabei ist nicht auf den Standpunkt eines flüchtigen, dem angesprochenen Verkehr zugehörigen Adressaten der Zeichen abzustellen, sondern auf denjenigen eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Adressaten der betroffenen Art von Waren oder Dienstleistungen. Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die Gefahr von Verwechslungen der auf die beschriebene Weise mit der Bezeichnung "U-FLEX" versehenen Zahnbürste der Beklagten mit der Wort/Bildmarke, aus der die Klägerin vorgeht, zu verneinen.	39
Dabei mag zu Gunsten der Klägerin davon auszugehen sein, dass die von Hause aus durchschnittliche Kennzeichnungskraft der Wort/Bildmarke "Dr. B. FLEX" durch eine aufgrund der vorgetragenen Umsätze und Werbeaufwendungen nicht unerhebliche Bekanntheit gesteigert ist. Ebenfalls zu Gunsten der Klägerin ist die bestehende Warenidentität zu berücksichtigen. Gleichwohl ist eine Verwechslungsgefahr zu verneinen, weil es an dem erforderlichen Grad der Markenähnlichkeit fehlt.	40

Bei der Beurteilung der Markenähnlichkeit ist von dem Grundsatz auszugehen, dass auf den Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Marken abzustellen ist (st. Rechtsprechung vgl. z.B. BGH a.a.O. "ASTRA/ESTRA-PUREN"; "NITRANGIN" und WRP 01,165 - "Wintergarten"). Der Grundsatz, dass Ausgangspunkt der auf der Grundlage der dargestellten Determinanten zu beurteilenden Verwechslungsgefahr der durch die jeweiligen Marken vermittelte Gesamteindruck ist, schließt es dabei allerdings nicht aus, dass einem einzelnen Zeichenbestandteil unter Umständen eine besondere, den Gesamteindruck des Zeichens prägende Kraft beizumessen ist und dass deshalb bei Übereinstimmung der Zeichen in dem jeweils prägenden Bestandteil die Gefahr von Verwechslungen zu bejahen sein kann (BGH WRP 02,326,329 -"ASTRA/ ESTRA-PUREN"; WRP 99,189,191 -"Tour de culture"; BGH GRUR 96, 200,201 -"Innovadiclophlont"). Ein solcher Fall liegt indes nicht vor. Die Wort/Bildmarke wird nicht - wovon das Landgericht unausgesprochen ausgegangen ist - durch den Begriff FLEX, sondern durch ihren gesamten Wortbestandteil "Dr. B. FLEX " geprägt.

Gegen eine Prägung der Marke allein durch FLEX spricht zunächst der Umstand, dass der Begriff FLEX in ganz erheblichem Maße beschreibend ist, nämlich als Synonym für flexibel, also beweglich steht. Im übrigen kann bei der Auslegung der Prägung der Marke nicht auf deren konkrete - von der Eintragungsform nicht unerheblich abweichende - Verwendungsform mit der vertikalen Schreibweise des Zeichenteiles "Dr. B." abgestellt werden, sondern ist die Marke in ihrer eingetragenen Form der Prüfung zugrunde zu legen. Tut man das, so tritt "Dr. B." entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht hinter FLEX zurück. Dies kann insbesondere nicht deswegen angenommen werden, weil die Klägerin alle ihre Zahnbürsten mit der Bezeichnung "Dr.B." versieht. Es ist allerdings in der Rechtsprechung anerkannt, dass bei zusammengesetzten Marken ein Bestandteil, der zugleich ein bekanntes Unternehmenskennzeichen ist, im Allgemeinen in der Bedeutung für den Gesamteindruck zurücktritt (BGH a.a.O. "ASTRA/ESTRA-PUREN" S.329; a.a.O. "Wintergarten"; WRP 98,990 - "Alka-Seltzer"), und dieser Grundsatz mag auch in der Fallgestaltung der Verwendung eines Zeichenbestandteils nach Art einer Dachmarke für alle Produkte des betreffenden Unternehmens in Betracht kommen. Gleichwohl scheidet eine Reduzierung allein auf den Bestandteil FLEX aus. Auch bei der Frage, ob der vorstehende Erfahrungssatz greift, ist auf die Gesamtumstände des Einzelfalles abzustellen (BGH a.a.O. "ASTRA/ESTRA-PUREN"). Bei deren Würdigung kann indes nicht angenommen werden, der Verkehr reduziere die von der Klägerin für sich in Anspruch genommene Wort/Bildmarke allein auf "FLEX". Hiergegen spricht nicht nur der schon angeführte stark beschreibende Charakter von FLEX, sondern vor allem auch, dass auch dieser Bestandteil der Marke nicht zur Individualisierung der unterschiedlichen Produkte der Klägerin dient. Der Umstand, dass - wie der Verkehr weiß - "Dr. B." als Bezeichnung für alle, also auch alle verschiedenen Zahnbürsten der Klägerin verwendet wird, gilt auch für den Bestandteil FLEX. Die verschiedenen Zahnbürsten der Klägerin werden weder durch "Dr.B.", noch durch den beschreibenden Begriff "FLEX", sondern nur durch die weiteren Bezeichnungen wie "X-AKTIV", "SENSORKOPF", "INTERDENT" usw. voneinander unterschieden. Der Verkehr kann daher angesichts einer mit der Marke versehenen Zahnbürste nicht etwa annehmen, es handele sich um diejenige konkrete (Einzel-)Bürste von Dr.B. mit der Bezeichnung FLEX. Danach kann von einer singulären Prägung der Marke nicht ausgegangen werden. Vielmehr wird diese entsprechend dem oben angeführten markenrechtlichen Grundsatz der Maßgeblichkeit der Gesamtbetrachtung durch beide Wortbestandteile geprägt.

42

Stellt man - wie es nach dem vorstehenden geboten ist - die Wort/Bildmarke mit ihrem Wortbestandteil "Dr.B. FLEX" der von der Beklagten für ihre Zahnbürste verwendeten Bezeichnung U-FLEX gegenüber, so scheidet die Gefahr von Verwechslungen auch

43

angesichts der Warenidentität und einer gesteigerten Kennzeichnungskraft von Dr.B. FLEX aus: Die jeweils zweigliedrigen Bezeichnungen sind in ihrem ersten Teil so sehr voneinander unterschieden, dass trotz der Übereinstimmungen in dem - überdies beschreibenden - zweiten Bestandteil eine ausreichende Markenähnlichkeit nicht angenommen werden kann. So ist die Bezeichnung Dr.B. FLEX wesentlich länger als U-FLEX, bei dem nicht ein Name mit akademischem Grad, sondern lediglich ein einzelner Buchstabe dem Begriff FLEX vorangestellt ist. Dies führt zu Abweichungen im lautlichen und schriftbildlichen Bereich sowie dem etwaigen Sinngehalt, die angesichts ihrer Offenkundigkeit keiner näheren Begründung bedürfen. Diese Abweichungen lassen unmittelbare Verwechslungen als ausgeschlossen erscheinen. Dasselbe gilt für mittelbare oder Verwechslungen im weiteren Sinne. Angesichts des Umstandes, dass die Klägerin alle ihre Zahnbürsten mit "Dr.B." kennzeichnet, nimmt der Verkehr nicht an, dass eine Zahnbürste "U-FLEX" ohne den weiteren Kennzeichnungsteil "Dr. B." auch von der Klägerin stammen könnte. Ebenso bestehen für den Verkehr keine Anhaltspunkte für die Annahme einer Gestattung oder Lizenzierung, zumal die Produkte der Beklagten mit der Angabe "b.a.d." den Verkehr darauf hinweisen, dass sie ebenfalls von einem marktstarken Anbieter stammen, und der Verkehr Anhaltspunkte für vertragliche Beziehungen zwischen beiden Konkurrenten nicht hat (vgl. BGH WRP 01, 534, 537 - "Viennetta").

II 44

Ebenso sind die gegen die Bezeichnung einer Zahnbürste als "U-FLEX" gerichteten Ansprüche der Klägerin nicht aus einer zu ihren Gunsten bestehenden Benutzungsmarke aus § 4 Ziff.2 MarkenG begründet. 45

Es ist schon zweifelhaft, ob die Voraussetzungen für die Entstehung einer Marke FLEX durch Verkehrsgeltung erfüllt sind. Das ist der Fall, wenn ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs in ihr einen Herkunftshinweis sieht (vgl. Fezer, MarkenG 3. Aufl. § 4 RZ 107, 121). Hinsichtlich der Höhe des erforderlichen Prozentsatzes der Bekanntheit in den angesprochenen Verkehrskreisen kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an. Dabei sind die Anforderungen dann höher, wenn es sich um Bezeichnungen mit einem von Hause aus niedrigen Grad an Unterscheidungskraft oder um eine freihaltbedürftige Angabe handelt (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 4 RZ 16; Fezer a.a.O. RZ 134 f). Vor diesem Hintergrund bestehen angesichts des schon angesprochenen beschreibenden Charakters von FLEX für Zahnbürsten einige Zweifel, ob die Klägerin für eine Verkehrsgeltung überhaupt hinreichend vorgetragen hat. Ungeachtet der von Beklagtenseite geäußerten Bedenken gegen die Durchführung der von der Klägerin als Anlagen K 11 bzw. K 18 (Bl.107 ff) vorgelegten Emnid-Umfrage ist zweifelhaft, ob eine Bekanntheit von 28 %, die die Umfrage ergeben haben soll, den zu stellenden Anforderungen genügt. Aber auch wenn man das annehmen wollte, wäre die Klage unbegründet, weil eine Verwechslungsgefahr nicht besteht. 46

Bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr sind erneut die oben dargestellten Kriterien maßgeblich und sind beide Zeichen insbesondere einander in der konkreten Form gegenüberzustellen, wie sie dem Verkehr begegnen. Dabei ist davon auszugehen, dass die Kennzeichnungskraft einer unterstellten Benutzungsmarke der Klägerin durch die konkrete Verwendungsform geschwächt ist. Das Zeichen FLEX ist auf den Verpackungen sämtlicher von ihr angeführter Zahnbürsten so angebracht, dass der beschreibende Charakter von FLEX noch erheblich zusätzlich betont wird. Der Schriftzug FLEX befindet sich gerade im Bereich des wellenförmigen und damit offenkundig federnden Teils des Bürstengriffes, auf den das Auge beim Lesen von FLEX geleitet wird. So wird der Verkehr geradezu darauf gestoßen, dass FLEX nicht zufällig, sondern als Bezeichnung für flexibel dort steht. Ausgehend hiervon 47

kann auch unter Berücksichtigung der Warenidentität eine Verwechslungsgefahr nicht bejaht werden. Die Begriffe FLEX und U-FLEX unterscheiden sich durch das nur bei dem Beklagtenzeichen vorgeschaltete "U". Anhaltspunkte dafür, dass dieses markant am Beginn des Zeichens stehende Unterscheidungsmerkmal überlesen werden könnte, bestehen nicht. Es führt zu einer größeren Länge und zur Zweisilbigkeit des Begriffes gegenüber FLEX, sodass von einer großen Ähnlichkeit nicht gesprochen werden kann. Im übrigen kommt hinzu, dass die angegriffene Zahnbürste der Beklagten deutlich sichtbar auf der Vorderseite der Verpackung, und zwar in unmittelbarer Nähe der angegriffenen Bezeichnung und in gleicher Schriftgröße, die Angabe "b.a.d." enthält. Das gleiche gilt für den oberen Bereich der Rückseite der Verpackung. Dort ist unmittelbar über U-FLEX ebenfalls die Bezeichnung "b.a.d." angebracht. Durch diese Angaben auf beiden Seiten der Verpackung wird der Verkehr darauf hingewiesen, dass die Zahnbürste nicht aus demselben Hause wie die mit dem Zeichen FLEX versehenen Bürsten der Klägerin stammt. Denn der angesprochene Verbraucher, der die Bezeichnung FLEX überhaupt kennt, ordnet sie der ihm dann ebenso bekannten Marke Dr. B. zu und weiß, dass b.a.d. die Marke eines Wettbewerbers ist. Vor diesem Hintergrund scheiden nicht nur eine unmittelbare, sondern aus den unter I schon dargestellten Gründen auch sowohl die mittelbare, als auch die Gefahr von Verwechslungen im weiteren Sinne aus.

B	48
Wettbewerbsrechtliche Ansprüche bestehen gegen keine der drei angegriffenen Bezeichnungen.	49
Ohne Erfolg stützt sich die Klägerin zunächst auf § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes.	50
Das Landgericht hat die Unterlassungsansprüche bezüglich der angegriffenen Angaben "PROFESSIONAL INTERDENT" und "V-aktiv" aus § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt der vermeidbaren Herkunftstäuschung mit der Begründung zuerkannt, die Klägerin habe für die Kennzeichnung ihrer Zahnbürsten ein Bezeichnungssystem geschaffen, das von anderen Wettbewerbern nicht verwendet werde und deswegen als solches Herkunftsvorstellungen auslöse. Diese würden durch die angegriffenen Produkte nachgeahmt, weswegen auch insoweit Unterlassungsansprüche bestünden. Dieser rechtliche Ansatz, bei dessen Geltung die markenrechtliche Argumentation des Landgerichts bezüglich der Zahnbürste U-FLEX entbehrlich gewesen wäre, ist unzutreffend. Es mag sein, dass eine bestimmte Ausgestaltung eines Produktes unter Einschluss der Positionierung der Markenbezeichnung dessen wettbewerbsrechtliche Eigenart ausmachen kann. Davon ist offenbar im Ansatz auch die Kammer ausgegangen, indem sie erwähnt, dass die Angabe <i>"am oberen Rand der Verpackung hervorgehoben präsentiert"</i> werde. Andererseits soll der Schutz aber daraus hergeleitet werden, dass "kein einziger Mitbewerber solche Kennzeichnungen nach Art von Typenbezeichnungen am Markt verwendet" habe. Damit ist die Verwendung einer Marke beschrieben. Einer Bezeichnung, die wie eine Marke verwendet wird, kann aber als solche Schutz gegen Verwechslungen aus § 1 UWG nicht zugebilligt werden, weil dies eine Umgehung der einschlägigen markenrechtlichen Vorschriften darstellen würde. Wettbewerbsrechtlich angegriffen werden könnte die Bezeichnung allenfalls als Bestandteil der Ausstattung. Die Ausstattung der Zahnbürsten ist aber nach dem eindeutigen Wortlaut des Antrages trotz der Einblendung der konkreten Form, in der die drei angegriffenen Bezeichnungen verwendet werden, nicht Gegenstand des Klageantrages.	51
Im übrigen würde eine Verwechslungsgefahr aus den oben unter A näher dargelegten Gründen ohnehin an dem Umstand scheitern, dass die Produkte beider Parteien die	52

ausreichend bekannten Bezeichnungen "Dr.B." einerseits und "b.a.d." andererseits aufweisen und so als von konkurrierenden Anbietern stammend erkennbar sind.

Soweit die Klägerin sich auf den Gesichtspunkt der Rufausbeutung stützt, gilt zunächst ebenfalls der vorstehende Einwand: auch die Ausbeutung des guten Rufs einer Bezeichnung ist, nämlich durch § 14 Abs.2 Ziff.3 MarkenG, markenrechtlich geregelt. Im übrigen liegen die Voraussetzungen einer Ausbeutung des guten Rufes aber auch der Sache nach nicht vor. Der zu unterstellende gute Ruf der Klägerin und ihrer Produkte wird nicht gerade durch die von ihr verwendeten streitgegenständlichen Bezeichnungen, sondern durch die bekannte Bezeichnung "Dr.B." begründet. Das zeigt sich für die klägerische Angabe "Interdent" an der von der Klägern selbst vorgelegten Emnid-Umfrage, ausweislich derer 65 % der Befragten "Interdent" mit keiner Zahnbürstenmarke in Verbindung gebracht haben. Was die Bezeichnung "V-aktiv" angeht, so nimmt die Klägerin selbst eine Priorität von nur etwa vier bis höchstens fünf Monaten, nämlich den Zeitraum zwischen Frühjahr und August 1999 für sich in Anspruch. Dafür, dass in dieser kurzen Zeit zwischen dem angeblichen Marktzutritt der Klägerin und demjenigen der Beklagten bereits ein guter Ruf der Bezeichnung "V-aktiv" für die klägerische Zahnbürste entstanden ist, gibt es keine tatsächlichen Anhaltspunkte, zumal nach dem ergänzenden Vortrag der Klägerin in der mündlichen Berufungsverhandlung eine intensive Bewerbung der Zahnbürste "V-aktiv" erst seit Juli 1999 erfolgt sein soll. Was schließlich die von der Klägerin verwendete Bezeichnung FLEX angeht, so scheitert eine Rufausbeutung jedenfalls daran, dass keine Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, der Verbraucher könnte angesichts der deutlich erkennbaren Abstammung beider Produkte von konkurrierenden Unternehmen allein wegen der Ähnlichkeit des von beiden übereinstimmend verwendeten Zeichens bzw. Zeichenteiles "FLEX" einen Ruftransfer vornehmen.

53

Ohne Erfolg stützt sich die Klägerin schließlich auf den Gesichtspunkt der Behinderung durch eine systematische Nachahmung. Allein der Umstand, dass sich die Beklagte an drei Produktbezeichnungen der Klägerin angenähert hat, macht die darin im Ansatz liegende Behinderung nicht sittenwidrig.

54

Die Behinderung durch systematische Nachahmung kommt insbesondere in Betracht, wenn der Wettbewerber eine Vielzahl eigenartiger Erzeugnisse des Mitbewerbers nachbaut (vgl. BGH GRUR 60, 244,246 - "Simili-Schmuck"; GRUR 88, 690,693 - "Kristallfiguren"; GRUR 96,210,212 - "Vakuumpumpen"). Um einen solchen Fall handelt es sich vorliegend nicht. Die Klägerin beruft sich nicht auf den systematischen Nachbau ihrer Zahnbürsten, sondern darauf, dass die Beklagte die von ihr - der Klägerin - gewählten Bezeichnungen für ihre im übrigen eigenständig entwickelten Zahnbürsten in ähnlicher Form übernommen habe. Aber auch wenn man bereits eine solche systematische Bezeichnungsübernahme als wettbewerblich bedenklich annehmen wollte, lägen die Voraussetzungen für ein Verbot nicht vor. Die Klägerin bietet zumindest die acht als Anlagen K 1 [in Abbildung] bzw. K 5 vorgelegten Zahnbürsten mit unterschiedlichen Bezeichnungen an. Davon hat die Beklagte nach ihrem Vortrag lediglich die Bezeichnungen "Interdent" und "V-aktiv" übernommen. Die Bezeichnung U-FLEX der Beklagten kann in die Reihe nicht aufgenommen werden, weil die Klägerin ihre entsprechende Angabe gerade nicht zur Kennzeichnung einer speziellen Zahnbürste verwendet, sondern mit der beschreibende Angabe FLEX alle ihre Zahnbürsten versieht. Ob die behauptete Nachahmung von nur zwei Bezeichnungen bei einem klägerischen Sortiment von mindestens acht Zahnbürsten überhaupt für die Annahme einer Behinderung durch systematisches Nachahmen genügen kann, ist bereits äußerst zweifelhaft, kann aber dahinstehen. Die Ansprüche bestehen nämlich jedenfalls deswegen nicht, weil ein zusätzliches Unlauterkeitskriterium, dass eine in dem Verhalten liegende Behinderung als sittenwidrig erscheinen lassen könnte, in dem bloßen Umstand, dass die

55

Beklagte mehrere Bezeichnungen verwendet, die denen der Klägerin ähneln, nicht liegt. In der Rechtsprechung ist die Unlauterkeit bei diesen Fallgestaltungen damit begründet worden, der Nachahmer der Produkte erspare kostspielige eigene Entwicklungsarbeit und ermögliche sich so eine erhebliche Preisunterbietung in Verbindung mit den daraus erzielbare Wettbewerbsvorteilen (BGH a.a.O. "Vakuumpumpen"). Derartige Vorteile hat die beanstandete Wahl der Bezeichnungen durch die Beklagte ersichtlich nicht. Vor dem Hintergrund, dass die einzelnen Bezeichnungen jeweils für sich genommen aus den dargelegten Gründen nicht als wettbewerbswidrig anzusehen sind, kann allein der Umstand, dass die Beklagte nicht nur bei einer, sondern insbesondere bei den erwähnten beiden Zahnbürsten ähnliche Bezeichnungen verwendet hat, die Unlauterkeit ihres Verhaltens ohne das Hinzutreten eines weiteren, gerade in der Summierung liegenden Unlauterkeitselements, das indes weder vorgetragen noch ersichtlich ist, nicht begründen.

Soweit die Klägerin schließlich § 3 UWG anführt, sind die Voraussetzungen eines eigenständig auf diese Bestimmung zu stützenden Anspruches weder vorgetragen noch ersichtlich. 56

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs.1 ZPO. 57

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711, 108 Abs.1 ZPO n.F. 58

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gem. § 543 ZPO liegen nicht vor. Die Sache hat weder eine über den zu entscheidenden Einzelfall hinausgehende grundsätzliche Bedeutung, noch ist eine Entscheidung des BGH zur Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. 59

Die Festsetzung der Beschwer der Klägerin entspricht dem Wert ihres Unterliegens im Rechtsstreit. 60