
Datum: 08.05.2002
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 187/01
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2002:0508.6U187.01.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 302/01

Tenor:

1.) Die Berufung der Klägerin gegen das am 30.8.2001 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 31 O 302/01 - wird zurückgewiesen. 2.) Die Kosten des Berufungsverfahrens 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

- | | |
|---|---|
| Die Parteien stehen als Vertreiber von Mundwässern miteinander im Wettbewerb. | 1 |
| Die Klägerin vertreibt das in Deutschland seit über 100 Jahren auf dem Markt befindliche Mundwasser "O.", die Beklagte vertreibt zumindest seit dem Jahre 1997 das Mundwasser "e.d.". | 2 |
| Die - seit ihrer Markteinführung noch im 19. Jahrhundert nahezu unveränderte - Ausstattung des Produktes "O." stellt sich in der Standardversion auf der Vorderseite seit dem Jahre 1990 wie aus der nachfolgenden Abbildung ersichtlich dar: | 3 |
| | 4 |

Wegen der weiteren Einzelheiten der Ausstattung wird auf das als Anlage K 1 bei der Akte befindliche Originalprodukt verwiesen. Die früheren Ausstattungen von O. sind teilweise aus den Anlagen K 17 - K 23 ersichtlich. Neben der Standardversion vertreibt die Klägerin noch die Produkte "O. Extra Frisch" und "O. Plus". Wegen deren Ausstattung wird auf die Einblendungen auf Bl.110 Bezug genommen.

Zu Gunsten einer Konzerngesellschaft der Klägerin sind die aus den Anlagen K 2 ersichtlichen Wortbildmarken eingetragen, die zum einen (DT) die Silhouette und zum anderen (DT) eine farbige Abbildung der Flasche darstellen, deren Etikett nur den Schriftzug "O." enthält. 6

Wegen der Ausstattung des von der Antragsgegnerin vertriebenen Mundwassers "e.d." wird auf das als Anlage K 5 bei der Akte befindliche Originalprodukt sowie die zum Gegenstand des nachfolgend darzustellenden Klageantrags gemachten Ablichtungen verwiesen. 7

Die Klägerin hat behauptet, allein mit dem Standardmodell von O. einen Marktanteil von 23,5 % und mit ihrem gesamten Mundwassersortiment einen solchen von 79,5 % erreicht zu haben. 8

Sie hat markenrechtliche und wettbewerbsrechtliche Ansprüche geltend gemacht und insbesondere die Auffassung vertreten, es bestehe eine Benutzungsmarke "O.", die durch die angegriffene Ausstattung des Produktes "e.d." verwässert werde. Überdies stünden ihr die streitgegenständlichen Ansprüche aus den eingetragenen Wort/Bildmarken, deren Rechte geltend zu machen sie auf Grund eines Pachtvertrages befugt sei, und u.a. aus § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt der vermeidbaren Herkunftstäuschung und Rufausbeutung zu. Soweit es bezüglich dieser Ansprüche auf das wettbewerbliche Umfeld ankomme, hielten die in Betracht kommenden Produkte entweder - insbesondere durch Vermeidung der Farben blau und weiß - den notwendigen Abstand, oder seien von ihr bereits mit Erfolg gerichtlich angegriffen worden. 9

Die Klägerin hat b e a n t r a g t, 10

1. die Beklagte zu verurteilen, 11

1. I. die Beklagte zu verurteilen, bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu DM 500.000,-, an dessen Stelle im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, die Ordnungshaft zu vollziehen an dem jeweiligen Geschäftsführer der Beklagten, es zu unterlassen, 12

13

im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland Mundwasser in Flaschen anzubieten, zu vertreiben und/oder anzukündigen, deren Form, Design und farbliche Gestaltung durch folgende Merkmale gekennzeichnet ist: 14

- die Flasche besteht aus weißem Milchglas in flacher, asymmetrisch gehaltener Ausführung; 15
- der Flaschenhals trägt eine blaue Plastikverschlusskappe;
- die Flaschenform ist einseitig ausgebuchtet;
- auf der Vorderseite befindet sich in dunkelblauer Schrift vor weiß-blauem Hintergrund der Produktname "e.d.";

- der Farbverlauf des Flaschenetiketts changiert im Gesamteindruck der Flaschenausstattung von Hell (oben) nach Dunkel (unten);
- das Flaschenetikett verwendet die Szene eines Wasserglases mit Wasserspritzern, Sternen und zwei Kamilleblättern;

wie nachfolgend wiedergegeben:

16

1. ihr Auskunft zu erteilen über den Umfang ihrer Verletzungshandlungen gemäß Ziffer I. seit dem 01.06.1999 unter Angabe der nach Produkten, Mengen, Abgabepreisen, Bezugsquellen und Zeiten aufgegliederten Umsätze der unter Ziff. I. genannten Waren, über die insoweit betriebene Werbung unter Angabe der Werbemaßnahmen, der Werbeträger, deren Auflagenzahl und Verbreitungsgebiet sowie über die existierenden Lagervorräte in bezug auf die unter Ziff. I. genannten Waren, aufgegliedert nach Produkten, Mengen und Abgabepreisen.

18

- II. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr jeden Schaden zu ersetzen, der ihr durch Verletzungshandlungen seit dem 01.06.1999 gemäß Ziffer I. entstanden ist oder noch entstehen wird.

19

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

20

die Klage abzuweisen.

21

Sie hat die Bekanntheit der klägerischen Ausstattung bestritten und eine markenrechtliche Verwechslungsgefahr in Abrede gestellt. Im übrigen hat sie hinsichtlich der eingetragenen Marken den Einwand der Nichtbenutzung und der Verwirkung erhoben .

22

Das L a n d g e r i c h t hat die Klage abgewiesen. Eine Verwechslungsgefahr bestehe auch bei unterstellter Berühmtheit der Marke O. angesichts der Unterschiedlichkeit der Ausstattungen nicht. Das gelte sowohl hinsichtlich der eingetragenen als auch hinsichtlich einer etwaigen Benutzungsmarke. Ebenso bestünden die Ansprüche weder unter dem Gesichtspunkt einer Verwässerung noch einer Rufausbeutung. Es seien keine Anhaltspunkte für die Annahme vorhanden, dass die Ausstattung der Klägerin in ihrer Einzigartigkeit beeinträchtigt werde oder die Beklagte sich unlauter an den guten Ruf des Produktes O. anlehne.

23

Im Berufungsverfahren wiederholt die Klägerin ausführlich ihren erstinstanzlichen Vortrag. Sie stützt sich insbesondere darauf, dass die angegriffene Mundwasserflasche sich in ihrer Ausstattung nicht wesentlich von den - in jüngerer Zeit - untersagten, im einzelnen in den Anlagen K 24 ff, Blatt 180 bis 200 aufgeführten Wettbewerbsprodukten unterscheide. Im übrigen stammten die untersagten Produkte "P.m.", "D." "A." und "A.", sämtlich aus dem Hause der Beklagten als Herstellerin, und zwar das Produkt "P.m." sowohl, soweit es von dem Vertreiber M., als auch soweit es von dem Vertreiber R. auf den Markt gebracht werde. Diese Produkte würden in unterschiedlichen Märkten dem Verbraucher angeboten, dem so jeweils neben dem Original Produkt "O." auch eine preiswerte Kopie begegne. Dieses Verhalten stelle sich als systematische und damit gem. § 1 UWG sittenwidrige Behinderung dar.

24

Die Klägerin b e a n t r a g t,

25

26

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte mit der Maßgabe nach den erstinstanzlichen Klageanträgen zu verurteilen, dass die Annexansprüche unbefristet geltendgemacht werden.	
Die Beklagte b e a n t r a g t,	27
die Berufung zurückzuweisen.	28
Sie bestreitet weiterhin das Vorliegen eines Pachtvertrages, aus dem die Klägerin ihr Recht zur Wahrnehmung der Markenrechte ableitet.	29
Weiter bestreitet die Beklagte die von der Klägerin behaupteten Marktanteile sowie den Bekanntheitsgrad von O.. Zum wettbewerblichen Umfeld beruft sie sich ergänzend auf die Anlagen BB 1 ("A.D.") und BB 2 ("B."). Weiter trägt sie unter Vorlage des Anlagekonvoluts BB 3 (großer Karton) vor, dass die Farben weiß für den Behälter und blau für den Deckel in der Branche vorherrschend seien.	30
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen, die bis auf die Schriftsätze der Beklagten vom 10. und 22. 4. 2002 und der Klägerin vom 17.4.2002 sämtlich Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.	31
Die Beklagte hat in dem ihr nachgelassenen Schriftsatz vom 10.4.2002 zu dem erstmals in der mündlichen Verhandlung erhobenen Vorwurf der systematischen Behinderung Stellung genommen und vorgetragen, sie sei bezüglich der Produkte "P.m." (jenes in beiden Ausstattungen) und "D." Lohnherstellerin und liefere ihren Auftraggebern die Flaschen ohne Etikett. Eine derartige Geschäftsbeziehung bestehe bezüglich "A." demgegenüber nicht. Mit Schriftsatz vom 22.4.2002 hat die Beklagte dieses Vorbringen noch dahin ergänzt, dass sie auch für das Produkt "A." auf die beschriebene Weise die Flaschen liefere.	32
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e	33
Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet. Zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Es bestehen weder markenrechtliche noch wettbewerbsrechtliche Ansprüche, die das Klagebegehren tragen könnten. Das gilt auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens der Klägerin.	34
A	35
Entgegen der Auffassung der Beklagten scheitert die Klage allerdings nicht an der fehlenden Klagebefugnis der Klägerin. Diese wäre - die Existenz der Ansprüche unterstellt - berechtigt, diese im vorliegenden Verfahren durchzusetzen.	36
Die Klägerin geht aus einer in Anspruch genommenen Benutzungsmarke gemäß § 4 Ziffer 2 Markengesetz sowie aus den beiden aus der Anlage K 2 (Blatt 21 bis 24) ersichtlichen Wortbildmarken vor.	37
Inhaberin der eingetragenen Marken ist allerdings nicht sie, sondern die S.K. B. C. H. GmbH. Die Klägerin klagt insoweit aber in zulässiger Prozessstandschaft. Sie hat im Berufungsverfahren - als Anlage K 25 = Bl.359 - in Kopie eine "Vollmacht" der Markeninhaberin vorgelegt. Es ist davon auszugehen, dass von dieser Erklärung auch das Recht zur Geltendmachung der streitgegenständlichen Ansprüche in Prozessstandschaft erfasst ist. Ein hinreichendes eigenes Interesse an der Durchsetzung der angenommenen Rechte hat die Klägerin als Konzerngesellschaft. Dass die Erklärung erst nach	38

Rechtshängigkeit abgegeben worden ist, ist unerheblich, weil sie jedenfalls an dem maßgeblichen Tag der letzten mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren vorgelegen hat.

Soweit die Klägerin aus einer nach ihrer Auffassung bestehenden Benutzungsmarke vorgeht, ist sie als deren Inhaberin ohne weiteres klagebefugt. Inhaber der im vorliegenden Zusammenhang zu unterstellenden Benutzungsmarke ist derjenige, der - selbst oder im Anschluss an seine Rechtsvorgänger - durch die Benutzung der Marke dieser zur Verkehrgeltung verholfen hat. Das ist indes die Klägerin als derzeitige Vertreiberin des Mundwassers O.. 39

B 40

Die mithin in vollem Umfange zulässige Klage ist unbegründet, weil die geltendgemachten Ansprüche nicht bestehen. 41

I. 42

Die Klage ist nicht aus § 14 Abs.2 Nr.3 MarkenG unter dem Gesichtspunkt der Verwässerung begründet. Das gilt auch dann, wenn man zu Gunsten der Klägerin davon ausgeht, dass die Vorschrift auch im Warenähnlichkeitsbereich anwendbar ist und die Voraussetzungen einer Benutzungsmarke gem. § 4 Ziffer 2 MarkenG erfüllt sind. 43

Die Parteien verwenden die streitgegenständlichen Bezeichnungen "O." und "e.d." für Mundwasser, also im markenrechtlichen Sinne für identische Waren. Es stellt sich damit die Rechtsfrage, ob sich die Klägerin auf § 14 Abs.2 Ziffer 3 MarkenG stützen kann, obwohl nach deren Wortlaut ein Schutz nur bei einer Benutzung des angegriffenen Zeichens für Waren gewährt wird, die den Waren, für die die Marke Schutz genießt, nicht ähnlich sind, also außerhalb des Warenähnlichkeitsbereiches liegen. Wegen dieser Frage hat der BGH das Verfahren "D." (GRUR 00, 875 ff.) ausgesetzt und die Sache dem E. vorgelegt. Der Senat neigt der Auffassung zu, den Schutz der bekannten Marke auf den Ähnlichkeitsbereich zu erstrecken. Die Frage kann aber dahinstehen, weil die weiteren Voraussetzungen der Vorschrift nicht sämtlich vorliegen. 44

Der Senat geht auch zu Gunsten der Klägerin davon aus, dass dieser tatsächlich die in Anspruch genommene Benutzungsmarke aus § 4 Ziffer 2 MarkenG zusteht, die Marke "O." also bei den angesprochenen Verbrauchern Verkehrsgeltung erlangt hat. 45

Der BGH hat bereits im Jahre 1963 in der Entscheidung "O.-Flasche" (GRUR 64, 140 ff) auf Grund der damals in den Tatsacheninstanzen getroffenen Feststellungen ausgeführt, dass die Klägerin (bzw. ihre Rechtsvorgängerin) für die eigentümliche Ausgestaltung der O.flasche über einen Ausstattungsschutz von besonderer Stärke verfügt. Dass sich daran in der Zwischenzeit etwas geändert haben könnte, ist nicht ersichtlich. Es trifft auch zu, dass - wie die Klägerin in beiden Instanzen hervorhebt - der BGH (a.a.O., S.142) den farblichen Gesamteindruck der O.flasche auch durch das große, in bläulicher Farbe gehaltene Etikett als mitbestimmt angesehen hat. 46

Aber auch unter Berücksichtigung dieser Umstände liegen die Voraussetzungen eines Verwässerungsschutzes nicht vor. Unter der - wie das Gesetz formuliert - "Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft" ist die Minderung der Kennzeichnungskraft der bekannten Marke durch die Benutzung des ähnlichen Zeichens zu verstehen (vgl. Ingerl/Rohnke MarkenG § 14 Rn. 509). Das Zeichen muss also ähnlich sein und an das bekannte Zeichen erinnern. Auf 47

diese Weise muss die Einmaligkeit des Zeichens beeinträchtigt werden. Die Ausstattung der angegriffenen Flasche müsste mithin bewirken, dass derjenige, der die bekannte O.flasche sieht, nunmehr daran erinnert wird, dass derartige Ausstattungen nicht mehr nur von O., sondern inzwischen auch von anderen verwendet werden. Dabei ist eine greifbare Beeinträchtigung erforderlich (vgl. für das frühere Warenzeichenrecht BGH GRUR 87,711,712 - "Camel Tours" und Ingerl/ Rohnke a.a.O. RZ 509; Piper, GRUR 96,429,436).

Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Das gilt auch dann, wenn man angesichts der bestehenden Branchenidentität eine Verwässerung schon unter geringeren Voraussetzungen in Betracht zieht (vgl. Ingerl/Rohnke a.a.O. RZ 511). 48

Der angegriffenen Flasche kommt eine Verwässerungswirkung nicht zu. 49

Bei dem klägerischen Zeichen, das durch Benutzung als Marke Verkehrsgeltung erlangt hat, handelt es sich nicht um eine Wortmarke "O.", sondern um eine Ausstattungsmarke, also um ein Zeichen, das in der Ausstattung des Produktes besteht, die durch ihre einzelnen Merkmale auf die betriebliche Herkunft des Produktes hinweist. Die O.flasche der Klägerin wird von folgenden Besonderheiten geprägt: 50

Sie weist zum einen eine auffällige und außergewöhnliche Form auf, die durch die einseitige Verschlingung des Halses und seine Krümmung um 90 Grad gekennzeichnet ist, wie sie aus der obigen Abbildung erkennbar ist (sogenannte "Seitenhalsflasche"). Sie besteht zum anderen aus einem weißen Milchkörper und weist einen auffälligen, kräftig blauen Drehverschluss auf. Weiter ist sie durch ein rechteckiges Etikett in blauer, im oberen Teil heller werdender Grundfarbe gekennzeichnet, schließlich ist auffällig und in aufrechter Schrift die Wortmarke "O." auf dem Etikett angebracht und durch eine rote Unterstreichung betont. 51

Von diesen Merkmalen hat die Beklagte lediglich die weiße Milchkörperfarbe für den Flaschenkörper und die blaue Farbe für den Drehverschluss übernommen. Dabei handelt es sich auch zumindest nahezu um denselben Blauton, wie er von der Klägerin verwendet wird. Diese Übereinstimmungen vermögen den Anspruch indes nicht zu begründen. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass die Farben weiß und blau - was durch die Vorlage einer Vielzahl von Produkten belegt ist - im Hygienebereich sehr verbreitet und damit für sich genommen kennzeichnungsschwach sind. Wenn auch die Klägerin zumindest die meisten der unmittelbar konkurrierenden Mundwässer, soweit sie die Farben weiß für die Flasche und blau für den Verschluss aufweisen, erfolgreich angegriffen hat, so zeigen doch die als Anlage BB 3 von der Beklagten vorgelegten Produkte aus dem auf die Körperhygiene insgesamt erweiterten Bereich, dass die Farben blau und weiß häufig vertreten sind. Dies wirkt sich zu Lasten der Klägerin aus, weil eine Verwässerung voraussetzt, dass das Zeichen in seiner besonderen Ausprägung bislang und ohne Berücksichtigung des Verletzerzeichens als einmalig anzusehen ist (vgl. Ingerl/Rohnke a.a.O. RZ 516: "Schutz vor Verwässerung verdient nur, was nicht schon verwässert ist"). 52

Im übrigen könnte ein Verwässerungsschutz auch dann nicht angenommen werden, wenn die Farben blau und weiß tatsächlich auf dem maßgeblichen Markt der Körperhygiene nahezu ausschließlich von der Klägerin verwendet würden. Diese beruft sich auf eine Benutzungsmarke nicht für diese Farben, sondern für das Produkt "O." in der konkreten, seit Jahrzehnten nahezu unverändert vertriebenen Form. Dieses wird aber ganz wesentlich von der ausgefallenen Flaschenform geprägt, die gerade nicht übernommen worden ist. Die beschriebene ausgefallene Form des Flaschenhalses findet sich nicht ansatzweise bei einem Produkt auf dem Markt wieder. 53

Die Klägerin meint hierzu, die Übereinstimmungen mit dem Produkt der Beklagten lägen hinsichtlich der Flaschenform darin, dass beide Flaschen asymmetrisch und flach geformt seien und die Flasche jeweils einseitig ausgebuchtet sei. Das mag zwar zutreffen, zieht den in Anspruch genommenen Schutzbereich aber viel zu weit: die Bekanntheit der O.flasche beruht nicht darauf, dass sie asymmetrisch und flach geformt sowie einseitig ausgebuchtet ist. Das ergibt sich schon aus dem Umstand, dass diese Begriffe eine konkrete Ausstattung gar nicht beschreiben: der Begriff "asymmetrisch" erfasst sämtliche Formen, die nicht symmetrisch sind. Entsprechendes gilt für die einseitige Ausbuchtung. Die Bekanntheit der Ausstattungsmarke der Klägerin gründet sich statt dessen gerade auf die speziell verwendete Form der asymmetrischen Ausbuchtung, nämlich eben die sogenannte Seitenhalsform. Von dieser ist indes nichts übernommen worden. Auch die Etikettausgestaltung hält - von der Verwendung der Farbe blau abgesehen - einen ganz erheblichen Abstand ein: so ist die Grundfarbe nicht in blau, sondern in lila gehalten, zeigt das Etikett außer der Wortmarke die Abbildung eines Wasserglases mit Wassertropfen und Sternen sowie zwei farblich hervorgehobene Blätter und ist auch der Schriftzug ganz anders gehalten als bei O.. Es trifft im übrigen zwar zu, dass die Farben auch auf dem Etikett des angegriffenen Produktes changieren, das ist allerdings nur in einem geringen Maße und aufgrund der übrigen Etikettgestaltung so unauffällig der Fall, dass es sich deutlich von der Etikettgestaltung bei O. unterscheidet.

Insgesamt ist das Erscheinungsbild beider Produkte zu verschieden, als dass eine Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft im Sinne des § 14 Abs.2 Ziff.3 MarkenG angenommen werden könnte. 55

II. 56

Die Klage ist auch nicht aus § 14 Abs.2 Nr.3 MarkenG unter dem Gesichtspunkt der Rufausbeutung begründet. Die Klägerin stützt sich - wenn auch unter der Überschrift "Beeinträchtigung der Wertschätzung" - auch auf den Gesichtspunkt der markenrechtlichen Rufausbeutung. Hierzu wirft sie der Beklagten "schlicht einen unberechtigten Imagetransfer vor, der nicht hinzunehmen" sei. 57

Der Vorwurf trifft indes - die grundsätzliche Anwendbarkeit der Vorschrift aus den vorstehend dargelegten Gründen unterstellt - nicht zu: die wenigen Übereinstimmungen wecken bei dem Verbraucher nicht den Eindruck, das von der Beklagten vertriebene Mundwasser müsse von derselben Qualität wie dasjenige der Klägerin sein. Vielmehr wird der Verkehr, sofern er sich überhaupt an das Produkt "O." erinnert, erkennen, dass - wie in der Branche verbreitet - bei "e.d." zwar auch die Farben blau und weiß verwendet worden sind, es sich im übrigen aber um ein deutlich unterschiedliches Produkt handelt. Anhaltspunkte für einen für die Rufausbeutung erforderlichen Imagetransfer, die die Klägerin auch nicht dargelegt hat, bestehen daher nicht. 58

III. 59

Es besteht schließlich auch keine mittelbare Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs.2 Nr.2 MarkenG. 60

Für die Annahme, dass es sich bei "e.d." um ein weiteres Produkt aus dem Hause handeln könnte, von dem auch O. stammt, spricht nichts. Die hinlänglich bekannte O.flasche wird in den von der Beklagten vorgetragenen Gestaltungsformen Blatt 109 f. vertrieben. Alle diese Produkte weisen die bekannte Seitenhalsform auf. Dass die Klägerin daneben nunmehr eine völlig andere Form auf den Markt bringen könnte, vermutet der Verkehr auch angesichts des 61

Produktes "e.d." in seiner konkreten Ausgestaltung nicht.

Auch für die etwaige Annahme wirtschaftlicher Verbindungen und der Gestattung des Vertriebs durch die Klägerin spricht nichts: es handelt sich nach der äußeren Form um ein typisches Konkurrenzprodukt. Irgendwelche Anhaltspunkte dafür, dass es etwa von der Klägerin lizenziert sein könnte, bestehen nicht.

IV.

Aus den vorstehenden Gesichtspunkten, die insoweit gleichermaßen gelten, sind die markenrechtlichen Ansprüche auch nicht aus den beiden von der Klägerin in Anspruch genommenen Wort/Bildmarken begründet. Diesbezüglich kommt hinzu, dass bei diesen beiden eingetragenen Marken die Bezeichnung "O." ganz im Vordergrund steht, die sich auf dem angegriffenen Produkt der Beklagten nicht befindet.

V.

Es bestehen schließlich auch keine Ansprüche aus § 1 UWG.

Soweit sie sich im Rahmen des § 1 UWG auf die Gesichtspunkte der Verwässerung und der Rufausbeutung beruft, steht dem die gesetzliche Systematik entgegen. Der BGH hat in der Entscheidung "M.D." (WRP 98,1181 ff) - gerade an der von der Klägerin zitierten Stelle - ausgeführt, dass für eine Anwendung von § 1 UWG im Anwendungsbereich des § 14 Abs. 2 Ziffer 3 Markengesetz kein Raum sei. Um einen derartigen Fall handelt es sich aber gerade, wie sich ohne weiteres daraus ergibt, dass die Klägerin selbst - im Ansatz zu Recht - den Schutz sowohl gegen Verwässerung als auch gegen Rufausbeutung aus Markenrecht sucht und für sich in Anspruch nimmt.

Im übrigen wiederholt die Klägerin im Rahmen des § 1 UWG im Rahmen der vermeidbaren Herkunftstäuschung die schon vorgebrachten Gesichtspunkte. Die Gefahr einer betrieblichen Herkunftsverwechslung soll daraus herrühren, dass die Beklagte durch die Übernahme des Designs den Abnehmern dieselbe Herkunft und Qualität suggeriere. Indes besteht eine - wie auch immer geartete - Verwechslungsgefahr aus den schon zu den markenrechtlichen Ansprüchen dargelegten Gründen nicht. Diese könnten - von den vorstehenden systematischen Bedenken abgesehen - deswegen ohne weiteres herangezogen werden, weil die Benutzungsmarke der Klägerin gerade der Ausstattung und damit dem auch nach § 1 UWG maßgeblichen Erscheinungsbild des Produktes Markenqualität verschafft.

Schließlich stützt sich die Klägerin noch auf die Gesichtspunkte der Anlehnung an den Ruf und das Ansehen eines fremden Zeichens. Das scheidet jedoch ebenfalls von vornherein aus, weil ein dahin gehender Schutz aus § 1 UWG nur für den hier nicht vorliegenden Fall in Betracht kommt, dass das Markenrecht - etwa wegen fehlender kennzeichenmäßiger Benutzung, Warengleichartigkeit oder Verwechslungsgefahr - nicht greift (vgl. Köhler/Piper UWG, § 1 Rn. 608). Um diese Fallkonstellation handelt es sich indes aus den dargelegten Gründen nicht.

Auch unter dem Gesichtspunkt der systematischen Behinderung bestehen die geltendgemachten Ansprüche nicht. Die Klägerin wirft der Beklagten vor, sie sei - was die Beklagte sogar eingestanden habe - die Herstellerin der oben im einzelnen aufgeführten Wettbewerbsprodukte, die von verschiedenen Vertreibern auf dem Markt abgesetzt würden, und kessele sie so ein: dem Verbraucher begegne auf diese Weise an verschiedenen Verkaufsstellen neben ihrem Produkt "O." immer eine preiswerte Kopie.

Nach dem Vortrag der Beklagten ist sie Lohnherstellerin für die Unternehmen R., M., d. und P.-Markt. Diese seien mit dem Wunsch, ein Mundwasser für den eigenen Handelsmarkenbereich zu erwerben, auf sie zugekommen. Sie habe den Unternehmen daraufhin die Lieferung eines Mundwassers in der von ihr selbst bereits verwendeten Flaschenform angeboten. So werde seitdem verfahren. Dabei sei aber die Auswahl sowohl des Etiketts als auch der Deckelfarbe ihren Auftraggebern vorbehalten. Diese Vereinbarungen beträfen die Produkte "P.m." für die Abnehmer R. und M., "D." für die d.-Kette und "A.D." für die P.-Markt -Kette. Demgegenüber bestehe ein derartiges Auftragsverhältnis zu dem Hersteller von "A.", der W. GmbH, nicht. 71

Entgegen der Auffassung der Klägerin liegen danach die Voraussetzungen einer systematischen Behinderung nicht vor. Eine solche käme in Betracht, wenn die Beklagte - selbst oder durch Dritte - sich mit einer Vielzahl von Produkten dem Mundwasser O. der Klägerin in seiner Ausstattung so annähern würde, dass zwar keine Verwechslungsgefahr begründet, wohl aber die Kenzeichnungskraft und damit der Wert der Marke im Sinne der "SL"- Entscheidung des BGH (GRUR 91,609,612) erheblich beeinträchtigt würden. Das ist indes nicht der Fall. Die Beklagte beliefert nach ihrem - durch den Augenschein bestätigten - Vortrag die aufgeführten Auftraggeber mit Mundwasser in Flaschen, die dieselbe Form aufwenden, wie sie selbst sie für ihr Produkt "e.d." verwendet. 72

Damit nähert sich die Form der den Auftraggebern gelieferten Flaschen nicht weiter an das Produkt O. der Klägerin an, als dies das angegriffene Produkt "e.d." der Beklagten selbst auch tut. Begründet indes die Form der Flasche aus den oben dargelegten Gründen auch unter Berücksichtigung der weiteren Elemente der Ausstattung nicht die Gefahr der Verwässerung, dann kann die Belieferung der Auftraggeber mit jenen Flaschen auch nicht den Vorwurf der systematischen Behinderung begründen. Die Situation ist mit derjenigen gleichzusetzen, in der die Beklagte nicht Dritte mit den Flaschen beliefert, sondern selbst ihr Produkt "e.d." über die erwähnten Handelsketten vertreibt. Das wäre ihr indes nicht zu untersagen, weil der Vertrieb von "e.d." in der angegriffenen Ausstattung aus den oben dargelegten Gründen nicht zu beanstanden ist. Es kann danach auch dahinstehen, ob und inwieweit die Beklagte entsprechend der Auffassung der Klägerin prozessual an die Erklärung gebunden ist, die sie mit erstinstanzlichem Schriftsatz vom 18.7.2001 abgegeben hat. Denn der Vortrag (dort auf S.2), der Ausgangspunkt der "Tropfenform" der Flasche sei bei ihr zu suchen, entspricht ihrer Darstellung im Berufungsverfahren, wonach sie die anderen Hersteller mit jenen Flaschen beliefert. 73

Vor diesem Hintergrund ist es auch unerheblich, dass die Beklagte nach dem weiteren Vortrag der Klägerin in Parallelverfahren als Inhaberin der Wortmarke "P." bezeichnet worden ist und die Wettbewerbsprodukte identische Ingredienzien enthalten. Dass die Zusammensetzung des Mundwassers identisch ist, bewirkt eine systematische Behinderung der Klägerin nicht, weil diese nur in der Anlehnung an die Ausstattung begründet sein könnte. Zudem kann nicht angenommen werden, dass Verbraucher in nennenswertem Umfang auf die Unterschiede in der Zusammensetzung von konkurrierenden Mundwässern achten könnten. Schließlich ändert die mögliche, dem Verbraucher indes unbekannt bleibende Lizenzierung der Wortmarke "P." nichts daran, dass die äußere Form der Flaschen einen hinreichend großen Abstand von dem Produkt "O." hält und aus diesem Grunde eine Anlehnung, die den Vorwurf der Sittenwidrigkeit begründen könnte, nicht stattfindet. 74

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs.1 ZPO. 75

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 76

77

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gem. § 543 ZPO liegen nicht vor.

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

78