
Datum: 21.06.2002
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 216/01
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2002:0621.6U216.01.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 33 O 164/01

Tenor:

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das am 13.11.2001 verkündete Urteil der 33. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 33 O 164/01 - teilweise geändert und insgesamt wie folgt neu gefasst: Die Beklagte wird verurteilt, 1. es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder festzusetzender Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr für Energy-Drinks die Bezeichnung "red B." zu verwenden, zu benutzen, diese Bezeichnung auf Energy-Drinks, ihrer Aufmachung oder ihrer Verpackung anzubringen, unter dieser Bezeichnung Energy-Drinks anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu diesen Zwecken zu besitzen, unter dieser Bezeichnung einzuführen oder auszuführen oder diese Bezeichnung in Geschäftspapieren oder in der Werbung zu benutzen, 2. der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, wann, wo und in welchem Umfang sie einen Energy-Drink mit der Bezeichnung "red B." in Deutschland in den Verkehr gebracht hat, insbesondere unter Angabe a. der Liefermengen, Lieferzeiten und Lieferpreise b. der Namen und Anschriften von Lieferanten, Abnehmern im In- und Ausland, c. der erzielten Umsätze, d. der Gestehungskosten nebst sämtlichen Kostenfaktoren, e. des erzielten Gewinns und f. von Art und Umfang der betriebenen Werbung, aufgeschlüsselt nach Kalendervierteljahren, Bundesländern und Werbeträgern. II. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der ihr aus Handlungen gemäß Ziffer I.1. entstanden ist und/oder noch entstehen wird. III. Die Berufung der Beklagten wird

zurückgewiesen. IV. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte. V. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Sicherheitsleistung beträgt hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs 200.000 EUR, hinsichtlich des in Ziffer I.2. titulierten Auskunftsanspruch 25.000 EUR und hinsichtlich des Kostenerstattungsanspruchs der Klägerin weitere 20.000 EUR. Beiden Parteien wird gestattet, die Sicherheitsleistung auch durch schriftliche, unwiderrufliche, unbedingte und unbefristete Bürgschaft eines im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts zu bewirken. VI. Die Revision wird nicht zugelassen.

TATBESTAND:

- 1
- 2 Die Parteien sind unmittelbare Wettbewerber im Bereich des Vertriebs sogenannter Energy-Drinks. Die Klägerin vertreibt ihre Energy-Drinks unter der Bezeichnung "Red A.", während die Beklagte ihr Produkt, das zum Zeitpunkt der Klageerhebung die aus dem nachfolgenden erstinstanzlichen Klageantrag der Klägerin ersichtliche Ausstattung hatte, "red B." nennt. Wegen der Einzelheiten der Produktausstattung der Klägerin wird auf die als Anlage K 3 zur Klageschrift vom 07.05.2001 zur Akte gereichte Abbildung der Produktausstattung (Blatt 58 d.A.). verwiesen. In der Bundesrepublik Deutschland vertreibt die Klägerin ihr Produkt seit 1994. Sie hat mit ihm im Markt der Energy-Drinks mengenmäßig eine außerordentlich starke, geradezu marktbeherrschende Stellung inne. Nach ihrem Vortrag betrug der Marktanteil ihres Produktes mengenmäßig 56,2% und wertmäßig 73,9%. Keiner der Mitbewerber der Klägerin erreicht auch nur annähernd die Umsätze, die die Klägerin mit "Red A." erzielt.
- 3 Die Klägerin ist Inhaberin mehrerer Marken. Dazu zählen unter anderem die im Jahre 1994 angemeldete und eingetragene, nachfolgend in Kopie wiedergegebene Wortmarke
- 4 und die im Jahre 1995 angemeldete und eingetragene Wort-/Bildmarke, die zur Verdeutlichung nachfolgend ebenfalls wiedergegeben wird. Der markenrechtliche Schutz erstreckt sich u.a. auf alkoholfreie Getränke. Wegen der Einzelheiten der Markeneintragungen wird auf die Unterlagen verwiesen, die die Klägerin als Anlagenkonvolut K 1 zur Klageschrift zu den Akten gereicht hat.
- 5 Die Produktbezeichnung "red B." entspricht der im Dezember 1999 angemeldeten und später eingetragenen nationalen Wortmarke "red B." (Marken-Nr. ...), deren Inhaberschaft die Beklagte ebenso für sich in Anspruch nimmt wie die Inhaberschaft der Wort-/Bildmarke "red B." mit der Markennummer Zwischen den Parteien ist streitig, ob es im Deutschen Markt auch andere Anbieter von Energy-Drinks gibt, die ihre Produkte unter Bezeichnungen vertreiben, die aus dem Bestandteil "red" und einer englischen Bezeichnung für ein Tier o.ä. bestehen.
- 6 Nachdem die Klägerin Klage auf Unterlassung, Auskunftserteilung und Schadensersatzfeststellung erhoben hatte, bahnten sich zwischen den Parteien im Anschluss an den erstinstanzlichen Termin zur mündlichen Verhandlung vom 02.10.2001 Vergleichsverhandlungen an. Auf einen Vorschlag der Klägerin hin erklärte sich für die Beklagte Patentanwalt G. mit Schreiben vom 05.10.2001 mit der Aufnahme von Vergleichsverhandlungen einverstanden und benannte bestimmte Aspekte, über die im Rahmen der Verhandlungen möglichst Einvernehmen erzielt werden sollte. Danach erklärte

sich die Beklagte grundsätzlich bereit, die Ausstattung ihres Produktes insbesondere in farblicher Hinsicht zu ändern und vorhandene "red B. Marken" gegen anschließende Lizenzierung auf die Klägerin zu übertragen. Allerdings verlangte die Beklagte u.a. auch Verhandlungen über die Frage einer Kompensationszahlung für die Übertragung des Eigentums an den "red B.-Marken". Auf dieses Schreiben, auf dessen Einzelheiten Bezug genommen wird (Blatt 270 ff. d.A.), antwortete die Klägerin mit dem aus Blatt 176 d.A. ersichtlichen Schreiben vom 08.10.2001. Darin steht u.a. zu lesen, die Klägerin sei nicht bereit, irgendwelchen Schadensersatzansprüchen näher zu treten, bei einer einvernehmlichen Beilegung aller Voraussetzungen müsse es sich um einen Pauschalvergleich handeln. Am Schluss des Schreibens heißt es, die Klägerin sei im übrigen damit einverstanden, wenn die Beklagte alle Blautöne auf der Dose durch Schwarztöne ersetze. Gut eine Woche später, nämlich am 16.10.2001, diskutierten die Parteien im Hause der Klägerin die Frage, ob und wie die zwischen den Parteien entstandenen Streitigkeiten beendet werden könnten. An diesem Gespräch nahmen für die Klägerin deren Prokurist Dr. V. und Frau P. aus ihrer Rechtsabteilung sowie für die Beklagte deren Geschäftsführer M. sowie Patentanwalt G. teil. Zu einer einvernehmlichen Streitbeilegung kam es indessen nicht, weil die Beklagte von der Klägerin für die Übertragung der "red B.-Marken" die Zahlung eines Betrages von 500.000,00 DM forderte, wozu die Klägerin nicht bereit war. Einen Tag später rief Patentanwalt G. Frau P. an und teilte dieser mit, die Beklagte bestehe nicht weiterhin auf Zahlung. Noch am selben Tag sandte Patentanwalt G. an den erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Klägerin sowie an Dr. V. ein Telefax, in dem es sinngemäß heißt, die Beklagte nehme den ursprünglichen Vergleichsvorschlag von Dr. V. an. Außerdem kündigte er an, den "Entwurf einer Vereinbarung im Detail" zu übersenden. Auf dieses Telefaxschreiben vom 17.10.2001, auf das wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird (Anlage BB 4 zur Berufungsbegründung der Beklagten vom 18.02.2002), antwortete Frau P. am 17.10.2001 mit einem an Patentanwalt G. gerichteten Telefaxschreiben, auf das wegen der Einzelheiten ebenfalls verwiesen wird (Anlage BB 5 zur Berufungsbegründung). In diesem Schreiben heißt es u.a.:

"...es hat mich gefreut, heute mit Ihnen zu telefonieren und besonders, dass Ihr Mandant unser Vergleichsangebot ohne Schadenersatz/Kompensationszahlung angenommen hat. Wie gerade besprochen, bitte ich Sie, dringend eine kurze Notiz an Dr. Go. zu schicken. ... Eine solche Nachricht ist notwendig, damit Dr. Go. den Schriftsatz im Kölner Prozess am Freitag, den 19. Oktober nicht wegschickt. ...

7

...Weiters hat Dr. Go. bestätigt, dass er bis morgen einen Vergleichsvertrag entwerfen kann, den er an Sie weiterleiten wird. Dadurch haben alle Parteien bis zum 19. Oktober 2001 einen Entwurf..... "

8

Einen Tag nach Absendung dieses Telefaxschreibens erfuhr die Klägerin, dass nicht die Beklagte bzw. deren Geschäftsführer, sondern eine dritte Person als Inhaber der Marken "red B." im Markenregister eingetragen war, die nach den Vergleichsvorstellungen der Parteien auf die Klägerin mit anschließender Lizenz zugunsten des Beklagten übertragen werden sollten. Die Klägerin wandte sich deshalb mit Schreiben vom 18.10.2001 an die Beklagte, verlangte Aufklärung und erklärte schließlich mit Schreiben vom 17.12.2001 für den Fall, dass ein Vergleichsvertrag entgegen ihrer Auffassung zustande gekommen sein sollte, dessen Anfechtung wegen arglistiger Täuschung. In der Zwischenzeit hatte die Beklagte die Ausstattung ihres Produkts dergestalt geändert, dass alle verwendeten Blautöne durch Schwarztöne ersetzt worden waren.

9

Die Klägerin hat behauptet, die Marke "RED A." habe in der Gesamtbevölkerung einen Bekanntheitsgrad von 74,9 %. Bei Verwendern von Energy-Drinks betrage der Bekanntheitsgrad sogar 92,9 %. Das folge aus einer Untersuchung der GfK-Marktforschung aus dem Jahre 1998, auf deren Inhalt verwiesen wird (Blatt 67 ff. d.A.)

Die Klägerin hat beantragt,	11
1.	12
es der Beklagten zu untersagen, bei Meidung eines Ordnungsgeldes bis zu 500.000 DM und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, von Ordnungshaft oder von Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollziehen an ihrem Geschäftsführer, im geschäftlichen Verkehr für Energy-Drinks die Bezeichnung	13
"red B."	14
zu verwenden, zu benutzen, die Bezeichnung auf "Energy-Drinks", ihre Aufmachung oder ihrer Verpackung anzubringen,	15
Energy-Drinks anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu dem genannten Zweck zu besitzen, unter der Bezeichnung Waren einzuführen oder auszuführen, insbesondere, wenn dies in der nachstehend wiedergegebenen Form geschieht:	16
und die Bezeichnung in Geschäftspapieren oder in der Werbung zu benutzen,	17
2.	18
festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr allen Schaden zu ersetzen, der ihr durch das Ankündigen, Feilhalten und/oder Inverkehrbringen von Energy-Drinks mit der Bezeichnung "red B." in der Form des Antrags zu 1. bisher entstanden ist und/oder noch entstehen wird,	19
3.	20
festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung dasjenige herauszugeben, was sie durch den Vertrieb eines Energy-Drinks mit der Bezeichnung "red B." in Form des Antrags zu 1. erlangt hat,	21
4.	22
die Beklagte weiter zu verurteilen, ihr Auskunft darüber zu erteilen, wann, wo und in welchem Umfang sie einen Energy-Drink mit der Bezeichnung "red B." in Form des Antrags zu 1. in Deutschland in den Verkehr gebracht hat, insbesondere unter Angabe	23
##blob##nbsp;	24
a.	25
##blob##nbsp;	26
der Liefermengen, Lieferzeiten und Lieferpreise	27
##blob##nbsp;	28
	29

b.	
der Namen und Anschriften von Lieferanten, Abnehmern im In- und Ausland,	30
	31
	32
c.	33
der erzielten Umsätze,	34
	35
	36
d.	37
der Gestehungskosten nebst sämtlichen Kostenfaktoren,	38
	39
	40
e.	41
des erzielten Gewinns und	42
	43
	44
f.	45
von Art und Umfang der betriebenen Werbung, aufgeschlüsselt nach Kalendervierteljahren, Bundesländern und Werbeträgern.	46
Die Beklagte hat beantragt,	47
die Klage abzuweisen.	48
Sie hat die Auffassung vertreten, die GfK-Befragung sei fehlerhaft erstellt worden und deshalb nicht aussagekräftig. Die sich gegenüberstehenden Marken "RED A." einerseits und "red B." andererseits seien weder unmittelbar noch mittelbar miteinander verwechslungsfähig. Ansprüche aus dem Markengesetz und/oder dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb stünden der Klägerin auch deshalb nicht zur Seite, weil Mitbewerber der Parteien im Deutschen Markt Energy-Drinks unter Bezeichnungen anböten, die sich aus dem Wortbestandteil "Red" und einer (englischen) Bezeichnung für ein Tier o.ä. zusammensetzten. Namentlich würden im Deutschen Markt Energy-Drinks namens "Red D.", "Red P." und "Red H." beworben und vertrieben.	49
Durch das von beiden Parteien mit der Berufung angefochtene Urteil, auf das wegen der Einzelheiten verwiesen wird (Blatt 282 ff. d.A.), hat das Landgericht die Beklagte verurteilt, es	50
	51

zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr Energy-Drinks in der konkreten, oben bereits fotografisch wiedergegebenen Ausstattung mit der Bezeichnung "red B." anzubieten, in den Verkehr zu bringen und diese zu bewerben. Außerdem hat es die Beklagte insoweit zur Auskunftserteilung verurteilt und ihre grundsätzliche Pflicht zur Leistung von Schadensersatz festgestellt. Die weitergehende Klage hat es abgewiesen. Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Landgericht im wesentlichen auf ein zwischen den Parteien in einem einstweiligen Verfügungsverfahren ergangenes Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 10.11.2000 (GRUR 2001, 54 ff.) verwiesen. In diesem Urteil ist im wesentlichen ausgeführt, die Bezeichnungen "RED A." und "red B." seien miteinander verwechslungsfähig, deshalb ergebe sich der Anspruch der Klägerin aus § 14 Abs. 5 in Verbindung mit § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Das weitergehende Unterlassungsbegehren der Klägerin wie auch die darauf bezogenen Folgeansprüche hat das Landgericht mit der Begründung abgewiesen, insoweit fehle es an der notwendigen Begehungsgefahr. Den Antrag der Klägerin, festzustellen, dass die Beklagte auch nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet sei, das durch den Vertrieb eines Energy-Drinks namens "red B." Erlangte herauszugeben, hat das Landgericht ebenfalls abgewiesen. Dabei hat es sich auf den Standpunkt gestellt, der Klägerin stehe ein Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO nicht zur Seite, weil für Bereicherungsansprüche die kurze Verjährungsfrist des § 20 Abs. 1 MarkenG nicht gelte und deshalb die Erwägungen, die die Rechtsprechung veranlasst hätten, im Markenrecht die Feststellungsklage als zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Rechtsbehelf anzusehen, nicht zuträfen.

Gegen das ihnen jeweils am 19.11.2001 zugestellte Urteil haben sowohl die Klägerin als auch die Beklagte binnen Monatsfrist Berufung eingelegt und diese innerhalb der (zugunsten der Beklagten verlängerten) Berufungsbegründungsfrist begründet. Die Klägerin wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und ist weiterhin der Ansicht, wegen bestehender Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG habe die Beklagte die Verwendung der Bezeichnung "red B." auch unabhängig von der jeweiligen konkreten Verwendungsform zu unterlassen. 52

Nachdem die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung ursprünglich auch den Antrag als Hauptantrag angekündigt hatte, die Herausgabeverpflichtung der Beklagten nach Bereicherungsgrundsätzen festzustellen, verfolgt sie dieses Begehren nunmehr lediglich noch in Form eines Hilfsantrags. Außerdem hat sie im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat den angekündigten Unterlassungsantrag insoweit modifiziert, als dieser als Hilfsantrag gestellt wird, soweit er sich auf die konkrete Verwendungsform bezieht. 53

Die Klägerin beantragt nunmehr, 54

das angefochtene Urteil unter gleichzeitiger Zurückweisung der Berufung der Beklagten teilweise zu ändern und 55

1. 56

die Beklagte einschließlich der erstinstanzlichen Verurteilung zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder festzusetzender Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr für Energy-Drinks die Bezeichnung 57

"red B." 58

59

zu verwenden, zu benutzen, die Bezeichnung auf Energy-Drinks, ihrer Aufmachung oder ihrer Verpackung anzubringen, unter dieser Bezeichnung Energy-Drinks anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu diesen Zwecken zu besitzen, unter dieser Bezeichnung einzuführen oder auszuführen oder diese Bezeichnung in Geschäftspapieren oder in der Werbung zu benutzen,	
2.	60
hilfsweise,	61
die Beklagte gemäß dem Unterlassungsantrag zu 1. zur Unterlassung zu verurteilen, wenn die in Ziffer 1. aufgeführten Handlungen in der nachstehend wiedergegebenen Form geschehen:	62
3.	63
einschließlich der erstinstanzlichen Verurteilung festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr - der Klägerin - allen Schaden zu ersetzen, der ihr aus Handlungen gemäß dem vorstehenden Antrag zu 1., insbesondere durch das Ankündigen, Feilhalten und/oder Inverkehrbringen von Energy-Drinks mit der Bezeichnung "red B." entstanden ist und/oder noch entstehen wird,	64
4.	65
hilfsweise für den Fall, dass das vorstehende Schadensersatzfeststellungsbegehren keinen Erfolg hat, einschließlich der erstinstanzlichen Verurteilung festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung dasjenige herauszugeben, was sie durch den Vertrieb eines Energy-Drinks mit der Bezeichnung "red B." in Form des vorstehenden Antrags zu 1. verlangt hat,	66
5.	67
die Beklagte weiter zu verurteilen, ihr einschließlich der erstinstanzlichen Verurteilung Auskunft darüber zu erteilen, wann, wo und in welchem Umfang sie einen Energy-Drink mit der Bezeichnung "red B." in Form des Unterlassungsantrags zu 1. in Deutschland in den Verkehr gebracht hat, insbesondere unter Angabe	68
##blob##nbsp;	69
a.	70
##blob##nbsp;	71
der Liefermengen, Lieferzeiten und Lieferpreise	72
##blob##nbsp;	73
b.	74
##blob##nbsp;	75
der Namen und Anschriften von Lieferanten, Abnehmern im In- und Ausland,	76
##blob##nbsp;	77

c.	78
der erzielten Umsätze,	79
d.	80
der Gestehungskosten nebst sämtlichen Kostenfaktoren,	81
e.	82
des erzielten Gewinns und	83
f.	84
von Art und Umfang der betriebenen Werbung, aufgeschlüsselt nach Kalendervierteljahren, Bundesländern und Werbeträgern.	85
Die Beklagte beantragt,	86
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen und die Klage unter teilweiser Abänderung der auch von ihr mit der Berufung angefochtenen Entscheidung insgesamt abzuweisen.	87
Auch die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und stellt weiterhin eine bestehende Verwechslungsgefahr zwischen den Wortmarken "RED A." und "red B." in Abrede. Insbesondere sei die Kennzeichnungskraft der Wortmarke "RED A." durch das Vorhandensein ähnlicher Zeichen Dritter geschwächt. Dazu behauptet die Beklagte, es gebe ähnliche Bezeichnungen, unter denen Energy-Drinks in der Bundesrepublik Deutschland vertrieben würden. So werde seit dem Jahre 2001 ein Energy-Drink namens "red R." bundesweit bei der Einzelhandelskette SP. vertrieben. Ein Energy-Drink unter der Bezeichnung "Red D." werde seit dem Jahre 1995 bundesweit im Markt angeboten. Ein Produkt mit der Bezeichnung "Red H." sei seit 1999 in A.-Filialen erhältlich. Schließlich werde noch ein Energy-Drink namens "red Z." seit 1997 im bundesdeutschen Markt angeboten. Jedenfalls aber, so meint die Beklagte, stünden der Klägerin etwaige markenrechtliche Unterlassungsansprüche nicht zu, weil zwischen den Parteien ein wirksamer Vergleich geschlossen worden sei, der die Klägerin nunmehr daran hindere, markenrechtliche Unterlassungsansprüche geltend zu machen. Außerdem habe die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 08.10.2001 ihre - der Beklagten - neue Produktausstattung (Verwendung der Produktbezeichnung "red B." und Ersetzung der auf der Dose befindlichen Blautöne durch Schwarztöne) ausdrücklich freigezeichnet. Zumindest habe die Klägerin durch den Eintritt in die Vergleichsverhandlungen und die Ankündigung der Freizeichnung einen	88

Vertrauenstatbestand geschaffen, aufgrund dessen die Geltendmachung der erhobenen (Unterlassungs-) Ansprüche nunmehr treuwidrig sei. In diesem Zusammenhang gesteht die Beklagte zu, die Klägerin nicht darüber aufgeklärt zu haben, dass weder sie noch ihr Geschäftsführer als Inhaber der Marken "red B." eingetragen ist, behauptet aber, die Eintragung Dritter im Markenregister sei erschlichen worden, diese werde in Kürze geändert, sie - die Beklagte - habe die Klägerin nur deshalb nicht über die Eintragungsverhältnisse unterrichtet, um die Vergleichsverhandlungen nicht zu gefährden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen, die sämtlich Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren. Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Beklagten vom 17.06.2002 hat vorgelegen.

Entscheidungsgründe:

Die von den Parteien eingelegten Rechtsmittel sind zulässig. In der Sache Erfolg hat indes nur die Berufung der Klägerin. Sie führt zu der aus dem Urteilstenor ersichtlichen Änderung der angefochtenen Entscheidung, weil sich das Begehren der Klägerin, die Beklagte solle die Benutzung der Marke "red B." unabhängig von ihrer konkreten Verwendungsform unterlassen, als gerechtfertigt erweist, und der Klägerin wegen des schuldhaften Verhaltens der Beklagten auch die insoweit erhobenen Auskunfts- und Schadensersatzfeststellungsansprüche zustehen.

Der Unterlassungsanspruch der Klägerin folgt aus § 14 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit Abs. 5 MarkenG, weil die Verwendung der Marke "red B." durch die Beklagte prioritätsältere Rechte der Klägerin aus der Wortmarke "Red A." ... verletzt. Nach § 14 Abs. 1 MarkenG gewährt der Erwerb des Markenschutzes nach § 4 MarkenG dem Inhaber der Marke ein ausschließliches Recht. Dritte dürfen bei anderweitiger Unterlassungsverpflichtung (§ 14 Abs. 5 MarkenG) ein Zeichen nicht benutzen, wenn wegen der Identität oder Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke oder der Identität oder Ähnlichkeit der durch die Marke und das Zeichen erfassten Waren für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, einschließlich der Gefahr, dass das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG). Da mangels Identität der Marken "Red A." einerseits und "Red B." andererseits nur ein Verstoß der Beklagten gegen § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG in Betracht kommt, kommt es im Streitfall entscheidend darauf an, ob sich die Bezeichnungen im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG verwechslungsfähig gegenüberstehen. Das Vorliegen einer solchen Verwechslungsgefahr ist eine Rechtsfrage (BGH WRP 2000, 535, 539 "Attaché/Tisserand"; BGH GRUR 1995, 808, 810 "P3-plastoclin"), die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu beurteilen ist (EuGH GRUR 1998, 387, 389 f. Tz. 22 "Springende Raubkatze"; EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736, Tz. 18 "Lloyd"; BGH WRP 2000, 535, 538 "Attaché/Tisserand"), und die sich zum einen nach der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke, zum anderen nach dem Ähnlichkeitsgrad der einander gegenüberstehenden Marken sowie der Nähe der Warenbereiche beurteilt. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen diesen Faktoren dergestalt, dass der Ähnlichkeitsgrad der Marken umso geringer sein kann, je größer die Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke und die Nähe der Warenbereiche ist, während umgekehrt ein höherer Ähnlichkeitsgrad zwischen dem gegenüberstehenden Marken erforderlich ist, wenn die Kennzeichnungskraft nur schwach und der Warenabstand größer ist (EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736 Tz. 19 "Lloyd"; BGH GRUR 1995, 50, 51 f. "Indorektal/Indohexal"; BGH GRUR 1995, 216, 219 "Oxigenol II; BGH WRP 2000, 525, 526 "comtes/ComTel"). Abzustellen ist dabei nicht auf einen flüchtigen, sondern auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und

verständigen Verbraucher der betreffenden Art von Waren (EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736, Tz. 26 "Lloyd"; BGH, WRP 2000, 535, 539 "Attaché/Tisserand"), wobei es entscheidend darauf ankommt, wie die Marke auf den Durchschnittsverbraucher der betreffenden Art von Waren wirkt (BGH WRP 2000, 535, 539 "Attaché/Tisserand"). In diesem Zusammenhang ist auch der Tatsache Rechnung zu tragen, dass der Durchschnittsverbraucher regelmäßig nicht die Möglichkeit hat, verschiedene Marken unmittelbar miteinander zu vergleichen, und er sich auf das unvollkommene Bild verlassen muss, das er von einer Marke im Gedächtnis behalten hat (EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736 Tz. 26 "Lloyd"; BGH WRP 2000, 535, 539 "Attaché/Tisserand"; BGHZ 126, 287, 293 "Rotes Kreuz"), und dass es einen Erfahrungssatz gibt, wonach der Durchschnittsverbraucher eine Marke regelmäßig als Ganzes wahrnimmt und nicht auf die verschiedenen Einzelheiten achtet (EuGH a.a.O. "Lloyd" und BGH a.a.O. "Attaché/Tisserand").

Auf der Basis dieser Kriterien besteht allerdings nicht die Gefahr, der angesprochene Verkehr 100 könne die Marke "red B." irrtümlich für die klägerische Marke halten und somit einer unmittelbaren Verwechslung unterliegen. Auch wenn es für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr auf den Gesamteindruck der gegenüberstehenden Zeichen im Hinblick auf die klanglichen, optischen und begrifflichen Wirkungen ankommt und eine hinreichende Übereinstimmung in nur einer dieser Hinsichten bereits die Annahme einer Verwechslungsgefahr begründen kann (vgl. BGH WRP 1999, 1041, 1042 "Schlüssel" und für den gleichgelagerten Fall des Firmenrechtsschutzes BGH NJW 1992, 695, 696 "dipa/dib"), ist insbesondere auch mit Blick auf die durch das Produkt angesprochenen vornehmlich jüngeren Verkehrskreise davon auszugehen, dass die auch in klanglicher und bildlicher Hinsicht erkennbaren begrifflichen Unterschiede der sich gegenüberstehenden Zeichen so groß sind, dass der angesprochene Verkehr das eine Zeichen nicht versehentlich für das andere hält.

Dem Verteidigungsvorbringen der Beklagten verhilft das im Ergebnis gleichwohl nicht zum 101 Erfolg. Denn die sich gegenüberstehenden Zeichen "Red A." und "red B." sind unabhängig von ihrer konkreten Schreibweise (Groß- und Kleinbuchstaben) miteinander mittelbar verwechslungsfähig, weil die Gefahr besteht, dass die angesprochenen Verkehrskreise dem Irrtum unterliegen, dass das Verletzerzeichen dem Inhaber der klägerischen Marke zugeordnet wird, also die irrtümliche Vorstellung geweckt wird, dass die sich gegenüberstehenden Zeichen die gleiche betriebliche Herkunft haben.

Der klägerischen Marke "Red A." kommt insgesamt eine überdurchschnittliche 102 Kennzeichnungskraft und damit ein gesteigerter Schutzzumfang zu. Bei der Prüfung der Frage, ob eine Marke geeignet ist, die Waren, für die sie eingetragen ist, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und damit diese Waren von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden, sind insbesondere die der Marke inhärenten Eigenschaften zu berücksichtigen, beispielsweise der Umstand, ob sie beschreibende Elemente im Bezug auf die Waren, für die sie eingetragen worden ist, aufweist, sowie der von der Marke gehaltene Marktanteil oder die Dauer der Benutzung der Marke (EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736 Tz. 23 "Lloyd"). Von Hause aus ist die Marke "Red A." als unterscheidungskräftiges Zeichen originär mit durchschnittlicher Kennzeichnungskraft ausgestattet. Die englische Bezeichnung "Red A." stellt eine Phantasiebezeichnung dar und weist als Name für ein Getränk einen hohen Grad an Originalität auf. Der Zeichenbestandteil "red" beschreibt das Produkt entgegen der Farbbezeichnungen regelmäßig innewohnenden beschreibenden Funktion nicht, weil der Energy-Drink "Red A." keine Rotfärbung aufweist. Dem Zeichenbestandteil "A." kommt offensichtlich keine beschreibende Funktion zu. Auch wecken beide Zeichenbestandteile nicht unmittelbar die Assoziation zu einem Getränk. Die

originäre Unterscheidungskraft der Marke "Red A." wirkt auch nicht durch ihre Symbolträchtigkeit im Hinblick auf die Wirkungsweise von Energy-Drinks geschmälert. "Red A." spielt mit seinem Aussagegehalt auf Wünsche an, die sich der Verbraucher mit dem Konsum eines solchen Energy-Drinks erfüllen möchte. Farben haben neben ihrem beschreibenden Charakter eine Symbolwirkung, auch aus Sicht des angesprochenen Verkehrs. Die Farbe rot symbolisiert Energie, Intensität und auch Aggressivität. Das Wort "A.", das der angesprochene Verbraucher als englischsprachiger Begriff für das deutsche Wort "Bulle" versteht, führt diese Assoziation fort und ergänzt sie gewissermaßen um die Aspekte "Kraft", "Stärke" und "Durchhaltevermögen". Produktbeschreibender Charakter kommt dem Zeichen trotz der Symbolträchtigkeit von "Red A." indes nicht zu. Die Herstellung des Zusammenhangs zwischen der englischen Bezeichnung des "roten Bullen" und der vitalisierenden Wirkung eines Energy-Drinks stellt vielmehr eine Assoziationsleistung dar, die bei lediglich beschreibenden Bezeichnungen gerade nicht zu erbringen ist. Jedenfalls im Bereich der nicht-alkoholischen Getränke ist eine symbolhafte Phantasiebezeichnung, wie sie "Red A." darstellt, auch nicht naheliegend. Die dem Zeichen der Klägerin von Haus aus zustehende Unterscheidungskraft wird im übrigen dadurch gestärkt, dass der markenmäßigen Kennzeichnung im Hinblick auf die angesprochenen Verkehrskreise eine besondere Bedeutung insofern zukommt, als der Konsum von Energy-Drinks die jüngeren Generationen und dort verstärkt solche Verbraucher anspricht, die moderne Schnelligkeit anstreben oder dem Ideal einer "Spaß-Gesellschaft" zugetan sind. In diesen Verkehrskreisen sind "In-Marken" populär, es besteht ein verstärktes Markenbewusstsein, da Marken im Allgemeinen und insbesondere auch die klägerische Marke geeignet sind, dass angestrebte Lebensgefühl zum Ausdruck zu bringen.

Der Senat stuft die von Hause aus durchschnittliche Kennzeichnungskraft von "Red A." im Ergebnis als überdurchschnittlich ein, weil die klägerische Marke einen sehr hohen Bekanntheitsgrad erlangt hat. Denn auch wenn die Beklagte die Ergebnisse der GfK-Umfrage wegen angeblich unzureichender und falscher Fragestellung kritisiert und den Bekanntheitsgrad von bis zu über 90 % als unrichtig bestritten hat, ist zwischen den Parteien jedenfalls unstreitig, dass die Klägerin mit "Red A." im Markt der Energy-Drinks mengenmäßig eine außerordentlich starke, geradezu marktbeherrschende Stellung innehat und die Umsätze der Energy-Drink-Produkte der Wettbewerber demgegenüber nur einen geringen Umfang haben. Überdies hat die Klägerin die Marke "Red A." für Energy-Drinks seit 1994 und damit seit einem nicht unerheblichen Zeitraum genutzt. 103

Die hiernach von Haus aus durchschnittliche und wegen der Stellung der Marke der Klägerin im engen Markt der Energy-Drinks überdurchschnittliche Kennzeichnungskraft der Marke "Red A." wird nicht maßgeblich durch andere Marken geschwächt, die im Bereich der Energy-Drinks verwendet werden und den Bestandteil "Red" aufweisen. Insbesondere ist der Verbraucher nicht wegen anderer ähnlicher Bezeichnungen für Energy-Drinks zu sorgfältigerer Unterscheidung veranlasst, so dass Unterschieden zwischen der Klagemarke und der Marke der Beklagten ein stärkeres Gewicht beizumessen wäre. Denn damit eine Schwächung des Schutzzumfangs einer Marke angenommen werden kann, müssten andere Zeichen vorhanden sein, welche in erheblichem Umfang genutzt werden und welche dem klägerischen Zeichen oder dessen kollisionsbegründenden Bestandteilen ähnlich nahe kommen wie das angegriffene Verletzerzeichen (vgl. OLG Frankfurt, GRUR 1997, 52 und Ingerl/Rohnke, MarkenG 1998, § 14 Rn. 227). Von vornherein außer Betracht zu bleiben haben dabei diejenigen Zeichen, die nach dem Vortrag der Beklagten im deutschen Markt Verwendung finden, in denen der Bestandteil "Red" aber mit einem weiteren Wort kombiniert wird, welches keine Bezeichnung für einen Tiernamen darstellt. Die Kennzeichnungskraft der Marke "Red A." erwächst nämlich gerade aus der eigentümlichen Kombination der Farbe rot 104

mit einem Tiernamen, da hierauf die Originalität und die Aussagekraft des Zeichens beruht. Im Hinblick auf diejenigen für Energy-Drinks verwendeten Zeichen, welche ebenso wie die Klagemarke den Bestandteil "Red" mit einem englischen Tiernamen verbinden, z.B. "Red R.", "Red H.", "Red X." und "Red T.", hat die Beklagte keinerlei substantiierte Tatsachen zur tatsächlichen Nutzungslage vorgetragen. Insbesondere fehlt jeglicher Sachvortrag dazu, seit wann und in welchem Umfang der angesprochene Verkehr Gelegenheit gehabt haben soll, im Verkehr zum Beispiel einem Energy-Drink namens "Red R." zu begegnen. Das Zeichen "X." hat ohnehin außer Betracht zu bleiben, weil die Verwendung dieser Bezeichnung, wenn auch nur im Zusammenhang mit der konkreten Ausstattung der Getränkedose, auf eine Klage hin vom Landgericht Hamburg (Urteil vom 10. April 2000, 325 O 103/00) untersagt worden ist, und das Zeichen dem Verkehr nicht mehr begegnet.

Die sich gegenüberstehenden, für identische Waren eingetragenen Zeichen "Red A." und "red B." sind sowohl in klanglicher Hinsicht als auch in ihrem Bedeutungsgehalt ähnlich. Bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit ist der Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Zeichen maßgeblich (EuGH GRUR 1998, 387, 390 Tz. 23 "Springende Raubkatze"; EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736 Tz. 25 "Lloyd"; BGH GRUR 1999, 583, 584 "Lora di Recoaro"). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Verkehr die Zeichen normalerweise nicht gleichzeitig wahrnimmt und sie daher regelmäßig nur aufgrund eines undeutlichen Erinnerungseindrucks vergleicht. So wie sich der Verkehr bezogen auf die Kennzeichnungskraft des Wortbestandteils einer Wort-/Bildmarke im Zweifel eher an dem Wort- als an dem Bildbestandteil eines solchen kombinierten Wort-/Bildzeichens zu orientieren pflegt (vgl. hierzu BGH GRUR 1996, 267, 269 "Aqua" mit weiteren Nachweisen), ist bei reinen Wortmarken der vorliegenden Art bei der Beurteilung der Kennzeichnungskraft und vor allen Dingen der Verwechslungsfähigkeit der sich gegenüberstehenden Marken deshalb davon auszugehen, dass im maßgeblichen Gesamteindruck zum einen regelmäßig die übereinstimmenden Merkmale mehr hervortreten als die Unterschiede, und deshalb maßgeblich auf die festzustellenden Übereinstimmungen und weniger auf bestehende Unterschiede zu achten ist, zum anderen, dass der Verkehr im allgemeinen stärker den Wortanfang als das Wortende beachtet. Auch das hat der Bundesgerichtshof mehrfach entschieden, teilweise im Zusammenhang mit der Prüfung der Verwechslungsgefahr von Firmenbezeichnungen (siehe etwa BGH WRP 1999, 530, 532 "Cefallone"; BGH GRUR 1999, 735, 736 "Monoflam/Poly-flam"; BGH WRP 1998, 875, 876 "Salvent/Salventerol"; BGH GRUR 1975, 370, 371 "Protesan"; BGHZ 126, 287 293 "Rotes Kreuz" und - bezogen auf eine Firmenbezeichnung - BGH NJW 1992, 695, 696 "dipa/dib"). Wenn es auch einen Erfahrungssatz gibt, wonach im Erinnerungsbild regelmäßig die übereinstimmenden Merkmale stärker hervortreten als die Unterschiede und deshalb grundsätzlich mehr auf die bestehenden Übereinstimmungen als auf vorhandene Abweichungen abzustellen ist, besteht andererseits aber auch kein Grund zu der Annahme, einzelne Bestandteile eines Zeichens würden vom Verkehr überhaupt nicht zur Kenntnis genommen und bei der Beurteilung des Eindrucks, den das Zeichen bei seinen Adressaten hervorruft, vollständig übergangen (BGH GRUR 1996, 774, 775, "falke-run/LE RUN" mit weiteren Nachweisen; siehe auch OLG Hamburg, NJWE-Wettbewerbsrecht 2000, 186, 188 "Giordano"). Auch besteht für den Verkehr im allgemeinen kein Anlass, Markenwörter zu verkürzen (BGH GRUR 1999, 735, 736 "Monoflam/Polyflam" und BGH WRP 2000, 1152, 1154 "PapaG.").

Im Streitfall führen diese Grundsätze zur Annahme klanglicher Verwechslungsgefahr. Ein nennenswerter Unterschied in den beiden Zeichen besteht nur insoweit, als der jeweils zweite einsilbige Wortbestandteil bei der Marke der Klägerin den Vokallaut "u", beim Zeichen der Beklagten den Vokallaut "a" (englisch: "ä") beinhaltet. Soweit der Endlaut der Zeichen differiert - "l" gegenüber "t" - fällt dieser Unterschied nicht ins Gewicht, da der Endlaut im

Sprachgebrauch kaum ausgesprochen, geschweige denn betont wird. Demgegenüber bestehen in klanglicher Hinsicht gewichtige Gemeinsamkeiten der sich gegenüberstehenden Marken. Beide Wortzeichen bestehen aus zwei einsilbigen englischen Wörtern, von denen das jeweils erste, auf das der Verkehr besonders achtet, identisch ist. In beiden Fällen beginnt das Wort mit einem "b", dem ein kurzer Vokal folgt. Insoweit besteht eine rhythmische Identität. Auch wenn die Betonung im Sprachgebrauch jeweils auf dem zweiten - im Hinblick auf den vokalunterschiedlichen - Wortbestandteil liegen mag, tritt der erste, identische Teil der Marke "Red" keineswegs zurück. Unter Berücksichtigung der von den Parteien mit ihrem Produkt unter der Produktbezeichnung angesprochenen Verkehrskreise kommt den klanglichen Gemeinsamkeiten auch wesentliche Bedeutung zu. Denn der gemeinsame flotte Sprachrhythmus der aus zwei einsilbigen Wortbestandteilen zusammengesetzten Zeichen kommt dem Geschmack der jüngeren Verbraucher entgegen und verursacht daher einen Wiedererkennungseffekt.

Aber auch ihrem Sinngehalt nach weisen die sich gegenüberstehenden Zeichen 107
Ähnlichkeiten auf, die zur Verwechslungsgefahr führen. Keinem der beiden Zeichenbestandteile der Marke "Red A." kann eine besondere, den Gesamteindruck des Zeichens prägende Kraft beigemessen werden. Auch wenn dem Bestandteil "A." (gleiches gilt für den Bestandteil "B." in der von der Beklagten benutzten Marke) als Substantiv im Verhältnis zu dem Adjektiv "Red" aufgrund der sprachlichen Ordnung jeweils eine gesteigerte Bedeutung zukommt, kann aufgrund des starken Aussagegehalts von "Red" nicht davon ausgegangen werden, dass dieser Zeichenbestandteil in der Gesamtschau zurücktritt. Denn gerade der Zeichenbestandteil "Red" verleiht beiden Zeichen ihre spezielle Assoziationswirkung. Das wird besonders deutlich, wenn der Bestandteil "Red" durch eine andere Farbe, beispielsweise Blau, ausgetauscht wird. Die Bezeichnungen "Blue A." oder "blue B." haben aufgrund der Assoziationen, die sie hervorrufen, einen völlig anderen Aussagegehalt. Auch im Sprachgebrauch tritt der Zeichenbestandteil "Red" nicht zurück. Die Bezeichnungen "Red A." oder auch "red B." werden weder aus Vereinfachungsgründen auf "A." oder "B." verkürzt, noch entfällt der Bestandteil "Red" durch das "Verschlucken" der Silbe. Beiden Marken ist gemeinsam, dass ein englisches Wort für ein Tier mit der englischen Bezeichnung für die Farbe rot gekoppelt wird. Darüber hinaus machen sich die Parteien durch beide Zeichen die Assoziationskraft der Farbe rot zueigen und ergänzen diese durch ein Tier mit besonderen Eigenschaften. Insoweit bestehen allerdings Unterschiede zwischen dem jeweiligen Sinngehalt der Zeichen, da beim "Red A." der Klägerin die Kraft im Vordergrund steht, während die Fledermaus Nachtaktivität und Schnelligkeit symbolisiert.

Mit Rücksicht auf den erhöhten Schutzzumfang der Marke der Klägerin, namentlich aber auch 108
die Tatsache, dass Warenidentität in einem sehr engen Markt besteht, führen die festgestellten Ähnlichkeiten der Zeichen zur Annahme mittelbarer Verwechslungsgefahr. Durch die im Vordergrund stehende Gemeinsamkeiten der gegenüberstehenden Zeichen wird der falsche Eindruck erweckt, dass das prioritätsjüngere Zeichen ein weiteres Angebot aus der Produktpalette des Inhabers der Wortmarke "Red A." bezeichnet. Der im Hinblick auf die erhöhte Kennzeichnungskraft der klägerischen Marke und die Warenidentität gebotene Abstand wird durch das sowohl in klanglicher als auch in seiner Sinnhaftigkeit ähnliche Zeichen der Beklagten nicht gewahrt.

Darf die Beklagte demgemäß für einen Energy-Drink ohne Verstoß gegen § 14 Abs. 2 Nr. 2 109
MarkenG die Bezeichnung "red B." unabhängig von der konkreten Produktausstattung nicht verwenden, wäre eine andere Betrachtungsweise allerdings dann geboten, wenn die Auffassung der Beklagten zuträfe, die Parteien hätten im Wege eines Vergleichs vertragliches Einvernehmen über die weitere Verwendung der Marke "red B." durch die

Beklagte für den Fall der Verwendung einer anderen Produktausstattung erzielt. Das ist jedoch nicht der Fall. Eine Zustimmung seitens der Klägerin im Sinne eines Verzichts auf ihr Verbotungsrecht aus § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG liegt nach dem eigenen Sachvortrag der Beklagten nicht vor. Vielmehr folgt aus dem von ihr vorgelegten Schriftverkehr der Parteien in Verbindung mit ihrem unstreitigen Sachvortrag, dass beide Parteien zwar die Absicht verfolgten, ihre Streitigkeiten einvernehmlich zu regeln, dass ihnen das aber nicht gelungen ist. Der Inhalt des Schreibens der Beklagten vom 5. Oktober 2001 stellt kein Angebot im Sinne des § 145 BGB dar, sondern spiegelt lediglich die Bereitschaft der Beklagten wider, über die strittigen Punkte zu verhandeln und ggf. eine einvernehmliche Lösung herbeizuführen. In ihrem Antwortschreiben vom 8. Oktober 2001 hat die Klägerin ebenfalls sinngemäß nur erklärt, sich einer vergleichswisen Lösung grundsätzlich nicht verschließen zu wollen. Das folgt aus dem Inhalt des Schreibens, weil die Klägerin dort unter anderem mitgeteilt hat, die von der Beklagten geforderte Kompensationszahlung für die Übertragung der Marken "red B." auf die Klägerin komme nicht in Betracht, man sei überhaupt nicht bereit, irgendwelchen Schadenersatzansprüchen näherzutreten, bei einer einvernehmlichen Beilegung der Auseinandersetzungen müsse es sich um einen Pauschalvergleich handeln. Der weitere dort zu lesende Satz, im übrigen sei die Klägerin damit einverstanden, dass die Beklagte alle Blau-Töne durch Schwarz-Töne ersetze, bedeutet keine Freizeichnung, sondern nur die Erklärung der Klägerin, dass man im Falle einer Generalbereinigung aller Streitigkeiten durch Vergleich gegen die Änderung der Blau-Töne in Schwarz-Töne auf dem Energy-Drink der Beklagten keine Einwände erheben werde. Zu einer solchen Einigung, zu der im übrigen auch die Rücknahme einer von der Beklagten eingereichten Schadensersatzklage und der Abschluss von die Marken "red B." betreffenden Lizenzverträgen gehört hätte, ist es aber gerade nicht gekommen, auch nicht in der Folgezeit. Zwar hat die durch Patentanwalt G. vertretene Beklagte am 10. Oktober 2001 um ein Gespräch gebeten, das der Vorbereitung eines Vergleichsabschlusses dienen sollte. Dieses Gespräch, das dann am 16. Oktober 2001 am Firmensitz der Klägerin stattgefunden hat, führte indessen nicht zu der von den Parteien erstrebten einvernehmlichen Lösung, und zwar deshalb, weil die Beklagte von der Klägerin weiterhin eine Kompensationszahlung in Höhe von 500.000 DM forderte, die die Klägerin zu zahlen nicht bereit war. Damit lag von Seiten der Klägerin - das folgt aus § 147 Abs. 1 Satz 1 BGB - kein annahmefähiges Angebot vor, das die Beklagte durch ihr Telefaxschreiben vom 17. Oktober 2001 hätte annehmen können. Vielmehr enthält dieses Schreiben von Patentanwalt G. lediglich die Ankündigung eines neuen Angebots, wenn es dort heißt, der Entwurf einer Vereinbarung im Detail werde demnächst übersandt. Das von der Leiterin der Rechtsabteilung der Klägerin unterschriebene Antwortschreiben der Klägerin vom 17. Oktober 2001 bedeutet demgemäß nicht die Annahme eines entsprechenden Vergleichsangebots der Beklagten. Zwar heißt es dort missverständlich, es habe Frau P. gefreut, dass die Beklagte das Vergleichsangebot der Klägerin ohne Schadenersatz/Kompensationszahlung "angenommen" habe. Einen Vertragsschluss zwischen den Parteien bedeutet das jedoch nicht. Denn in dem Schreiben heißt es im letzten Absatz weiter, der erstinstanzliche Prozessbevollmächtigte der Klägerin, Herr Rechtsanwalt Dr. Go., werde einen Vergleichsvertrag entwerfen und ihn alsdann an die Beklagte weiterleiten. Der Erklärungswert dieses Schreibens erschöpft sich damit in der Aussage, man sei weiterhin bereit, sich zu vergleichen, man wolle kurzfristig einen entsprechenden Vertragsentwurf formulieren. Dass es damit noch nicht zu einer vertraglichen Bindung der Parteien gekommen war, hat im übrigen auch die Beklagte seinerzeit nicht anders gesehen. Das ergibt sich daraus, dass zu den essentialia eines Vergleichsvertrages auch der Abschluss von Lizenzverträgen über die Marke "red B." gehört hätte. Einen solchen Vertragentwurf hat Rechtsanwalt G. aber unstreitig erst unter dem 18. Oktober 2001 (vgl. Anlage K 21) erstellt und alsdann der Klägerin zur Abstimmung übersandt. Unstreitig ist dann aber über die Lizenzverträge nicht mehr gesprochen worden, nachdem die Klägerin

zwischenzeitlich in Erfahrung gebracht hatte, dass die Beklagte bzw. deren Geschäftsführer nicht als Inhaber der Marken "red B." im Markenregister eingetragen war.

Fehlt es demgemäß mangels bindenden Angebots und seiner Annahme schon an einem wirksamen Vertragsschluss, und kommt es folglich nicht darauf an, wie sich die Tatsache auswirken würde, dass das von den Parteien zumindest stillschweigend verabredete Schriftformerfordernis nicht eingehalten wurde, beruft sich die Beklagte auch ohne Erfolg auf ein angeblich rechtsmissbräuchliches Verhalten der Klägerin. Denn die Klägerin hat keinen Vertrauenstatbestand geschaffen, aufgrund dessen sie gegenüber der Beklagten nach Treu und Glauben (§ 142 BGB) nunmehr zur Duldung der Nutzung des Zeichens "red B." verpflichtet wäre. Allein aufgrund der geführten Vergleichsverhandlungen wurde kein Vertrauenstatbestand geschaffen. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Beklagte im Zuge der Vergleichsgespräche bereits eine abgeänderte Produktausstattung präsentiert hat. Denn zwischen den Parteien fanden gewöhnliche Vertragsverhandlungen statt, deren Abbruch jedem Beteiligten regelmäßig selbst dann frei steht, wenn der andere im Vertrauen auf den künftigen Abschluss schon Aufwendungen gemacht hat (vgl.: Palandt/Heinrichs BGB, 61. Auflage 2002, § 276 Rn. 72). Zudem wäre die Beklagte in ihrem Vertrauen auf das Zustandekommen des erhofften Vergleichsvertrages nicht schutzwürdig, weil sie der Klägerin bewusst verschwiegen hat, dass ein Dritter als Inhaber der Marken "red B." eingetragen war, und so den Abbruch der schwebenden Vergleichsverhandlungen selbst verursacht hat. Erst recht sind die erhobenen Unterlassungs- und Folgeansprüche der Klägerin nicht im Sinne des § 21 Abs. 4 MarkenG verwirkt. Dafür wäre nämlich, woran es aber ersichtlich fehlt, erforderlich, dass die Klägerin die Benutzung des Zeichens "red B." über einen nicht unerheblichen Zeitraum geduldet hätte (vgl. hierzu BGH GRUR 1988, 776, 778 "PPC" und BGH GRUR 1990, 1042, 1046 "Datacolor"). Deshalb kommt es im übrigen nicht darauf an, dass die Beklagte in ihrem etwaigen Vertrauen darauf, die Klägerin werde die Zeichennutzung dulden, nicht schutzwürdig wäre, und dass sie den für den Verwirkungstatbestand notwendigen schutzwürdigen Besitzstand an dem Zeichen "red B." nicht schlüssig dargelegt hat.

110

Die Berechtigung des erhobenen Auskunftsanspruchs in dem zuerkannten Umfang folgt aus § 19 Abs. 1 und Abs. 2 MarkenG, der Schadenersatzfeststellungsanspruch ist aus § 14 Abs. 6 MarkenG in Verbindung mit § 256 Abs. 1 ZPO begründet. Das hierfür erforderliche Verschulden der Beklagten ist gegeben, weil sie ohne weiteres hätte erkennen können und müssen, dass die Eintragung und Verwendung der Marken "red B." prioritätsältere Rechte der Klägerin verletzte.

111

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 2, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711, 108 ZPO. Soweit die Klägerin den ursprünglich neben dem Schadensersatzanspruch geltend gemachten Anspruch auf Ausgleich nach bereichsrechtlichen Vorschriften nunmehr in einen Hilfsantrag gekleidet hat, liegt darin zwar eine mit einer Klageänderung verbundene teilweise Klagerücknahme, deren Wirksamkeit aber schon deshalb keine Bedenken entgegenstehen, weil die Beklagte dem nicht widersprochen hat und ihr Schweigen damit gemäß §§ 523, 267 ZPO als Zustimmung gilt. Die diesbezügliche Mehrforderung der Klägerin war jedoch verhältnismäßig geringfügig und hat keine besonderen Kosten verursacht. In Anwendung des der Vorschrift des § 92 Abs. 2 ZPO zugrundeliegenden Rechtsgedankens bestand deshalb keine Veranlassung, der Klägerin gemäß § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO einen Teil der entstandenen Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.

112

Der Wert der Beschwerde der Beklagten übersteigt 20.000 EUR. Die Voraussetzung für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO n.F. in Verbindung mit § 26 Nr. 7 EGZPO liegen nicht vor. Der Prüfungsmaßstab ist durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vorgegeben; es handelt sich um die Entscheidung eines Einzelfalls. Der Rechtssache kommt daher weder grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordert die Rechtsfortbildung oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch den Bundesgerichtshof. Das Oberlandesgericht Frankfurt hat in dem diesem Rechtsstreit vorauslaufenden einstweiligen Verfügungsverfahren entgegen der unrichtigen Sachdarstellung der Beklagten keine divergierende Entscheidung getroffen, vielmehr allenfalls in der mündlichen Verhandlung einer vorläufigen Rechtsauffassung Ausdruck verliehen, die die Klägerin veranlasst hat, ihren Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzunehmen..
