
Datum: 13.09.2002
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 58/02
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2002:0913.6U58.02.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 355/01

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 14.02.2002 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 31 O 355/01 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens haben die Beklagten zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten dürfen die Zwangsvollstreckung gegen Leistung einer Sicherheit in der nachfolgend jeweils bestimmten Höhe abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in derselben Höhe leistet.

Die Sicherheitsleistung beträgt bei Vollstreckung

- des Unterlassungsausspruchs: 250.000,00 EUR;
- des Auskunfts-und

Rechnungslegungsausspruchs: 30.000,00 EUR;

- des Kostenausspruchs: 120 % der zu vollstreckenden Summe

Den Parteien wird nachgelassen, die von ihnen zu stellenden Sicherheiten jeweils durch Hinterlegung von Geld oder in Form der schriftlichen, unwiderruflichen, unbedingten und unbefristeten Bürgschaft eines im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts zu erbringen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Die mit diesem Urteil für die Beklagten verbundene Beschwer übersteigt jeweils die Summe von 20.000,00 EUR.

Tatbestand

1

Die Klägerin, ein im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels tätiges Unternehmen, ist Inhaberin u.a. der mit Priorität zum 25.11.1991 für Waren der Klasse 30 - "Teigwaren, auch mit Füllung, aus Italien stammend" - eingetragenen Wortmarke F. ..., deren Schutzdauer bis zum 30.11.2011 verlängert worden ist. Hinsichtlich der näheren Einzelheiten des erwähnten Zeichens wird auf den Datenausdruck gemäß Anlage K 1 zur Klageschrift Bezug genommen. Seit 1994 genießt die genannte Marke - wie aus der Anlage K 2 ersichtlich - auch als IR-Marke ... Schutz. Die Klägerin vertreibt unter der Bezeichnung F. seit ca. 10 Jahren über die zu ihrem Vertriebssystem gehörenden "P.-Märkte" bundesweit Teigwaren, darunter Tortelloni, Spaghetti und Spiral-Nudeln.

2

Die ebenfalls im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels tätige Beklagte zu 1) meldete am 20.04.2000 eine am 21.07.2000 eingetragene Marke G. ... u.a. für "Nudeln, Nudelsossen, Lasagne, Fertiggerichte aus Nudeln" an. Nachdem die Klägerin aus ihrer Marke F. Widerspruch eingelegt hatte, ließ die Beklagte zu 1) dieses Zeichen sodann am 16.11.2000 wieder löschen.

3

Die Beklagte zu 1) vertreibt seit einem im einzelnen streitigen Zeitpunkt gleichwohl unter der Bezeichnung G. diverse Teigwaren, wie beispielsweise Tortiglioni, Maccharoni und Spaghetti. Hierbei beruft sie sich auf eine Lizenz an der u.a. für "pâtes alimentaires et dérivés" eingetragenen IR-Marke G. ..., die mit Priorität zum 25.11.1994 zu Gunsten der konzernrechtlich mit ihr verbundenen Beklagten zu 2) mit Schutzwirkung auch für Deutschland eingetragen wurde. Auch die erwähnte IR-Marke der Beklagten zu 2), einem schwerpunktmäßig in Frankreich tätigen Unternehmen des Lebensmittelhandels, war Gegenstand einer markenrechtlichen Auseinandersetzung: Am 08.05.1995 hatte ein konzernrechtlich mit der Klägerin verbundenes Unternehmen gegen die Schutzerstreckung der IR-Marke der Beklagten zu 2) auf Deutschland Widerspruch eingelegt. Dieser wurde indessen - nachdem die Beklagte zu 2) die fehlende Aktivlegitimation des widersprechenden Unternehmens moniert hatte - am 17.03.1997 zurückgenommen. Die Beklagte zu 2) hatte unterdessen im August 1995 in einem in L. gelegenen Lebensmittelmarkt als Pilotprojekt den Vertrieb u.a. von Nudelwaren unter der Bezeichnung G. aufgenommen und diesen Ende November 1996 eingestellt.

4

Die Klägerin, die behauptet, von dem Vertrieb der Produkte unter der Bezeichnung G. durch die Beklagte zu 1) erstmals im Mai 2000 Kenntnis erhalten zu haben, hat die Beklagte zu 1)

5

mit Schreiben vom 23.08.2000 abgemahnt und zur Abgabe einer Unterlassungserklärung aufgefordert. Nachdem die Beklagte zu 1) die Abgabe einer solchen Erklärung ablehnte, nimmt die Klägerin sie nunmehr klageweise auf Unterlassung sowie ferner auf Auskunft, Rechnungslegung und Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz in Anspruch. Von der Beklagten zu 2) verlangt sie Einwilligung in die Schutzentziehung der IR-Marke G.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, das angegriffene, von der Beklagten zu 1) benutzte Zeichen G. der Beklagten zu 2) begründe die Gefahr von Verwechslungen mit ihrer Marke F.. Der daraus folgende Unterlassungsanspruch sei ebensowenig verwirkt, wie die daneben geltend gemachten Annexbegehren. Unabhängig davon, dass sich - wenn überhaupt - nur die Beklagte zu 2) auf eine vermeintliche Verwirkung berufen könne, lägen die materiellen Voraussetzungen eines Verwirkungstatbestandes nicht vor. Weder habe die Beklagte zu 2) nach der allein aus formalen Gründen erfolgten Rücknahme des Widerspruchs gegen die Schutzerstreckung der IR-Marke das Vertrauen darauf entwickeln können, dass sie - die Klägerin - gegen künftige Benutzungshandlungen nicht einschreiten werde noch habe sie einen schutzwürdigen Besitzstand an dem beanstandeten Zeichen aufgebaut.

Die Klägerin hat beantragt,

I.

die Beklagte zu 1) zu verurteilen,

1.

es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten - die Ordnungshaft jeweils zu vollstrecken an ihren Geschäftsführern - zu unterlassen, Teigwaren unter der Bezeichnung "G." einzuführen, anzubieten, feilzuhalten, zu besitzen und/oder zu vertreiben und/oder durch Dritte einführen, anbieten, feilhalten und/oder vertreiben zu lassen;

2.

a)

ihr - der Klägerin - Auskunft zu erteilen über die Herkunft und den Vertriebsweg der Produkte gemäß Ziff. I.1. durch Vorlage eines vollständigen Verzeichnisses, das enthält,

aa)

Namen und Anschriften sämtlicher Lieferanten und die Stückzahl der bei jedem Lieferanten bestellten Waren,

bb)

die Stückzahlen der von jedem Lieferanten erhaltenen Waren,

cc)

Namen und Anschriften sämtlicher gewerblicher Abnehmer und die Stückzahl der an jeder dieser Abnehmer ausgelieferten Waren,

dd)

Namen und Anschriften sämtlicher Auftraggeber, Hersteller, Vorlieferanten und Vorbesitzer
insbesondere Transport- und Lagerunternehmen sowie die Stückzahlen der von diesen
hergestellten und/oder bestellten und/oder ausgelieferten Waren,

ee) 23

Angaben zum Umfang der für die Produkte gemäß Ziff. I.1. betriebenen Werbung 24

sowie 25

b) 26

ihr - der Klägerin - Rechnung darüber zu legen, in welchem Umfang sie seit dem 15.03.1997
Produkte gemäß Ziff. I. 1. angeboten und verkauft hat, und zwar durch Vorlage eines
Verzeichnisses, in dem die Liefermengen, die Einkaufspreise, die Verkaufspreise und die
erzielten Umsätze enthalten sind;

II. 28

festzustellen, dass die Beklagte zu 1) verpflichtet ist, ihr sämtlichen Schaden zu ersetzen, 29
welcher ihr durch die Handlungen gemäß Ziff. I.1. seit dem 15.03.1999 entstanden ist
und/oder noch entstehen wird;

III. 30

die Beklagte zu 2) zu verurteilen, in die Schutzentziehung ihrer beim Deutschen Patent- und
Markenamt unter der Nummer ... registrierten IR-Marke "G." einzuwilligen.

Die Beklagten haben beantragt, 32

die Klage abzuweisen. 33

Die klägerseits angenommene Verwechslungsgefahr, so haben die Beklagten vorgebracht, 34
bestehe nicht. Angesichts zahlreicher, die jeweiligen Anfangs- und Endsilben "Fio-" und "-ini"
aufweisenden Drittzeichen sei die Kennzeichnungskraft der Klagemarke nur gering; bei
dieser Sachlage reichten aber die vorhandenen Unterschiede zwischen den Zeichen der
Parteien aus, um die Gefahr von Verwechslungen ausscheiden zu lassen. Jedenfalls aber
seien etwaige Ansprüche der Klägerin verwirkt. Der Klägerin habe der bereits seit März 1999
wieder aufgenommen Vertrieb der G.-Produkte durch die Beklagte zu 1) nicht verborgen
bleiben können. Das habe schon hinsichtlich des im Zeitraum von August 1995 bis November
1996 in L. in unmittelbarer Nachbarschaft eines P.-Supermarktes der Klägerin in nicht
unerheblichem Umfang durchgeführten und beworbenen Verkaufs der G.-Produkte gegolten.
Die Marke G. sei durch die Beklagte zu 2) auch bereits seit langem im Ausland in
erheblichem Umfang benutzt worden. Hinzu komme, dass die Klägerin - wie unstreitig ist -
auch gegen andere, den Begriff "G." in Alleinstellung oder als Bestandteil enthaltende Marken
nicht eingeschritten sei. Wenn die Klägerin sich vor diesem Hintergrund erstmals im August
2000 gegen den Gebrauch der Marke G. wende, so könne dem erfolgreich der Einwand der
Verwirkung entgegengehalten werden.

Mit Urteil vom 14.02.2002, auf welches zur näheren Sachdarstellung Bezug genommen wird, 35
hat das Landgericht der Klage aus den §§ 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5, Abs. 6, 19 Abs. 1 und Abs.
5 MarkenG i.V. mit § 242 BGB im wesentlichen stattgegeben und die Beklagte zu 1)
antragsgemäß zur Unterlassung und zur Rechnungslegung verurteilt sowie die

Schadensersatzpflicht festgestellt, den Auskunftsanspruch indessen nur mit einer zeitlichen Befristung zugesprochen. Die Beklagte zu 2) hat das Landgericht teilweise, nämlich hinsichtlich "Teigwaren" gem. §§ 115 Abs. 1, 51 Abs. 1 MarkenG zur Einwilligung in die Schutzentziehung verurteilt. Die Voraussetzungen des markenrechtlichen Verletzungstatbestandes der Verwechslungsgefahr, so hat das Landgericht in näheren Begründung ausgeführt, seien erfüllt, eine Verwirkung der daraus folgenden Ansprüche sei nicht eingetreten.

Mit ihrer gegen dieses Urteil gerichteten Berufung halten die ihr erstinstanzliches Vorbringen im übrigen wiederholenden und vertiefenden Beklagten an ihrem noch zusätzlich begründeten Standpunkt fest, dass bereits die Voraussetzungen der Verwechslungsgefahr im Streitfall nicht zu bejahen seien. Soweit das Landgericht eine solche in dem angefochtenen Urteil bejaht habe, habe es zu Unrecht den Rollenstand, der eine große Anzahl ähnlicher, die jeweiligen Anfangs- und Endsilben "Fio-" und "-ini" enthaltenden Drittzeichen aufweise, außer Acht gelassen. Jedenfalls aber habe das Landgericht die Anforderungen des Verwirkungstatbestandes zu Unrecht verneint. Die Beklagte zu 2) habe angesichts der bisherigen Untätigkeit der Klägerin und der die IR-Marke G. betreffenden Vorgeschichte nicht nur darauf vertrauen dürfen, dass die Klägerin gegen den Markengebrauch nichts einwenden werde, sondern auch in ausreichendem Maße einen schützenswerten Besitzstand erworben, bei dessen Beurteilung auch die im Ausland erarbeitete Benutzungslage nicht außer Acht gelassen werden könne.

Die Beklagten beantragen, 37

das angefochtene landgerichtliche Urteil abzuändern und die Klage 38

insgesamt abzuweisen. 39

Die Klägerin beantragt, 40

die Berufung zurückzuweisen. 41

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil, in dem das Landgericht zutreffend nicht nur die Voraussetzungen der Verwechslungsgefahr verneint, sondern mit überzeugender Begründung auch eine Verwirkung der daraus folgenden Ansprüche abgelehnt habe. 42

Hinsichtlich der näheren Einzelheiten im Vorbringen der Parteien wird auf ihre in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze samt Anlagen Bezug genommen. 43

Entscheidungsgründe 44

Die in formeller Hinsicht einwandfreie, insgesamt zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. 45

Zu Recht hat das Landgericht die Beklagte zu 1) - wie in dem angefochtenen Urteil geschehen - zur Unterlassung des Gebrauchs der Bezeichnung "G." für Teigwaren sowie zur Auskunft und Rechnungslegung verurteilt und ihre Verpflichtung zum Schadensersatz festgestellt. Ebenfalls zu Recht erfolgte die Verurteilung der Beklagten zu 2), in die Schutzentziehung ihrer IR-Marke G. ... für Teigwaren einzuwilligen. 46

I. 47

48

Die Voraussetzungen des von der Klägerin geltend gemachten markenrechtlichen Verletzungstatbestandes liegen vor: Das beanstandete Zeichen G. der Beklagten ist im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG geeignet, die Gefahr von Verwechslungen mit dem prioritätsälteren Zeichen F. der Klägerin hervorzurufen.

Ob bei einander gegenüberstehenden Kennzeichen die Gefahr einer Verwechslung besteht, ist vom Standpunkt eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Adressaten der betreffenden Art von Waren oder Dienstleistungen unter Berücksichtigung der Kennzeichnungskraft der Klagemarke, der Nähe der in Betracht zu ziehenden Waren und/oder Dienstleistungen, für welche die Zeichen jeweils in Gebrauch sind oder gebraucht werden sollen, sowie des Maßes der Ähnlichkeit der zu vergleichenden Kennzeichnungen zu beurteilen. Zwischen den genannten, die Verwechslungsgefahr determinierenden Faktoren besteht dabei eine Wechselwirkung dergestalt, dass der Ähnlichkeitsgrad um so geringer sein kann, je größer die Kennzeichnungskraft und/oder die Waren- bzw. Dienstleistungsnahe ist, während umgekehrt ein höherer Ähnlichkeitsgrad erforderlich ist, wenn die Kennzeichnungskraft der Klagemarke nur schwach und/oder der Waren- bzw. Dienstleistungsabstand größer ist (BGH GRUR 2000, 506 -"ATTACHÉ/TISSERAND"-; ders. GRUR 2000, 875/876 -"Davidoff"-). Ausgangspunkt der anhand der dargestellten Kriterien vorzunehmenden Würdigung ist bei alledem der Gesamteindruck der jeweiligen Zeichen. Ein in zergliedernder, semantischer Betrachtungsweise gewährter Elementeschutz einzelner Zeichenbestandteile kommt nicht in Betracht; der Schutz eines aus einem zusammengesetzten Zeichen herausgelösten Elements ist dem Markenrecht vielmehr fremd (vgl. BGH WRP 2000, 529/531 -"ARD-1"; ders. GRUR 1999, 735/736 -"Monoflam/Polyflam"- jeweils m. w. N.). Dies beruht auf der Erwägung, dass markenrechtlicher Schutz von der Gestaltung der Marke auszugehen hat, wie sie eingetragen ist, und eine Ähnlichkeit mit einer Marke nur in deren konkreter Verwendung festgestellt werden kann. Dabei entspricht es der Lebenserfahrung, dass der Verkehr ein Kennzeichen in seiner Gesamtheit mit allen seinen Bestandteilen, wie es ihm in der konkreten Verwendung entgegentritt, aufnimmt, ohne es einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (BGH GRUR 2001, 1161/1163 -"CompuNet/ComNet"-). Bei der vorzunehmenden Würdigung der Verwechslungsfähigkeit der sich gegenüberstehenden Zeichen ist sodann dem Erfahrungssatz Rechnung zu tragen, dass die Übereinstimmungen im maßgeblichen Gesamteindruck stärker im Erinnerungsbild zu haften pflegen, so dass grundsätzlich mehr auf bestehende Übereinstimmungen abzustellen ist, als auf vorhandene Abweichungen.

Die von der Beklagten zu 1) für die Kennzeichnung von Teigwaren benutzte, u.a. für "Teigwaren" (= "pâtes alimentaire et dérivés") eingetragene IR-Marke G. ... der Beklagten zu 2) begründet danach die Gefahr von Verwechslungen mit der vorstehenden Klagemarke F..

1.

Was das Merkmal der Kennzeichnungskraft der in ihrem Gesamteindruck durch das Zusammenwirken aller Silben in gleichem Maße bestimmten Klagemarke F. angeht, so hat das Landgericht diese zu Recht als von Hause aus durchschnittlich eingeordnet.

Die Bezeichnung "F." weist in bezug auf die in Frage stehende Warenart "Teigwaren" eine begriffliche Eigenart und Originalität auf, die ihr eine als "normal", d.h. als durchschnittlich einzuordnende Eignung verschafft, sich dem Publikum als Marke einzuprägen, d.h. in Erinnerung behalten und wiedererkannt zu werden.

Soweit die Beklagten in dem Begriff "F." beschreibende Anklänge - und zwar hergeleitet aus dem italienischen Begriff "fiocchi" (=Plural von "fiocco" =Schleife, "Quaste", "Flocke") - sehen

wollen, überzeugt das nicht. Die Frage, ob einer Bezeichnung in bezug auf die Ware oder Dienstleistung, deren Kennzeichnung sie dienen soll, ein beschreibender Aussagewert zukommt, entscheidet sich aus der Sicht der Adressaten, an den sich die unter der Bezeichnung in den Verkehr gebrachte Ware/Dienstleistung wendet. Im Streitfall, in dem unter F. Teigwaren angeboten werden, ist das ein denkbar breiter, nahezu alle Bevölkerungsschichten umfassender Personenkreis. Ein Teil davon mag der italienischen Sprache in einem Maße mächtig sein, dass er hinter der Marke "F." den Begriff "Fiocchi" erkennt und ihm eine Anspielung auf eine bestimmte Form der solcherart gekennzeichneten Teigwaren, mithin einen insoweit beschreibenden Charakter entnimmt. Ein als repräsentativ anzusehender Teil des Verkehrs oder gar dessen Mehrheit ist das indessen nicht. Der weitaus überwiegende Teil wird zwar dem Begriff F. wegen dessen Klang und Lautfolge und überdies auch wegen der als "typisch italienisch" aufgefassten Ware, deren Kennzeichnung er dient, einen gewissen "italienischen Charakter" entnehmen. Er wird diesen Begriff indessen entweder für ein reines Phantasiewort oder aber jedenfalls für eine solche Bezeichnung halten, der in bezug auf die in Frage stehenden Ware kein konkret entschlüsselbarer Sinn oder beschreibender Aussagewert zukommt.

Auch die in der Zeichenrolle eingetragenen zahlreichen Drittzeichen, die jeweils am Wortanfang die Silbe "Fio..." und/oder die Endsilbe "-ini" aufweisen, führen nicht dazu, die originäre Kennzeichnungskraft der Klagemarke abweichend, nämlich als von Hause aus schwach zu beurteilen. Zwar trifft es zu, dass Drittzeichen, die nur in das Markenregister eingetragen sind, aber nicht benutzt werden, bei der Prüfung bedeutsam sein können, welche Kennzeichnungskraft einem Zeichen *von Hause aus* zukommt. Denn der Rollenstand kann Aufschlüsse über die Originalität eines Zeichens vermitteln: Sind in die Zeichenrolle für gleiche oder benachbarte Warengebiete eine Reihe ähnlicher Zeichen zur Eintragung gelangt, ohne dass deren Inhaber gegen weitere Anmeldungen eingeschritten sind, kann dies ein wichtiger Fingerzeig dafür sein, dass es sich um naheliegende, verbrauchte Wortbildungen von geringer Originalität handelt (vgl. BGH WRP 1999, 192/195 -"Lions"-m.w.N.). Den von den Beklagten angeführten Drittzeichen lässt sich indessen keine derartige, gegen die Originalität der Klagemarke sprechende Indizwirkung entnehmen. Dabei ist im Ausgangspunkt zu beachten, dass es nicht auf die isolierte Verwendung einzelner, in dem Zeichen F. der Klägerin enthaltener Silben - noch dazu in beliebiger Reihenfolge - ankommt, sondern auf deren konkrete Kombination, wie sie der Klagemarke in ihrer eingetragenen Form entspricht. Andernfalls wäre praktisch jedem Zeichen die originäre Kennzeichnungskraft abzusprechen, weil es aus anderweitig bereits vielfach genutzten Buchstaben und Silben besteht. Der Originalität bzw. originären Kennzeichnungskraft eines Zeichens können indiziell daher nur solche Drittzeichen entgegengehalten werden, in denen sich die nämliche oder doch zumindest eine dieser nahekommende spezifische Zusammenstellung der Buchstaben und Silben wiederfindet, wie sie das in Frage stehenden Zeichen ausmachen. Danach scheidet aber die ganz überwiegende Anzahl der von den Beklagten angeführten Drittzeichen (insgesamt über 800) aus (z.B. "Albini", "Baldessarini", Bertolini", "Brötchini", "Domini", "Fusillini", "Granini", "Martini", "Paganini", "Pastabambini", "Aldobrandini", "Campanini", "Lamborghini", "Fioravanti", "Fiorpanna", Fiordilinea", "Fiorucci" u. s.w. - vgl. Bl. 75 - 92 d.A.) aus. Das gilt auch für die von den Beklagten in der Berufung angeführten Drittzeichen (Bl. 294 -297 d.A.). Es verbleiben danach allenfalls die für Teigwaren eingetragene Marke "Ciocchini", die dem Klagezeichen allerdings klanglich nur dann nahe kommt, wenn man dieses "falsch" - nämlich als "fiokini" -ausspricht, sowie die für "Speiseeis u. ä." geschützte Marke "Flockini", die ebenfalls nur bei "falscher" Aussprache des Klagezeichens F. eine klangliche Ähnlichkeit aufweist. Gleiches gilt hinsichtlich der Marke "Ghiottini", die falsch, nämlich als "tschottini" ausgesprochen werden muss, um in die klangliche Nähe zu "F." gerückt werden zu können. Selbst wenn die erwähnten, nur unter dem Vorbehalt einer

objektiv unzutreffenden Aussprache der Klagemarke nahekommenden Drittzeichen uneingeschränkt als dieser ähnlich werten will, so handelt es sich dabei nicht um einen in der Rolle dokumentierten Sprachgebrauch, der eine etwaige Abgegriffenheit bzw. die mangelnde Originalität der Bezeichnung "F." für Teigwaren indiziert und daher die Kennzeichnungskraft als von Hause aus schwach einordnen ließe.

Soweit das Landgericht die von Hause aus durchschnittliche Kennzeichnungskraft der Klagemarke infolge einer angeblich intensiven Nutzung als gesteigert ansieht, überzeugt das allerdings nicht. Dabei bedarf es nicht der Feststellung, ob die von der Klägerin behaupteten Umsatzzahlen, die sie mit den unter der Klagemarke vertriebenen Teigwaren erzielt haben will, sowie der insoweit behauptete Werbeaufwand zutreffen. Denn mangels Darlegung der auf Teigwaren bezogenen Gesamtmarktverhältnisse oder zumindest der Gesamtumsatzverhältnisse der Klägerin lassen die dargelegten Zahlen nicht auf eine solche Marktpräsenz bzw. Bekanntheit der Klagemarke im Verkehr schließen, die geeignet ist, deren Merkwert bzw. Eignung, sich dem Publikum als Marke einzuprägen, zu intensivieren. 56

2. 57

Die sich gegenüberstehenden Zeichen "F." und "G." sind jeweils für "Teigwaren", mithin für identische Waren geschützt und in Benutzung. 58

3. 59

Vor diesem Hintergrund reicht der vorhandene Grad der klanglichen Ähnlichkeit der beiden Zeichen aus, um die Verwechslungsgefahr zu bejahen: 60

Beide Marken stimmen in der Zahl und Anordnung der Silben sowie dem dadurch bedingten Sprachrhythmus nahezu identisch überein. Die jeweiligen Anfangsilben sind identisch ("FIO-"). Während sich das Klagezeichen dann in der Silbe "-..INI" fortsetzt, endet das angegriffene Zeichen in der Silbe "-..INI". Dieser schriftbildliche Unterschied der beiden Endsilben verwischt sich jedoch bei der Aussprache, die beide Worte auf die gleichermaßen "helle" Buchstabenfolge von "-INI" ausklingen lässt. Auch der Wortanfang ist klanglich jeweils identisch. Ein klanglicher Unterschied ergibt sich zwar aus der unterschiedlichen Buchstabenfolge in der Mitte der Wörter. Dieser ist indessen in beiden Aussprachevarianten des Klagezeichens nur gering: Spricht man dieses nach italienischer Sprachregelung korrekt als "Fjotschini" aus, ist zwar bei unmittelbarer Gegenüberstellung mit "Fjorini" und konzentrierter Hörsituation die Abweichung nicht zu überhören. In dieser unmittelbaren Konfrontationssituation wird der Verkehr die beiden Zeichen jedoch nur höchst selten wahrnehmen, da die damit gekennzeichneten Waren nicht in den selben Verkaufsstätten vertrieben und nebeneinander angepriesen werden. Der Verkehr wird die Zeichen daher ganz überwiegend aus seiner Erinnerung beurteilen; bei situationsadäquat schneller und nicht ganz sorgfältiger Aussprache und/oder nicht ganz konzentriertem Zuhören verwischt sich die Deutlichkeit des klanglichen Unterschiedes jedoch und fließen die Eindrücke ineinander, weil die "Mittelteile" der im übrigen klanglich identischen Zeichen in "weich" ausgesprochenen Konsonanten bestehen. Im Ergebnis Gleiches gilt aber auch bei Aussprache der Klagemarke als "Fiokini". Zwar ist hier der Unterschied etwas größer, weil die Klagemarke im Mittelteil 61

- anders als das Zeichen der Beklagten - "hart" gesprochen wird. Im Erinnerungsbild liegen 62 die beiden Zeichen jedoch so nah beieinander, dass eine die Gefahr von Verwechslungen begründende Ähnlichkeit zu bejahen ist. Denn mit Blick auf die Wechselwirkung der die Verwechslungsgefahr determinierenden Kriterien kann die Gefahr

markenrechtlicher Verwechslungen bei Warenidentität und durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Klagemarke in aller Regel nur bei deutlicher Unterscheidbarkeit der zu vergleichenden Zeichen abgelehnt werden (vgl. BGH GRUR 1993, 118/120 - "Corvaton/Corvasal"-). Letzteres ist hier nach den vorstehenden Erwägungen nicht der Fall. Ein mehr als nur unbeachtlicher Teil des angesprochenen Verkehrs, dem die Mitglieder des Senats ebenso wie diejenigen der erstinstanzlich entscheidenden Kammer angehören, wird beide Zeichen aus seinem maßgeblichen Erinnerungsbild auch bei situationsadäquat durchschnittlicher Aufmerksamkeit vielmehr miteinander verwechseln und damit der Gefahr unmittelbarer Verwechslungen im engeren Sinne erliegen. Soweit die Beklagten den Standpunkt verfechten, derartige Zeichenverwechslungen seien ausgeschlossen, weil der Verkehr sich Produkten "im Gesundheitsbereich" mit besonderer Sorgfalt widme und er daher auch im Streitfall die beiden Zeichen mit erhöhter Konzentration wahrnehme und beurteile, überzeugt das nicht. Bei den hier betroffenen Lebensmittelprodukten handelt es zwar um solche, die auch im Interesse der Erhaltung der menschlichen Gesundheit erworben und konsumiert werden, weil Ernährung generell und unspezifisch Mangelerscheinungen und im Extremfall dem Verhungern vorbeugen soll. Indessen steht der Aspekt des Geschmacks und des mit dem Konsum verbundenen Genusses demgegenüber völlig im Vordergrund. Aus diesem Grund greift der von den Beklagten herangezogene Aspekt der "gesundheitsbezogenen Produkte", die in aller Regel wegen des Effekts der Beseitigung eines bereits bestehenden oder der Vorbeugung eines bestimmten konkret befürchteten Mangels erworben werden, und der deshalb gesteigerten Aufmerksamkeit des angesprochenen Verkehrs nicht. Dieser wird sich Lebensmittelprodukten einschließlich ihrer Kennzeichnung vielmehr mit durchschnittlicher Aufmerksamkeit zuwenden, und sich einen Eindruck nach situationsadäquat durchschnittlich sorgfältiger Prüfung bilden.

II.	63
Die der Klägerin danach zustehenden Ansprüche sind auch nicht verwirkt.	64
1.	65
Auf eine Verwirkung nach dem spezifisch markenrechtlichen Verwirkungstatbestand des § 21 Abs. 1 MarkenG berufen die Beklagten sich nicht. Die Voraussetzungen dieses Verwirkungstatbestandes liegen aus den vom Landgericht genannten Gründen auch nicht vor.	66
2.	67
Aber auch aus den allgemeinen Gesichtspunkten von Treu und Glauben (§ 21 Abs. 4 MarkenG i.V. mit § 242 BGB) ist eine Verwirkung nicht eingetreten.	68
Die Verwirkung markenrechtlicher Unterlassungsansprüche setzt voraus, dass der Berechtigte über einen längeren Zeitraum untätig geblieben ist, obwohl er den Verstoß kannte oder er ihn bei der gebotenen Wahrung seiner Interessen erkennen musste, so dass der Verpflichtete mit der Duldung seines Verhaltens durch den etwaigen Berechtigten rechnen durfte und sich daraufhin einen wertvollen Besitzstand geschaffen hat. Es muss ein Zustand geschaffen worden sein, der für den Verpflichteten (Benutzer) einen beachtlichen Wert hat, ihm nach Treu und Glauben erhalten bleiben muss und den auch der Verletzte (Berechtigte) ihm nicht streitig machen kann, wenn er diesen Zustand durch sein Verhalten erst ermöglicht hat (vgl. BGH GRUR 1992, 45/47 -"Cranpool"-; ders. GRUR 1989, 449(452 - "Maritim"-; ders. GRUR 1988, 776/778 -"PPC"-; ders. GRUR 1967, 490/494 -"Pudelzeichen"-; ders. GRUR 1966, 427/430 -"Prince Albert"-; ders. GRUR 1963, 478/481 -"Bleiarbeiter"-). Da	69

es sich bei der in Frage stehenden Verwirkung um eine besondere Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben handelt, in dessen Rahmen eine Abwägung der betroffenen Interessen des Verletzten und des Verletzers vorzunehmen ist, stehen die vorstehenden Aspekte des "Vertrauenstatbestandes" einerseits sowie des "schützenswerten Besitzstandes" andererseits in einem wechselbezüglichen Verhältnis: Je höher das Maß des Vertrauen des Verletzers in die Berechtigung zur Benutzung des Zeichens sein darf, desto geringere Anforderungen sind an den Umfang des Besitzstandes zu stellen, den er - im Vertrauen auf die Duldung des Verletzten - redlicherweise geschaffen haben muss. Anders als die Verwirkung des zeichenrechtlichen Unterlassungsanspruchs setzt die des Schadensersatzanspruchs und des zu dessen Vorbereitung dienenden akzessorischen Auskunftsanspruchs keinen schutzwürdigen Besitzstand des Verletzers, sondern nur voraus, dass dieser aufgrund eines hinreichend lange dauernden Duldungsverhaltens des Verletzten darauf vertrauen durfte, letzterer werde nicht mehr mit Schadensersatzansprüchen wegen solcher Handlungen an ihn herantreten, die er aufgrund des geweckten Duldungsscheins vorgenommen hatte (vgl. BGH a.a.O., -"PPC"- m.w.N.). Nach diesen Grundsätzen ist im Streitfall weder der Unterlassungsanspruch verwirkt noch sind es die weiteren Ansprüche auf Auskunft, Rechnungslegung, Schadensersatzfeststellung und Einwilligung in die Schutzentziehung.

Denn bereits der in jedem Fall erforderliche Vertrauenstatbestand ist nicht erfüllt. Die Klägerin ist nicht in Kenntnis oder pflichtwidriger Unkenntnis der in Frage stehenden Verletzungshandlung einen solch' langen Zeitraum untätig geblieben, dass die Beklagten redlicherweise auf eine Duldung ihres Verhaltens vertrauen durften. 70

Soweit die Beklagte zu 2) im Zeitraum von Mai 1996 bis November 1996 in einem in L. gelegenen Supermarkt das Zeichen G. in Benutzung genommen hat, kann sie hieraus nichts zu ihren Gunsten herleiten. Selbst unterstellt, dass der Klägerin diese Zeichenbenutzung bekannt war oder ihr nicht verborgen bleiben konnte, fiel diese Benutzung in die Zeit, als die Klägerin gegen die Schutzerstreckung der Marke G. ... der Beklagten zu 2) auf Deutschland Widerspruch eingelegt hatte. Die Klägerin hat diesen Widerspruch erst am 17.03.1997, also *nach* Einstellung der Benutzung des Zeichens in Deutschland zurückgenommen. Selbst wenn die Klägerin während der Dauer des Widerspruchsverfahrens nicht durch Unterlassungsklage pp. gegen den Markengebrauch eingeschritten ist, so konnte die Beklagten zu 2) doch nicht darauf vertrauen, dass die Klägerin die Benutzung des streitbefangenen Zeichens hinnehmen bzw. dulden werde. Sie musste vielmehr redlicherweise damit rechnen, dass die Klägerin eben dieses Interesse durch Vorgehen gegen die Eintragung der Marke selbst verfolgen und den Ausgang des Widerspruchsverfahren abwarten werde. Auch durch die Rücknahme des Widerspruchs hat die Klägerin keinen Duldungsanschein gesetzt. Dieser Widerspruch erfolgte für die Beklagte zu 2) erkennbar aus formalen Gründen, nämlich wegen der fehlenden Widerspruchsberechtigung der Klägerin. Die Klägerin hat seinerzeit zwar offensichtlich nicht näher erläutert, aus welchen Gründen sie sich zur Rücknahme des Widerspruchs entschied. Indessen hatte gerade die Beklagte zu 2) - und zwar mehrmals - auf die fehlende "Aktivlegitimation" der Klägerin für das Widerspruchsverfahren hingewiesen. Als dann die Rücknahme des Widerspruchs tatsächlich erfolgte, musste die Beklagte - was einem Vertrauen auf die Duldung des Gebrauchs der angefochtenen Marke entgegensteht - aber zumindest ernsthaft damit rechnen, dass allein formale Gründe für dieses Vorgehen der Klägerin ausschlaggebend waren und die gegen die Markenregistrierung vorgebrachten sachlichen Einwände bestehen bleiben. 71

Wenn überhaupt, so konnte sich daher erst in der Zeitspanne nach Rücknahme des Widerspruchs ein Vertrauen der Beklagten zu 2) bilden, dass die Klägerin nunmehr gegen 72

den Markengebrauch nicht mehr einschreiten und die vorher offensichtlich vorhandenen Einwände nicht mehr verfolgen werde. Auch hierfür liegen indes die Voraussetzungen nicht vor.

Es oblag der Klägerin zwar, innerhalb eines angemessenen Zeitraums seit Beendigung des Widerspruchsverfahrens gegen den Gebrauch des Zeichen vorzugehen. Das hat sie aber auch getan. Die Klägerin hat allerdings erstmals im Jahre 2000 reagiert, indem sie gegen die von der Beklagten zu 1) am 20.04.2000 vorgenommene Markenmeldung einschritt und am 23.08.2000 die Abmahnung formulierte. Bei "normalem" Lauf der Dinge könnte das möglicherweise als "zu spät" im o. g. Sinne erachtet werden, um das Entstehen eines berechtigten Vertrauens auf die weitere/künftige Duldung zu verhindern. Indessen liegen hier Besonderheiten vor, welche gegen einen Duldungsanschein sprechen. Denn es ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte zu 2) die Benutzung des Zeichens schon vorher, nämlich noch während des von der Klägerin initiierten Widerspruchsverfahrens eingestellt hatte. Aus der Sicht der Klägerin konnte das - auch für die Beklagte zu 2) erkennbar - dahin gewertet werden, dass die Beklagte zu 2) von der Zeichenverwendung für die in Rede stehenden Waren Abstand nehmen wolle, um einer Auseinandersetzung mit der Klägerin aus dem Wege zu gehen. Selbst wenn es der Klägerin auch in dieser Situation möglich gewesen wäre, die Beklagte zu 2) im Rahmen eines Verletzungsprozesses auf Unterlassung in Anspruch zu nehmen, spricht dies doch gegen ein berechtigtes Vertrauen der Beklagten in die Duldung des Zeichengebrauchs. Das gilt auch hinsichtlich des Verhaltens der Klägerin in Bezug auf die ebenfalls für Teigwaren registrierte Drittmarke (Wort-/Bildmarke) G. 716 561 (Bl. 125 d.A.), deren Eintragung im August 1999 veröffentlicht wurde. Zwar bestand nunmehr Anlass für die Klägerin, die ihren eigenen Bekundungen nach die Zeichenrolle überwachen lässt, sich zu melden und zu verdeutlichen, dass sie einen Gebrauch dieses Zeichens nicht akzeptieren werde, was um so mehr gilt, wenn die Beklagte zu 1) - was allerdings streitig ist - die Benutzung der streitbefangenen G.-Marke der Beklagten in Deutschland im März 1999 wieder aufgenommen haben sollte. Auch hier mussten die Beklagten der Klägerin indessen einen angemessenen Zeitraum für eine Reaktion zugestehen und konnten sie nicht darauf vertrauen, dass die Klägerin - wenn sie nicht umgehend einschreitet - keine Einwendungen gegen den Markengebrauch haben, sondern diesen dulden werde. Diese Zeitspanne ist mit dem Widerspruch in dem Markenmeldungsverfahren der Beklagten zu 1) und der Abmahnung im August 2000 gewahrt.

Auf die Frage, ob, was für die Verwirkung des Unterlassungsanspruchs weiter vorzusetzen ist, überdies ein schutzwürdiger Besitzstand der Beklagten zu 2) entstanden ist, kommt es daher nicht an.

Liegen nach alledem schon in der Person der Beklagten zu 2) die Voraussetzungen des Verwirkungstatbestandes nicht vor, so bedarf es schließlich ebenfalls nicht der Entscheidung, ob auch die Beklagte zu 1) sich hierauf berufen könnte (vgl. GK Köhler, Vor § 13 Abschnitt B Rdn. 484 und Piper/Köhler, UWG, 2. Aufl., Vor § 13 Rdn. 115 m.w.N.).

III.

Die gegenüber der Beklagten zu 1) geltend gemachten Annexansprüche sowie das in Bezug auf die Beklagte zu 2) verfolgte Begehren auf Einwilligung in die Schutzentziehung der IR-Marke G. stellen sich im zuerkannten Umfang aus den vom Landgericht vorgenommen und nicht ergänzungsbedürftigen Erwägungen als begründet dar.

Die Kostenfolge ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 108, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Senat sieht keinen Anlass für eine Zulassung der Revision nach Maßgabe von § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO. Der Rechtssache kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordern Belange der Rechtsfortbildung oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch den Bundesgerichtshof. Streitentscheidend ist vorliegend die über den vorliegenden Fall nicht hinausweisende Subsumtion eines individuellen Sachverhalts unter Normen und Rechtsgrundsätze, die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bereits eine Klärung erfahren haben.

80

Die gemäß § 544 Abs. 1 i.V. mit § 26 Nr. 8 EGZPO festzusetzende Beschwer orientiert sich am Wert der Ansprüche, mit denen die Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit unterliegen.

81