
Datum: 29.10.2004
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 79/01
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2004:1029.6U79.01.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 674/00

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 15.02.2001 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 31 O 674/00 – geändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der im Revisionsverfahren I ZR 289/01 entstandenen Kosten trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Beiden Parteien wird gestattet, die Sicherheitsleistung auch durch schriftliche, unwiderrufliche, unbedingte und unbefristete Bürgschaft eines im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts zu erbringen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Begründung:

I.

Die Klägerin ist Inhaberin der für „alkoholische Getränke (ausgenommen Biere), insbesondere Spirituosen und Liköre“ eingetragenen Wortmarke Nr. XXX „Feigling“ (Priorität vom 02.01.1992), deren rechtserhaltende Benutzung die Beklagte in Abrede stellt. Außerdem ist sie Inhaberin der nachfolgenden Marke Nr. XXX „Kleiner Feigling“ (Priorität vom 23.09.1993):

Kleiner
Feigling

Die Beklagte zu 1) (nachfolgend auch: „Beklagte“), deren persönlich haftende Gesellschafterin die Beklagte zu 2) ist, stellt ebenfalls alkoholische Getränke her. Sie ist Inhaberin der am 20.08.1999 angemeldeten, unter anderem für „Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken, alkoholische Getränke (ausgenommen Biere); Beherbergung und Verpflegung von Gästen) eingetragene Wortmarke Nr. XXX „Frechling“. Unter dieser Bezeichnung vertreibt die Beklagte einen Apfel-Kräuterlikör in 0,02 Liter-Flaschen. Die Klägerin hat geltend gemacht, die Marken der Parteien seien verwechselbar. Ihre Marke „Kleiner Feigling“ sei bei 98,2% der Verbraucher bekannt und habe eine überragende Verkehrsbekanntheit.

Die Klägerin hat die Beklagten wegen Verletzung ihrer Markenrechte auf Unterlassung, Auskunftserteilung und Schadensersatzfeststellung in Anspruch genommen. Darüber hinaus hat sie von der Beklagten zu 1) unter anderem deren Einwilligung in die Löschung der Marke Nr. 399 50 669 mit Ausnahme der Waren/Dienstleistungen „Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer; Beherbergung von Gästen“ gegenüber dem Deutschen Patent-

und Markenamt begehrt. Die Beklagten sind diesem Klagebegehren entgegengetreten.

Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt (Landgericht Köln, GRUR-RR 2002, 15). Durch sein in GRUR-RR 2002, 94 ff. veröffentlichtes Urteil vom 19.2.2001, auf das wegen der Einzelheiten verwiesen wird (Bl. 137 ff. d.A.), hat der Senat die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Er hat das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG bejaht und im übrigen offengelassen, ob die Klägerin ihr Klagebegehren mit Erfolg auch auf § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG stützen könne. Auf die Revision der Beklagten hat der Bundesgerichtshof diese Entscheidung durch Urteil vom 25.03.2004 (Bl. 229 ff. d.A., veröffentlicht unter anderem in WRP 2004, 907 ff. und GRUR 2004, 598 ff. „Kleiner Feigling“) aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den Senat zurückverwiesen. Zur Begründung seiner Entscheidung hat er im wesentlichen ausgeführt, von einer Prägung des Gesamteindrucks des Zeichens „Kleiner Feigling“ ausschließlich durch „Feigling“ könne nicht ausgegangen werden, die Zeichenähnlichkeit zwischen „Kleiner Feigling“ und „Feigling“ sei auch bei einer hohen Verkehrsbekanntheit, einer daraus folgenden überdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Klagemarke und einem dadurch begründeten erweiterten Schutzzumfang sowie unter Berücksichtigung der Warenidentität zu gering, um eine unmittelbare Verwechslungsgefahr zu begründen. Die Zeichen wiesen einen ohne weiteres erkennbaren unterschiedlichen Sinngehalt auf, der eine Verwechslungsgefahr ausschließe. Eine Verurteilung der Beklagten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG komme danach nicht in Betracht, weil nämlich auch eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne nicht angenommen werden könne. Von einer solchen könne regelmäßig nur ausgegangen werden, wenn die ältere Marke zugleich Unternehmenskennzeichen sei. Im übrigen hat der Bundesgerichtshof die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den Senat zurückverwiesen, damit das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzung des § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG und geprüft werden könne, ob die Klägerin ihr Ansprüche aus der Wortmarke Nr. XXX „Feigling“ herleiten könne.

7

Die Klägerin ist unstreitig seit 1995 Marktführerin. Sie nimmt für ihre Marke „Kleiner Feigling“ hohe Bekanntheit in Anspruch. Der Bekanntheitsgrad der Marke habe bereits im Jahre 2003 78% betragen. Ein von der Firma Kehrmann Marktforschung durchgeführter Produkttest habe ergeben, dass die Marke „Kleiner Feigling“ im November 2000 98,2% aller Befragten bekannt gewesen sei. Bis Ende 1999 hatte sie unstreitig mehr als 600 Millionen 0,02-l-Flaschen und annähernd 15 Millionen 0,7-l-Flaschen des Mix-Getränkes „Wodka mit Feige“ unter dem Markennamen „Kleiner Feigling“ abgesetzt; bis September 2000 habe sie für die Bewerbung ihres mit der Marke „Kleiner Feigling“ versehenen Produkts mehr als 36 Millionen DM aufgewendet. In der Zeit vom 01.01.1999 bis zum 30.06.2001 seien – so behauptet die Klägerin – ca. 208 Mio. 0,02 Liter-Flaschen „Kleiner Feigling“, ca. 6,5 Mio. 0,1 Liter-Flaschen „Kleiner Feigling“ sowie ca. 4,3 Mio. 0,7 Liter-Flaschen „Kleiner Feigling“ in Deutschland abgesetzt worden. Die Benutzung der Marke „Frechling“ durch die Beklagte erfülle – so meint die Klägerin – die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG deshalb jedenfalls, soweit die Beklagte die Marke „Frechling“ benutze, um einen Likör in kleinen (0,02-l) - Flaschen im Markt anzubieten. Außerdem stützt die Klägerin ihre Ansprüche auf § 3 sowie § 4 Ziff. 9 a und 9 b sowie Ziffer 10 UWG n.F. Sie beantragt,

8

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen,

9

hilfsweise,

10

die Beklagten unter gleichzeitiger Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr unter der Marke „Frechling“ einen Likör in

11

kleinen (0,02-l)-Flaschen anzubieten, in den Verkehr zu bringen und/oder zu diesem Zweck zu besitzen.

Die Beklagte beantragt, 12

die Berufung zurückzuweisen und die Klage auch bezogen auf den Hilfsantrag abzuweisen. 13

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. 14

II. 15

Der Berufung kann der Erfolg nicht versagt werden, nachdem aufgrund des in dieser Sache ergangenen Revisionsurteils des Bundesgerichtshofs vom 25.03.2004 zwischen den Parteien rechtskräftig feststeht, dass der Klägerin die geltend gemachten, auf die Marke „Kleiner Feigling“ gestützten Unterlassungs- und Folgeansprüche aus § 14 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit Abs. 5 MarkenG nicht zustehen. 16

Auch § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG trägt das Klagebegehren nicht, und zwar weder nach dem Haupt- noch nach dem im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 03.09.2004 gestellten Hilfsantrag. Nach dieser Bestimmung, die Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 89/104/EWG (im Folgenden nur noch: „MarkenRL“) umsetzt, liegt eine Markenverletzung auch ohne Bestehen einer Verwechslungsgefahr dann vor, wenn ein mit der Marke identisches oder ähnliches Zeichen für Waren- oder Dienstleistungen benutzt wird, die nicht denen ähnlich sind, für die die Marke Schutz genießt, wenn es sich bei der Marke um eine im Inland bekannte Marke handelt und die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der bekannten Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt. Damit steht zunächst einmal fest, dass § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG nicht direkt anwendbar ist, und zwar deshalb, weil der Bundesgerichtshof in seiner vorgenannten Entscheidung „Kleiner Feigling“ die Auffassung des Senats, es bestehe Warenidentität und auch Zeichenähnlichkeit, als richtig gebilligt hat. Das alleine bringt das Klagebegehren jedoch nicht zu Fall. Denn die Vorschrift des § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und derjenigen des Bundesgerichtshofes entsprechend anzuwenden, wenn ein mit der bekannten Marke identisches oder ihr ähnliches Zeichen für Waren benutzt wird, die unter das Warenverzeichnis der Klagemarke fallen oder diesen Waren ähnlich sind (BGH WRP 2004, 907 ff. = GRUR 2004, 598 ff. „Kleiner Feigling“ unter Hinweis auf das u.a. in GRUR 2003, 240 ff. = WRP 2003, 370 ff. veröffentlichte Urteil des EuGH vom 09.01.2003 in der Rechtssache C-292/00 „Davidoff/Gofkid“; siehe auch BGH GRUR 2004, 235, 238 = WRP 2004, 360 ff. „Davidoff II“ und jüngst EuGH, Urteil vom 23.10.2003 in der Rechtssache C-408/01, GRUR 2004, 58, 59 „Adidas/Fitnessworld“). Bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG sind – so der Bundesgerichtshof a.a.O. „Kleiner Feigling“ unter Hinweis auf sein in WRP 2004, 909 ff. = GRUR 2004, 594 ff. veröffentlichtes Urteil vom 19.02.2004 „Ferrari-Pferd“ – keine anderen Maßstäbe anzuwenden als bei der Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals im Rahmen des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Deshalb erfordert die Vorschrift des Art. 5 Abs. 2 MarkenRL (§ 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG) für den Schutz einer bekannten Marke ebenso wie Art. 5 Abs. 1 Lit. b MarkenRL (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG) für den Schutz gegen Verwechslungsgefahr eine Ähnlichkeit zwischen der Marke und dem Kollisionszeichen, die sich bei Art. 5 Abs. 1 Lit. b MarkenRL und Art. 5 Abs. 2 MarkenRL gleichermaßen aus Übereinstimmungen im (Schrift-) Bild, im Klang oder in der Bedeutung ergeben kann. Ist nach der anhand einheitlicher Grundsätze vorzunehmenden Prüfung eine 17

Zeichenähnlichkeit nach Art. 5 Abs. 1 Lit. b und Abs. 2 MarkenRL (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 MarkenG) nicht festzustellen, scheidet ein Markenschutz nach diesen Bestimmungen von vornherein aus. Liegt dagegen eine Zeichenähnlichkeit in diesem Sinne vor und ist deshalb ein Markenschutz nicht wegen (absoluter) Zeichenunähnlichkeit zu verneinen, kommt es maßgeblich auf die weiteren Voraussetzungen der jeweiligen Vorschrift – Art. 5 Abs. 1 Lit. b MarkenRL (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG) oder Art. 5 Abs. 2 MarkenRL (§ 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG) – an. Die Beurteilung der Anforderungen an die Zeichenähnlichkeit, bei deren Vorliegen der Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 1 Lit. b und Abs. 2 MarkenRL (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 MarkenG) erst eröffnet wird, ist daher von der Frage zu trennen, welcher Grad von Zeichenähnlichkeit gegeben sein muss, um die weiteren Tatbestandsmerkmale des Art. 5 Abs. 2 MarkenRL (§ 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG) zu erfüllen (BGH GRUR 2004, 594, 597 = WRP 2004, 909 ff. „Ferrari-Pferd“).

Ist damit der Anwendungsbereich des § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG wegen der vorhandenen Zeichenähnlichkeit grundsätzlich eröffnet, scheitern die mit der Klage erhobenen Unterlassungsansprüche (gleiches gilt dann auch für die geltend gemachten Folgeansprüche in Form der begehrten Auskunft und des Schadensersatzfeststellungsanspruchs und auch des geltend gemachten Löschungsanspruchs) allerdings nicht schon an der notwendigen Bekanntheit der Klagemarke „Kleiner Feigling“ im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG. Bei der Beurteilung der Frage, ob der Marke „Kleiner Feigling“ Bekanntheit im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG zukommt, ist auf den durch die Waren, für die die Marke Schutz genießt, angesprochenen Personenkreis abzustellen, im Streitfall also auf den durchschnittlichen Verbraucher. Maßgeblicher Zeitpunkt, in dem die Voraussetzungen der Bekanntheit der Marke vorliegen müssen, ist der Kollisionszeitpunkt (BGH WRP 2003, 647 ff. = GRUR 2003, 428 ff. „BIG BERTHA“). Die Vorschrift des § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG erfordert dabei bezogen auf die Klagemarke einen Bekanntheitsgrad dergestalt, dass die mit der angegriffenen Bezeichnung konfrontierten Verkehrskreise auch bei nicht ähnlichen Waren oder Dienstleistungen eine Verbindung zwischen den Kollisionszeichen herstellen und hierdurch die ältere Marke beeinträchtigt werden kann. Der erforderliche Bekanntheitsgrad ist erreicht, wenn die Klagemarke einem bedeutenden Teil des Verkehrs oder einem spezielleren Teil des Publikums bekannt ist, ohne dass bestimmte Prozentsätze des Bekanntheitsgrades zu fordern sind. Maßgeblich sind bei der Prüfung dieser Voraussetzungen alle relevanten Umstände des Einzelfalles, also insbesondere der Marktanteil der älteren Marke, die Intensität, die geografische Ausdehnung und die Dauer ihrer Benutzung sowie der Umfang der Investitionen, die das Unternehmen zu ihrer Förderung getätigt hat. Auch das entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. nur BGH, a.a.O. „BIG BERTHA“ und BGH GRUR 2002, 340, 341 „Fabergé“).

18

Auf der Basis dieser Kriterien (Marktanteil der Marke, Intensität, geografische Ausdehnung und Dauer ihrer Benutzung sowie Investitionsumfang) zieht der Senat die notwendige Bekanntheit von „Kleiner Feigling“ im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG bereits auf der Basis des unstreitigen Sachvortrags der Parteien nicht in Zweifel. Die Klägerin ist unstreitig seit 1995 Marktführerin. Bis Ende 1999 hatte sie mehr als 600 Millionen 0,02-l-Flaschen und annähernd 15 Millionen 0,7-l-Flaschen des Mix-Getränkes „Wodka mit Feige“ unter dem Markennamen „Kleiner Feigling“ abgesetzt. Bis September 2000 hat sie für die Bewerbung ihres mit der Marke „Kleiner Feigling“ versehenen Produkts mehr als 36 Millionen DM aufgewendet. Die Klägerin ist seit langen Jahren auf dem Markt. Sie verkauft und bewirbt ihr Produkt bundesweit, nicht nur in Druckschriften, sondern z.B. auch im Fernsehen. Die Ausgabe von unstreitig rund 36 Millionen DM für die Werbung allein bis zum Jahre 2000 ist beachtlich. Aus diesen Gründen stuft der Senat die Marke „Kleiner Feigling“ als bekannte

19

Marke im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG ein, ohne dass es darauf ankäme, ob nun der Bekanntheitsgrad bei 98,2 % oder nur 78 % oder vielleicht auch noch weniger liegt. Deshalb kann es im Übrigen auch nicht darauf ankommen, ob der von den Beklagten bestrittene Vortrag der Klägerin in der Sache zutrifft, wonach im Zeitraum vom 01.01.1999 bis zum 30.06.2001 rund 208 Millionen 0,02-l-Flaschen „Kleiner Feigling“, ca. 6,5 Millionen 0,1-l-Flaschen „Kleiner Feigling“ sowie ca. 4,3 Millionen 0,7-l-Flaschen „Kleiner Feigling“ in Deutschland abgesetzt worden sind und die Werbeaufwendungen in diesem Zeitraum rund 17,5 Millionen DM betragen haben. Insbesondere muss nicht im Wege der Demoskopie Beweis über die Frage erhoben werden, welcher genaue, in Prozentzahlen auszudrückende Teil des angesprochenen Verkehrs die Marke „Kleiner Feigling“ kennt oder gar mit ihr (bestimmte) Gütevorstellungen verbindet.

Im Ergebnis scheitert die Klage dennoch, und zwar deshalb, weil nicht festgestellt werden kann, dass die Benutzung des Zeichens „Frechling“ die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Marke „Kleiner Feigling“ ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt. In diesem Zusammenhang schließt der Senat in Ermangelung eines entsprechenden schlüssigen Sachvortrags der Klägerin von vornherein aus, dass die Benutzung des Zeichens „Frechling“ die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung von „Kleiner Feigling“ beeinträchtigen könnte, konzidiert der Klägerin aber, dass die Tatbestände des § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG nicht losgelöst voneinander zu sehen sind und in gewissem Sinne auch ineinander greifen. Der Tatbestand der Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft, die „Verwässerung“ (zum Begriff vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Aufl. 2003, § 14 Rdnr. 863 ff.), unter dem die Minderung der Kennzeichnungskraft der bekannten Marke durch Benutzung eines ähnlichen Zeichens zu verstehen ist, scheitert ungeachtet sonstiger Zweifel jedenfalls schon daran, dass eine konkret nachvollziehbare und notwendige (Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdnr. 864), gewissermaßen „greifbare“ Beeinträchtigung weder vorgetragen noch sonst wie ersichtlich ist. Tatsachen, aus denen sich eine Beeinträchtigung der Wertschätzung, also eine Rufschädigung, ergeben könnte, sind ebenfalls nicht schlüssig vorgetragen. Voraussetzung dafür ist nämlich, dass durch die Benutzung des der Klagemarke ähnlichen Zeichens eine Übertragung negativer Vorstellungen auf die Marke stattfindet, etwa dadurch, dass das Zeichen für qualitativ minderwertige Produkte oder für solche Produkte verwendet wird, die ihrer Art oder Image nach nicht zu den unter der Marke vertriebenen Produkten passen (zu solchen und weiteren Fällen vgl. die Ausführungen bei Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdnr. 856 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung).

Auch der kennzeichenrechtliche Verletzungstatbestand der Ausnutzung der Wertschätzung, die Rufausbeutung, kann im Streitfall nicht angenommen werden. Der insoweit nunmehr markengesetzlich gewährte Schutz unterscheidet sich nicht wesentlich von dem wettbewerbsrechtlichen Rufausbeutungstatbestand im Sinne der früheren Rechtsprechung namentlich des Bundesgerichtshofs zu § 1 UWG a.F., auf die demzufolge mit der Maßgabe zurückgegriffen werden kann, dass gerade die Benutzung des ähnlichen Zeichens die Rufausbeutung bewirken muss (vgl. dazu: Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdnr. 848, 849). Gekennzeichnet wird der markengesetzliche Rufausbeutungstatbestand dadurch, dass sich ein Wettbewerber mit der Kennzeichnung seiner Waren der Marke annähert, um Gütevorstellungen, die der Verkehr mit den unter der Marke vertriebenen Erzeugnissen verbindet, in unlauterer Weise für sich auszunutzen. Der Schutz hiergegen setzt einen hohen Grad der Bekanntheit voraus, und die Unlauterkeit der Annäherung ergibt sich daraus, dass für die eigene Ware der Ruf des fremden Erzeugnisses, insbesondere eine damit infolge seiner Qualität oder infolge besonderer Werbeanstrengungen des Herstellers verbundene Gütevorstellung ausgenutzt wird (vgl. nur Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdnr. 848 a.E. unter

Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, insbesondere BGH GRUR 2000, 875, 877 „Davidoff I“). Die Ausnutzung der Wertschätzung einer Marke erfolgt typischerweise durch die Übertragung der positiven Assoziationen auf die unter dem ähnlichen Zeichen angebotenen Produkte, also den Imagetransfer. Hieran fehlt es im Streitfall. Es ist nichts dafür ersichtlich und im Übrigen erst recht nicht schlüssig vorgetragen, dass der von den Produkten der Parteien angesprochene Verkehr aufgrund der Wahl der Kennzeichnung „Frechling“ für einen Apfel-Kräuter-Likör Gütevorstellungen, die er mit dem Produkt „Kleiner Feigling“ verbindet, auf das ihm nunmehr begegnende Produkt namens „Frechling“ transferieren könnte. Insbesondere steht nicht zu erwarten, dass der Verkehr, der dann, wenn ihm die Produktkennzeichnung „Frechling“ begegnet, an die ihm bekannte Marke „Kleiner Feigling“ denkt, vorhandene Qualitätsvorstellungen transferiert und z.B. denkt, wegen der Namenswahl müsse das ihm jetzt begegnende neue Produkt mindestens genau so gut sein wie das Produkt, das er unter dem Namen „Kleiner Feigling“ kennt und schätzt. Deshalb kommt es im Übrigen in diesem Zusammenhang nicht darauf an, dass die – nach Auffassung des Senats nicht gegebene – Ausnutzung der Wertschätzung „in unlauterer Weise“ geschehen müsste, um Unterlassungsansprüche aus § 14 Abs. 5 MarkenG auslösen zu können.

Am ehesten in Betracht kommt im Streitfall noch der Tatbestand der Ausnutzung der Unterscheidungskraft, die sogenannte Aufmerksamkeitsausbeutung. Diese Verletzungsvariante war schon in der bisherigen Rechtsprechung namentlich des Bundesgerichtshofs zu § 1 UWG a. F. anerkannt, wenn die Assoziation einer Kennzeichnung mit einer bekannten Marke ein besonderes Maß an Aufmerksamkeit wecken konnte, das einer anderen (neuen) Kennzeichnung, die nicht die Erinnerung an ein dem Verkehr bekanntes Erzeugnis weckt, nicht zuteil würde (vgl. hierzu Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdnr. 861 unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, insbesondere die Entscheidung „Davidoff I“ – BGH GRUR 2000, 875, 877 – und – zum alten Recht – die Entscheidung „Kräutermeister“ – BGH GRUR 1981, 142, 144). Insoweit liegt es nach Auffassung des Senats jedenfalls sehr nahe, dass der Verkehr, der die Marke „Frechling“ für einen Apfel-Kräuter-Likör in der Werbung oder gar auf dem Produkt selbst sieht, sofort an die ihm bekannte Marke „Kleiner Feigling“, unter der ein Wodka mit Feige, insbesondere in kleinen Flaschen vertrieben wird, denkt. Das gilt erst recht, wenn – in der Werbung – der Bezug zu der Klagemarke auch noch ausdrücklich und nach Überzeugung des Senats bewusst dadurch hergestellt wird, dass der Leser in der Werbung aufgefordert wird, er solle kein Feigling sein und sich den Frechling holen. Durch die Wahl der Produktkennzeichnung „Frechling“ und die damit verbundene Assoziation des Verkehrs zur Klagemarke erreichen die Beklagten für ihr – damals – neues Produkt eine Aufmerksamkeit, die sie im Fall einer anderen Namenswahl sicher nicht erreicht hätten. Damit steht in der Tat eine gewisse Ausnutzungswirkung durch Anlehnung zur Debatte, gerade weil Aufmerksamkeit und die daraus folgende Beachtung und nähere Befassung eine wesentliche Vorstufe des Verkaufserfolgs vor allem bei einem neuen Produkt darstellen. Dennoch trägt das die geltend gemachten Unterlassungs- und Folgeansprüche nicht, und zwar deshalb, weil eine solchermaßen verstandene Anlehnung nicht „in unlauterer Weise“ im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG, sondern wettbewerbskonform geschähe. Zur Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals soll nach der amtlichen Begründung zu § 9 des Markenrechtsreformgesetzes auf die frühere Rechtsprechung zur Unlauterkeit des Eingriffs in Kennzeichenrechte und damit insbesondere auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zurückgegriffen werden, wie sie etwa in der Entscheidung „Yellow Phone“ (BGH WRP 1997, 310 ff. = GRUR 1997, 311 ff. = NJW-RR 1997, 614 ff. = MDR 1997, 672 f.) ihren Niederschlag gefunden hat. Danach ist es aber so, dass es nicht den Grundsätzen des freien Leistungswettbewerbs widerspricht, wenn sich ein

Gewerbetreibender zum Aufbau der eigenen geschäftlichen Tätigkeit an eine vorhandene unternehmerische Leistung anlehnt. Trägt nämlich diese unternehmerische Leistung zum guten Ruf eines Unternehmens bei, so liegt es in der Natur des freien Wettbewerbs, dass eine darauf bezugnehmende unternehmerische Tätigkeit an diesem guten Ruf teilhat. So wie die Anlehnung an eine fremde Leistung, auch wenn sie in der Schaffung eines guten Rufs besteht, nicht ohne Weiteres als wettbewerbswidrig zu beurteilen ist, es vielmehr jeweils besonderer Umstände bedarf, die die Verwerflichkeit einer solchen Anlehnung im Sinne des § 1 UWG a.F. begründen konnten, ist die Ausnutzung des guten Rufs selbst niemals ein die Unlauterkeit begründender Umstand. Zur Begründung von Ansprüchen, die auf § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG gestützt werden, genügt es nicht, dass ein Zeichen geeignet ist, durch bloße Assoziationen an ein fremdes Kennzeichen Aufmerksamkeit zu erwecken; ebenso wenig reicht dafür der Umstand aus, dass die Wahl des angegriffenen Zeichens nicht zufällig erscheint (BGH, Urteil vom 29.04.2004, WRP 2004, 1064 ff. „Zwilling/Zweibrüder“). Zur objektiven Aufmerksamkeitsausbeutung, muss vielmehr stets das zusätzlich erforderliche Element der Anstößigkeit hinzutreten. Dieses kann regelmäßig aber erst dann angenommen werden, wenn eine Beziehung des eigenen Angebots zur gewerblichen Leistung eines anderen (nur) deshalb hergestellt worden ist, um von dem fremden Ruf zu profitieren (vgl. hierzu BGH a.a.O. „Yellow Phone“ unter Ziffer II a.E. und BGHZ 86, 90, 94 „Rolls Royce“ und BGHZ 126, 208, 213 „Mc Laren“). In Ermangelung eines im Streitfall greifenden Vermutungstatbestandes muss die Klägerin ein solches Verhalten darlegen und gegebenenfalls auch beweisen, und nicht die Beklagten müssen ihre Kennzeichenwahl rechtfertigen. An einer solchen Darlegung durch die Klägerin fehlt es. Der Vortrag der Klägerin beschränkt sich insoweit faktisch auf die Aussage, die Wahl der Kennzeichnung „Frechling“ lasse auf die Absicht der Beklagten schließen, an dem guten Ruf von „Kleiner Feigling“ zu partizipieren, was aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, a.a.O. „Zwilling/Zweibrüder“) gerade nicht ausreicht. Damit kann das für eine Verurteilung der Beklagten notwendige Tatbestandsmerkmal der Unlauterkeit im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG nicht festgestellt werden, und zwar ungeachtet der Tatsache, dass die Beklagten ihrerseits bereits in der Klageerwiderung und auch im letzten Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat vorgetragen haben, dass sie die Kennzeichnung „Frechling“ gewählt haben, weil auf „-ling“ endende Kennzeichnungen für namentlich in kleinen Flaschen vertriebene Spirituosen (z.B. „Kümmerling“, „Fiesling“ und „Däumling“) nicht unüblich sind und sie – die Beklagten – damit ein bestimmtes, nämlich insbesondere junges Publikum in der Spirituosenszene ansprechen wollten.

Eine Beurteilung des Klagebegehrens ist auch nicht aus anderen Rechtsgründen gerechtfertigt. Die Vorschriften des UWG sind nicht anwendbar, weil § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG Fälle der vorliegenden Art abschließend regelt, solange nicht – was hier aber nicht der Fall ist – andere Unlauterkeitsaspekte hinzutreten. Ein auf § 14 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit Abs. 5 MarkenG gestützter Unterlassungsanspruch aus der Wortmarke „Feigling“ steht der Klägerin nicht zur Seite, und zwar weder bezogen auf den Haupt- noch auf den Hilfsantrag. Denn im Anschluss an die Ausführungen des Bundesgerichtshofs in seiner Revisionsentscheidung „Kleiner Feigling“, die Beklagten hätten die Einrede mangelnder Benutzung nach §§ 25, 26 MarkenG erhoben, und die Verwendung der Marke „Kleiner Feigling“ reiche zur rechtserhaltenden Benutzung der Marke „Feigling“ nicht aus, weil durch die Hinzufügung des Wortbestandteils „Kleiner“ der kennzeichnende Charakter der Marke „Feigling“ im Sinne von § 26 Abs. 3 MarkenG verändert worden sei, ist die Klägerin hierauf nicht mehr zurückgenommen und hat im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat ihr Klagebegehren auch nicht mehr auf diese Marke gestützt.

23

24

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 108 ZPO.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ZPO liegen nicht vor. Der Rechtssache kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordern Belange der Rechtsfortbildung oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch den Bundesgerichtshof. Streitentscheidend ist vielmehr eine über den entschiedenen Fall nicht hinausgehende Subsumtion eines individuellen, namentlich auch tatrichterlich zu beurteilenden Lebenssachverhalts unter Normen und Rechtsgrundsätze, wie sie in der vorzitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und auch des Europäischen Gerichtshofs vorgezeichnet sind. 25