
Datum: 01.12.2006
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 51/06
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2006:1201.6U51.06.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 81 O 185/05
Normen: MarkenG § 14 Abs. 2 Nr. 2, § 26 Abs. 3 S. 1; UWG § 4 Nr. 9 a

Tenor:

A) Auf die Berufung der Beklagten wird das am 27.1.2006 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 81 O 185/05 – teilweise abgeändert und im Hauptausspruch insgesamt wie folgt neu gefasst:

I. Die Beklagten werden verurteilt,

1. es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten zu unter-lassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in der Bundesrepublik Deutschland Wodka in der nachstehend abgebildeten Flasche anzubieten und/oder in den Verkehr zu bringen und/oder zu bewerben:

2. der Klägerin vollständige schriftliche Auskunft über die seit dem 12.5. 2005 gemäß vorstehender Ziffer 1. begangenen Handlungen zu erteilen, und zwar unter Angabe des Namens und der Anschrift des Herstellers, des Lieferanten und anderer Vorbesitzer, des gewerblichen Abnehmers oder des Auftraggebers sowie über die

Menge der entsprechend der Abbildung auf Seite 2 dieses Urteils hergestellten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Wodkaflaschen einschließlich der erzielten Einkaufs- und Verkaufspreise sowie Stückzahlen unter Beifügung entsprechender Rechnungen, Lieferbelege, Quittungen und sonstiger Bescheinigungen.

II. Es wird festgestellt, dass die Beklagten verpflichtet sind, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der ihr aus Handlungen der vorstehend unter I 1. beschriebenen Art seit dem 12.5.2005 bereits entstanden ist oder noch entstehen wird.

III. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

B) Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen

C) Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen werden gegeneinander aufgehoben.

D) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten können jedoch die Vollstreckung des Unterlassungs- und des Auskunftsanspruches durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Sicherheitsleistung beträgt hinsichtlich der Unterlassungsverpflichtung 150.000 € und hinsichtlich der Auskunftspflichtung 40.000 €.

Die Vollstreckung eines etwaigen Kostenerstattungsanspruches wegen der Gerichtskosten können die jeweiligen Schuldner durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

E) Die Revision wird nicht zugelassen.

Begründung

1

I

2

Die Parteien stehen sich als Anbieter von Wodka aus Russland bzw. der Ukraine auf dem deutschen Markt gegenüber. Die Klägerin ist Inhaberin u.a. der nachfolgend wiedergegebenen, Flaschenetiketten darstellenden Wortbildmarken. Die Marke DD xxxxx9

3

(T. wodka) weist die Grundfarbe rot, die Marke DD xxxxx7 (N.) die Grundfarbe grün auf. Die Etiketten der von der Klägerin vertriebenen Flaschen mit Wodka aus Russland unterscheiden sich in Einzelheiten von diesen Marken.	
pp.	4
Die Beklagte zu 1), deren persönlich haftende Gesellschafter die Beklagten zu 2) und 3) sind, vertreibt unter der Bezeichnung "O." Wodka aus der Ukraine in Flaschen, die wie auf S. 2 dieses Urteils wiedergegeben etikettiert sind. Die ansonsten identischen Etiketten sind - wie aus Bl. 8 und 9 des Anlagenheftes abgebildet - teilweise in rot und bei den übrigen Flaschen in grün gehalten.	5
Die Klägerin beanstandet diese Ausstattungen als Markenrechtsverletzungen und den Vertrieb der Flaschen als wettbewerblich unlauter. Wegen des Vortrags der Parteien in erster Instanz wird gem. § 540 Abs.1 S.1 Ziff.1 ZPO auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.	6
Das Landgericht, auf dessen Urteilstenor wegen des Wortlautes verwiesen wird, hat die Beklagten wegen beider Ausstattungen antragsgemäß zur Unterlassung und Auskunftserteilung verurteilt und ihre Verpflichtung zum Schadensersatz festgestellt. Der Vertrieb der Wodkaflaschen in beiden Ausstattungen führe, so hat die Kammer ihre Entscheidung begründet, zu der Gefahr vermeidbarer Herkunftstäuschungen im Sinne des § 4 Nr. 9 a UWG. Mit ihrer Berufung erstreben die Beklagten, die eine Verwechslungsgefahr hinsichtlich beider Wodkasorten in Abrede stellen, weiterhin die Abweisung der Klage. Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil und stützt sich dabei wie bereits in erster Instanz in erster Linie auf markenrechtliche Ansprüche. Der Senat hat zur Frage des Umsatzes der Klägerin mit dem Wodka N. Beweis durch Vernehmung des Zeugen H. erhoben. Wegen des Ergebnisses dieser Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 10.11.2006 Bezug genommen.	7
II	8
Die Berufung ist zulässig und hat zum Teil auch in der Sache Erfolg. Das Landgericht hat zu Unrecht der Klage stattgegeben, soweit sie sich gegen den Wodka O. in der roten Ausstattung richtet. Insoweit ist die Klage abzuweisen, weil die geltendgemachten Ansprüche unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt bestehen. Demgegenüber ist die Berufung unbegründet, soweit sich die Beklagten gegen ihre weitergehende, den Wodka O. in grüner Ausstattung betreffende Verurteilung wenden.	9
A	10
Ansprüche gegen den Wodka O. in roter Ausstattung bestehen nicht.	11
1.) Der Klägerin stehen markenrechtliche Ansprüche aus § 14 Abs.2 Ziff.2 sowie Abs.6 MarkenG nicht zu. Dementsprechend ist auch der weiter geltendgemachte Auskunftsanspruch nicht begründet. Zwischen der für die Klägerin eingetragenen Wort/Bildmarke DD xxxxx9 und dem von den Beklagten für den Wodka O. in roter Ausstattung verwendeten Flaschenetikett besteht eine markenrechtliche Verwechslungsgefahr nicht.	12
Die Prüfung der Frage, ob bei einander gegenüberstehenden Marken die Gefahr einer Verwechslung besteht, ist auf der Grundlage des jeweiligen Gesamteindrucks der in Frage	13

stehenden Marken vorzunehmen. Ob danach eine Verwechslungsgefahr begründet ist, ist unter Berücksichtigung der Nähe der in Betracht zu ziehenden Waren und/oder Dienstleistungen, für welche die zu vergleichenden Zeichen geschützt oder verwendet sind, sowie der Kennzeichnungskraft der Klagemarke und nach der Ähnlichkeit der zu beurteilenden Zeichen zu entscheiden, wobei die genannten, die Verwechslungsgefahr bestimmenden Faktoren in einer Wechselbeziehung dergestalt miteinander stehen, dass der Ähnlichkeitsgrad umso geringer sein kann, je größer die Kennzeichnungskraft und/oder die Warennähe ist, während umgekehrt ein höherer Ähnlichkeitsgrad erforderlich ist, wenn die Kennzeichnungskraft der Marke nur schwach und/oder der Warenabstand größer ist (vgl. z.B. BGH GRUR 05, 523 f – "MEY/Ella May"; GRUR 05, 419, 422, - "Räucherkatze"; GRUR 05, 326 - "il Padone/Il Portone"; GRUR 02,1067 f - "DKV/OKV"; GRUR 02,809,811 - "FRÜHSTÜCKS-DRINK I"; GRUR 02,814 f - "Festspielhaus"; GRUR 00, 875/876 –"Davidoff"; WRP 98,755/757 – "Nitrangin I"; EuGH GRUR Int 00,899 - "Marca/Adidas"; GRUR 1998, 387 -"Springende Raubkatze"). Bei alledem ist nicht auf den Standpunkt eines "flüchtigen", dem angesprochenen Verkehr zugehörigen Adressaten der Zeichen abzustellen, sondern auf denjenigen eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Adressaten der betroffenen Art von Waren oder Dienstleistungen. Der Grundsatz, dass Ausgangspunkt der auf der Grundlage der dargestellten Determinanten zu beurteilenden Verwechslungsgefahr der durch die jeweiligen Marken vermittelte Gesamteindruck ist, schließt es dabei allerdings nicht aus, dass einem einzelnen Zeichenbestandteil unter Umständen eine besondere, den Gesamteindruck des Zeichens prägende Kraft beizumessen ist und dass deshalb bei Übereinstimmung der Zeichen in dem jeweils prägenden Bestandteil die Gefahr von Verwechslungen zu bejahen sein kann (vgl. z.B. BGH GRUR 06, 859 f – "Malteserkreuz"; GRUR 06, 60 Rdz. 17 – "coccodrillo"; GRUR 02,626,628 - "IMS"; WRP 99,189,191 – "Tour de culture"; GRUR 96, 200 f –"Innovadiclophlont"; GRUR 96,198 f - "Springende Raubkatze"). Dabei dürfen jedoch die übrigen Zeichenbestandteile nicht völlig außer Acht gelassen bzw. "abgespalten" und die Prüfung allein auf das prägende Element reduziert werden; denn es besteht kein Erfahrungssatz, der die Annahme rechtfertigte, einzelne Bestandteile eines Zeichens würden vom Verkehr nicht zur Kenntnis genommen (BGH GRUR 1996,774 f –"falke-run/LE RUN"-). Ausgehend von diesen Grundsätzen lässt sich eine markenrechtliche Verwechslungsgefahr nicht begründen.

Die Klagemarke ist von Hause aus von durchschnittlicher Kennzeichnungskraft und nicht so intensiv benutzt worden, dass diese Kennzeichnungskraft gesteigert worden wäre. 14

Die klägerische Marke enthält beschreibende Elemente, indem sie erkennbar ein Flaschenetikett darstellt und einzelne – teils sogar markant hervorgehobene – beschreibende Angaben wie "AUSLÄNDISCHES ERZEUGNIS" und "RUSSISCHER WODKA" oder "IMPORTIERT AUS RUSSLAND" aufweist. Demgegenüber hat sie mit dem Schriftzug "T. vodka" und der angedeuteten Darstellung eines Gebäudes im Hintergrund sowie den vier Goldmünzen in der rechten unteren Ecke auch kennzeichnende Elemente, die ihr schon wegen der Fremdsprachigkeit und der ungewöhnlichen, nämlich schräg von links unten nach rechts oben verlaufenden, Anordnung des Wortbestandteils "T. vodka" insgesamt eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft verleihen. 15

Die Klägerin hat diese bereits im Jahre 1990 angemeldete Marke benutzt, diese Benutzung hat aber zu einer Steigerung der Kennzeichnungskraft nicht geführt. Das folgt allerdings nicht schon daraus, dass die Marke zumindest derzeit in leicht abgewandelter Form benutzt wird: Die dem Senat im Original als Anlage AS 6 vorgelegte Wodkaflasche weist ein von der Marke z.B. dadurch abweichendes Etikett auf, dass der Name nunmehr anders geschrieben ist ("T. vodka" anstatt: "T. wodka"), die Münzen anders angeordnet sind und der Text im unteren Teil 16

des Etiketts, insbesondere am Rand, neu formuliert bzw. weggelassen ist. Diese Änderungen stellen sich insgesamt als so marginal dar, dass der Verbraucher auch den Vertrieb der Flaschen in der heutigen Version als Benutzung der Marke ansehen wird. Aber auch bei Außerachtlassung der Abweichungen zwischen der Marke und dem tatsächlich verwendeten Etikett hat der Umsatz des so abgefüllten Wodka eine Steigerung der Kennzeichnungskraft nicht begründet. Die Klägerin will mit dem Wodka T. in den Jahren 2003/2004 einen Umsatz von insgesamt 1,2 Mio. € erzielt haben. Nach der als Anlage AS 24 vorgelegten Darstellung der Wodka-Distribution von P. hat sie diesen Umsatz in 15 % bzw. 17 % der Geschäfte des Lebensmitteleinzelhandels erzielt, die überhaupt Wodka anbieten. Damit lag sie in den Jahren 2003 bzw. 2004 an 12. Stelle der Anbieter von Wodka in Deutschland. Diese Marktposition reicht nicht aus, um die Feststellung einer gesteigerten Kennzeichnungskraft zu begründen.

Es besteht Warenidentität.

17

Demgegenüber ist die Warenähnlichkeit nur gering.

18

Entgegen der Auffassung des Landgerichts wird die klägerische Wort/Bildmarke nicht von dem Wortbestandteil "T. wodka" geprägt. Auch nach der jüngsten, im Anschluss an die Entscheidung "Thomson Life" des EuGH (GRUR 05, 1042) ergangenen Rechtsprechung des BGH (vgl. z.B. a.a.O. "Malteserkreuz", a.a.O. "coccodrillo") kann einem Zeichenbestandteil allerdings eine besondere, das gesamte Zeichen prägende Kennzeichnungskraft zukommen. Dieser muss dafür eine selbständig kennzeichnende Stellung haben und darf in dem Gesamtzeichen nicht derart in den Hintergrund treten, dass er durch die Einfügung in das Gesamtzeichen seine Eignung verliert, die Erinnerung an das ältere Zeichen wachzurufen (BGH a.a.O. "falke-run/LE RUN"; a.a.O. "springende Raubkatze"). Diese Voraussetzungen liegen für die Klagemarke aber nicht vor. Gegen die Annahme, die Marke der Klägerin werde von ihrem Wortbestandteil "T. wodka" geprägt, spricht insbesondere, dass es sich um ein fremdsprachiges Wort handelt, das zudem dem deutschen Verkehr auch nicht als Fremdwort geläufig ist. Das Wort ist außerdem durch die verwendete handschriftliche Schriftart relativ schlecht zu lesen und überdies für den der russischen Sprache nicht kundigen deutschsprachigen Verbraucher auch nur schwer merkbar. Andererseits weist die Marke gut erkennbare und einprägsame Bildelemente auf, an denen sich der Verkehr gut orientieren kann und dementsprechend auch orientieren wird. Der Verbraucher wird sich daher die Marke als diejenige einprägen, die eine rechteckige Form aufweist, auf der handschriftlich ein russisches Wort mit der Unterzeile "Wodka" schräg über eine im Hintergrund dargestellte Ecke eines großen Gebäudes zu sehen ist und die rechts unten vier Goldmünzen aufweist.

19

Ausgehend hiervon besteht nur eine geringe Ähnlichkeit zu der angegriffenen, markenmäßig verwendeten Ausstattung des roten Wodka O. der Beklagten. Der Klägerin ist einzuräumen, dass gewisse Ähnlichkeiten bestehen. Diese werden durch die rote Farbe und das Aufgreifen der Goldumrandung, die Abbildung eines Gebäudes und von Münzen und durch die Anbringung eines ähnlichen, ebenfalls schräg verlaufenden Schriftzuges an gleicher Stelle begründet. Allerdings sind schon diese Ausstattungsmerkmale überwiegend der Marke der Klägerin nur angenähert und kommt maßgeblich hinzu, dass das Etikett sich in seiner äußeren Form, den Aufschriften und weiteren Elementen deutlich von der Marke unterscheidet.

20

Schon die räumliche Verwendung der – allerdings auf den Betrachter im Farbton identisch wirkenden – Farbe rot ist unterschiedlich: so ist mit ihr das angegriffene Etikett vollständig umfasst, während die Klagemarke die Farbe rot zwar auch einprägsam, aber nicht zur Einfassung des Etiketts verwendet. Entsprechendes gilt für den Goldrand, mit dem der

21

Hauptteil des Etiketts der Klagemarke breit eingerahmt ist, und der in der angegriffenen Ausstattung als Umrandung wesentlich dezenter gehalten ist. Die Farbe Gold wird von den Beklagten zudem zusätzlich zur hervorgehobenen Angabe "O." am unteren Rand des Etiketts verwendet, die in der Klagemarke keine Entsprechung hat. Auch in der Abbildung des Gebäudes liegen nicht unerhebliche Unterschiede: in der angegriffenen Ausstattung ist nicht nur ein anderes, nämlich erkennbar rechtwinkliges Gebäude von der Innenseite dargestellt, sondern diese Abbildung ist auch deutlich kontrastreicher. Sie bewirkt so, dass der beschriebene, schräg verlaufende zweizeilige Schriftzug kaum entziffert werden kann und sich damit trotz seiner identischen Anordnung von der Klägermarke auch unterscheidet. Außerdem verwenden die Beklagten zwar auch Münzen, es handelt sich aber nicht um vier, sondern nur um zwei und diese sind auch farblich viel blasser gehalten sowie an anderer Stelle positioniert. Liegen damit schon nicht unerhebliche Abweichungen in den Elementen des Etiketts vor, in denen es der Marke ähnlich ausgeprägt ist, so kommen folgende Umstände hinzu, die die Ähnlichkeit insgesamt als nur gering erscheinen lassen:

Das von den Beklagten verwendete Etikett weist eine Form auf, die sich ganz maßgeblich von der Marke unterscheidet. Die ungewöhnliche komplexe Form ist seitlich mehrfach abgesetzt, weist neben geraden auch geschwungene Linien auf und erinnert auch nicht andeutungsweise an die klare Rechteckigkeit der Klagemarke. Eine weitere erhebliche Abweichung liegt in den unterschiedlichen Namen. So wird auch der der russischen Sprache nicht mächtige Verbraucher bei einer Gegenüberstellung von "T." mit "O." trotz der Ähnlichkeiten der Endungen bemerken, dass es sich um eine andere Bezeichnung handelt. Es kommt hinzu, dass der handschriftliche Schriftzug mit dem Namen aus den beschriebenen Gründen kaum lesbar ist und der Verbraucher daher zur namentlichen Benennung des Wodkas auf die prominent hervorgehobene Angabe O. im oberen Bereich des Etiketts zurückgreifen muss, die wiederum in der Marke keine Entsprechung hat. Weiter weist das Etikett in seinem oberen Teil in der Andeutung einer integrierten Kreisform ein hervorgehobenes, von einem Glas umschlossenes N auf, das ebenfalls in der Klagemarke keine Entsprechung hat. Schließlich fällt ins Gewicht, dass das Produkt der Beklagten im oberen Teil des Etiketts - zwar englischsprachig, aber auch ohne Englischkenntnisse verständlich - den Hinweis "UKRAINIAN VODKA" enthält, während die Klagemarke ebenfalls in ihrem oberen Teil die Angabe "RUSSISCHER WODKA" aufweist und der Verbraucher so auf das abweichende Herkunftsland deutlich hingewiesen wird.

22

Ist die Ähnlichkeit aus diesen Gründen gering, so kann auch angesichts der Branchenidentität mit Blick auf die nur durchschnittliche Kennzeichnungskraft der Klagemarke eine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs.2 Ziff. 2 MarkenG nicht bejaht werden.

23

2.) Auch die von der Kammer bejahten Ansprüche aus §§ 3, 4 Nr. 9 a, 8 Abs. 1, 3 Ziff. 1 UWG wegen der Gefahr einer vermeidbaren betrieblichen Herkunftstäuschung bestehen nicht. Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH stellt das Markenrecht eine umfassende, in sich geschlossene kennzeichenrechtliche Regelung dar, die im Allgemeinen den aus anderen Vorschriften hergeleiteten Schutz verdrängt. Danach können im Anwendungsbereich des Markenrechts Ansprüche nicht auf den nach dem UWG gewährten ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz gestützt werden (vgl. BGH GRUR 99, 161 f – "MacDoc"; GRUR 05, 423, 427 – "Staubsaugerfiltertüten"; GRUR 05, 583, 585 - "Lila-Postkarte"). Ob – wie die Beklagte argumentiert - auf der Grundlage dieser Rechtsprechung wettbewerbsrechtliche Ansprüche wegen vermeidbarer betrieblicher Herkunftstäuschung auch in den Fällen ausgeschlossen sind, in denen in Betracht kommende markenrechtliche Ansprüche wegen fehlender Verwechslungsgefahr nicht bestehen, kann im vorliegenden Verfahren offen bleiben. Denn aus denselben Gründen, die einer markenrechtlichen

24

Verwechslungsgefahr entgegenstehen, kann die Gefahr einer Täuschung über die betriebliche Herkunft der von der Beklagten in roter Farbe ausgestatteten Wodkaflaschen nicht bejaht werden. Das gilt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die von der Klägerin inzwischen verwendete, aus der als Anlage AS 6 vorgelegten Originalflasche ersichtlichen Etikettierung geringfügig von der Ausgestaltung der zu ihren Gunsten eingetragenen Wort/Bildmarke xxxxx9 abweicht. Die nunmehr vorgenommene Neugruppierung der vier Münzen im unteren Bereich des Etiketts sowie die geringfügigen Modifikationen des russischsprachigen Namens ("T. vodka" anstatt: "T. wodka") und der roten Grafik führen – ebenso wie die Kürzung der beschreibenden Texte im unteren Teil der Marke – nicht zu einer größeren Nähe zu der angegriffenen, von den Beklagten verwendeten Ausstattung.

B 25

Die Klage ist begründet, soweit sich die geltendgemachten Ansprüche gegen den Wodka O. in der grünen Ausstattung richten, weswegen die Berufung insoweit zurückzuweisen ist. 26

1.) Der mit dem Antrag zu I 1) geltendgemachte Unterlassungsanspruch ergibt sich aus § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG. Die Beklagten verwenden das gesamte Etikett, mit dem sie ihre Flaschen auf der Vorderseite ausstatten, markenmäßig. Denn der Verkehr fasst nicht nur das Wort "O." auf dem Etikett, sondern wegen seiner ungewöhnlichen Form und der verschiedenen verwendeten grafischen Elemente auch das gesamte Etikett selbst als Hinweis auf die betriebliche Herkunft des von den Beklagten vertriebenen Wodkas auf. Dieses Etikett ist nach den vorstehend unter A im einzelnen dargestellten Kriterien im markenrechtlichen Sinne mit der Wort/Bildmarke DD xxxxx7 der Klägerin verwechslungsfähig. 27

Die Marke der Klägerin weist eine hohe Kennzeichnungskraft auf. Diese ist von Hause aus zwar nur durchschnittlich, die Klägerin hat die Kennzeichnungskraft aber durch intensiven Gebrauch der Marke so maßgeblich steigern können, dass sie nun überdurchschnittlich hoch ist. 28

Die klägerische Marke enthält beschreibende Elemente, indem sie erkennbar ein Flaschenetikett darstellt und einzelne – teils sogar markant hervorgehobene – beschreibende Angaben wie "AUSLÄNDISCHES ERZEUGNIS" und "RUSSISCHER WODKA" oder "IMPORTIERT AUS DER UDSSR" aufweist. Demgegenüber hat sie mit dem Schriftzug "N.", der einen Kreis ausgestaltenden roten Grafik sowie den vier Goldmünzen am unteren Rand auch kennzeichnende Elemente, die ihr wegen der Fremdsprachigkeit des Schriftzuges und auch der Anordnung der Münzen insgesamt schon eine von Hause aus durchschnittliche Kennzeichnungskraft verleihen. 29

Inzwischen weist die Marke sogar eine überdurchschnittliche Kennzeichnungskraft auf, weil sie den interessierten Verbrauchern in hohem Maße bekannt geworden ist. Dabei kann offen bleiben, ob die Klägerin entsprechend ihrer bestrittenen Behauptung im Geschäftsjahr 2003/2004 durch den Vertrieb des Wodka N. einen Einzelhandelsumsatz von ca. 28 Mio. € erzielt hat. Die besonders hohe Bekanntheit des Produktes der Klägerin ergibt sich nämlich schon aus der oben bereits angesprochenen, als Anlage AS 24 vorgelegten Darstellung der Wodka-Distribution und weiteren Statistiken von P.. Danach hat die Klägerin im Geschäftsjahr 2003/2004 ihren Wodka N. in 71 % bzw. 72 % der Geschäfte des Lebensmitteleinzelhandels vertrieben, die überhaupt Wodka anbieten. Damit lag sie an dritter Stelle der Anbieter von Wodka in Deutschland, wobei sie als Einzelmarke in der Präsenz sogar nur noch von dem Wodka I. übertroffen worden ist. Hinter diesem sind in der Darstellung an zweiter Stelle zwar 30

noch "Eigenmarken" aufgeführt, damit sind aber verschiedene Marken der jeweiligen Einzelhandelsunternehmen selbst in der Summe gemeint.

Die Klägerin hat auf diese Weise eine weit überdurchschnittliche Präsenz ihrer Marke am Markt aufgebaut. Die Darstellung besagt, dass der an Wodka interessierte Kunde in fast $\frac{3}{4}$ der Lebensmitteleinzelhandelsgeschäfte in Deutschland mit dem Produkt der Klägerin konfrontiert worden ist. Dadurch ist eine hohe Bekanntheit entstanden. Denn es ist nach der Lebenserfahrung zugrundezulegen, dass die Kunden in diesen Geschäften sich in erheblicher Zahl zumindest auch mit dem Angebot der Klägerin und damit gerade auch mit dem Etikett befasst haben. Die am Erwerb von Wodka interessierten Kunden finden in einer erheblichen Anzahl von Geschäften neben dem Wodka der Klägerin, dem erwähnten Wodka I. und einer – bei jedem Unternehmen aber verschiedenen - Eigenmarke des Handelsunternehmens nur noch wenige weitere Wodkasorten vor. Das ergibt sich aus dem Umstand, dass die in der Rangfolge auf die Marke der Klägerin folgenden Marken schon in deutlich weniger Geschäften angeboten werden. So findet der Kunde den an vierter Stelle gelisteten Wodka S. zwar noch bei 57 % bzw. 60 % der Lebensmitteleinzelhändler, aber schon die folgenden Marken Absolut und Boris Jelzin nur etwa in der Hälfte der Einzelhandelsunternehmen, die überhaupt Wodka anbieten. Der Verbraucher wird in der Regel die aus diesem Grunde überschaubar kleine Anzahl der ihm in dem aufgesuchten Ladengeschäft präsentierten Wodkas zur Kenntnis nehmen. Die verschiedenen Wodkasorten werden den Kunden üblicherweise nebeneinander im Regal angeboten. Deswegen wird der Kunde in nahezu $\frac{3}{4}$ der in Betracht kommenden Lebensmitteleinzelhandelsgeschäfte die Flaschen der Klägerin schon kaum übersehen können. Überdies wird ein erheblicher Teil der Kunden, nämlich alle diejenigen, die nicht auf eine Marke festgelegt sind, vor dem Kauf anhand der Ausstattung der Flaschen und der unterschiedlichen Preise eine Auswahl zwischen den verschiedenen Angeboten treffen und dabei das jeweilige Etikett zur Kenntnis nehmen. Entsprechend dieser hohen Distributionsdichte hat die Klägerin mit dem Absatz des Wodka N. ausweislich der als Anlagen AS 26 bzw. BB 3 vorgelegten weiteren Erhebung von P. in den Jahren 2003/2004 und 2004/2005 in absoluten Zahlen hinter Wodka I. den zweithöchsten Umsatz erzielt und lag sie bezogen auf die vertriebenen Flaschen an dritter Stelle.

31

Die auf diese Weise erreichte hohe Bekanntheit des Etiketts der von der Klägerin vertriebenen Flaschen hat zu einer überdurchschnittlich hohen Kennzeichnungskraft der Klagemarke geführt. Denn das Etikett ist seit Jahren in einer Ausstattung verwendet worden, die nahezu unverändert der Klagemarke entspricht. Diese Behauptung der Klägerin hat die Beweisaufnahme bestätigt. Der Zeuge H. hat unter Bezugnahme auf eine Grafik, die den Parteien mit der Sitzungsniederschrift übermittelt worden ist, ausgeführt, der Wodka der Klägerin sei in der grünen Ausstattung bereits seit dem Jahre 1963 vertrieben worden. Diese Ausstattung sei später wie aus der Grafik ersichtlich in den dort angegebenen Zeiträumen in leicht abgewandelter Ausgestaltung verwendet worden. Demgegenüber seien nie Etiketten benutzt worden, die der auf Bl. 33 des Anlagenheftes wiedergegebenen Wort/Bildmarke entsprächen, bei dieser Abbildung handele es sich um eine Art Fehldruck. Ebenso sei der Wodka nie mit einem in schwarz/ weiß gehaltenen Etikett vertrieben worden, wie es aus Bl. 28 des Anlagenheftes ersichtlich sei (Dabei hat sich die Aussage offensichtlich tatsächlich auf die Abbildung Bl. 29 AH bezogen). Die mit der Zeit entwickelten Abwandlungen seien jeweils als neue Marke angemeldet worden, um jeweils eine Marke zur Verfügung zu haben, die der aktuellen Ausstattung der Flaschen entspreche. Der Senat hat keinen Zweifel an der Richtigkeit dieser in sich stimmigen Darstellung. Der Umstand, dass der Zeuge von Kindesbeinen an den Betrieb der Klägerin kennt und seit dem Jahre 2001 selbst in dem Unternehmen tätig ist, begründet derartige Zweifel mangels jeglicher Anhaltspunkte für eine

32

Unrichtigkeit der Aussage nicht. Ausgehend von den Bekundungen des Zeugen H. hat der Vertrieb des Wodka N. über die Jahre zu der beschriebenen Erhöhung der Kennzeichnungskraft der Klagemarke geführt. Denn der Verkehr wird die Anpassungen kaum wahrgenommen oder gar registriert haben. Die Klägerin hat jeweils erkennbar den kennzeichnenden Charakter der Klagemarke unverändert gelassen. Alle drei Abwandlungen wären deswegen – wenn im Rahmen des Benutzungszwanges die ernsthafte Benutzung zu beurteilen wäre - gem. § 26 Abs. 3 S. 1 MarkenG als Benutzung der Klagemarke anzusehen. Dementsprechend kommt die Bekanntheit des Etiketts in den abgewandelten Formen auch der Kennzeichnungskraft der Marke in ihrer ursprünglichen Ausgestaltung zu Gute. Die Klägerin hat bei allen drei Aktualisierungen die ins Auge fallende Grundgestaltung der Wort/Bildmarke beibehalten. Diese besteht in der Anordnung und dem Größenverhältnis der grünen und weißen Grundfläche, der Umrandung des rechteckigen Etiketts durch einen Goldrahmen, der im Zentrum angebrachten, in schwarzen mit grün unterlegten Druckbuchstaben geschriebenen Angabe "N." mit der auf einer Kreisform beruhenden roten Grafik und den vier Goldmünzen im unteren Teil. Alle diese Elemente sind durchgängig beibehalten worden. Die von der Klägerin mit den Jahren vorgenommenen Änderungen betreffen demgegenüber nur Details, die zudem zumindest überwiegend nur beschreibende Elemente der Marke darstellen. So kann der Umstand, dass die Klägerin in den 90-er Jahren das Produkt nicht mehr als "IMPORTIERT AUS DER UdSSR" sondern nunmehr als "IMPORTIERT AUS RUSSLAND" bezeichnet und im unteren Teil ihre Ortsangabe den damals eingeführten fünfstelligen Postleitzahlen angepasst hat, keinen Zweifel daran aufkommen lassen, dass der vorbeschriebene kennzeichnende Charakter der Klagemarke dadurch nicht angetastet worden ist. Vielmehr wird der Verkehr annehmen, dass es sich um dieselbe Marke handelt. Das gilt auch bei Berücksichtigung des Wegfalles des Hinweises: "Schmeckt Gekühlt Am Besten" im unteren Rahmenbereich und der geringfügigen Abwandlung der roten Grafik, sowie des erkennbar lediglich zusätzlich angeführten "Störers" in der rechten unteren Ecke. Dasselbe gilt für die zweite Aktualisierung, mit der – soweit ersichtlich – lediglich der Störer wieder beseitigt und die beschreibende Herstellerangabe oberhalb der Münzen erweitert worden ist. Auch mit der letzten Änderung zum Jahr 2003 ist der kennzeichnende Charakter der Klagemarke nicht verlassen worden. Durch sie ist – von der Reduzierung der beschreibenden Importeurangabe um den früheren Bestandteil "Bundesrepublik Deutschland" am unteren weißen Rand abgesehen - lediglich die gerade erwähnte Erweiterung der Herstellerangabe rückgängig gemacht und neben einer Modifikation der roten Grafik die Angabe Q. WODKA nunmehr in kyrillischen Buchstaben geschrieben worden. Ist damit – wie im übrigen die Präsentation der insgesamt vier Ausgestaltungen nebeneinander in der von dem Zeugen überreichten Grafik augenfällig belegt – der kennzeichnende Charakter der Klagemarke erhalten geblieben, so kommt die beschriebene Bekanntheit des Etiketts in vollem Umfange der Kennzeichnungskraft der Klagemarke zu Gute. Daran ändert es nichts, dass die Klägerin auch die Abwandlungen als eigenständige Marken angemeldet hat. Das ist in § 26 Abs.3 S.2 MarkenG für den Fall des Benutzungszwanges ausdrücklich geregelt und muss entsprechend auch für die hier zu beurteilende Frage einer Erhöhung der Kennzeichnungskraft durch gesteigerte Benutzung gelten. Es kommt nicht auf die Frage an, ob die Klägerin – wie die Beklagten mutmaßen – die von ihnen verwendeten Etiketten nicht mehr als von dem Schutzbereich der Klagemarke erfasst angesehen haben, sondern allein darauf, dass der Verkehr aus den dargestellten Gründen die benutzte Zeichenform als dieselbe Marke ansieht.

Die Ähnlichkeit des von den Beklagten verwendeten – auf der als Anlage AS 10 vorgelegten Originalflasche und auf Bl. 8 des Anlagenheftes besser als auf der Abbildung auf S. 2 dieses Urteils erkennbaren - Etiketts mit der Klagemarke ist gering.

33

34

Die Klagemarke wird aus den zu A dargelegten Gründen, die entsprechend auch hier gelten, nicht von ihrem Wortbestandteil N. geprägt.

Das Etikett weist gewisse Ähnlichkeiten mit der Klagemarke auf, die in erster Linie in der übereinstimmenden Verwendung der Farben grün, weiß und Gold sowie der hervorgehobenen zentralen Position der Angabe "O." begründet ist. Auch ist diese Bezeichnung angesichts der übereinstimmenden Endungen von einiger Ähnlichkeit mit dem Markenbestandteil "N." und sind die – allerdings nicht auch vier, sondern nur zwei - abgebildeten Münzen an derselben Stelle wie in der Marke positioniert. Die Ähnlichkeit ist damit größer als die zwischen der klägerischen Wort/Bildmarke "T. wodka" und der roten Ausstattung des Wodka O.. Andererseits weicht die Form des angegriffenen Etiketts, die mit derjenigen für den Wodka O. in roter Ausstattung übereinstimmt, aus den zu A näher beschriebenen Gründen von der rechteckigen Form der Klägermarke augenfällig ganz erheblich ab. Die erheblichen Unterschiede werden auch durch die angedeutete, bereits zu A näher umschriebene integrierte Kreisform mit einem markanten "N" oberhalb der Angabe "O." begründet, die in der Klägermarke keine Entsprechung finden. Nimmt man die deutlich erkennbaren unterschiedlichen Herkunftsangaben ("RUSSISCHER WODKA" einerseits und "UKRAINIAN VODKA" andererseits) hinzu, so lässt sich bei der gebotenen Gesamtbetrachtung nicht schon eine mittlere, sondern nur eine geringe Ähnlichkeit feststellen. 35

Auch diese geringe Ähnlichkeit reicht indes aus, um die Verwechslungsgefahr zu begründen. Die Klagemarke ist von hoher Kennzeichnungskraft und es besteht Warenidentität. Unter diesen Umständen besteht auch bei nur die geringer Ähnlichkeit die Gefahr, dass Kunden die Etiketten im Rechtssinne gem. § 14 Abs. 2 Ziff.2 MarkenG verwechseln. 36

2. Damit sind aus §§ 14 Abs.5 MarkenG, 242 BGB auch die Annexansprüche begründet, soweit sie sich auf die grüne Ausstattung des Wodka O. beziehen. Es ist nach der Lebenserfahrung von dem Eintritt eines Schadens bei der Klägerin auszugehen, den diese ohne die verlangten Angaben nicht beziffern kann. Soweit die Klägerin Angaben zur Lieferantenkette begehrt, benötigt sie diese, um den weiteren Handel mit dem Produkt zu unterbinden. 37

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs.1, 100 Abs.1 ZPO. 38

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 39

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die der Entscheidung zugrundeliegenden Rechtsfragen sind höchstrichterlich geklärt. Die Anwendung dieser Rechtsfragen auf den vorliegenden Einzelfall hat nicht im Sinne des § 543 Abs.2 Ziff.1 ZPO grundsätzliche Bedeutung. Ebenso ist aus diesem Grunde eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes nicht zur Fortbildung des Rechts erforderlich. Die Revision ist auch nicht mit Blick auf die Beschwerdeentscheidung des OLG Hamm vom 7.8.2006 im Verfahren 4 W 64/06 gem. § 543 Abs.2 Ziff.2 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen. In jenem Verfahren war über eine sofortige Beschwerde gegen eine Kostenentscheidung des LG Bochum gem. § 91 a ZPO zu befinden. Das Landgericht hatte in dem summarischen Verfahren nach übereinstimmender Erledigungserklärung eine Verwechslungsgefahr mit rein tatsächlichen Erwägungen verneint. Die Begründung der Beschwerdeentscheidung enthält keine eigenen rechtlichen Erwägungen, die der vorliegenden Urteilsbegründung zuwiderlaufen. 40

Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt 400.000 €. Davon entfallen je 200.000 € auf die Ansprüche bezüglich des Wodka O. grün und des Wodka O. rot.

Aus dem Vortrag der Klägerin, die lediglich den Gesamtstreitwert beziffert hat, ergibt sich nicht, dass sie ein unterschiedliches Interesse an den geltendgemachten Ansprüchen gegen beide Wodkasorten hätte.

42