

---

**Datum:** 25.09.2009  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 6. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 6 U 66/09  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2009:0925.6U66.09.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Köln, 31 O 577/08

---

**Tenor:**

Die Berufung der Antragsgegnerinnen gegen das am 19. März 2009 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 31 O 577/08 - wird zurückgewiesen mit der Maßgabe, dass festgestellt wird:

Das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist in der Hauptsache seit dem 25.05.2009 erledigt.

Die Antragsgegnerinnen haben auch die weiteren Kosten des Verfahrens zu tragen.

---

**Gründe**

I.

Die Antragsgegnerin zu 1.) und die Antragsgegnerin zu 2.) – ihre deutsche Bevollmächtigte und Betreiberin der Internetpräsenz "M..de" – warben für die Beteiligung an sogenannten "Winfonds", einer an Glücksspielen teilnehmenden Publikumsgesellschaft, mit einem an Verbraucher verteilten und im Internet abgebildeten "Sparbuch für Gewinner" in roter Farbe. Der antragstellende Dachverband der deutschen Sparkassen und Inhaber der Farbmarke "rot (HKS 13)" nimmt sie und die Antragsgegnerin zu 3.) – Inhaberin der Domain "M..de" – auf Unterlassung in Anspruch, weil er darin eine Verletzung seiner Kennzeichenrechte und eine

1

2

3

unlautere Ausbeutung des Rufs des bekannten "Sparkassenbuch-Rot" sieht. Das Landgericht hat eine auf § 4 Nr. 9 UWG gestützte einstweilige Verfügung erlassen und nach Widerspruch – modifiziert – durch Urteil bestätigt. Dagegen richtet sich die Berufung der Antragsgegnerinnen, die sich gleichwohl mit am 25.05.2009 zugegangenen Erklärungen strafbewehrt zur Unterlassung verpflichtet haben. Der Antragsteller erklärt nunmehr den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt; dem widersprechen die Antragsgegnerinnen.

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Vielmehr war gemäß dem Berufungsantrag des Antragstellers die Erledigung der Hauptsache festzustellen. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung war nämlich zulässig und der damit geltend gemachte Unterlassungsanspruch jedenfalls aus § 14 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 5 MarkenG gerechtfertigt, bis mit dem Zugang der strafbewehrten Unterlassungserklärungen der Antragsgegnerinnen die Wiederholungsgefahr entfiel.

1. Angesichts der unterschiedlichen tatsächlichen Grundlagen des markenrechtlichen Anspruchs wegen Ausnutzung und Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft und Wertschätzung einer bekannten Marke handelt es sich dabei um einen anderen Streitgegenstand als bei dem wettbewerbsrechtlichen Anspruch aus §§ 3, 4 Nr. 9, 8 UWG, den das Landgericht geprüft und bejaht hat (vgl. BGH, GRUR 2009, 678 [682 f.] – POST / Regio Post). Einer markenrechtlichen Prüfung durch den Senat steht das aber nicht entgegen. Denn der Antragsteller hat sein Begehren von Anfang an – alternativ – auch auf diesen Anspruchsgrund gestützt und es ersichtlich dem Gericht überlassen, ob es das im Eilverfahren erstrebte Verbot einer konkreten Verletzungsform auf marken- oder wettbewerbsrechtlicher Grundlage hergeben wolle.

Die Formulierungen in der Antragsschrift (vgl. S. 13 ff.) lassen keinen Zweifel, dass die Benennung verschiedener Anspruchsgrundlagen – entgegen den von den Antragsgegnerinnen in der Berufungsverhandlung geäußerte Ansicht – nicht auf eine entsprechende kumulative Verurteilung abzielte.

Im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes entspricht diese Art der "alternativen Klagehäufung" einer seit langem auch höchstrichterlich gebilligten, zumindest unbeanstandeten Übung (vgl. nur BGH, GRUR 2001, 756 [757] = WRP 2001, 804 – Telefonkarte, wo die Prüfung verlangt wird, ob der Kläger "kumulativ oder alternativ" einen weiteren Lebenssachverhalt vorgetragen hat, auf den die Klage gestützt werde), die auch der Senat für zulässig hält. Berneke (WRP 2007, 579 [585 f.]), hält zwischen mehreren Streitgegenständen nur das Verhältnis der Kumulation oder der Eventualität für möglich, so dass der Kläger, wenn das Gericht einen prozessualen Anspruch bejaht, ohne sich abschließend zu den anderen Klagegründen zu äußern, diese im zweiten Rechtszug nur noch mit der (Anschluss-) Berufung weiter verfolgen könne. Dem Gedanken der Prozessökonomie und dem vorrangigen Interesse des Antragstellers an einem wie auch immer begründeten kurzfristigen Verbot des angegriffenen Verhaltens wird indessen – solange keine anderen Anhaltspunkte vorliegen – die Annahme eines Rechtsschutzbegehrens am ehesten gerecht, wonach die verschiedenen prozessualen Ansprüche bis zur rechtskräftigen Entscheidung alternativ jeweils unter der auflösenden innerprozessualen Bedingung geltend gemacht werden, dass einer von ihnen durchdringt (so Götz, GRUR 2008, 401 [407]; Hefermehl / Köhler / Bornkamm, UWG, 27. Aufl., Vorb. zu § 12 Rn. 2.23a; Harte / Henning / Brüning, UWG, 2. Aufl., § 12 Rn. 23; zur alternativen Begründung bei gleichem Streitgegenstand vgl. Bergmann, GRUR 2009, 224 ff.).

4

5

6

7

8

2. Als Inhaber der für Finanzdienstleistungen eingetragenen Farbmarke "rot" konnte der Antragsteller von den Antragsgegnerinnen in der vom Landgericht tenorierten Form verlangen, es zu unterlassen, dieselbe Farbe "rot" für das Werbeheft "Sparbuch für Gewinner" und dessen Abbildung im Internet zu benutzen.

a) Die Marke des Antragstellers hat sich nicht nur – was Voraussetzung für ihre Eintragung war – im Sinne von § 8 Abs. 3 MarkenG in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt, sondern ist darüber hinaus im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG im Inland bekannt. Die Verkehrsurchsetzung eines Zeichens erfordert in der Regel, dass über 50 % der beteiligten Verkehrskreise darin den Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen erkennen (vgl. BGH, GRUR 2008, 505 = WRP 2008, 797 – TUC-Salzcracker m.w.N.). Durch das als Anlage B&B 7 vorgelegte demoskopische Gutachten vom 24.01.2006 ist glaubhaft gemacht, dass die Marke des Antragstellers über einen weit höheren Bekanntheits- und Kennzeichnungsgrad verfügt. Danach ist die abstrakte Farbe "rot (HKS 13)" im Zusammenhang mit Geldinstituten fast bei drei Vierteln (74,5 %) der Gesamtbevölkerung bekannt und mehr als zwei Drittel (67,9 %) ordnen die Farbe einem bestimmten Geldinstitut, knapp zwei Drittel (66,1 %) sogar richtig den "Sparkassen" zu. Angesichts dieser hohen Werte zweifelt der Senat nicht daran, dass das "Sparkassen-Rot" eine bekannte Marke darstellt. 10

b) Dass die Verbreitung von Werbemitteln in derselben Farbe für eine zur Glücksspielteilnahme dienende Fonds-Beteiligung durch die Antragsgegnerinnen darauf abzielte, die Unterscheidungskraft und Wertschätzung der den Verbrauchern von den Sparkassen, nicht zuletzt von deren Sparkassenbüchern bekannten Farbe "Rot" ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise auszunutzen, hat der Sache nach bereits das Landgericht bei seinen Erwägungen zu dem Tatbestandsmerkmal der Rufausbeutung in § 4 Nr. 9 lit. b UWG zutreffend ausgeführt. Auch wegen der drohenden Verwässerung und Rufbeeinträchtigung der Marke kann auf das angefochtene Urteil verwiesen werden. Umstände, die im Rahmen von § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten, hat die Berufung nicht aufgezeigt. 11

c) Für die in der Widerspruchsverhandlung vor dem Landgericht neugefassten Anträge fehlte es auch nicht am Verfügungsgrund. Das Begehren des Antragstellers zielte von Anfang an auf das Verbot der konkreten Werbeaktion mit dem im Antrag abgebildeten "roten Sparbuch", so dass die Antragsneufassung, wonach statt der werbenden Benutzung zur "Vermittlung von der Teilnahme an Lotterien und/oder Gewinnspielen" diejenige für die "Teilnahme an einem Fonds, dessen Mittel für die Teilnahme an Lotterien und/oder Gewinnspielen eingesetzt werden" untersagt werden solle, rein redaktioneller Art war und nicht zu einem dringlichkeitsschädlichen Wechsel des Streitgegenstands (und auch zu keiner Teilrücknahme) führte. 12

III. 13

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 14

Das Urteil ist gemäß § 542 Abs. 2 ZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig. 15

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird – in teilweiser Abänderung des Senatsbeschlusses vom 02.06.2009, mit dem der Berufungsstreitwert auf 75.000,00 € festgesetzt worden ist – für die Zeit ab dem 25.05.2009 auf den Betrag der bis dahin angefallenen Verfahrenskosten festgesetzt. 16

