
Datum: 10.08.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 17/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0810.6U17.12.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 81 O 14/11
Normen: UWG § 4 Nr. 9 a;; MarkenG § 23 Nr. 2

Tenor:

1.) Die Berufungen beider Parteien gegen das am 15.12.2011 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 81 O 14/11 – werden zurückgewiesen.

2.) Von den Kosten des Verfahrens beider Instanzen haben die Klägerin 49 % und die Beklagten je 25,5 % zu tragen.

3.) Dieses und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung 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 75.000 € und hinsichtlich der Auskunftsverpflichtung 5.000 €.

Die Vollstreckung des Zahlungsanspruches können die Beklagten und die Vollstreckung der Kostenerstattungsansprüche können die Parteien durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn

nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

4.) Die Revision wird nicht zugelassen.

B e g r ü n d u n g

1

A

2

Wegen des Sachverhalts wird gem. § 540 Abs.1 S.1 Ziff.1 ZPO auf den ausführlichen Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. Danach macht die Klägerin nach vergeblicher Abmahnung markenrechtliche Ansprüche gegen die Verwendung der Angabe "Gute Laune Brause-Taler" und wettbewerbsrechtliche Ansprüche gegen die Aufmachung des unter dieser Angabe von den Beklagten vertriebenen Produkts geltend und verlangen die Beklagten mit der Widerklage die Freistellung von Ansprüchen ihrer Prozessbevollmächtigten, die durch ein vorgerichtliches Abweherschreiben auf die Abmahnung der Klägerin entstanden seien.

3

Das Landgericht hat der Klage aus Markenrecht stattgegeben, soweit die Anträge auf Unterlassung, Auskunft und Schadensersatzfeststellung gegen die Angabe "Gute Laune Brause-Taler" gerichtet sind, und die weitergehende Klage sowie die Widerklage der Beklagten abgewiesen. Gegen diese Entscheidung haben beide Parteien Berufungen eingelegt, mit denen sie ihre Begehren weiterverfolgen, soweit sie in erster Instanz unterlegen waren. Im übrigen verteidigen sie das angefochtene Urteil. Nach Verkündung des angefochtenen Urteils ist die den markenrechtlichen Ansprüchen der Klägerin zugrundeliegende Wort-Bildmarke 302 12 543 "Gute Laune Drops" von dem Deutschen Patent- und Markenamt gelöscht worden. Wegen der Begründung wird auf den als Anlage B 68 (Bl. 459) von den Beklagten vorgelegten Beschluss vom 12.1.2012 Bezug genommen. Gegen diesen Beschluss hat die Markeninhaberin unter dem 28.2.2012 Beschwerde eingelegt, auf die von der Klägerin als Anlage K 62 (Bl. 546) vorgelegte Beschwerdebegründung vom 25.6.2012 wird ebenfalls verwiesen.

4

Die Akten des vorausgegangenen, in der angefochtenen Entscheidung näher dargestellten Verfügungsverfahrens 81 O 134/10 LG Köln = 6 U 71/11 OLG waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

5

B

6

Die Rechtsmittel beider Parteien sind als selbständige Berufungen zulässig, haben aber in der Sache keinen Erfolg.

7

I.

8

Berufung der Klägerin

9

Die Klägerin verfolgt im Berufungsverfahren ihre schon erstinstanzlich auf §§ 3, 4 Nr. 9 a, 4 Nr. 9 b UhrG sowie § 5 Abs. 2 UWG gestützten wettbewerbsrechtlichen Ansprüche gegen die Beklagte zu 1), die mittlerweile nicht mehr I, sondern N heißt, und die Beklagte zu 2) weiter.

10

11

- 1.) Die in der Berufungserwiderung – teils erstmals – vorgebrachten Einwände gegen die Zulässigkeit der Klage, soweit sie auf Wettbewerbsrecht gestützt ist, sind nicht begründet.
- a) Die Beklagten meinen, der Antrag sei deswegen nicht hinreichend bestimmt, weil zu seiner Begründung eine Vielzahl von auslegungsbedürftigen Begriffen verwendet werde („Streumotiv“; „vom Stil her sehr ähnlich“ u. ä.). Das greift nicht durch. Für die Bestimmtheit des Klageantrages kommt es auf dessen Wortlaut an und dieser ist eindeutig, weil die Klägerin durch die zusätzliche Einblendung der konkreten Verletzungsform zum Ausdruck gebracht hat, dass es ihr lediglich darum geht, den Beklagten zu untersagen, eine so aufgemachte Dose wegen der verbal näher bezeichneten Einzelheiten der Ausgestaltung des Deckels nicht weiter zu vertreiben. 12
- b) Ebenso geht der Einwand fehl, die jüngere Rechtsprechung des BGH zur alternativen Klagehäufung (GRUR 2011, 521 – „TÜV I“; GRUR 2011, Rz. 27 – „TÜV II“) gebiete, dass die Klägerin klarstelle, in welcher Reihenfolge sie die auf unterschiedliche Normen (§ 4 Nr. 9 a; § 4 Nr. 9 b; § 5 Abs. 2 UWG) gestützten Ansprüche geltend machen wolle. Die Klägerin führt zur Begründung aller drei Tatbestände an, der Verkehr unterliege der Gefahr, das streitgegenständliche Produkt ihrer Serie zuzuordnen. Es handelt sich danach um dasselbe Klageziel, das – wenn auch unter Anführung unterschiedlicher Anspruchsgrundlagen (vgl. dazu näher BGH GRUR 2012, 184, Rz 14 f „Branchenbuch Berg“) - (im Wesentlichen) auf denselben Sachverhalt gestützt wird, und damit nicht um drei selbständige Streitgegenstände. Das ist auch für die Frage der Rufausbeutung seit der allerdings markenrechtlichen Entscheidung „Oscar“ des BGH (GRUR 2012, 621) nicht (mehr) zweifelhaft. 13
- 2.) Die danach auch insoweit zulässige wettbewerbsrechtliche Klage ist nicht begründet. Das folgt bereits aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung, die der Senat sich zustimmend zu eigen macht. Das Berufungsvorbringen der Parteien veranlasst lediglich folgende Ausführungen: 14
- a) Es besteht kein Anspruch auf Unterlassung des Vertriebs der „Gute Laune Brause-Taler“ in der angegriffenen Aufmachung wegen vermeidbarer Herkunftstäuschung aus § 4 Nr. 9 a UWG. 15
- aa) Die wettbewerbliche Eigenart der Produktserie der Klägerin ist gering. Die Klägerin vertreibt ein Produktsortiment mit überwiegend Süßwaren, das aktuell aus 22 Produkten besteht. Eine Auswahl dieser Produkte ist als Anlage K 1 (grünes Anlagenheft) bildlich wiedergegeben und von der Klägerin im Original vorgelegt worden. Zu diesen Produkten gehören auch die „Gute Laune Drops“. Die Klägerin stützt die wettbewerbsrechtlichen Ansprüche nicht auf dieses Produkt allein, sondern – zulässigerweise (BGH GRUR 1982, 305, 307 – „Büromöbelprogramm“; GRUR 2008, 793, Rz. 29 – „Rillenkoffer“) – auf ihr gesamtes Sortiment. Hierzu hat der Senat im Eilverfahren 6 U 71/11 in seiner Entscheidung vom 9.9.2011 formuliert, die wettbewerbliche Eigenart jener Serie ergebe sich ausschließlich aus der Kombination einzelner Gestaltungselemente, nämlich dem gelben Grundton der Verpackungen, der einheitlichen Schriftart und den an die Beschreibung von Gemütszuständen angelehnten Produktbezeichnungen („Liebeslakritze“; „Nervennahrung“ usw.). Der Senat hat dann weiter ausgeführt, die wettbewerbliche Eigenart sei deswegen gering, weil zum einen jedes der einzelnen Produkte auch deutlich unterschiedliche Elemente aufweise und zum anderen die übereinstimmenden Elemente wenig auffällig und für sich genommen nicht schutzfähig seien. Hieran ist festzuhalten. 16

Die den Seriencharakter begründenden Einzelheiten, nämlich der übereinstimmende Grundton der Verpackungen, die einheitliche Schriftart und die zwar unterschiedlichen, aber sämtlich an die Beschreibung von Gemütszuständen angelehnten Produktbezeichnungen machen nur einen kleinen Teil der Besonderheit der Produktausstattungen aus. Demgegenüber geben die übrigen zu dem Gesamteindruck der Produkte beitragenden Elemente, wie insbesondere die auffälligen jeweils deutlich unterschiedlich gearteten zeichnerischen Darstellungen auf den Verpackungen, den einzelnen Produkten ein jeweils individuelles Gepräge, das den Eindruck des Seriencharakters deutlich relativiert. Aus diesem Grunde lassen sich auch, worauf der Senat bereits im Eilverfahren ergänzend hingewiesen hat, in das Sortiment der Klägerin leicht andere Produkte - wie etwa die von den Beklagten vorgelegten des Herstellers I2 - einfügen.

Die gegen die Auffassung des Senats, der sich die Kammer angeschlossen hat, gerichtete Argumentation der Parteien greift nicht durch. Die Klägerin meint, die einzelnen Produkte ließen sich ohne Weiteres der Serie zuordnen, weil sie jeweils dasselbe Gestaltungskonzept aufwiesen, zu dem auch die individuelle Unterschiedlichkeit gehöre. Indes kann die Unterschiedlichkeit von Aufmachungselementen nicht die Zugehörigkeit zu einem Sortiment begründen. Der Senat legt daher auch der Entscheidung im vorliegenden Hauptsacheverfahren zugrunde, dass die Eigenart der Produkte des Sortiments der Klägerin darin besteht, dass die Verpackungen einzelner Produkte zwar übereinstimmen, aber eben auch deutliche Unterschiede in der Ausgestaltung der Deckel im Einzelnen aufweisen. Es trifft aber auch die Auffassung der Beklagten nicht zu, wonach die wettbewerbliche Eigenart allein durch die Präsentation der Produkte, also dadurch entstehen soll, dass und wie diese (alle) gemeinsam dem Kunden angeboten werden. Demzufolge ist auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass u.a. der Vertrieb des angegriffenen Einzelproduktes wegen der Gefahr einer fälschlichen Zuordnung zu dieser Serie verboten werden kann. 18

Eine weitere Schwächung der von Hause aus bestehenden wettbewerblichen Eigenart durch Produkte des Umfeldes auf dem Markt kann nicht festgestellt werden. Die Beklagten haben keine Umsatz- oder sonstigen Geschäftszahlen vorgetragen, aus denen sich eine solche Schwächung durch die Produkte von I2 oder anderen Anbietern auf dem deutschen Markt ergeben könnten. 19

bb) Es liegt nahe, in dem Produkt der Beklagten eine Nachahmung zu sehen. Die angegriffene Metalldose der „Gute Laune Brause-Taler“ weist im Deckel dieselbe oder zumindest eine ganz ähnliche Grundfarbe sowie Streumotive auf, die mit der Blume, der dampfenden Kaffeetasse und der angebrochenen Tafel Schokolade – wie die von der Klägerin verwendeten Elemente – eine positive seelische Grundhaltung ansprechen wollen. Die Frage der Nachahmung kann indes wie bereits im Verfügungsverfahren offenbleiben, weil eine solche aus den nachfolgenden Gründen jedenfalls nicht als vermeidbare Herkunftstäuschung unlauter wäre. 20

cc) Der Senat hält nach nochmaliger Überprüfung in veränderter Besetzung an seiner Auffassung fest, wonach es zu Herkunftstäuschungen in wettbewerblich relevantem Ausmaß nicht kommen wird. 21

Täuschungen über die betriebliche Herkunft des angegriffenen Einzelproduktes der Beklagten kommen (nur) in Betracht, wenn der Verbraucher annehmen könnte, es gehöre in die Serie der Klägerin. Deswegen kommt – das ist der Klägerin einzuräumen - dem von der Kammer angeführten Gesichtspunkt, dass das angegriffene Produkt nicht auch seinerseits zu einer - von den Beklagten angebotenen - Serie von Süßwaren gehört, für sich genommen keine besondere Bedeutung zu. 22

Ob die Gefahr von Herkunftstäuschungen besteht, ist nach der ständigen Rechtsprechung des BGH auf Grund des Gesamteindrucks der sich gegenüberstehenden Produkte festzustellen (vgl. z.B. BGH, GRUR 2005, 166 – „Puppenausstattungen“; GRUR 2009, 79, Rz. 25 – „Gebäckpresse“; GRUR 2010, 80, Rz 32 - „Like-a-Bike“). Danach kann der Vertrieb eines nachahmenden Erzeugnisses wettbewerbswidrig sein, wenn das nachgeahmte Produkt über wettbewerbliche Eigenart verfügt und besondere Umstände hinzutreten, die die Nachahmung unlauter erscheinen lassen. Das ist anzunehmen, wenn die Nachahmung geeignet ist, eine Herkunftstäuschung hervorzurufen und der Nachahmer geeignete und zumutbare Maßnahmen zur Vermeidung der Herkunftstäuschung unterlässt. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerblchen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblchen Umständen, so dass bei einer größeren wettbewerblchen Eigenart und einem höheren Grad der Übernahme geringere Anforderungen an die besonderen Umstände zu stellen sind, die die Wettbewerbswidrigkeit der Nachahmung begründen, und umgekehrt (vgl. z.B. BGH, a.a.O. „Gebäckpresse“, Rz. 27; „Like-a-Bike“, Rz 21). Bei der Beurteilung bedingt das Vorgehen der Klägerin nicht aus dem dafür allein in Betracht kommenden Einzelprodukt „Gute Laune Drops“, sondern aus ihrer ganzen Serie, dass nur solche Produkte Herkunftstäuschungen bewirken können, in deren Ausstattung zumindest im Wesentlichen die Elemente übernommen sind, die die Serie ausmachen. Eine unlautere Nachahmung setzt danach voraus, dass das angegriffene Produkt „Gute Laune Brause-Taler“ (auch) gerade diejenigen Elemente aufweist, die eben den Zusammenhalt des Sortiments der Klägerin begründen. Der Gesamteindruck kann aber auch von solchen Gestaltungselementen nicht unerheblich mitbeeinflusst werden, die für sich genommen die wettbewerblche Eigenart nicht ausmachen (vgl. BGH a.a.O. „Like-a-Bike“, Rz 34). Ausgehend hiervon hält der Senat die Gefahr von Herkunftstäuschungen nicht für gegeben.

23

Die wettbewerblche Eigenart des Sortiments der Klägerin ist aus den dargestellten Gründen gering. Der Anspruch setzt daher einen gesteigerten Grad der Ähnlichkeit der Produkte in dem maßgeblichen Gesamteindruck voraus. Ein solcher besteht nicht. Dabei ist der Klägerin zu konzедieren, dass das angegriffene Produkt zwei der Elemente, die die Serie begründen, zumindest in etwa übernimmt: So weist die angegriffene Metalldosenverpackung eine ähnliche gelbliche Grundfarbe auf und spielt die Produktbezeichnung „Gute Laune Brause-Taler“ wie diejenigen der Serie der Klägerin auf einen (positiven) Gemütszustand an. Dem stehen aber – wie der Senat schon in der Eilentscheidung ausgeführt hat – erhebliche Abweichungen gegenüber, die, auch wenn sie teilweise nicht die die wettbewerblche Eigenart begründenden Elemente betreffen, zu einem hinreichend abweichenden Gesamteindruck führen. So ist die von den Beklagten verwendete Schriftart deutlich von der Schrift unterschieden, die die Klägerin für alle ihre Produkte verwendet: Während jene eine flüssige Handschrift mit verbundenen Buchstaben darstellt, besteht die Schrift auf dem angegriffenen Produkt aus deutlich erkennbar voneinander abgesetzten Druckbuchstaben. Zudem erschöpfen sich die Ähnlichkeiten im Übrigen darin, dass auch auf dem Deckel des Produktes der Beklagten einzelne „niedliche“ Gegenstände in vergleichbarer Größe wie in der Serie der Klägerin verstreut positioniert sind, während die Motive sich deutlich in der verwendeten Grafik und dadurch unterscheiden, dass nur bei dem angegriffenen Produkt einzelne Elemente mit einem lachenden Gesicht versehen sind und so eine besondere Eigenart aufweisen. Der angemessen aufmerksame Durchschnittsverbraucher wird anhand dieser Unterschiede erkennen, dass das Produkt der Beklagten nicht Bestandteil der Serie der Klägerin ist.

24

Die Klägerin meint, die Gefahr der Einordnung des angegriffenen Produktes in ihr Sortiment werde anschaulich, wenn man wie auf dem auf S. 12 ihrer Berufungsbegründung (= Bl. 409)

25

wiedergegebenen Lichtbild einige ihrer Produkte verstreut arrangiere und darunter auch das Beklagtenprodukt einordne. Der dabei entstehende Eindruck, wonach die angegriffenen „Gute Laune Brause-Taler“ auf den ersten Blick in die Serie zu gehören scheinen, verhilft ihrer Berufung aber nicht zum Erfolg. Er beruht nämlich darauf, dass die wettbewerbliche Eigenart des Sortiments der Klägerin gering ist und aus den vorstehend unter aa) dargestellten Gründen die Einordnung anderer Produkte auch dann ermöglicht, wenn deutliche Abweichungen in der Ausgestaltung bestehen.

b) Der geltendgemachte Unterlassungsanspruch besteht auch nicht wegen Rufausbeutung aus § 4 Nr. 9 b UWG. 26

Eine Rufausbeutung ohne Herkunftstäuschung ist allerdings grundsätzlich möglich (BGH GRUR 2005, 349 ff. – „Klemmbausteine III“; GRUR 2010 1125, Rz. 42 – „Femur– Teil“). Dafür kann es aber, jedenfalls in der Süßwarenbranche, nicht genügen, dass der Verbraucher – was sicher der Fall sein wird – angesichts der „Gute Laune Brause-Taler“ an die Produkte der Klägerin erinnert wird. Erkennt der Verkehr nämlich, dass es sich nicht um ein Produkt aus jener Serie handelt, so hat er keinen Anlass, anzunehmen, dass es von gleicher Qualität wie das Sortiment der Klägerin sei. Das könnte allenfalls anders sein, wenn ein etwaiger guter Ruf dieses Sortiments aus einer hohen Bekanntheit der „Gute Laune“-Serie herzuleiten wäre. Eine solche kann aber schon auf der Grundlage des klägerischen Vortrags nicht angenommen werden. Danach ist die Klägerin allerdings mit gut 250 Filialgeschäften bundesweit in von ihr so genannten 1 A-Lagen vertreten und wird die Serie in ihren Filialgeschäften jeweils an herausgehobener Stelle präsentiert. Weiter werden die Produkte in der Vielzahl der "U"-Buchhandlungen angeboten. Angesichts der Umsatz- und Verkaufszahlen, die im Süßwarenmarkt nach der Kenntnis des Senats von den bekannten Anbietern (z.B. N2 und S) erzielt werden, vermögen indes gleichwohl die in der Klageschrift für die Jahre 2005, 2008, 2009 und 2011 vorgetragenen jährlichen Umsatzzahlen von 2 bis 5,5 Mio. € und die im gleichen Zeitraum verkauften Produkteinheiten zwischen 1,8 und 2,3 Mio. Stück eine gesteigerte Bekanntheit der Serie nicht zu begründen. Das gilt auch bei Berücksichtigung des Umstandes, dass es sich bei dem Sortiment der Klägerin nach ihrer Darstellung um hochwertige Produkte handelt, die eher zu speziellen Anlässen oder zum Verschenken gekauft werden. 27

c) Schließlich kann der Unterlassungsanspruch auch nicht wegen drohender Irreführung aus § 5 Abs. 2 UWG hergeleitet werden. 28

Der Vorschrift kommt neben § 4 Nr. 9 a UWG zumindest für den hier vorliegenden Fall der Geltendmachung eines Anspruches durch den Wettbewerber kein eigener Anwendungsbereich zu (vgl. Köhler/Bornkamm UWG, 30. Aufl. § 5 Rz 4.254; Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl., § 5 Rz 703; Harte-Henning/Dreyer, UWG, 2. Aufl., § 5 J Rz 17; Fezer/Peifer, UWG, 2. Aufl., § 5 Rz 430). Davon abgesehen besteht die Gefahr von Irreführungen aus den zur Frage von Herkunftstäuschungen dargelegten Gründen ohnehin nicht. Auch ungeachtet der Frage einer betrieblichen Zuordnung des Sortiments der Klägerin und dessen Nachahmung sowie unter Berücksichtigung der von der Klägerin für eine Irreführung des Verbrauchers bei bloßer Gegenüberstellung der Produkte angeführten Gründe, nämlich der ähnlichen Bezeichnung „Gute Laune Brause-Taler“, die ebenfalls auf Gemütszustände anspielt, und der erörterten gewissen Ähnlichkeiten der Aufmachung der Verpackungen, werden die aufgezeigten Unterschiede verhindern, dass sich eine etwaige Erinnerung des Verbrauchers an das Sortiment der Klägerin zu einer Verwechslung mit diesem oder einem zu ihm gehörenden Einzelprodukt verdichtet. 29

d)	Folgt danach der geltendgemachte Unterlassungsanspruch aus keiner der in Betracht kommenden Normen, so bestehen auch die auf der Grundlage eines angenommenen Unterlassungsanspruches weiter geltendgemachten Annexansprüche auf Auskunftserteilung und Schadensersatz sowie auf Erstattung vorgerichtlicher Kosten nicht.	
II.		31
	<u>Berufung der Beklagten</u>	32
	Auch die Berufung der Beklagten bleibt ohne Erfolg.	33
1.	Das gilt zum einen, soweit das Rechtsmittel sich gegen ihre Verurteilung auf Grund von Ansprüchen der Klägerin aus der Wort-Bildmarke „Gute Laune Drops“ richtet.	34
a)	Die inzwischen erfolgte Löschung der Klagemarke durch das Patent- und Markenamt hat auf das Verfahren keinen Einfluss.	35
	Die Löschung ist im Verletzerprozess solange unbeachtlich, als die Entscheidung nicht rechtskräftig ist (vgl. BGH GRUR 2010, 1103 f, RZ 19 – „Pralinenform II“). Die angefochtene erstinstanzliche Löschungsentscheidung könnte zwar einen Anlass zur Aussetzung des Verfahrens gem. § 148 ZPO darstellen (vgl. BGH GRUR 2003, 1040, 1042 – „Kinder“; Senat, WRP 2002, 249, 254 – „freelotto“), von der Anwendung dieser Ermessensvorschrift sieht der Senat jedoch ab. Die Aussetzung setzt voraus, dass dem Lösungsverfahren einige Erfolgsaussichten beizumessen sind (vgl. BGH GRUR 1987, 287 – „Transportfahrzeug“; Senat a.a.O.; OLG Hamburg GRUR-RR, 2003, 356 f – „TAE BO“). Diese bestehen nicht allein deswegen, weil das Patent- und Markenamt die Löschung angeordnet hat. Aus den nachfolgend im Rahmen der Darstellung der Verwechslungsgefahr näher darzulegenden Gründen ist es nach Auffassung des Senats auch nicht zutreffend, der aus der Anlage K 2 ersichtlichen Wortbildmarke „Gute Laune Drops“ mit dem Markenamt uneingeschränkt zu attestieren, sie weise lediglich einen „klaren und eindeutigen Begriffsinhalt auf und sei deswegen für Süßigkeiten eine ausschließlich beschreibende Sachangabe“. Der Senat hält es deswegen und angesichts der geringen Anforderungen, die nach der Rechtsprechung des EuGH (GRUR Int. 2004, 531 – „Henkel“) und des BGH (vgl. z.B. GRUR 2009, 949 – „My World“; GRUR 2009, 952 Rz 9 – „DeutschlandCard“) an die Eintragungsfähigkeit von Marken zu stellen sind, für eher wahrscheinlich, dass es im Instanzenzug nicht bei der Löschung der Marke bleiben wird, und sieht aus diesem Grunde von einer Aussetzung des Verfahrens ab. Insbesondere kann entgegen den Spekulationen der Beklagten aus früheren Entscheidungen des Bundespatentgerichts nichts für eine endgültige Löschung hergeleitet werden, zumal noch in Betracht kommt, dass gegen eine Entscheidung des Bundespatentgerichts im Lösungsverfahren gem. § 83 MarkenG das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde zugelassen und eingelegt wird.	36
b)	Der Unterlassungsanspruch ist aus § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG begründet. Auch insoweit verweist der Senat zunächst auf die zutreffenden Ausführungen der Kammer und macht sich diese zu eigen.	37
aa)	Die Klägerin begehrt die Unterlassung der Bezeichnung „Gute Laune Brause-Taler“ ausschließlich in der konkreten Form, wie sie derzeit von den Beklagten auf der von ihnen vertriebenen Dose verwendet wird. Das war auch bereits von Beginn des Verfahrens an ihr alleiniges markenrechtliches Unterlassungsbegehren. Die Klägerin hat allerdings mit Schriftsatz vom 26.09.2011 ihren Antrag neu formuliert (Bl. 316 a, 317). Die Beklagten wiederholen hierzu den Einwand, es handele sich um eine Teilklagerücknahme. Das trifft	38

indes nicht zu:

Die Klägerin hat die markenrechtlichen und die wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanträge in der Klageschrift sprachlich in der Form zusammengefasst, dass die jeweiligen Verbalisierungen, so wie sie auch später beibehalten worden sind, vor die Abbildung gezogen und miteinander mit „und/oder“ verbunden worden sind und die Produktausstattung, aus der auch die angegriffene Markenbezeichnung deutlich sichtbar ist, sodann – nur einmal – eingeblendet worden ist. Nach Einwänden der Beklagten hat sie die nunmehrige Antragsfassung, in der für beide Antragsalternativen jeweils getrennt die konkrete Verletzungsform eingeblendet worden ist, zum Gegenstand des Verfahrens gemacht. Die Auffassung der Beklagten, darin liege deswegen eine Klagerücknahme, weil der ursprüngliche Antrag nicht auf die konkrete Verletzungsform beschränkt gewesen sei, vermag der Senat nicht zu teilen. Bei der Auslegung des Klageantrags ist die Klagebegründung zu berücksichtigen. Aus dieser ergibt sich indes, dass der Klageantrag auch in der Fassung der Klageschrift schon im vorstehenden Sinne zu verstehen war. Das folgt aus dem Umstand, dass die Klägerin zur Begründung der Verwechslungsgefahr auch auf die nach ihrer Auffassung ähnliche Schriftart abgestellt hat (S.18) und diese nur aus der konkreten Verletzungsform ersichtlich ist. 39

bb) Die angegriffene Bezeichnung „Gute Laune Brause-Taler“ wird in der konkret angegriffenen Form – wie dies für Ansprüche aus § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG erforderlich ist (vgl. z.B. BGH a.a.O. „Pralinenform II“, Rz 25; GRUR 2009, 1055, Rz 49 – „airdsl“) - markenmäßig verwendet. Es handelt sich um die einzige Wortfolge auf dem Dosendeckel, der eine herkunftshinweisende Funktion zukommen kann. Die einzig hierfür alternativ in Betracht kommende Bezeichnung „Blinies“ ist zu klein im unteren Bereich der Dose angebracht, als dass sie im Verkehr eine Markenfunktion wahrnehmen würde. Zudem ist der Schriftzug in Form einer Marke, nämlich blickfangmäßig im oberen Bereich der Schauseite des Deckels, angebracht. Der Verkehr, der das Produkt der Beklagten erwerben will, wird nicht umhin können, diese als „Gute Laune Brause-Taler“, möglicherweise allenfalls verkürzt als „Gute Laune Taler“, zu bezeichnen. Er verwendet damit die angegriffene Bezeichnung als Marke. 40

Aus diesen Gründen trifft die Ansicht der Beklagten nicht zu, wonach die Angabe „Gute Laune Brause-Taler“ lediglich beschreibend bzw. als bloße Anpreisung oder Werbeaussage allgemeiner Art verstanden wird. Ebenso geht es fehl, wenn die Beklagten ihre Behauptung wiederholen, die Angabe „Gute Laune ...“ werde regelmäßig – und gerade auch in der Süßwarenbranche – lediglich zur Unterscheidung von Waren desselben Unternehmens verstanden. Der Verbraucher, dem (nur) das angegriffene Produkt begegnet, wird die Angabe „Gute Laune Brause-Taler“ als (Herkunfts-) Bezeichnung für eben dieses eine Süßwaren-Produkt und damit in der Funktion einer Marke auffassen. 41

cc) Es besteht die Gefahr von Verwechslungen zwischen der Klagemarke und der angegriffenen Bezeichnung in der konkreten Verletzungsform. 42

Die Prüfung der Frage, ob bei einander gegenüberstehenden Marken die Gefahr einer Verwechslung besteht, ist auf der Grundlage des jeweiligen Gesamteindrucks der in Frage 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 43

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 (ständige Rechtsprechung, vgl. z.B. BGH a.a.O. – „Pralinenform II“, Rz 37; GRUR 2010, 235, Rz 15 – „AIDA/AIDU“; GRUR 2009, 772 – „Augsburger Puppenkiste“; GRUR 07, 1066, 1067 f – „Kinderzeit“; GRUR 05, 523 f – „MEY/Ella May“; GRUR 05, 419, 422, – „Räucherlate“; 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“). Dabei ist auf den Standpunkt eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Adressaten der betroffenen Art von Waren oder Dienstleistungen abzustellen.

aaa) Die Klagemarke besitzt eine – wenn auch schwache – Kennzeichnungskraft. Der Senat hat bereits im Eilverfahren das Bestehen einer schwachen Kennzeichnungskraft angenommen und diese – was den Wortsinn angeht – damit begründet, dass zwar der Bestandteil „Drops“ rein beschreibend sei und auch der weitere Bestandteil „Gute Laune“ einen stark beschreibenden Anklang habe, der Verkehr aus dem Begriff „Gute Laune“ aber nicht auf das so bezeichnete Produkt werde schließen können. Hieran ist mit der Kammer festzuhalten. Von Süßigkeiten lässt sich zwar ein assoziativer Zusammenhang auch auf die allgemein anpreisende Formulierung „Gute Laune“ herstellen, hieraus ist aber nicht mit den Beklagten der Schluss zu ziehen, der gesamte Wortlaut der Klagemarke sei rein beschreibend: Der Verkehr, dem die Angabe „Gute Laune Drops“ für Drops begegnet, wird nicht annehmen, dass auf diese Weise die Wirkungsweise der Drops beschrieben wird, sondern er wird erkennen, dass ihm hier eine Ware gegenübertritt, die deren Hersteller als Hinweis auf den Herkunftsbetrieb mit der Bezeichnung „Gute Laune Drops“ versehen hat. Drops können keine gute Laune haben und es ist auch kein typisches Merkmal für Drops, dass der Konsument von ihnen gute Laune bekommt. Es ist aus diesen Gründen zwanglos vorstellbar, dass ein Kunde seinen entsprechenden Kaufwunsch mit „Ich hätte gerne die ‚Gute Laune Drops‘“ artikuliert. Es kommt hinzu, dass die verwendete Schriftart nicht gängig ist und die drei Wörter nicht neben- sondern übereinander angeordnet sind.

44

Der Auffassung der Beklagten, sämtliche Elemente, aus denen die Klagemarke bestehe, nämlich der Wortsinn von „Gute Laune Drops“ und das Schriftbild, seien jeweils für sich genommen nicht schutzfähig, woraus folge, dass die klägerische Wortbildmarke lediglich gegen eine – hier nicht vorliegende – identische Verwendung geschützt sei, kann danach nicht gefolgt werden. Es kann auch offenbleiben, ob auch angesichts der Löschungsentscheidung des Patent- und Markenamtes die grundsätzliche Bindungswirkung des Verletzungsgerichts an die Eintragung noch besteht. Dies hat der Senat zwar in dem Urteil „Platinrecords“ - 6 U 77/99 – mit der Begründung verneint, es bestehe kein Anlass, eine Bindungswirkung an eine für falsch gehaltene behördliche Entscheidung anzunehmen, nachdem die Behörde diese Entscheidung wieder aufgehoben habe. Das Senatsurteil betrifft aber die vorliegende Fallgestaltung nicht, weil die behördliche Entscheidung, die Marke einzutragen, nach Auffassung des Senats nicht für falsch zu halten ist. Unabhängig davon folgt die Kennzeichnungskraft der Klagemarke ohnehin ungedachtet der Bindungswirkung ihrer Eintragung aus den vorstehenden Gründen.

45

Wegen der beschriebenen assoziativen Anklänge und weil auch die verwendete Schriftart und –Weise sich nicht sehr von üblichen Schreibschriften abhebt, ist auch der Entscheidung im Hauptsacheverfahren allerdings eine lediglich geringe Kennzeichnungskraft der Klagemarke zugrunde zu legen.

46

bbb)	Die Waren, für die die Marke und das angegriffene Zeichen verwendet werden, sind als Bonbons identisch.	47
ccc)	Es ist schließlich daran festzuhalten, dass die sich gegenüberstehenden Zeichen nach ihrem maßgeblichen Gesamteindruck eine Ähnlichkeit im oberen durchschnittlichen Bereich aufweisen. Die Zeichen sind sich gerade in den Elementen ähnlich, die die – wenn auch geringe – Kennzeichnungskraft der Klagemarke begründen.	48
	Die beiden ersten Worte der Klagemarke, nämlich „Gute Laune“, sind in dem angegriffenen Zeichen identisch übernommen worden und auch hinsichtlich des verbleibenden dritten Wortbestandteils liegt eine Übereinstimmung insoweit vor, als dieses in beiden Zeichen mit „Drops“ bzw. „Brause-Taler“ das betreffende Produkt jeweils konkret beschreibt. Auch in bildlicher Hinsicht, nämlich der verwendeten Schriftart, ist eine deutliche Annäherung erfolgt. Der angegriffene Schriftzug ahmt wie die Klagemarke eine Handschrift nach und erinnert so an diese. Diese Umstände begründen einen Gesamteindruck des angegriffenen Zeichens, der von einer deutlichen Ähnlichkeit zu der Klagemarke geprägt ist. Demgegenüber relativieren die Abweichungen im Wortlaut („Brause-Taler“ anstelle von „Drops“), weil sie rein beschreibender Natur sind, und die unterschiedliche Anordnung der Wörter den ähnlichen Gesamteindruck nur in sehr eingeschränktem Maße.	49
ddd)	Ausgehend von einer Zeichenähnlichkeit im oberen durchschnittlichen Bereich besteht angesichts der Warenidentität trotz der nur geringen Kennzeichnungskraft der Klagemarke Verwechslungsgefahr. Das Publikum wird auch bei angemessener Aufmerksamkeit die Zeichen in hinreichendem Umfang unmittelbar miteinander verwechseln. Aber auch diejenigen Verbraucher, die erkennen, dass es sich nicht um die Klagemarke handelt, werden aus den vorstehenden Gründen auf wirtschaftliche Verbindungen zwischen den Parteien schließen und so einer Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne unterliegen.	50
dd)	Dem wegen der mithin bestehenden Verwechslungsgefahr aus § 14 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG folgenden Unterlassungsanspruch steht die Schutzschranke des § 23 Nr. 2 MarkenG nicht entgegen.	51
	Den Beklagten ist einzuräumen, dass die Angabe „Gute Laune Brause-Taler“ nicht nur kennzeichnend, sondern in gewissen Grenzen auch als Beschreibung für das angebotene Produkt verstanden werden kann, nämlich dahingehend, dass es sich um Brausetaler handle, von deren Verzehr man gute Laune bekomme. Die Schutzschranke des § 23 Nr. 2 MarkenG kann auch dann eingreifen, wenn die Bezeichnung – wie hier – auch markenmäßig benutzt wird (vgl. BGH GRUR 2004, 600, 602 – „d-c-fix“). Gleichwohl kommt sie den Beklagten nicht zu Gute, weil sich die Benutzung der Angabe „Gute Laune Brause-Taler“ in der allein angegriffenen Verletzungsform als Verstoß gegen die guten Sitten darstellt. Ein solcher Verstoß ist im Rahmen des § 23 Nr. 2 MarkenG dann anzunehmen, wenn der Verletzer bei Würdigung aller Umstände, die auch außerhalb der reinen Zeichenbenutzung liegen können, nicht alles unterlassen hat, was den berechtigten Belangen des Zeicheninhabers zuwiderläuft (vgl. EuGH GRUR 2004, 234 Rz 24 – „Gerolsteiner/Putsch“; BGH GRUR 2009, 1162 Rz 29 – „Dax“). So liegt es - wie der Senat bereits im Verfügungsverfahren befunden hat - hier. Die Beklagten haben, ohne dass dafür eine Notwendigkeit bestanden hätte, auch weitere Gestaltungselemente der mit der Klagemarke gekennzeichneten Produktserie der Klägerin übernommen. So verwenden sie eine aus den dargelegten Gründen ähnliche Schriftart, die an handschriftliche Druckbuchstaben erinnert, und für die Grundfarbe sogar einen sehr ähnlichen gelblichen Farbton. Weiter weist der Deckel ihrer Dose ebenso wie das Sortiment der Klägerin miteinander nicht verbundene Streumotive mit „niedlichen“ Elementen auf. Diese deutliche Annäherung an das Sortiment	52

der Klägerin, die zur Beschreibung der von den Beklagten vertriebenen Brausetaler nicht erforderlich ist, begründet aus den oben unter I. dargelegten Gründen zwar nicht die Gefahr von Herkunftstäuschungen, beeinträchtigt aber gleichwohl die berechtigten Belange der Klägerin und steht einer Anwendung von § 23 Nr. 2 MarkenG damit entgegen. Der hierzu von den Beklagten vorgebrachte Einwand, die übernommenen Elemente seien ihrerseits freihaltebedürftige Gestaltungsmerkmale, greift nicht durch. Für die Frage der Sittenwidrigkeit ist auf den Gesamteindruck der Markenverwendung auf dem Deckel der Dose unter Berücksichtigung auch von dessen weiterer Ausgestaltung abzustellen. Diese ist indes als individuelle Prägung einer gesamten Produktverpackung nicht freihaltebedürftig.

c) Erweist sich der Unterlassungsanspruch danach auch im Hauptsacheverfahren als begründet, so stehen der Klägerin auch die ihr von dem Landgericht zuerkannten markenrechtlichen Annexansprüche auf Auskunftserteilung und Schadensersatz zu. Der Senat sieht hierzu von näheren Ausführungen ab, weil die Berufung der Beklagten spezielle Einwände gegen die Verurteilung zu diesen Anträgen nicht vorbringt. Das gilt schließlich auch für die Zuerkennung des Teils der Abmahnkosten, der auf die markenrechtliche Abmahnung entfällt. 53

2. Die Berufung der Beklagten hat auch insoweit keinen Erfolg, als sie sich gegen die Abweisung der von ihnen erhobenen Widerklage richtet. 54

Gegenstand der Widerklage ist das Begehren der Freistellung von Kosten, die den Beklagten dadurch entstanden sind, dass ihr späterer Prozessbevollmächtigter mit Schriftsatz vom 7.9.2010 für sie zu den wettbewerbsrechtlichen Abmahnschreiben der Klägerin Stellung genommen hat. 55

a) Gegen die Auffassung der Kammer, dass für derartige Abwehrschreiben grundsätzlich keine Kosten zu ersetzen seien, wenden die Beklagten in erster Linie ein, es müssten die Grundsätze der Rechtsprechung zur ungerechtfertigten Schutzrechtsverwarnung herangezogen werden. Ebenso wie derjenige, der sich gegen eine solche Verwarnung verteidige, die dadurch entstehenden Anwaltskosten erstattet verlangen könne, müsse das für denjenigen gelten, der mit einer unberechtigten Abmahnung aus §§ 3, 4 Nr. 9 UWG überzogen werde. Dieser auch von Köhler (a.a.O., § 4, Rz 10.129) vertretenen Meinung folgt der Senat nicht. 56

Die Grundsätze der Rechtsprechung (vgl. z.B. BGH GRUR 1996, 812 f – „Unterlassungsurteil gegen Sicherheitsleistung“; GRUR 1997, 741 f – „Chinaherde“; GRUR 2004, 958 – „Verwarnung aus Kennzeichenrecht“), nach der eine ungerechtfertigte Schutzrechtsverwarnung regelmäßig rechtswidrig ist und Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB auslösen kann, bleiben nach der Entscheidung des großen Senats des BGH vom 15.7.2005 (GRUR 2005, 882 – „Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung“) zwar bei Bestand (vgl. BGH GRUR 2006, 219, Rz 14 – „Detektionseinrichtung II“), lassen sich aber nicht auf Abmahnungen wegen wettbewerbsrechtlicher Ansprüche übertragen, weil mit diesen die mit der Schutzrechtsverwarnung typischerweise verbundenen weitreichenden Beeinträchtigungen regelmäßig nicht einhergehen (vgl. BGH GRUR 2011, 152. Rz 63 – „Kinderhochstühle im Internet“ und Entscheidung vom 20.1.2011 BeckRS 2011, 03876; Bornkamm, a.a.O., § 12, Rz 1.70 und 1.72). 57

Eine unbegründete Abmahnung aus wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen kann allerdings gleichwohl Gegenansprüche etwa wegen gezielter Behinderung auslösen, wenn sie in Kenntnis des Umstandes ausgesprochen wird, dass die Ansprüche tatsächlich nicht bestehen (vgl. Bornkamm a.a.O. Rz 1.71). So verhält es sich hier aber nicht. Die Klägerin hat die 58

Abmahnungen nicht wider besseres Wissen ausgesprochen. Die Parteien waren beide schon im Abmahnverfahren anwaltlich vertreten und konnten die Risiken des wettbewerbsrechtlich begründeten Anspruches gleichermaßen beurteilen. Eine wettbewerbswidrige Behinderung der Beklagten im Sinne des § 4 Nr. 10 UWG liegt daher in den Abmahnungen nicht.

b) Der Freistellungsanspruch ist auch nicht aus § 678 BGB begründet. In der wettbewerbsrechtlichen Abmahnung kann allerdings – wie es bis zur Kodifizierung des Abmahnkostenersatzanspruches in § 12 Abs. 1 S. 2 UWG 2004 regelmäßig angenommen worden ist und in anderen Rechtsgebieten des gewerblichen Rechtsschutzes auch weiterhin angenommen wird – eine Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677 ff BGB gesehen werden. Diese wäre indes nur – wie es § 678 BGB voraussetzt – gegen den Willen der Beklagten als Geschäftsherren erfolgt, wenn deren entgegenstehender Wille für die Klägerin erkennbar gewesen wäre (vgl. Bornkamm, a.a.O., Rz 1.73). Daran fehlt es. Die (berechtigte) Abmahnung stellt sich deswegen als Geschäftsführung für den Abgemahnten dar, weil es in dessen Interesse liegt, auf ein wettbewerbswidriges Verhalten und die Möglichkeit hingewiesen zu werden, eine gerichtliche Auseinandersetzung zu vermeiden. Für die Klägerin wäre ein dem entgegenstehender Wille der Beklagten nur erkennbar gewesen, wenn sie die Unbegründetheit der Abmahnungen hätte erkennen können. So liegt der Fall indes nicht. Die Berechtigung der gegenüber beiden Beklagten ausgesprochenen Abmahnungen hing allerdings – wie sich aus den vorstehenden Darlegungen zu I ergibt - von einer Anzahl wertender Beurteilungen ab. Es stand damit für die Klägerin, das ist den Beklagten einzuräumen, nicht fest, dass ein anschließendes gerichtliches Verfahren zu ihren Gunsten ausgehen würde. Gleichwohl kann der Entscheidung nicht umgekehrt zugrundegelegt werden, die Klägerin habe die Abmahnungen ausgesprochen, obwohl deren fehlende Berechtigung über das übliche Prozessrisiko hinaus bereits erkennbar gewesen sei. Das folgt insbesondere aus dem Umstand, dass das Landgericht im Eilverfahren 81 O 313/10 (später verbunden mit 81 O 137/10) zunächst, nämlich mit Beschluss vom 16.9.2010, eine (nur) auf die wettbewerbsrechtlichen Ansprüche gestützte einstweilige Verfügung erlassen hat.

C 60

Bei der Kostenentscheidung, die für das Berufungsverfahren auf § 97 Abs.1 ZPO beruht, ist zu berücksichtigen, dass die Beklagten nicht nur hinsichtlich der markenrechtlichen Ansprüche, sondern auch mit der Widerklage unterlegen sind. Das führt zur Quotelung der Kosten in beiden Instanzen. 61

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 62

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die der Entscheidung zugrundeliegenden Rechtsfragen sind höchstrichterlich geklärt. Ihr Anwendung 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 weder zur Fortbildung des Rechts noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 543 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO). 63

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf 203.160,40 € festgesetzt, davon entfallen 100.000 € auf die Berufung der Klägerin und 103.160,40 € auf die Berufung der Beklagten. 64
