
Datum: 09.11.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 38/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:1109.6U38.12.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 352/11
Normen: ZPO § 148, MarkenG § 14

Tenor:

I. Die Berufung der Beklagten gegen das am 19.01.2012 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 31 O 352/11 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Beklagte auf der Klägerin unter Ziffer I.4. des landgerichtlichen Urteils zuerkannte außergerichtliche Rechtsanwaltskosten von 2.687,60 EUR Zinsen seit dem 23.06.2011 nur in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu zahlen hat.

II. Die Beklagte hat die Kosten der Berufung zu tragen.

III. Dieses Urteil und das angefochtene Urteil des Landgerichts sind (bis auf den Feststellungstenor zu Ziffer II. des landgerichtlichen Urteils) vorläufig vollstreckbar. Die Parteien dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht die jeweils gegnerische Partei vor der Vollstreckung Sicherheit leistet. Die Sicherheitsleistung beträgt

- hinsichtlich der Unterlassung 250.000,00 EUR
- hinsichtlich der Auskunft und Vernichtung jeweils 10.000,00 EUR
- hinsichtlich der Zahlung und der Kosten für die abwendende Partei 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren, für die vollstreckende Partei 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe :

I.

Die Klägerin ist in Deutschland Marktführerin bei dem Vertrieb von fremdsprachigen Wörterbüchern. Sie bietet zweisprachige Wörterbücher unter der Marke „Langenscheidt“ (bis auf das Programm ausschließlich für Kinder sowie vereinzelte Aktionsangebote) seit dem Jahr 1956 als Printversion sowie seit 1986 in Form von Audio-CD´s, CD-ROM´s, e-Books und Apps für Smartphones in einer gelben Farbausstattung an. Auf den Produkten findet sich außerdem das Logo eines in Blau (HKS 48) gehaltenen Buchstabens „L“ auf gelbem Grund. Darüber hinaus bietet die Klägerin seit 1986 unter der Marke „Langenscheidt“ weitere Sprachlernprodukte, so etwa Sprachkurse, Sprach-, Vokabel- und Grammatiktrainer sowie Sprachkalender, jedenfalls teilweise in dieser farblichen Aufmachung an. Der Vertrieb der klägerischen Produkte erfolgt über den Einzelhandel, über die Webseite der Klägerin sowie über e-commerce-Portale. Die Produktkataloge und sonstigen Werbematerialien sowie die Homepage der Klägerin sind gleichfalls in Gelb gehalten und regelmäßig mit dem blau-gelben „L“-Logo der Klägerin versehen.

Am 04.10.2010 wurde zu Gunsten der Klägerin unter dem Anmeldedatum des 07.03. 1996 die abstrakte Farbmarke Gelb (HKS 5) für zweisprachige Wörterbücher in Printform eingetragen. Zuvor hatte das Deutsche Patent- und Markenamt (im Folgenden DPMA) die Marken Anmeldung mit Beschluss vom 17.06.2008 unter Verweis auf die fehlende Unterscheidungskraft der Farbe sowie die dagegen gerichtete Erinnerung der Klägerin mit weiterem Beschluss vom 16.09.2008 zurückgewiesen. Gegen diese Beschlüsse hatte die Klägerin Beschwerde eingelegt und im Verlauf des Beschwerdeverfahrens ein Verkehrsgutachten der Firma H Deutschland vom 28.07.2009 vorgelegt, ausweislich dessen 69 % der als Verkehrsbeteiligte angesehenen Nutzer bzw. Verwender von zweisprachigen Wörterbüchern in der Farbe Gelb (HKS 5) im Zusammenhang mit fremdsprachigen Wörterbüchern einen Hinweis auf die Klägerin sahen. Das Bundespatentgericht hatte daraufhin mit Beschluss vom 28.10.2009 – 29 W (pat) 1/09 – die die Markeneintragung zurückweisenden Beschlüsse des DPMA mit der Begründung aufgehoben, die angemeldete Farbmarke sei zwar mangels Unterscheidungskraft von Hause aus nicht schutzfähig, habe sich aber im Verkehr durchgesetzt.

- Die im Oktober 2009 als hundertprozentige Tochtergesellschaft der US-amerikanischen S Inc. gegründete Beklagte bietet seit April 2010 in Deutschland Lernsoftware für insgesamt 33 Sprachen in einer gelben Kartonverpackung an, auf der die markenrechtlich geschützte Bezeichnung „S“ nebst einem blauen, nach Art einer Stele gestalteten und als Bildmarke eingetragenen Logo aufgedruckt ist. Der Vertrieb geschieht über die gleichfalls in Gelb gehaltene Webseite der Beklagten sowie über e-commerce-Portale und den Einzelhandel. Ob die amerikanische Muttergesellschaft der Beklagten bereits in den Jahren zuvor über deutsche Vertriebspartner Sprachlernsoftware in einer in einer gelben Grundfarbe gehaltenen Verpackung angeboten hatte, ist zwischen den Parteien streitig. Darüber hinaus schaltete die Beklagte im Frühjahr 2011 zur Bewerbung ihrer Sprachlernsoftware einen TV-Spot, bei dem sie ebenfalls einen gelben Farbton einsetzte. 5
- Mit anwaltlichem Schreiben vom 01.04.2011 mahnte die Klägerin die Beklagte wegen der Verwendung der gelben Farbe für die Produktverpackungen sowie in der Werbung ab und forderte sie vergeblich zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung, zum Rückruf und zur Vernichtung der Sprachlernkurse sowie zur Auskunft über den Zeitpunkt und Umfang in Deutschland erfolgter Verletzungshandlungen auf. 6
- Mit ihrer vorliegenden Klage nimmt die Klägerin die Beklagte auf Unterlassung der Bewerbung, des Angebots und des Vertriebs von Sprachlernsoftware in einer gelben Verpackung sowie der Verwendung der Farbe Gelb im Zusammenhang mit der Bewerbung derartiger Produkte (unter Einblendung einer Farbabbildung der Verpackung sowie von farbigen Screenshots der Homepage und des TV-Spots der Beklagten, wobei sie den „insbesondere“-Zusatz im Verlauf der ersten Instanz gestrichen hat), auf Vernichtung der im Besitz oder Eigentum der Beklagten stehenden Sprachlernsoftware in gelber Verpackung, auf Erstattung vorgerichtlicher Abmahnkosten in Höhe eines anfangs mit Rechts- und Patentanwaltskosten über 5.375,20 EUR bezifferten, im erstinstanzlichen Verlauf sodann auf Rechtsanwaltskosten von 2.687,60 EUR reduzierten Betrags nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit, auf Auskunft sowie auf Feststellung der Schadensersatzpflicht in Anspruch. Dabei leitet sie die Klageansprüche – in der Rangfolge der nachfolgenden Beanstandungen – aus der Verwendung einer angeblich mit ihrer Farbmarke verwechslungsfähigen Kennzeichnung, aus einer unlauteren Ausnutzung der Unterscheidungskraft und Wertschätzung ihrer vermeintlich bekannten Farbmarke, aus einer wettbewerbswidrigen Nachahmung, einer Irreführung und einer unzulässigen Imitationswerbung her. 7
- Die Beklagte hat am 10.08.2011 beim DPMA die Löschung der Klagemarke mit der Begründung beantragt, dass das demoskopische Gutachten der Firma H Deutschland vom 28.07.2009 auf einer fehlerhaften Verkehrsbefragung basiere und in Anbetracht der Verwendung einer gelben Grundfarbe für zahlreiche Wörterbücher und Sprachlernprodukte seitens einer Vielzahl von Verlagen sowie eines daraus resultierenden überragenden Freihaltebedürfnisses eine Verkehrsdurchsetzung der registrierten gelben Farbe erst bei einem Zuordnungsgrad von mehr als 90 % bejaht werden könne. 8
- Mit Urteil vom 19.01.2012 hat das Landgericht der Klage unter dem Gesichtspunkt der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr stattgegeben und den Antrag der Beklagten, das Verfahren bis zur Entscheidung über ihren Löschungsantrag auszusetzen, zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der diese ihren Antrag auf Klageabweisung, hilfsweise auf Aussetzung des Verfahrens weiter verfolgt. Für den Fall eines die Berufung zurückweisenden Urteils beantragt die Beklagte unter Verweis auf die Notwendigkeit zur Abänderung ihres Marktauftritts und der damit einhergehenden 9

Die Beklagte macht geltend, die zu Gunsten der Klägerin geschützte abstrakte Farbmarke sei mangels Verkehrsdurchsetzung nicht schutzfähig, da der spezifische Farbton HKS 5 wegen seiner durchgängigen Verwendung in Kombination mit dem blau-gelben Logo „L“ sowie mangels spezifischer Bewerbung just der Farbe Gelb vom Verkehr nicht als eigenständiger Herkunftshinweis verstanden werde. In diesem Zusammenhang wiederholt und vertieft sie ihre Einwände gegen das demoskopische Gutachten der Firma H Deutschland vom 28.07.2009 unter Verweis darauf, dass relevante Verkehrskreise nicht nur die tatsächlichen, sondern auch die potentiellen Nutzer wie auch die tatsächlichen und potentiellen Käufer von zweisprachigen Wörterbüchern seien, dass das Gutachten lediglich die Auswertung der nicht näher erläuterten Befragung beinhaltet habe, keine Frage nach der Wahrnehmung des speziellen Farbtons als Marke unter Vorhalt der von der Klägerin verwendeten Kombination mit dem Buchstabenlogo gestellt und das Prioritätsdatum nicht auf den Jahre späteren Zeitpunkt des Nachweises einer eventuellen Verkehrsdurchsetzung verschoben worden sei. Im Übrigen sei der im Verkehrsgutachten ausgewiesene Zuordnungsgrad von 69 % wegen des erhöhten Freihaltebedürfnisses für die Grundfarbe gelb zu gering, um von einer Verkehrsdurchsetzung der registrierten Farbe als Herkunftshinweis auf die Klägerin ausgehen zu können. Ergänzend legt die Beklagte nunmehr eine Verkehrsbefragung der J GmbH vom 27.07.2012 vor, nach der 51,2 % sämtlicher Befragten das ihnen vorgelegte Logo „blaues L auf gelbem Untergrund“ dem Unternehmen „Langenscheidt“ zugeordnet haben, von denen bei offener Fragestellung 36,4 % sowie bei gestützter Befragung 65,3 % gerade die gelbe Farbe als bedeutsam angesehen haben.

Außerdem habe das Landgericht, so führt die Beklagte an, außer acht gelassen, dass sie die Farbe Gelb nicht kennzeichenmäßig verwendet habe. Der Verkehr messe bei - ein anderes Marktsegment bedienenden - Softwareprodukten zum Erlernen einer Fremdsprache der insoweit häufig als Dekorationsmittel verwendeten Farbe Gelb keinen Herkunftshinweis bei. Dass der von der Klägerin eingesetzte Gelbton nicht nur für Wörterbücher, sondern auch für Sprachlernprodukte über eine erhebliche Bekanntheit verfüge, habe diese nicht dargelegt. Unter diesen Umständen setze sie (die Beklagte) die Farbe Gelb nur als dekoratives Gestaltungselement ein, zumal sie auf den Verpackungen ihrer Sprachlernsoftware als dominante Kennzeichnung die Bezeichnung „S“ nebst blauem Logo verwende und die gelbe Farbe demgegenüber – auch im Rahmen ihres werblichen Auftritts - nur als dekoratives Hintergrundelement diene.

Jedenfalls aber komme der abstrakten Farbmarke der Klägerin angesichts ihrer Registrierung kraft Verkehrsdurchsetzung nur für zweisprachige Wörterbücher in Printform ein eng begrenzter Schutzbereich zu, der sich nicht auf demgegenüber andersartige Sprachlernprodukte erstrecken könne, für die sich die Marke der Klägerin nicht durchgesetzt habe. Zudem sei eine etwaige Kennzeichnungskraft der Klagemarke kraft Eintragung keinesfalls erhöht, sondern vielmehr durch die vielfältige Nutzung der Farbe Gelb bei zweisprachigen Wörterbüchern sowie Sprachlernprodukten deutlich geschwächt und daher als gering zu bewerten. Überdies unterschieden sich die von den Parteien verwendeten Gelbtöne deutlich und würden für Produkte aus verschiedenen Marktsegmenten verwendet. Dementsprechend hätten ausweislich der Verkehrsbefragung der J GmbH vom 27.07.2012 bei der Vorlage von Abbildungen des blau-gelben „L“-Logos der Klägerin einerseits sowie einer gelben Fläche mit neutralisiertem Schriftzug und ihrem (der Beklagten) blauen Logo andererseits nur 14,8 % aller Befragten auf Produkte desselben Herstellers oder eine Verbindung zwischen den Herstellern geschlossen.

Zumindest aber habe die Klägerin etwaige Abwehransprüche verwirkt, da dieser der Vertrieb der streitgegenständlichen Sprachlernsoftware in der gelben Verpackung seit dem Jahr 2005 bekannt gewesen sei, ohne dass sie vor dem Jahr 2011 Beanstandungen dagegen erhoben habe.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil und verweist auf die ihrer Ansicht nach zutreffenden Erwägungen des Landgerichts. Sie hält die auf der Basis ihres gelb-blauen „L“-Logos erfolgte Verkehrsbefragung der J GmbH vom 27.07.2012 im Hinblick auf die Verkehrsdurchsetzung ihrer abstrakten Farbmarke Gelb (HKS 5) wie auch die Verwechslungsgefahr nicht für aussagekräftig. 14

Das DPMA hat mit Beschluss vom 19.06.2012 den Löschungsantrag der Beklagten zurückgewiesen. Hiergegen hat die Beklagte Beschwerde eingelegt, über die das Bundespatentgericht - 29 W (pat) 90/12 - noch nicht entschieden hat. 15

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil (§ 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO) sowie die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Der Schriftsatz der Beklagten vom 02.11.2012 hat vorgelegen, aber zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung (§§ 525 S. 1, 156 ZPO) keinen Anlass gegeben. 16

II. 17

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache – bis auf die Höhe des auf die Abmahnkosten zugesprochenen Zinssatzes - ohne Erfolg. 18

1. Das Landgericht hat zu Recht angenommen, dass der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus § 14 Abs. 5, Abs. 2 Nr. 2 MarkenG gerechtfertigt ist. Die Beklagte hat die für zweisprachige Wörterbücher in Printform geschützte Farbmarke Gelb (HKS 5) der Klägerin verletzt, indem sie für die Verpackung ihrer Sprachlernsoftware sowie für die Bewerbung jenes Produkts einen Gelbton benutzt hat, der mit dem durch die Klagemarke geschützten Farbton verwechslungsfähig ist. 19

a) Die Klagemarke stellt sich auf Grund ihrer Eintragung in das Markenregister nach § 4 Nr. 1 MarkenG als schutzfähig dar. 20

Das Verletzungsgericht ist an eine auf Grund ihrer Eintragung in Kraft stehende Marke gebunden und hat deshalb die Schutzfähigkeit des Zeichens nicht zu überprüfen (vgl. BGH GRUR 2005, 427, 428 – Lila-Schokolade; GRUR 2010, 1103 Rn. 19 – Pralinenform II). Der Senat sieht keinen Anlass, dem Begehren der Beklagten nach der Aussetzung des Verfahrens bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über ihren Antrag auf Löschung der Farbmarke gemäß § 148 ZPO nachzukommen. Er schließt sich der Einschätzung des Landgerichts an, dass für den Löschungsantrag der Beklagten mangels Vorliegens eines absoluten Schutzhindernisses im Sinne des § 50 Abs. 1 MarkenG keine überwiegenden Erfolgsaussichten (vgl. Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Auflage, § 14 Rn. 26) bestehen. 21

Der Senat teilt die vom Bundespatentgericht in seinem Beschluss vom 28.10.2009 – 29 W (pat) 1/09 -, vom DPMA in seinem Beschluss vom 19.06.2012 und vom Landgericht im angefochtenen Urteil geäußerte Auffassung, dass die Voraussetzungen für die Eintragung der Klagemarke als verkehrsdurchgesetztes Zeichen (§ 8 Abs. 3 MarkenG) vorlagen. Ob dafür bereits der Umstand spricht, dass die Klägerin mit ihren zweisprachigen, in einem gelben Farbton gehaltenen Wörterbüchern im Jahr 2009 einen Marktanteil von etwa 60 % 22

gehalten hat, erscheint zwar fraglich. Da auf den Wörterbüchern durchweg zusätzlich und deutlich sichtbar das Wort-/Bildlogo „L“ aufgebracht ist, kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass bei dem Verkehr ein markenmäßiges Verständnis in Bezug auf die gelbe Grundfarbe für sich genommen und nicht auf die Aufmachung insgesamt aufgekommen ist (vgl. BPatG GRUR 2005, 585, 590 – Farbmarke gelb; BGH GRUR 2010, 138 Rn. 39 – ROCHER-Kugel). Ein derartiges Verständnis ergibt sich indessen aus dem demoskopischen Gutachten der Firma H Deutschland vom 28.07.2009. Das Meinungsforschungsinstitut hat, auch wenn keine detaillierten Tabellen und Listen beigefügt worden sind, unter nachvollziehbarer Darlegung der befragten Personen sowie des Ablaufs und Inhalts der Befragungen mit Hilfe der vorgelegten Abbildung eines gelben Kästchens im Farbton HKS 5 (Frage 7, S. 7 des Gutachtens) ermittelt, dass 69 % (bei einer Schwankungsbreite zwischen 66 % und 72 %) der als beteiligte Verkehrskreise anzusehenden repräsentativen Anzahl von 931 Nutzern zweisprachiger Wörterbücher in der spezifischen konturlosen Farbe einen Hinweis auf einen bestimmten Verlag, namentlich auf die Klägerin, gesehen haben. Dass das Verkehrsgutachten durchgreifende, einer Verkehrsdurchsetzung der Farbe Gelb (HKS 5) entgegenstehende Mängel aufweist, hat die Beklagte nicht aufgezeigt.

Das Meinungsforschungsinstitut hat den befragten Personen zutreffend nicht das blaue Wort-/Bildzeichen „L“ auf gelbem Grund, sondern eine Farbfläche gezeigt. Denn die Klägerin hat die Farbe Gelb im geschäftlichen Verkehr nicht nur als Hintergrundfarbe für ihr Logo verwendet, sondern diese bei der Ausstattung ihrer Wörterbücher sowie im Rahmen ihres werblichen Auftritts auch außerhalb des - häufig noch zusätzlich durch eine rechteckige blaue Einrahmung räumlich abgegrenzten - Logos als durchgehende Farbfläche und damit als Hausfarbe ihres Unternehmens verwendet. Dass die Klägerin daneben regelmäßig das gelb-blaue „L“-Logo aufgebracht hat, steht einer kraft Benutzung geschaffenen Verkehrsdurchsetzung des gelben Farbtons für sich genommen nicht entgegen. Der Erwerb von Unterscheidungskraft einer Farbe auf Grund von Verkehrsdurchsetzung erfordert insbesondere in Fällen, in denen das Farbzeichen in Kombination mit weiteren Kennzeichen wie einem Logo verwendet wird, nicht notwendiger Weise eine eigenständige Benutzung des Farbtons (vgl. BPatG GRUR 2009, 167, 169 – Farbmarke Sonnengelb). Vielmehr muss in einem solchen Fall nachgewiesen werden, dass die maßgeblichen Verkehrskreise das Farbzeichen bei separater Benutzung als betrieblichen Herkunftshinweis verstehen (vgl. BGH GRUR 2008, 710 Rn. 38 – VISAGE; GRUR 2010, 138 Rn. 39 – ROCHER-Kugel; BPatG a.a.O.). Im Hinblick darauf diene das demoskopische Gutachten der Firma H Deutschland GmbH der Ermittlung, ob die angesprochenen Verkehrskreise der gelben Farbgebung, losgelöst von dem Wort-/Bildzeichen der Klägerin, einen Herkunftshinweis beimessen. 23

Bei den beteiligten Verkehrskreisen ist zu Recht nicht auf die Gesamtbevölkerung, sondern nur auf die Nutzer bzw. Verwender von zweisprachigen Wörterbüchern abgestellt worden. Nach der Lebenserfahrung kann aus den im angefochtenen Urteil zutreffend dargelegten Gründen nicht davon ausgegangen werden, dass zweisprachige Wörterbücher als Gegenstände des täglichen Bedarfs von jedermann eingesetzt werden. Belegt wird dies dadurch, dass 300 der von der Firma H Deutschland im Juli 2009 insgesamt befragten 1.231 Personen angegeben haben, sich zweisprachiger Wörterbücher niemals zu bedienen. Ausweislich der Verkehrsbefragung der J GmbH vom 27.07.2012 kaufen oder nutzen sogar 560 von 1.000 Befragten nie bzw. fast nie Wörterbücher oder Software zum Lernen fremder Sprachen. Dann aber scheiden derartige Personen auch als potentielle Abnehmer solcher Produkte aus. 24

Eine Erweiterung der maßgeblichen Verkehrskreise erscheint auch nicht im Hinblick darauf geboten, dass Personen, die zweisprachige Wörterbücher nicht selbst nutzen, dennoch theoretisch als potentielle Käufer in Betracht kommen. Der Erwerb derartiger Waren für Dritte als Geschenkartikel liegt wegen deren typischer Funktion als Lern- und/oder Unterrichtsmaterial nicht nahe. Auch soweit die Beklagte die Beschaffung eines Wörterbuchs seitens ein solches Produkt nicht selbst nutzender Eltern für ihre Kinder (etwa zu schulischen Zwecken) angeführt hat, ist die Einbeziehung dieses Personenkreises nicht unerlässlich, da die Anzahl derartiger Kaufsituationen nach Einschätzung des Senats zu vernachlässigen ist und etwaige davon betroffene Kinder angesichts der Befragung von Personen ab zehn Jahren in den maßgeblichen Verkehrskreis einbezogen worden sind. Doch selbst wenn dem demoskopischen Gutachten vom 28.07.2009 insoweit ein methodischer Mangel anhaften würde, wäre wegen der geringen Anzahl Wörterbücher nicht selbst nutzender Käufern der ermittelte Zuordnungsgrad allenfalls geringfügig zu reduzieren. Denn aus den dargestellten Gründen kann - anders als in dem der Entscheidung „ROCHER-Kugel“ des Bundespatentgerichts (GRUR 2008, 420, 424 f.) zu Grunde liegenden, einen „klassischen“ Geschenkartikel betreffenden Fall - nicht auf die Gesamtbevölkerung und damit nicht auf die Gesamtheit aller Befragten abgestellt werden.

Im Übrigen kommt es im Löschungsverfahren ohnehin nicht darauf an, ob die Eintragung kraft Verkehrsdurchsetzung auf Grund von Mängeln der damals vorgelegten Beweismittel fehlerhaft erfolgt ist. Vielmehr ist ein eingetragenes Zeichen nur zu löschen, wenn mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden kann, dass das Schutzhindernis der mangelnden Verkehrsdurchsetzung im Eintragungszeitpunkt tatsächlich vorlag (vgl. BGH GRUR 2009, 669 Rn. 31 – POST II; GRUR 2010, 138 Rn. 47 f. – ROCHER-Kugel). Diesen Nachweis hat die Beklagte durch die vorgelegte Verkehrsbefragung der J GmbH vom 27.07.2012 nicht geführt. Denn Gegenstand der Befragung war nicht der vorliegend maßgebliche abstrakte Farbton Gelb (HKS 5), sondern davon abweichend das konkrete Logo „blaues L auf gelbem Untergrund“. Dieses Logo haben im Übrigen spontan 62,3 % und gestützt 73,1 % des engeren Verkehrskreises der tatsächlichen und potentiellen Käufer bzw. Nutzer von Wörterbüchern oder Software zum Lernen fremder Sprachen dem Unternehmen der Klägerin zugeordnet. Von diesem maßgeblichen Verkehrskreis haben bei offener Befragung 59,5 % die Farbe (dabei 36,4 % ausdrücklich die gelbe Farbe, 20,1 % die Farbe(n) sowie 1 % die typische Farbe) sowie bei gestützter Befragung 65,3 % die gelbe Farbe als Hinweis auf den Betrieb der Klägerin angesehen.

26

Sofern die Beklagte weiter beanstandet, dass der Prioritätszeitpunkt auf das Datum der Markenmeldung im März 1996 und nicht gemäß § 37 Abs. 2 MarkenG auf den Zeitpunkt der durch das demoskopische Gutachten der Firma H Deutschland nachgewiesenen Verkehrsdurchsetzung im Juli 2009 bezogen worden ist, stellt dies keinen Umstand dar, der zur (Teil-)Löschung der Klagemarke führen kann. Da in § 50 Abs. 1 MarkenG für die Löschung einer Marke wegen Nichtigkeit nur auf die absoluten Schutzhindernisse der §§ 3, 7, 8 MarkenG, nicht hingegen auf die in § 37 Abs. 2 MarkenG geregelte Einschränkung bei der Prüfung einzelner Schutzhindernisse im Eintragungsverfahren verwiesen wird, findet diese im Löschungsverfahren keine Anwendung (vgl. Kirschneck in: Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Auflage, § 50 Rn. 12). Im Übrigen ist die Beklagte mit der Lernsoftware in der beanstandeten Produktverpackung sowie den begleitenden Werbemaßnahmen erst im April 2010 und damit später als die nachgewiesene Verkehrsdurchsetzung der Klagemarke im Juli 2009 auf den deutschen Markt getreten.

27

Die Klägerin hat die Farbe Gelb, wie für deren Markenregistrierung erforderlich, kennzeichenmäßig genutzt, indem sie nicht nur ihre Wörterbücher entsprechend eingefärbt,

28

sondern die Farbe darüber hinaus im Rahmen der Unternehmens- und Produktwerbung großflächig eingesetzt und sich dadurch einen durchgängigen und einheitlichen gelbfarbigen Marktauftritt verschafft hat, der die Farbe Gelb als ihre Hausfarbe ausgewiesen hat. Stellt eine Farbe einen wesentlichen Teil der „corporate identity“ eines Unternehmens dar, so wird diese als Herkunftshinweis und damit markenmäßig benutzt (vgl. BPatG vom 14.02.2007 – 26 W (pat) 15/00 -, BeckRS 2007, 08028).

Der im demoskopischen Gutachten vom 28.07.2009 ermittelte Zuordnungsgrad von jedenfalls 66 % (unter Berücksichtigung der Schwankungsbreite im Hinblick auf die Fehlertoleranz, vgl. BPatG GRUR 2010, 71, 73 – Farbe Lila; *Ströbele/Hacker* a.a.O. § 8 Rn. 567) genügte für die Annahme einer Verkehrsdurchgesetzten und deshalb eintragungsfähigen Marke. Aus dem Grad der Zuordnung eines Zeichens zu einem bestimmten Unternehmen folgt, dass dieses einem entsprechenden Anteil der Verkehrskreise nicht nur bekannt ist, sondern von ihm auch als Herkunftshinweis aufgefasst wird (vgl. BGH GRUR 2008, 510 Rn. 25 – Milchschnitte; GRUR 2010, 138 Rn. 52 ff. – ROCHER-Kugel). Dabei darf der Durchsetzungsgrad regelmäßig nicht weniger als 50 % betragen und kann sich je nach Ausmaß des Freihaltebedürfnisses der Mitbewerber erhöhen (vgl. BPatG GRUR 2009, 170, 173 – Farbmarke Rapsgelb; BeckRS 2007, 08028; *Ströbele* a.a.O. Rn. 507).

Nach diesen Kriterien verfügt die Klagemarke über einen für die Verkehrsdurchsetzung ausreichenden Zuordnungsgrad. Wie das DPMA in seinem Beschluss vom 19.06.2012 zutreffend ausgeführt hat, beansprucht die Klägerin keinen generellen Schutz für die Grundfarbe Gelb, sondern ausschließlich für den spezifischen Farbton Gelb (HKS 5) und auch diesen nur für das Warenssegment der zweisprachigen Wörterbücher in Printform. Angesichts dessen sowie unter Berücksichtigung, dass den Mitbewerbern - wie auch die von der Beklagten aufgezeigten Drittprodukte zeigen - für die Kennzeichnung von zweisprachigen Wörterbüchern eine Vielzahl gelber Farbtöne wie auch andere Farben zur Verfügung stehen, ist ein erhöhtes Freihaltebedürfnis nicht erkennbar. Dies gilt umso mehr, als der gelbe Farbton im Hinblick auf zweisprachige Wörterbücher keinen spezifischen Verwendungszweck umschreibt und deshalb keine naheliegende Farbgebung darstellt. Folgerichtig hat auch die Beklagte weder aufgezeigt, dass Wörterbücher von Drittunternehmen durchgehend just in dem Farbton Gelb (HKS 5) gehalten sind und jene Farbe dabei überdies nicht nur als – von einer Farbmarkenregistrierung nicht untersagtes - dekoratives Gestaltungselement, sondern kennzeichenmäßig eingesetzt wird. Bei der Verwendung eines in dem maßgeblichen Geschäftsbereich nicht weithin gebräuchlichen Farbtons hat der Bundesgerichtshof einen Zuordnungsgrad von 58 % für die Entstehung einer Benutzungsmarke als ausreichend erachtet (vgl. BGH GRUR 2004, 151, 153 – Farbmarkenverletzung I).

Ein vergleichbarer Durchsetzungsgrad wäre im Übrigen selbst dann erreicht, wenn der im demoskopischen Gutachten der Firma H Deutschland ermittelte Zuordnungsanteil von mindestens 66 % wegen einer geringfügig größeren Reichweite des maßgeblichen Verkehrskreises maßvoll zu reduzieren wäre. Dafür spricht nicht zuletzt die von der Beklagten veranlasste Verkehrsbefragung der J GmbH zu dem blau-gelben „L“-Logo der Klägerin, die für den gelben Farbanteil einen Zuordnungsgrad in einer Größenordnung von 60 % ergeben hat. Selbst bei Berücksichtigung der in jenem Verkehrsgutachten zu Grunde gelegten maximalen Fehlertoleranz von 3,7 % ergibt sich noch immer ein für die Verkehrsdurchsetzung ausreichender Zuordnungsgrad.

b) Die Beklagte hat den von ihr auf den Produktverpackungen sowie in der Werbung verwendeten Gelbton kennzeichenmäßig eingesetzt. Wird eine Farbe auf der Verpackung einer Ware verwendet, so kann allerdings nur ausnahmsweise angenommen werden, dass

der Verkehr aus der Farbe der Verpackung selbst auf die Herkunft der Waren schließt, da eine Farbe als solche nach den gegenwärtigen Gepflogenheiten grundsätzlich nicht als Mittel der Identifizierung verwendet wird. Eine solche Ausnahme setzt voraus, dass die Farbe als solche im Rahmen aller sonstigen Elemente in einer Weise hervortritt, dass sie als Kennzeichnungsmittel verstanden wird. Dies kann beispielsweise in Betracht kommen, wenn einerseits eine Gewöhnung des Verkehrs besteht, bei Waren der in Rede stehenden Art in der Farbe einen Herkunftshinweis zu sehen, und wenn die Farbe andererseits auch in der angegriffenen Verwendungsform ein wesentliches, durch herkömmliche Herkunftshinweise nicht in den Hintergrund gedrängtes Gestaltungsmittel ist (vgl. BGH GRUR 2005, 427, 428 f. – Lila-Schokolade; GRUR 2004, 154, 156 – Farbmarkenverletzung II). Diese Voraussetzungen sind sowohl für den von der Beklagten auf der Verpackung der Sprachlernsoftware als auch für den in der Produktwerbung benutzten Gelbton zu bejahen.

aa) Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ist der Verkehr für den Bereich der zweisprachigen Wörterbücher daran gewöhnt, dass ein bestimmter Farbton gleichbleibend als Herkunftshinweis für ein bestimmtes Unternehmen verwendet wird. So färbt die Klägerin ihre zweisprachigen „Langenscheidt“-Wörterbücher, mit denen sie einen Marktanteil von über 60 % einnimmt, seit Jahrzehnten in einem gelben Farbton ein und hat damit im Jahr 2009 einen den Mindestdurchsetzungsgrad von 50 % übersteigenden Kennzeichnungsgrad erreicht. Auch der Ernst Klett Verlag gestaltet seine zweisprachigen „PONS“-Wörterbücher, mit denen er einen Marktanteil von über 17 % hält, seit Jahrzehnten durchgängig und flächendeckend in einem speziellen Farb-(Grün)ton. Auch wenn es sich bei zweisprachigen Wörterbüchern nur um eines von mehreren Hilfsmitteln zum Erlernen einer Fremdsprache handelt, so prägen diese das Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise doch dahingehend, dass dem Verkehr die Verwendung einer bestimmten Hausfarbe als betriebliches Kennzeichen im Zusammenhang mit der Aneignung einer Fremdsprache geläufig ist. 33

Dann aber liegt ein solches Verkehrsverständnis auch im Hinblick auf anderweitige Sprachlernprodukte nahe. Wie das DPMA in seinem Beschluss vom 17.06.2008 ausgeführt hat, sehen die angesprochenen Verkehrskreise nach der Lebenserfahrung zweisprachige Wörterbücher sowie sonstige zweisprachige Lehr- und Arbeitsmittel nicht als voneinander unabhängige selbstständige Marktsegmente an und differenzieren deshalb dazwischen nicht streng. Ein solches Verständnis entspricht der Wahrnehmung der ebenfalls zu den angesprochenen Verkehrskreisen zählenden Mitglieder des Senats. Dafür spricht weiter, dass die Klägerin – mit Ausnahme ihres Kinder- und Jugendprogramms - und der Ernst Klett Verlag ihre weiteren allgemeinen Sprachlernprodukte für Endanwender seit vielen Jahren ebenfalls in den entsprechenden Farbtönen halten. Soweit die Beklagte weitere Sprachlernprodukte in anderen Farben aus dem Hause der Klägerin angeführt hat, hat die Klägerin unwidersprochen vorgebracht, dass es sich um Waren handelt, die in speziellen Institutionen der Erwachsenenbildung eingesetzt oder nicht unter der Bezeichnung „Langenscheidt“ vermarktet werden. 34

Demgegenüber kann nicht angenommen werden, dass die angesprochenen Verkehrskreise auf Grund der von der Beklagten angeführten zahlreichen weiteren, (auch) in Gelb gehaltenen Sprachlernprodukte die Farbe Gelb bei derartigen Erzeugnissen nur als dekoratives Gestaltungselement ansehen. Die Beklagte hat nicht schlüssig dargelegt, dass dem Verkehr zum Kollisionszeitpunkt im April 2010 die von ihr angeführten Wörterbücher und sonstigen Sprachlernprodukte – sofern diese überhaupt in einem ähnlichen Gelbton gehalten sind - in nennenswertem Umfang bekannt waren. Die vorgelegten Katalogauszüge beziehen sich auf das Jahr 2011, also auf einen Zeitpunkt, als nach der Klägerin auch die Beklagte 35

bereits seit Monaten Sprachlernprodukte in gelbem Grundton auf den deutschen Markt gebracht hatte. Zudem lassen die Kataloge für sich genommen noch nicht darauf schließen, dass die darin ausgewiesenen Sprachlernprodukte nicht nur in den jeweiligen Verlagsprogrammen enthalten waren, sondern dem Verbraucher auch weitergehend im Einzelhandel in nennenswertem Umfang gegenübergetreten sind. Entsprechendes gilt für die von der Beklagten vorgelegten Internetausdrucke aus dem Jahr 2011, die im Übrigen für die Präsentation der Sprachlernprodukte im Einzelbuchhandel als einem von mehreren typischen Vertriebswegen keine Aussagekraft besitzen. Auf die mangelnde Substantiierung des Vortrags zur Marktpräsenz gelbfarbiger Drittprodukte hat das Landgericht im angefochtenen Urteil hingewiesen, ohne dass die Beklagte ihren Vortrag daraufhin konkretisiert hat.

Hinzu kommt, dass die Verpackungen der Sprachlernsoftware der Beklagten deutlich anders als die meisten der von ihr angeführten Drittprodukte gestaltet sind. So verwendet die Beklagte den gelben Farbton nicht nur als einzelnes untergeordnetes Stilelement neben anderen Gestaltungsmerkmalen, sondern als flächig und durchgängig eingesetzte Einzelfarbe der Gesamtverpackung, in die nach Art eines dekorativen Querstreifens nebeneinander angeordnete Fotografien eingebettet sind. Zudem hat die Beklagte die gelbe Farbgebung nicht lediglich als eines von mehreren farblichen Ordnungsmitteln für einzelne Sparten oder Schwierigkeitsgrade gewählt, wie dies nach ihrem Vorbringen bei anderen Drittprodukten gängig ist. Vielmehr sind die Verpackungen sämtlicher ihrer in 33 Sprachen angebotenen Sprachlernprodukte in dem angegriffenen gelben Farbton gehalten und dienen auf diese Weise aus Sicht des Verkehrs – ähnlich wie bei den „Langenscheidt“-Sprachlernprodukten der Klägerin und den „PONS“-Sprachlernprodukten des Ernst Klett Verlags - als das Unternehmen der Klägerin kennzeichnende Hausfarbe. 36

Dieser Eindruck eines betrieblichen Herkunftsfarbzeichens wird dadurch weiter verstärkt, dass die Beklagte bei der Bewerbung ihrer Sprachlernsoftware und im Rahmen ihres allgemeinen werblichen Auftritts den streitgegenständlichen gelben Farbton gezielt als Wiedererkennungszeichen einsetzt. So ist ihre Homepage durchgängig in einer gelben Fläche gehalten, in die die konkreten Internetinhalte eingebettet sind. Auf der Frankfurter Buchmesse im Oktober 2010 hat die Beklagte ihren Messestand in Gelb präsentiert. Zudem ist in dem im Frühjahr 2011 geschalteten TV-Spot der Beklagten die eingeblendete Sprachlernsoftware in der gelben Verpackung auf einer gelbfarbigen, etwa ein Drittel des Bildes in Anspruch nehmenden Tischfläche präsentiert und um gelbfarbige Textblinker ergänzt worden. Überdies hat die Beklagte in der Folgezeit an öffentlichen Plätzen Plakatwerbung geschaltet sowie in Einkaufszentren Verkaufsstände aufgestellt, auf denen ein gelber Farbton großflächig Verwendung gefunden hat. Dabei ist die Farbe Gelb durchweg nicht nur als Untermauerung der Bezeichnung „S“ und/oder des blauen Logos der Beklagten, sondern auch außerhalb eines räumlichen Zusammenhangs mit diesen Kennzeichen eingesetzt worden. 37

Unter diesen Umständen hat die Beklagte den angegriffenen gelben Farbton nicht nur bei der Produktverpackung (Unterlassungsantrag zu I.1.a)), sondern auch im Rahmen ihres werblichen Auftritts (Unterlassungsantrag zu I.1.b)) zur Kennzeichnung der Herkunft der Sprachlernsoftware aus ihrem Unternehmen benutzt. Zwar ist es der Verbraucher in der Regel nicht gewohnt, der Verwendung einer Farbe in der Werbung für sich genommen einen Herkunftshinweis zu entnehmen, da eine Farbe als solche regelmäßig nur als Gestaltungsmittel, nicht aber zur Kennzeichnung der Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen verwendet wird. Etwas anderes gilt allerdings, wenn die Farbe als solche im Rahmen der sonstigen Elemente – etwa auf Grund von Kennzeichnungsgewohnheiten oder der Verwendung als einzige Farbe und wichtigstes sowie signalhaft eingesetztes 38

Gestaltungsmittel - in einer Weise hervortritt, dass sie als Kennzeichnungsmittel verstanden wird (vgl. BGH GRUR 2004, 151, 154 – Farbmarkenverletzung I; GRUR 2004, 154, 155 – Farbmarkenverletzung II).

Dies ist vorliegend auf Grund der durchgängigen Verwendung desselben Farbtons, an die der Verkehr von den zweisprachigen Wörterbüchern sowie den sonstigen „Langenscheidt“-Sprachlernprodukten der Klägerin (gelb) und der „PONS“-Produkte des Ernst Klett Verlags (grün), aber auch von dem Internetauftritt jener Verlage unter den Domains „www.langenscheidt.de“ und „www.pons.de“ gewöhnt ist, der Fall. Soweit die Beklagte auf den werblichen Einsatz vermeintlich gelber Farbtöne im Internetauftritt auch anderer Verlage verweist, kann sie daraus nicht abweichend eine Gewöhnung des Verkehrs an den bloß dekorativen Einsatz eines gelben Farbtons bei der werblichen Präsentation von Sprachlernprodukten herleiten. Auf den unter der Domain „www.klett.de“ präsentierten Internetseiten der Klett Verlagsgruppe und des Georg Westermann Verlags für die Schulbuchmarke „Schoeningh“ wird kein gelber, sondern ein signalfarbiger Orangeton eingesetzt. Der Schroedel Verlag bietet nach dem unwidersprochenen Vorbringen der Klägerin auf seiner Internetseite – in der die Farbe Gelb im Übrigen nur vereinzelt neben weiteren Farben zum Einsatz kommt – keine Sprachlernprodukte, sondern Informationen für Lehrer und Schüler an. Auch in den in Gelb gehaltenen Internetauftritten der C GmbH werden mit dem „Duden“ keine Produkte zum Erlernen einer Fremdsprache, sondern deutsche Lexika und Schulbücher vorgestellt.

bb) Die Beklagte benutzt sowohl auf den Produktverpackungen als auch in ihrem werblichen Auftritt den angegriffenen gelben Farbton als eigenständiges Kennzeichen. Allerdings findet sich auf der Verpackung der Sprachlernsoftware in der oberen Hälfte der Vorderseite und damit an einer Stelle, wo typischer Weise eine Marke platziert wird, zusätzlich das Wortzeichen „S“ nebst dem blaufarbigen Logo nach Art einer halbrunden Stele. Auch im Internetauftritt der Beklagten sowie in dem angegriffenen Werbespot werden jene Wort- und Bildzeichen auf der gelben Fläche präsentiert. Jene Kennzeichnungen sind für das angebotene Produkt von Hause aus unterscheidungskräftig, ohne dass es auf ihre - vom Landgericht verneinte – Bekanntheit ankäme. Dass die vom Landgericht weiter angeführte Bedeutung des Begriffs des Steins von Rosetta für das Erlernen von Sprachen einem erheblichen Anteil der angesprochenen Verkehrskreise bekannt ist, kann aus Sicht des Senats schon nicht angenommen werden und würde ohnehin allenfalls zu beschreibenden Anklängen führen, ohne die Unterscheidungskraft der Zeichen für Sprachlernsoftware entfallen zu lassen. Unbeschadet dessen ist der von der Beklagten gewählte gelbe Farbton jedoch neben den eingesetzten Wort- und Bildzeichen als eigenständiges Kennzeichen zu bewerten.

Bei der Verwendung mehrerer Zeichen kommt es maßgeblich darauf an, ob die angegriffene Gestaltung vom angesprochenen Verkehr wie bei einem Gesamtzeichen im Zusammenhang wahrgenommen wird oder ob – möglicherweise auf Grund bestimmter Werbemaßnahmen oder Kennzeichnungsgewohnheiten, z. B. der häufigen Verwendung von Zweitmarken allgemein oder insbesondere auf dem in Frage stehenden Warenggebiet – der Verkehr daran gewöhnt ist, in einer Gesamtaufmachung einzelnen Elementen eine eigenständige, von derjenigen anderer Bestandteile unabhängige Kennzeichnungsfunktion zuzuerkennen (vgl. BGH GRUR 2002, 171, 174 – Marlboro-Dach; OLG Hamburg GRUR-RR 2004, 245, 247 – magenta; BPatG GRUR 2009, 167, 170 – Farbmarke Sonnengelb). Letzteres kann insbesondere in Betracht kommen, wenn ein Anbieter eine Farbe durchgängig und damit als für sein Unternehmen charakteristisch verwendet (vgl. OLG Hamburg GRUR-RR 2008, 293, 295 – Rotkoffer). Ob der angesprochene Verkehr einem einzelnen Kennzeichen innerhalb der

Gesamtaufmachung eine selbstständig kennzeichnende Funktion beimit, ist auch von der Art und Weise abhängig, in der die Bestandteile verwendet werden, insbesondere von ihrer räumlichen Anordnung (vgl. BGH a.a.O. S. 175; OLG Hamburg a.a.O.).

Wie aufgezeigt, ist der Verkehr bei Wörterbüchern als gängigen Hilfsmittel für das Erlernen einer Fremdsprache, aber auch bei sonstigen Sprachlernprodukten auf Grund des entsprechenden Geschäftsgebahrens der Klägerin für ihre „Langenscheidt“-Produkte sowie des Ernst Klett Verlags für seine „PONS“-Produkte daran gewöhnt, der durchgängigen Verwendung eines bestimmten Farbtons bei den Verpackungen und im Rahmen des werblichen (Internet-)Auftritts den Charakter eines eigenständigen Herkunftshinweises beizumessen. Eine solche Vorstellung wird er auch im Hinblick auf die von der Beklagten angebotene und beworbene Sprachlernsoftware entwickeln, da diese den angegriffenen gelben Farbton bei sämtlichen ihrer Produkte nicht nur als farbliche Untermalung und nicht ausschließlich im räumlichen Zusammenhang mit dem Wortzeichen „S“ und/oder ihrem blauem Logo verwendet, sondern auch außerhalb jener Kennzeichen einsetzt. So ist jegliche Produktverpackung durchgehend in der Farbe Gelb gehalten. Auch im Internet, im TV-Werbespot, auf den Werbeplakaten sowie an den Points of Sale wird der gelbe Farbton unabhängig von den Wort- und Bildmarken der Beklagten großflächig eingesetzt. Unter diesen Umständen nimmt der Verkehr die Farbe Gelb auf den Produktverpackungen und in den Werbemaßnahmen der Beklagten nicht nur als die Bezeichnung „S“ und/oder das Bildzeichen unselbstständig ergänzende oder durch diese kennzeichenmäßig gar verdrängtes Farbzeichen, sondern als davon unabhängiges eigenständiges Kennzeichen nach Art einer Hausfarbe wahr.

42

c) Das Landgericht hat zu Recht angenommen, dass zwischen der für zweisprachige Wörterbücher in Printform eingetragenen Farbmarke Gelb (HKS 5) der Klägerin und dem von der Beklagten für die Bewerbung, das Angebot und den Vertrieb von Sprachlernsoftware verwendeten gelben Farbkennzeichen Verwechslungen im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zu befürchten sind.

43

Die Frage, ob zwischen zwei Zeichen Verwechslungsgefahr im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG besteht, ist unter Heranziehung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht zu ziehenden Faktoren der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke sowie der Zeichen- und der Warenähnlichkeit, so dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Zeichen oder durch eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (vgl. BGH GRUR 2005, 427, 429 – Lila-Schokolade; GRUR 2007, 1066, 1067 f. – Kinderzeit; GRUR 2010, 1103 Rn. 37 – Pralinenform II). Bei der Beurteilung ist auf den Standpunkt eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Adressaten der betroffenen Art von Waren abzustellen. Nach diesen Maßstäben hat das Landgericht das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr zwischen der Klagemarke und den angegriffenen Kennzeichnungen zutreffend bejaht.

44

aa) Die Farbmarke Gelb (HKS 5) der Klägerin stellt sich als jedenfalls normal kennzeichnungskräftig dar. Eine auf Grund Verkehrsdurchsetzung eingetragene Marke besitzt regelmäßig eine mindestens durchschnittliche Kennzeichnungskraft (vgl. BGH GRUR 2007, 1066 Rn. 34 – Kinderzeit; GRUR 2010, 1103 Rn. 40 – Pralinenform II; Ingerl/ Rohnke a.a.O. § 8 Rn. 354, § 14 Rn. 630). Dies gilt auch im vorliegenden Fall. Die in Gelb gehaltenen Wörterbücher der Klägerin verfügen über eine langjährige Marktpräsenz, die den Produkten einen beträchtlichen Bekanntheitsgrad beschert hat. Im Hinblick darauf ist, basierend auf dem

45

demoskopischen Gutachten der Firma H Deutschland vom 28.07.2009, von einer den Mindestgrad von 50 % überschreitenden Verkehrsdurchsetzung im Jahr 2009 auszugehen. Auch in der Folgezeit sind die gelbfarbigen Wörterbücher der Klägerin intensiv weiter vertrieben worden. Dementsprechend hat die Klägerin mit ihren gelbfarbigen fremdsprachigen Wörterbüchern nach einer Erhebung des Marktforschungsinstituts media control GfK im Jahr 2010 einen Marktanteil von 61,35 % erzielt.

Von einer Schwächung der originär zumindest durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Klagemarke auf Grund der kennzeichenmäßigen Einfärbung anderer Wörterbücher und/oder sonstiger Sprachlernprodukte von Drittanbietern in demselben oder einem ähnlichen Gelbton kann nicht ausgegangen werden. Dabei kann offen bleiben, ob die gelbe Farbe bei den von der Beklagten angeführten Produkten überhaupt kennzeichenmäßig verwendet wird. Jedenfalls kann mit dem Landgericht mangels konkreter Darlegungen der Beklagten zu Dauer und Umfang der Benutzung etwaiger Drittfarbzeichen nicht angenommen werden, dass der Verbraucher auf Grund jener Erzeugnisse zu einer sorgfältigeren Unterscheidung veranlasst wird. Eine Schwächung der Kennzeichnungskraft durch Drittzeichen setzt voraus, dass diese in gleichen oder eng benachbarten Branchen und in einem Umfang in Erscheinung treten, der geeignet erscheint, die erforderliche Gewöhnung des Verkehrs an die Existenz weiterer Kennzeichen im Ähnlichkeitsbereich zu bewirken. Allein die Anzahl der Drittzeichen reicht zur Darlegung einer Schwächung der Kennzeichnungskraft nicht aus. Vielmehr bedarf es dezidierter Darlegungen zum Umfang der Tätigkeit der Drittunternehmen und der Bekanntheit ihrer Kennzeichnungen am Markt (vgl. BGH GRUR 2009, 685 Rn. 25 – ahd.de; Ingerl/Rohnke a.a.O. § 14 Rn. 652). Denn nur in diesem Fall sind ein identisches oder ähnliches Produkt eines Drittanbieters von größerer Marktbedeutung oder eine Vielzahl derartiger Erzeugnisse kleinerer Hersteller oder Vertreiber durch die dauerhafte kennzeichenmäßige Verwendung ähnlicher Farbtöne in der Lage, den Verkehr dahin zu beeinflussen, die Farbunterschiede stärker zu beachten (vgl. OLG Bremen vom 28.02.2002 – 2 U 88/01 – Rn. 27, zitiert nach juris).

Diesbezüglichen Vortrag hat die Beklagte auch im Berufungsverfahren, obgleich die Klägerin die Marktbedeutung der von ersterer angeführten Produkte mit Nichtwissen bestritten hat, nicht eingeführt. Die bloße Vorlage von Verlagskatalogen, Internetausdrucken und Fotografien aus der – noch nicht einmal das gesamte diesbezügliche Produktsortiment wiedergebenden - Sprachabteilung einer Buchhandlung aus dem Jahr 2011 genügt ohne zusätzliche substantiierte Angaben dazu, dass die angeführten Produkte schon beträchtliche Zeit vor dem Kollisionszeitpunkt im April 2010 in erheblichem Umfang angeboten und/oder vertrieben worden sind, nicht. Insoweit mag man zwar als gerichtsbekannt ansehen, dass der von der Beklagten angeführte Duden seit geraumer Zeit in erheblichen Umfang vertrieben wird. Hierbei handelt es sich jedoch um ein anderes Marktsegment, das die Rechtschreibung deutscher Wörter und nicht wie zweisprachige Wörterbücher deren Übersetzung in eine Fremdsprache und damit einen anderen Verwendungszweck betrifft. Soweit die Beklagte sich näher zum Verbreitungsgrad des in einer durchgängigen Hintergrundfarbe gehaltenen Online-Wörterbuchs „leo.org“ geäußert hat, weicht der dort verwendete Farbton von der Klagemarke deutlich ab, indem er heller und blasser sowie eher in Beige als in Gelb gehalten ist.

Hinsichtlich der Behauptung der Beklagten, ihre amerikanische Muttergesellschaft habe bereits seit dem Jahr 2005 Sprachlernsoftware in in dem streitgegenständlichen Gelbton gehaltenen Verpackungen auf dem deutschen Markt vertrieben, hat das Landgericht zu Recht darauf verwiesen, dass das Beklagtenvorbringen mangels näherer Darlegungen, welche genaue Anzahl von Sprachlernsoftware auf welchen konkreten Vertriebswegen auf

dem deutschen Markt in den Verkehr gebracht worden ist, unsubstantiiert ist. Zudem sind nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten im Jahr 2005 zunächst andersartige Verpackungen eingesetzt worden, auf denen auf der Vorderseite zusätzlich prominent ein Globus abgebildet worden und die gelbfarbige Fläche dadurch geringer ausgefallen ist. Ab welchem nachfolgenden Zeitpunkt die streitgegenständliche Verpackung auf dem deutschen Markt angeboten worden sein soll, hat die Beklagte nicht angegeben. Im Übrigen kann an Hand der auch nach dem Beklagtenvortrag überschaubaren Verkaufszahlen von wenigen tausend Sprachlernsoftwareprodukten auf dem deutschen Markt nicht von einer Schwächung der Kennzeichnungskraft der Klagemarke ausgegangen werden.

Entsprechendes gilt, soweit die Beklagte auf den werblichen Einsatz vermeintlich gelber Farbtöne im Internetauftritt anderer Verlage verweist. Seit wann die von ihr angeführten Internetseiten in der angegebenen Form farblich ausgestaltet sind, hat die Beklagte nicht dargelegt. Wie ausgeführt, unterscheiden sich im Übrigen entweder die gewählten Farbtöne deutlich von der Klagemarke oder werden auf den entsprechenden Webseiten keine Sprachlernprodukte für die eigenständige Nutzung durch den Endverbraucher präsentiert. 49

bb) Die Sprachlernsoftware der Beklagten, für die diese den angegriffenen gelben Farbton verwendet, weist mit den durch die Farbmarke der Klägerin geschützten zweisprachigen Wörterbüchern in Printform erhebliche im Rahmen der Verwechslungsgefahr zu berücksichtigende Ähnlichkeiten auf. 50

Allerdings kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Farbe Gelb (HKS 5) über Wörterbücher in Printform hinaus auch für anderweitige Sprachlernprodukte der Klägerin unterscheidungskräftig ist. Dass der von Hause aus nicht kennzeichnungskräftige Farbton auch insoweit kraft Verkehrsgeltung gemäß § 4 Nr. 2 MarkenG Kennzeichenschutz genießt, hat die Klägerin nicht hinlänglich dargelegt. § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG erstreckt den Schutz einer Marke aber auch auf ähnliche Produkte, ohne nach dem Entstehungsgrund für die Schutzfähigkeit des Kennzeichens zu differenzieren. Dementsprechend kann sich der Inhaber einer abstrakten Farbmarke gegen die Verwendung eines identischen oder ähnlichen Farbkennzeichens nicht nur für die im Markenregister registrierten Waren, sondern auch für ähnliche Produkte zur Wehr setzen (vgl. BGH GRUR 2005, 427, 429 – Lila-Schokolade; vgl. auch OLG Hamburg GRUR-RR 2009, 303, 304 – All-in-one). 51

Bei der Beurteilung der Warenähnlichkeit sind alle erheblichen Faktoren zu berücksichtigen, die das Verhältnis zwischen den Waren kennzeichnen. Hierzu gehören insbesondere die Art der Waren, ihr Verwendungszweck und ihre Nutzung sowie die Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Produkte. In die Beurteilung einzubeziehen ist weiter, ob die Waren regelmäßig von denselben Unternehmen oder unter ihrer Kontrolle hergestellt werden oder ob sie beim Vertrieb Berührungspunkte aufweisen, weil sie in denselben Verkaufsstätten angeboten werden (vgl. BGH GRUR 2006, 941 Rn. 13 – TOSCA BLU; GRUR 2007, 1066 Rn. 23 – Kinderzeit; GRUR 2009, 484 Rn. 25 – Metrobus). Nach diesen Kriterien sind die sich gegenüber stehenden Produkte der Parteien als hochgradig ähnlich zu bewerten. 52

Nach seiner unmittelbaren Zielrichtung dient ein zweisprachiges Wörterbuch zwar nur der Übersetzung einzelner Vokabeln, während ein Sprachlernprodukt der weitergehenden Aneignung einer Fremdsprache in ihrer Gesamtheit dient. In diesem Zusammenhang stellt ein Wörterbuch allerdings ein wichtiges und unentbehrliches Hilfsmittel dar, das zusätzliche Sprachlernprodukte (etwa in Gestalt von Sprach- und Grammatikkursen) sinnvoll ergänzt. Im Hinblick darauf nimmt der Verkehr – was der Senat aus eigener Sachkunde zu beurteilen vermag - Wörterbücher und weitergehende Sprachlernprodukte nicht als jeweils 53

eigenständige Marktsegmente, sondern als sich stimmig ergänzende Bestandteile im Rahmen eines einheitlichen, auf die Vermittlung von Fremdsprachen gerichteten Markts wahr. Insoweit wird das Verständnis des Verkehrs von einem einheitlichen Markt mehr oder weniger umfassender Sprachlernprodukte auch dadurch beeinflusst, dass die Klägerin und der Ernst Klett Verlag, die mit dem Vertrieb von zweisprachigen Wörterbüchern zusammen einen Marktanteil von etwa 80 % einnehmen, seit vielen Jahren ergänzend auch anderweitige Sprachlernprodukte anbieten.

Der beträchtlichen Ähnlichkeit der durch die Farbmarke der Klägerin geschützten zweisprachigen Wörterbücher einerseits und der Sprachlernprodukte der Beklagten andererseits steht auch nicht entgegen, dass sich der Markenschutz auf die Printform bezieht, während die Beklagte eine Software anbietet. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ist der Verkehr daran gewöhnt, dass im Rahmen der technischen Weiterentwicklung ein gedrucktes Buch auch als Softwareprodukt (etwa als e-Book) angeboten wird. Dass das Produkt der Beklagten nicht auf das Lesen am Bildschirm beschränkt ist, sondern sich als interaktive Software auch der Kommunikationsmittel des Hörens und Sprechens bedient, stellt aus Sicht des Verkehrs nur eine unselbstständige Erweiterung der Wahrnehmungsmöglichkeiten dar.

54

cc) Der von der Beklagten auf den Produktverpackungen, im Internet sowie in dem ausgestrahlten TV-Spot eingesetzte gelbe Farbton ist der Farbmarke Gelb (HKS 5) derart deutlich angenähert, dass eine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG besteht.

55

Die von den Parteien gewählten Gelbtöne stellen sich für die angesprochenen Verkehrskreise als hochgradig ähnlich dar. Die Farbmarke der Klägerin beinhaltet zwar einen leicht ins Hellorange tendierenden Gelbton, während die Kartonverpackung der Sprachlernsoftware der Beklagten im unmittelbaren Vergleich in einem etwas helleren Mittelgelb gehalten ist. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass sich Wörterbücher der Klägerin in dem markenrechtlich geschützten Farbton und die Sprachlernsoftware der Beklagten den angesprochenen Verkehrskreisen nicht regelmäßig nebeneinander präsentieren und die Produkte der Parteien deshalb nicht ohne Weiteres gleichzeitig wahrgenommen werden. Das Erinnerungsvermögen des Verbrauchers umfasst indessen nur verhältnismäßig wenige Farben und Farbtöne, so dass geringe Unterschiede nicht wahrgenommen werden und dadurch die Verwechslungsgefahr zwischen ähnlichen Farbtönen erhöht wird (vgl. BGH GRUR 2004, 151, 154 - Farbmarkenverletzung I; GRUR 2004, 154, 156 - Farbmarkenverletzung II; GRUR 2005, 427, 429 - Lila-Schokolade). Dafür spricht vorliegend umso mehr, als es sich bei den von den Parteien verwendeten Gelbtönen nicht um auffällige Farbgebungen oder solche im Grenzbereich zu einer andersartigen helleren oder dunkleren Grundfarbe, sondern um vom Landgericht zutreffend als „Standardgelbtöne“ umschriebene Farben in nur geringfügig voneinander abweichenden Helligkeitsgraden handelt, die dem Verkehr nicht in ihren speziellen Nuancen im Gedächtnis bleiben. Dies gilt auch für die in die angegriffene gelbe Verpackungsfläche integrierten wellenartig geschwungenen Linien in einem leicht dunkleren Gelbton, die der Verkehr nur bei aufmerksamer Betrachtung der Verpackung aus der Nähe wahrnehmen und jedenfalls im Nachhinein nicht erinnern, sondern die Farbe des Kartons als einheitlich gelb im Gedächtnis behalten wird.

56

Entsprechende Erwägungen greifen für die auf der Homepage der Beklagten sowie die im Fernsehspot verwendete gelbe Farbgebung. Diese ist der Farbmarke der Klägerin noch weiter angenähert, indem die Internetseite sowie die im Spot eingesetzten Blinker im unteren Bereich in einen leicht dunkleren Gelbton übergehen. Soweit die gelbe Fläche der Webseite

57

der Beklagten von Buchstaben und Schriftzeichen in einem leicht helleren Gelbton untermalt wird, wird dies einem Großteil der Internetnutzer angesichts der nur geringen Farbunterschiede nicht auffallen, jedenfalls aber bei ihm nicht im Gedächtnis haften bleiben.

dd) Unter diesen Umständen werden die angesprochenen Verkehrskreise, denen die markenrechtlich geschützte Farbe als Kennzeichen für gedruckte Wörterbücher der Klägerin geläufig ist, wegen der stimmigen Ergänzung der sich gegenüber stehenden Produkte der Parteien irrig annehmen, die streitgegenständliche, in einem der Klagemarke hochgradig ähnlichen Gelbton präsentierte Sprachlernsoftware werde von der Klägerin unter der unselbstständigen Sparte „S“ angeboten. Selbst wenn der Verkehr jene Bezeichnung indessen als Hinweis auf ein eigenständiges Unternehmen erkennen wird, wird er aus den vorstehenden Gründen jedenfalls auf wirtschaftliche Verbindungen der Parteien schließen und so einer Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne erliegen.

Diese Bewertung vermag die Beklagte durch die Verkehrsbefragung der J GmbH vom 27.07.2012, die einen (un-)mittelbaren Verwechslungsanteil von insgesamt 22,1 % der befragten tatsächlichen sowie potentiellen Nutzer und Käufer ergeben hat, nicht zu entkräften. Dem steht bereits entgegen, dass es sich bei der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr um eine Rechtsfrage handelt, die als solche nicht im Wege von empirischen Ermittlungen und Beweiserhebungen, sondern nur auf Grund der rechtlichen Bewertung festgestellter Tatsachen beantwortet werden kann (vgl. BGH GRUR 1992, 48, 51 f. – frei öl; GRUR 2009, 1055 Rn. 62 – airdsl; Ströbele/Hacker a.a.O. § 9 Rn. 16). Davon abgesehen erfolgte die Begutachtung auf einer ungeeigneten Basis, da den Befragten nicht Abbildungen von konturlosen Flächen in der Farbe der Klagemarke einerseits und in dem von der Beklagten verwendeten Gelbton andererseits, sondern farbige Wort-/Bildzeichen vorgelegt worden sind.

2. Die Auskunft-, Vernichtungs- und Schadensersatzansprüche der Klägerin einschließlich ihres Anspruchs auf Erstattung der erstinstanzlich zuletzt noch geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten folgen aus den §§ 19; 18 Abs. 1; 14 Abs. 6 MarkenG. Die Abmahnung vom 01.04.2011 war auch hinsichtlich des zusätzlich geltend gemachten Anspruchs auf Rückruf der Sprachlernsoftware in der beanstandeten Verpackung und deren Entfernung aus den Vertriebswegen gemäß § 18 Abs. 2 MarkenG gerechtfertigt; der veranschlagte Gesamtgegenstandswert von 250.000,00 EUR ist angemessen. Allerdings ist der Zahlungsanspruch gemäß den §§ 291, 288 Abs. 1 BGB nur mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach Rechtshängigkeit der Klage am 22.06.2011 zu verzinsen.

3. Eine Verwirkung der markenrechtlichen Ansprüche nach den §§ 21 Abs. 1, Abs. 4 MarkenG; 242 BGB kommt nicht in Betracht. Da die Klagemarke erst am 04.01.2010 eingetragen und die Beklagte im April 2010 geschäftlich aktiv worden ist, konnte die Klägerin frühestens seit Frühjahr 2010 aus der Farbmarke gegen die Beklagte vorgehen. Ein Zuwarten von bis zu einem Jahr bis zur vorgerichtlichen Abmahnung vom 01.04.2011 reicht selbst nach allgemeinen Grundsätzen nicht aus, um eine Verwirkung in Erwägung zu ziehen (vgl. Ingerl/Rohnke a.a.O. § 21 Rn. 29), zumal die Beklagte nicht vorgebracht hat, dass sie in diesem Zeitraum in Deutschland bereits erhebliche Umsätze mit Sprachlernsoftware in der streitgegenständlichen Farbausstattung erzielt hat.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Beklagten ist kein Vollstreckungsschutz gemäß § 712 ZPO zu gewähren. Sie hat nicht schlüssig dargelegt, dass eine Vollstreckung ohne Sicherheitsleistung ihr einen nicht zu ersetzenden Nachteil im Sinne des § 712 Abs. 1 ZPO bringen würde. Die Beklagte hat allein behauptet, dass sie bei vorläufig vollstreckbarer Zurückweisung der Berufung ihren farblichen Marktauftritt mit der Folge von Imagenachteilen abändern müsse. Nachteile, die mit einer Vollstreckung regelmäßig verbunden sind, reichen für die Annahme eines unersetzlichen Nachteils nicht aus (vgl. BGH NJW 2000, 3008, 2009; Herget in: Zöller, ZPO, 29. Auflage, § 712 Rn. 1, § 707 Rn. 13).

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision sind nicht erfüllt. Der Senat weicht mit seiner Entscheidung weder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs ab noch hat die Sache über die Rechtsanwendung auf den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 ZPO). Der zur Entscheidung anstehende Sachverhalt ist im Wege der tatrichterlichen Anwendung gesetzlicher und höchstrichterlich geklärter Rechtsgrundsätze an Hand individueller Einzelfallumstände zu beurteilen. 65

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird in Abänderung des Beschlusses vom 05.10.2012 unter Berücksichtigung der erstinstanzlichen Teilrücknahme auf bis 260.000,00 EUR festgesetzt. 66