

Titel:

Markenmäßigen Verwendung und Verkehrsgeltung eines Goldfarbttons für Schokoladenhasen

Normenketten:

ZPO § 253 Abs. 2 Nr. 2

MarkenG § 3 Abs. 2 Nr. 3, § 4 Nr. 2, § 14 Abs. 2 Nr. 2

Leitsätze:

1. Ein auf die Verletzung einer Benutzungsfarbmärke gestützter Unterlassungsantrag, der hinsichtlich der konkreten Verletzungsform allein auf einen als Anlage körperlich zur Akte gereichten Schokoladenhasen verweist, ist unzulässig, weil er nicht auf Dauer hinreichend bestimmt i.S.d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ist. (Rn. 38)

2. Zur markenmäßigen Verwendung und Verkehrsgeltung eines Goldfarbttons für Schokoladenhasen und zur Begründung einer entsprechenden Benutzungsfarbmärke. (Rn. 52 – 55)

3. Einen wesentlichen Wert i.S.d. § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG n.F. verleiht einem Schokoladenhasen nicht die Goldfolie, in die er gewickelt ist. (Rn. 60)

Schlagworte:

Benutzungsfarbmärke, Verletzungsform, Verkehrsgeltung, Farbton, Unterlassungsantrag, Bestimmtheit, Kennzeichnungskraft, Schokoladenhase, Verwechslungsgefahr, Herkunftshinweis

Rechtsmittelinstanzen:

OLG München, Urteil vom 30.07.2020 – 29 U 6389/19

BGH Karlsruhe, Urteil vom 29.07.2021 – I ZR 139/20

OLG München, Urteil vom 27.10.2022 – 29 U 6389/19

Fundstellen:

WRP 2019, 1625

MittPatA 2020, 175

LMuR 2020, 32

LSK 2019, 25007

BeckRS 2019, 25007

GRUR-RS 2019, 25007

Tenor

I. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fällig werdenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, letztere zu vollziehen an ihrem Geschäftsführer, zu unterlassen, ohne Zustimmung der Klägerinnen im geschäftlichen Verkehr sitzende Schokoladenosterhasen in einem Goldton anzubieten, in den Verkehr zu bringen, zu den vorgenannten Zwecken zu besitzen, anbieten zu lassen, in den Verkehr bringen zu lassen, herzustellen, herstellen zu lassen, einzuführen, einführen zu lassen, auszuführen, ausführen zu lassen und/oder in Geschäftspapieren und/oder in der Werbung zu benutzen und/oder benutzen zu lassen, wenn dies geschieht wie in den nachfolgend wiedergegebenen Anlagen K 27a und/oder K 28a:

K 27a ...

K 28a ...

II. Die Beklagte wird verurteilt, den Klägerinnen schriftlich Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang sie die in Ziffer I. genannten Handlungen begangen hat, durch Vorlage eines verbindlich unterzeichneten, nach Kalendervierteljahren aufgeschlüsselten Verzeichnisses, das Angaben und Belege zu enthalten hat über:

1. Liefermengen, Lieferzeiten und Lieferpreise der Waren sowie den damit erzielten Umsatz;
2. Angebotsmengen, Angebotszeiten, Angebotspreise und gewerbliche Angebotsempfänger;
3. die nach den einzelnen Kostenfaktoren aufgeschlüsselten Gestehungskosten und den erzielten Gewinn;
4. die betriebene Werbung unter Angabe der Werbemedien, der Auflagenhöhe von Werbeprospekten und der für die Werbung aufgewandten Kosten;
5. Namen und Anschrift der Hersteller, Lieferanten und anderer Vorbesitzer der Waren;
6. Namen und Anschrift der gewerblichen Abnehmer und Verkaufsstellen, für die die Waren bestimmt waren.

III. Es wird festgestellt, dass die Beklagte den Klägerinnen zum Ersatz aller Schäden verpflichtet ist, die den Klägerinnen durch die unter Ziffer I. genannten Handlungen entstanden sind und zukünftig entstehen werden.

IV. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

V. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerinnen 1/4 und die Beklagte 3/4.

VI. Das Urteil ist in Ziffer I. gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 400.000,-Euro und in Ziffer II. gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 100.000,- Euro vorläufig vollstreckbar. In Ziffer V. ist das Urteil gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

1

Die Klägerinnen machen gegen die Beklagte markenrechtliche Unterlassungs-, Auskunfts- und Schadensersatzfeststellungsansprüche geltend.

2

Die Klägerinnen sind Gesellschaften der Unternehmensgruppe Die Klägerin zu 2) ist die börsennotierte Konzernobergesellschaft, die Klägerin zu 1) ist die für die Herstellung und den Vertrieb in Deutschland verantwortliche deutsche Tochtergesellschaft. ... ist dem Verkehr nach dem eigenen, unbestritten gebliebenen Sachvortrag der Klägerinnen seit Jahrzehnten als Hersteller von qualitativ hochwertiger Premiumschokolade bekannt. Zu den bekanntesten Marken gehören „...“, „...“, „...“ und der nachfolgend abgebildete „...“: (vgl. Schokoladenhase von ... 50 g, im Original, Anlage K 1). Der ... Goldhase wird in verschiedenen Größen angeboten, nämlich als 10 g, 50 g, 100 g, 200 g, 500 g und 1 kg Hase. Es gibt verschiedene Sorten, die sich nach dem unwidersprochenen Sachvortrag der Klägerinnen „vor allem durch die farbliche Gestaltung des Halsbandes unterscheiden“. Ein weiterer Unterschied besteht in dem farbigen Störer, auf dem sich der Hinweis auf die Geschmacksrichtung befindet. Im Übrigen sind alle Hasen vollständig in demselben goldenen Ton gehalten. Die Goldhasen der Klägerinnen werden in über 60 Ländern der Welt, darunter auch in Deutschland, vertrieben. Der ... Goldhase wurde im Jahre 1952 entwickelt und wird seitdem in Deutschland in goldener Folie angeboten. In dem aktuellen Goldton wie in Anlage K 1 ersichtlich wird der ... Goldhase seit dem Jahre 1994 in Deutschland vertrieben. Seit dem Jahre 2010 setzten die Klägerinnen weltweit jährlich mehr als 100 Millionen Exemplare des ... Goldhasen ab, und in den letzten 30 Jahren setzten die Klägerinnen alleine in Deutschland mehr als 500 Millionen Goldhasen ab. Der ... Goldhase wird in Deutschland über eine Vielzahl bedeutender Einzelhandelsgeschäfte vertrieben, so unter anderem über ..., ... und Die Klägerinnen bewerben ihre Goldhasen vor und zu Ostern ganz erheblich in einer Vielzahl unterschiedlicher Medien; der ... Goldhase ist der mit Abstand meistverkaufte Osterhase Deutschlands (siehe zu den Umsatz- und Absatzzahlen, zu Werbeaufwendungen und Marktanteilen sowie zur Medien- und Presseberichterstattung im Einzelnen S. 7/17 der Klageschrift, Bl. 7/17 d. A.).

3

Die Beklagte ist eine in ... ansässige Herstellerin von Schokoladenprodukten. Sie vertrieb in der Ostersaison 2018 u.a. die aus dem Tenor ersichtlichen Hasengestaltungen (vgl. Schokoladenhase der ... 50 g, im Original, Anlage K 27; Schokoladenhase der ... 22 g, im Original, Anlage K 28; Abbildungen des Schokoladenhasen der ... 50 g, Anlage K 27a; Abbildungen des Schokoladenhasen der ... 22 g, Anlage K 28a; Screenshots, Anlage K 29).

4

Mit Schreiben vom 13.06.2017 wies die Klägerin zu 2) die Beklagte auf ihre aus ihrer Sicht bestehenden Rechte an dem Goldton hin. Die Beklagte ließ mit anwaltlichem Schreiben vom 21.07.2017 sämtliche Ansprüche zurückweisen (vgl. Schreiben, Anlage K 30).

5

Die Klägerinnen tragen vor, der umfangreiche Vertrieb des ... Goldhasen führe dazu, dass knapp 80% des angesprochenen Verkehrs - der vorliegend aus Durchschnittsverbrauchern bestehe, die Schokoladenhasen kauften, verzehrten oder sich vorstellen könnten, solche Produkte zu kaufen oder zu verzehren - den goldenen Farbton als Herkunftshinweis auf die Klägerinnen verstünden (vgl. Verkehrsgutachten GfK, Anlage K 26). Der ...-Goldton sei überragend bekannt.

6

Die Klägerinnen machen geltend, die Verwendung eines vollständig in goldener Farbe gehaltenen Schokoladenhasen sei weder üblich noch erforderlich, wie das wettbewerbliche Umfeld verdeutliche (siehe dazu insbesondere S. 21/24 der Klageschrift, Bl. 21/24 d. A.).

7

Nach Auffassung der Klägerinnen verletze der Vertrieb der streitgegenständlichen Hasen der Beklagten die Rechte der Klägerinnen an ihrer bekannten Benutzungsmarke, § 4 Nr. 2 i.V.m. § 14 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 MarkenG:

8

Die Klägerinnen seien gemeinsam Inhaberinnen einer Benutzungsmarke im Sinne des § 4 Nr. 2 MarkenG an dem in Anlage K 1 wiedergegebenen ...-Goldton. Nach § 4 Nr. 2 MarkenG entstehe Markenschutz durch die Benutzung eines Zeichens im geschäftlichen Verkehr, soweit das Zeichen innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Marke Verkehrsgeltung erworben habe. Insoweit genüge bei originär schutzunfähigen Marken - wie es grundsätzlich bei abstrakten Farbmarken der Fall sei - eine 50% übersteigende Verkehrsbekanntheit. Diesen Anforderungen werde der ...-Goldton ohne Weiteres gerecht. Die mit Anlage K 26 eingereichte Verkehrsbefragung habe einen Durchsetzungsgrad von knapp 80% ergeben. Selbst der Zuordnungsgrad habe nur knapp darunter bei etwa 76% gelegen. Unter Berücksichtigung der jahrzehntelangen Benutzung, des umfangreichen und erfolgreichen Vertriebs sowie der erheblichen Marketingaktivitäten lägen die Voraussetzungen einer Verkehrsgeltung vor. Diese Verkehrsgeltung bestehe für die Ware „Schokoladenhasen“. Entgegen der Auffassung der Beklagten falle die Klagemarke nicht unter das Schutzhindernis des § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG n.F. (siehe dazu insbesondere S. 2/22 der Replik, Bl. 76/96 d. A. sowie S. 5/13 des Schriftsatzes vom 22.08.2019, Bl. 131/139 d. A.). Das Schutzhindernis gelte nicht für Marken, die bereits vor dem 14.01.2019 existiert hätten, und die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG n.F. seien nicht erfüllt. Die Folienfarbe von Schokoladenosterhasen sei kein charakteristisches Merkmal, diese würden -insoweit unstrittig - in einer unüberschaubaren Vielzahl von Gestaltungen angeboten. Darüber hinaus verbiete es auch der Zweck des § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG, ihn auf abstrakte Farbmarken anzuwenden, denn solche stellten zum einen keinen designrechtlich schutzfähigen Gegenstand dar, und zum anderen sei jedenfalls die konkret in Rede stehende Farbe keine persönliche geistige Schöpfung im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG. Zweck des § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG sei es aber, zu verhindern, dass das ausschließliche und auf Dauer angelegte Recht, das eine Marke verleihe, dazu diene, andere Rechte am geistigen Eigentum, für die der Unionsgesetzgeber eine begrenzte Schutzdauer vorsehen habe wollen, über das Markenrecht zu verewigen. Im Ergebnis sei die Anwendung des § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG folglich schon deshalb ausgeschlossen, weil die konkret in Rede stehende Farbe nicht dem Design- oder Urheberrechtsschutz zugänglich sei. Und selbst wenn fälschlich angenommen werden würde, der klägerische Farbton stelle ein charakteristisches Merkmal von Schokoladenosterhasen dar und falle in den Anwendungsbereich des § 3 Abs. 2 MarkenG, würde er der Ware keinen „wesentlichen Wert“ verleihen. Nur ein geringer Anteil an Süßwaren werde überhaupt oder großflächig mit Goldtönen beworben oder vertrieben (vgl. Screenshots, Anlagen K 32 und K 33), und auch die Klägerinnen vertrieben - insoweit unbestritten - in Deutschland erfolgreich auch nicht in Goldfolie gewickelte Schokoladenosterhasen und weitere Osterprodukte (vgl. Screenshots, Anlage K 31). Ein Goldton oder eine sonstige Farbe auf einem Schokoladenhasen verleihe der Ware keinen „wesentlichen Wert“. Wertbestimmend seien allein die Qualität der Schokolade, die Menge bzw. das Gewicht der Schokolade, das „Innere“ (also eine etwaige Füllung) sowie die Wertschätzung, die dem Hersteller entgegengebracht werde. Verbraucher entschieden sich nicht deshalb für den ... Goldhasen, weil er eine goldfarbene Folie

aufweise, sondern weil er von dem bekannten Unternehmen ... stamme, das -insoweit unstreitig - für qualitativ hochwertige Schokolade bekannt sei. Die goldfarbene Folie transportiere als Herkunftshinweis allein diese Vorstellungen, begründe aber für sich genommen keinen besonderen oder gar wesentlichen Wert. Schließlich würde die Anerkennung und Durchsetzung der Klagemarke auch nicht dazu führen, dass Mitbewerbern jedwede Benutzung von Goldtönen untersagt sein würde. Sie dürften nur nicht in einem solchen Ausmaß benutzt werden, dass sie als Herkunftshinweis wirkten - wie es vorliegend der Fall sei.

9

Im Vertrieb der 50 g Hasen durch die Beklagte liege eine doppelidentische Benutzung und damit eine Verletzung des § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Es bestehe sowohl Waren- als auch Zeichenidentität:

10

Im Rahmen der Prüfung der Zeichenidentität sei auf Seiten der Klägerinnen auf den in Anlage K 1 erkennbaren Farbton abzustellen. Auf Seiten der Beklagten sei für den Zeichenvergleich und die Frage der Rechtsverletzung allein auf die großflächig verwendete goldene Farbe abzustellen. Die nur schwer erkennbare und teilweise durch die Schleife verdeckte Angabe „...“ sei im Rahmen des Zeichenvergleichs nicht zu berücksichtigen. Würden zur Kennzeichnung einer Ware zwei Zeichen verwendet, liege es in der Regel nahe, dass der Verkehr darin ein aus zwei Teilen bestehendes zusammengesetztes Zeichen erblicke. Denkbar sei aber auch, dass der Verkehr in der Kennzeichnung keinen einheitlichen Herkunftshinweis, sondern zwei voneinander zu unterscheidende Zeichen sehe. Die Verwendung mehrerer Marken zur Kennzeichnung einer Ware oder Dienstleistung stelle eine weit verbreitete, wirtschaftlich sinnvolle Praxis dar. Der Verkehr sei vielfach an die Verwendung von Zweitzeichen gewöhnt. Die Annahme von zwei selbständigen Kennzeichen komme namentlich in Betracht, wenn das Publikum aufgrund der Bekanntheit eines Zeichens oder entsprechender Kennzeichnungsgewohnheiten auf dem entsprechenden Waren- oder Dienstleistungssektor daran gewöhnt sei, in einem bestimmten Gestaltungselement einen Herkunftshinweis zu sehen. Im vorliegenden Fall sei der ...-Goldton überragend bekannt. Eine Verkehrsgeltung von knapp 80% sei (namentlich bei Farben) sehr selten und nur bei wirklich starken Marken gegeben. Schon dieser Umstand führe dazu, dass der angesprochene Verkehr die Verwendung eines (nahezu) identischen Goldtons als eigenständiges Zeichen wahrnehme. Für die Annahme eines selbständigen Kennzeichens spreche bei Farbmarken darüber hinaus, wenn die Farbe des beanstandeten Produkts nicht nur im räumlichen Zusammenhang mit weiteren Elementen benutzt werde, sondern auch davon abgesetzt. Der 50 g Hase der Beklagten sei unbestritten fast vollständig in goldener Farbe gehalten. Sie werde nicht ausschließlich im Zusammenhang mit dem ...-Logo oder anderen Elementen verwendet. Vielmehr geschehe das in einer Weise, die für den Verkehr herkunftshinweisend wirke. Darüber hinaus spreche gegen eine Berücksichtigung des „...“-Logos seine geringe Größe. Im Verhältnis zur Gesamtaufmachung des Hasen nehme es unbestritten nur eine verhältnismäßig kleine Fläche ein, und werde es weiterhin nur auf einer Seite des Hasen abgebildet. Aus der Mehrzahl der möglichen Perspektiven, aus der Verbraucher dem Produkt der Beklagten begegnen könnten, sei das Logo unbestritten überhaupt nicht wahrnehmbar. Unstreitig seien die Wortelemente in goldener Schrift auf weißem Hintergrund gedruckt, und sei der Kontrast so gering, dass das Zeichen schon aus geringer Entfernung kaum zu lesen sei. Schließlich werde das Logo auf den 50 g Hasen unbestritten von einem der Schleifenbänder teilweise verdeckt. Eine Gesamtschau dieser Umstände ergebe, dass der Verkehr die Farbe des ...-Hasen als selbständiges Kennzeichnungsmittel wahrnehme. Folglich sei ein isolierter Vergleich der Farben geboten. Es bestehe zwar vorliegend keine Gewöhnung des Verkehrs an Farben im Allgemeinen als Herkunftshinweis im Bereich von Schokoladenhasen. Es bestehe aufgrund der überragenden Bekanntheit des ...-Goldtons aber eine konkrete Gewöhnung des Verkehrs an die goldene Farbe des ...-Hasen als Herkunftshinweis.

11

Das Kriterium der Zeichenidentität sei restriktiv auszulegen, um eine ungerechtfertigte Ausdehnung des Tatbestandes der Doppelidentität zu Lasten der von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG erfassten Sachverhalte zu vermeiden, die die Feststellung einer Verwechslungsgefahr erforderten. Zeichenidentität setze daher grundsätzlich eine vollständige Übereinstimmung der kollidierenden Zeichen voraus; unschädlich seien aber geringfügige Unterschiede zwischen den Zeichen, die einem Durchschnittsverbraucher entgehen könnten. Diese Maßstäbe gälten auch für abstrakte Farbmarken. Vorliegend kämen klangliche und begriffliche Vergleiche der Zeichen nicht in Betracht. Allein ein bildlicher Vergleich sei möglich. Schon der direkte Vergleich der Farben zeige nur minimalste farbliche Unterschiede. Diese Unterschiede könnten einem Durchschnittsverbraucher ohne Weiteres entgehen. Mithin bestehe Zeichenidentität.

12

Eine rechtsverletzende Benutzung im Rahmen der Doppelidentität sei jedenfalls dann gegeben, wenn die Beklagte den Goldton des 50 g Hasen markenmäßig verwende. Vorliegend möge zwar keine Verkehrsgewöhnung an Farben im Allgemeinen als Herkunftshinweis bei Schokoladenhasen bestehen. Eine markenmäßige Wahrnehmung der goldenen Farbe auf den streitgegenständlichen Produkten der Beklagten ergebe sich aber aus ihrer - insoweit unstrittig - großflächigen Verwendung und der überragenden Bekanntheit des ...-Goldtons als Herkunftshinweis zugunsten der Klägerinnen in Verbindung mit der (rechtlich) identischen Benutzung desselben durch die Beklagte. Ein Durchsetzungsgrad des ...-Farbtons von knapp 80% führe dazu, dass der Verkehr in der Verwendung eines ähnlichen - und hier rechtlich identischen - Goldtons einen Herkunftshinweis erblicke. Weiterhin spreche für eine markenmäßige Benutzung, wenn die Farbe ein wesentliches, durch herkömmliche Herkunftshinweise nicht in den Hintergrund gedrängtes Gestaltungsmittel darstelle. Vorliegend werde die goldene Farbe durch die Beklagte unbestritten als „Fellfarbe“ für den Hasen großflächig verwendet. Unstrittig seien einzig die Gesichtsmerkmale (Nase, Augen, Mund, Barthaare), die Ohrmuscheln und die Umrisscharakteristik von Pfoten und Läufen in Braun- und Weißtönen gehalten. Hinzu komme unbestritten ein relativ dünnes farbiges Bändchen mit einer farbigen Schleife. Diese Elemente fielen bei der erforderlichen Gesamtbetrachtung nicht maßgeblich ins Gewicht. Aus ihnen werde der Verkehr nicht auf die betriebliche Herkunft des Hasen schließen, weil es sich um übliche Gestaltungsmerkmale handele. Auch seien keine die Goldfarbe überragenden Wort-, Wort-/Bild- oder Bildmarken erkennbar. Insbesondere das „...“-Logo werde unbestritten nur auf der einen Seite des Hasen und dazu noch in wenig auffällender goldener Schrift wiedergegeben. Hinzu komme, dass es unstrittig teilweise durch die Schleife überdeckt werde. Es stehe folglich die Goldfarbe im Mittelpunkt der Wahrnehmung. Dementsprechend sei vorliegend offenkundig von einer markenmäßigen Verwendung des Farbtons des 50 g Hasen der Beklagten auszugehen. Der Verkehr werde in der goldenen Farbe aufgrund ihrer großflächigen Verwendung und ihrer Bekanntheit zugunsten der Klägerinnen einen Herkunftshinweis erkennen.

13

Da etwaige Schutzschranken vorliegend nicht ersichtlich seien, verletze der Vertrieb der 50 g Hasen die Benutzungsmarke der Klägerinnen doppelidentisch im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

14

Zwischen der geltend gemachten Benutzungsmarke und den streitgegenständlichen 22 g und 50 g Hasen der Beklagten bestehe weiterhin Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG:

15

Der Farbton des 50 g Hasen sei (rechtlich) identisch zum ...-Goldton. Die Farbe des 22 g Hasen sei im Rahmen der vom BGH vorgegebenen Abstufung als weit überdurchschnittlich ähnlich zur Klagemarke einzustufen. Wie auch die Farbe des 50 g Hasen werde auch die Farbe des 22 g Hasen vom angesprochenen Verkehr als Herkunftshinweis wahrgenommen. Auch hier werde die Farbe unbestritten großflächig auf dem gesamten Produkt verwendet. Sie sei zudem weit überdurchschnittlich ähnlich zur Benutzungsmarke der Klägerinnen. Ein solcher Ähnlichkeitsgrad genüge, damit der Durchschnittsverbraucher die Farbe des 22 g Hasen aufgrund der Bekanntheit des ...-Goldtons ebenfalls als Herkunftshinweis wahrnehme.

16

Die Klagemarke und die Farbtöne der Beklagten würden für identische Waren benutzt, und die Kennzeichnungskraft der klägerischen Benutzungsmarke sei aufgrund der Verkehrsbefragung und der umfangreichen und langjährigen Benutzung nachgewiesen erhöht. Im Rahmen der vom BGH vorgegebenen Terminologie liege eine sehr hohe bzw. weit überdurchschnittliche Kennzeichnungskraft vor.

17

Damit seien die drei maßgeblichen Kriterien Zeichenähnlichkeit/-identität, Warenähnlichkeit/-identität und Kennzeichnungskraft der älteren Marke in einem Ausmaß erfüllt, der keinen anderen Schluss als die Bejahung einer Verwechslungsgefahr zulasse. Diese werde darüber hinaus dadurch erhöht, dass die Hasen der Beklagten unstrittig eine zu den ... Goldhasen fast identische Form sowie ein Halsband (wenn auch aufgedruckt) mit einer Schleife (bei dem 50 g Hasen sogar einer „echten“ Schleife) aufwiesen. Hierdurch werde beim angesprochenen Verkehr absichtlich der Eindruck erweckt, die von der Beklagten vertriebenen Hasen stammten von den Klägerinnen. Die auf den Hasen der Beklagten aufgetragenen Marken seien nicht

geeignet, eine Verwechslungsgefahr zu beseitigen. Die Anbringung eines weiteren Kennzeichens auf den Hasen der Beklagten sei schon deshalb irrelevant, weil sie außerhalb der konkret beanstandeten Kennzeichnung stehe. Außerhalb der zu vergleichenden Zeichen existierende Umstände - wie etwa aufklärende Hinweise - seien nicht zu berücksichtigen, weil die Verwechslungsgefahr abstrakt zu bestimmen sei. Unabhängig von der rechtlichen Irrelevanz des Logos der Beklagten genüge es auch tatsächlich nicht zur Beseitigung einer Verwechslungsgefahr, da das relativ klein gehaltene Wort-/Bildzeichen der Beklagten unbestritten nur auf einer Seite angebracht und aus der Mehrzahl der für den Verkehr relevanten Betrachtungswinkel nicht zu erkennen sei. Unstreitig werde das Logo zudem in ebenfalls goldener Schrift wiedergegeben, die schon aus relativ geringem Abstand kaum noch wahrnehmbar sei. In der tatsächlichen Verkaufssituation sei es zudem unbestritten nicht oder nur schwer erkennbar.

18

Weiterhin nutze die Verwendung der goldenen Farbe auf den Hasen der Beklagten die Unterscheidungskraft und Wertschätzung der bekannten klägerischen Benutzungsmarke in unlauterer Weise aus. Es liege eine hinreichende Zeichenähnlichkeit vor, und es liege auf der Hand, dass der Verkehr die fast vollständig in Gold gehaltenen Hasen der Beklagten mit dem bekannten Farbton der ... Goldhasen gedanklich verknüpfe. Ein rechtfertigender Grund sei nicht ersichtlich. Die Farbgebung der Osterhasen der Beklagten verletze die Rechte der Klägerinnen an ihrer bekannten Benutzungsmarke im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG. Die Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 MarkenG lägen vor. Bei diesen Tatbeständen handele es sich um denselben Streitgegenstand. Die Beklagte sei folglich wie beantragt auf Unterlassung (§ 14 Abs. 5 MarkenG), Auskunft (§ 19 Abs. 1, 3 MarkenG, § 242 BGB) und Schadensersatzfeststellung (§ 14 Abs. 6 MarkenG) zu verurteilen. Eine Verwirkung komme aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen nicht in Betracht.

19

Der Klageantrag sei auch unter Berücksichtigung der Vorgaben der Rechtsprechung zu § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt. Die Klage richte sich gegen die konkreten Verletzungsformen. Die Klägerinnen hätten sowohl im Antrag als auch in der zu seiner Auslegung heranzuziehenden Klagebegründung angegeben, in welchen Merkmalen sie Grundlage und Anknüpfungspunkt der Rechtsverletzung und damit des Unterlassungsgebots sähen. Sie gingen gegen die Verwendung der goldenen Farbtöne auf den in Anlagen K 27 und K 28 eingereichten Schokoladenhasen vor. Eine Definition der Farbtöne der beanstandeten Hasengestaltungen der Beklagten im Sinne eines Farbcodes eines Klassifizierungssystems sei den Klägerinnen naturgemäß nicht möglich. Ihnen sei nicht bekannt, ob die konkret angegriffenen Farbtöne Farbcodes des einen oder anderen Farbklassifizierungssystems entsprächen oder nicht. Allein die Beklagte verfüge über diese Informationen. Der BGH-Rechtsprechung lasse sich auch keine Verpflichtung der Klägerinnen zur Angabe eines Farbcodes der Beklagtenprodukte entnehmen. Auch im Übrigen sei der Klageantrag eindeutig und bestimmt.

20

In der mündlichen Verhandlung haben die Klägervorteiler ihre Klageanträge neu gefasst, den Auskunftsantrag Ziffer 3.b) auf die gewerblichen Abnehmer beschränkt und klargestellt, dass es sich bei der Klagemarke um eine abstrakte konturlose Farbmarke handele, nämlich den Goldton wie er auf der Folie des als Anlage K 1 eingereichten Goldhasen erkennbar ist; es handele sich um den Farbton „CIELAB 86.17, 1.56, 41.82“. Nicht zur Marke gehöre die Gesamtaufmachung des ... Goldhasen und auch nicht einzelne andere Bestandteile wie Schleife, Glöckchen, Band, der Schriftzug „...“, der Aufdruck „...“ und die Form (Bl. 158/159 d. A.).

21

Die Klägerinnen beantragen daher jeweils zuletzt:

1. Der Beklagten wird unter Androhung eines Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,- Euro für jeden Fall der Zuwiderhandlung, ersatzweise von Ordnungshaft, oder von Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall von Ordnungshaft bis zu zwei Jahren, die Ordnungshaft zu vollziehen an den Geschäftsführern der Antragsgegnerin verboten, ohne Zustimmung der Kläger im geschäftlichen Verkehr Schokoladenosterhasen in einem Goldton anzubieten, in den Verkehr zu bringen, zu den vorgenannten Zwecken zu besitzen, anbieten zu lassen, in den Verkehr bringen zu lassen, herzustellen, herstellen zu lassen, einzuführen, einführen zu lassen, auszuführen, ausführen zu lassen und/oder in Geschäftspapieren

und/oder in der Werbung zu benutzen und/oder benutzen zu lassen, wenn dies geschieht wie in Anlagen K 27 und/oder K 28.

hilfsweise:

Die Beklagte wird nach Antrag 1. mit der Maßgabe verurteilt, dass er auf sitzende Schokoladenosterhasen bezogen wird und auf die Anlagen K 27a und K 28a statt K 27 und K 28.

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte den Klägern zum Ersatz aller Schäden verpflichtet ist, die den Klägern durch die unter Ziffer 1. genannten Handlungen entstanden sind und zukünftig entstehen werden.

3. Die Beklagte wird verurteilt, den Klägern schriftlich Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang sie die in Ziffer 1. genannten Handlungen begangen hat, durch Vorlage eines verbindlich unterzeichneten, nach Kalendervierteljahren aufgeschlüsselten Verzeichnisses, das Angaben und Belege zu enthalten hat über:

- a. Liefermengen, Lieferzeiten und Lieferpreise der Waren sowie den damit erzielten Umsatz;
- b. Angebotsmengen, Angebotszeiten, Angebotspreise und gewerbliche Angebotsempfänger;
- c. die nach den einzelnen Kostenfaktoren aufgeschlüsselten Gestehungskosten und den erzielten Gewinn;
- d. die betriebene Werbung unter Angabe der Werbemedien, der Auflagenhöhe von Werbeprospekten und der für die Werbung aufgewandten Kosten;
- e. Namen und Anschrift der Hersteller, Lieferanten und anderer Vorbesitzer der Waren;
- f. Namen und Anschrift der gewerblichen Abnehmer und Verkaufsstellen, für die die Waren bestimmt waren.

22

Die Beklagte beantragt,

Klageabweisung.

23

Die Beklagte rügt den Klageantrag Ziffer 1. (und damit auch alle weiteren) wegen fehlender Bestimmtheit im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO als unzulässig.

24

Die Beklagte meint weiter, die von den Klägerinnen als ausschließliches Eigentum beanspruchte Goldfarbe könne für die Waren „Schokoladenhasen“ keine Marke sein und verweist insoweit auf § 3 Abs. 2 MarkenG n.F., der auch für Marken gelte, die bereits vor dem 14.01.2019 existiert hätten. Das Fehlen der Markenfähigkeit könne (anders als z.B. das Fehlen der Unterscheidungskraft) nicht durch eine noch so hohe Verkehrsdurchsetzung (§ 8 Abs. 3 MarkenG für einzutragende Marken) oder gar Verkehrsgeltung (§ 4 Nr. 2 MarkenG) ersetzt werden. Die mangelnde Markenfähigkeit sei ein „vorgreifliches Hindernis“ für die Erlangung von Markenschutz. Auf die weiteren Schutzhindernisse komme es nicht mehr an. Die Farbe Gold sei im Hinblick auf Schokoladenhasen eine charakteristische Eigenschaft, die dieser Ware einen wesentlichen Wert verleihe (siehe eingehend zum Ganzen insbesondere S. 3/15 der Klageerwiderung, Bl. 56/68 d. A. sowie S. 6/15 der Duplik, Bl. 110/119 d. A.). Es sei einhellige Meinung, dass Farben allgemein als „charakteristische Merkmale“ in Frage kämen. Allgemein sei wichtig, dass der Anwendungsbereich von § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG nunmehr deutlich erweitert werde. Die jetzt verschärften Vorschriften zur Markenfähigkeit verschafften einem grundlegenden markenrechtlichen Prinzip bessere Geltung, nämlich dem der Selbständigkeit der Marke gegenüber der Ware. Die Marke sei Kennzeichnungsmittel, die Ware Kennzeichnungsgegenstand. Beide könnten zwar eine untrennbare körperliche Einheit bilden; gedanklich und rechtlich seien beide aber strikt zu trennen. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass mittels des Markenrechts die sachlichen und förmlichen Schutzvoraussetzungen und -grenzen der Schutzrechte gesprengt würden, die dem Schutz der Ware selbst dienen (vor allem also des Patent- und Designrechts). Dem Missbrauch des Markenrechts zum Zwecke der Umgehung dieser Grenzen (und insbesondere zum Zwecke eines zeitlich unbegrenzten Schutzes, den andere Schutzrechte aus guten Gründen nicht ermöglichen), habe die Rechtsprechung schon früh eine Absage erteilt. Auch bei ästhetischen oder dekorativen Produkteigenschaften komme es nicht darauf an, ob man das Produkt auf andere Weise ebenso schön und attraktiv gestalten könnte. Die Wettbewerber müssten sich nicht auf alternative Gestaltungen verweisen lassen. Die Besonderheit des vorliegenden Falles liege zudem darin, dass es eine

auch nur annähernd so attraktive Farbe wie Gold gar nicht gebe (zum „wesentlichen Wert“ von Gold siehe insbesondere S. 9/15 der Klageerwiderung, Bl. 62/68 d. A. sowie S. 8/15 der Duplik, Bl. 112/119 d. A). Der Wettbewerb müsse also nicht nur auf gleichwertige Lösungen ausweichen, sondern es gebe solche gleichwertigen Alternativen im vorliegenden Fall überhaupt nicht. Ein Monopol auf diese unvergleichlich attraktive Farbe verschaffe seinem Inhaber einen enormen Wettbewerbsvorteil. Dieses Monopol sei unberechtigt, da die Farbe Gold der jeweiligen Ware einen wesentlichen Wert verleihe, nämlich die Anmutung des Wertvollen. Aus alledem ergebe sich, dass die Farbe Gold, insbesondere wenn sie zur Aufmachung von Schokoladenhasen verwendet werde, den Waren einen wesentlichen Wert verleihe. Es handele sich hier um eine geradezu klassische Produkteigenschaft, nach der der Verbraucher im Sinne der Rechtsprechung „auch bei anderen Wettbewerbern suchen kann“. Sie sei daher nicht markenfähig.

25

Zudem sei die Klagemarke nicht hinreichend bestimmt. Das Bestehen einer Benutzungsmarke müsse nach Gegenstand (hier also: abstrakter Goldton) und Geltungsgrund (Verkehrsgeltung) in jedem Rechtsstreit von Fall zu Fall dargelegt und gegebenenfalls bewiesen werden. Das versuchten die Klägerinnen vorliegend vor allem mit der Verkehrsbefragung gemäß Anlage K 26, deren Gegenstand die auf dem letzten Blatt des Anhangs 4.1 in Kopie angehängte Farbkarte sei. Diese würde als Farbdarstellung für den Zweck der Eintragung einer abstrakten Farbmarke schon deshalb zurückgewiesen werden, weil die Farbe nicht homogen sei. Sie changiere von links unten nach rechts oben in immer helleren Goldtönen. Es handele sich daher nicht um eine abstrakte Farbmarke, sondern um eine annähernd rechteckige, mehrfarbige Bildmarke. Auch für eine Benutzungsmarke aber könnten die Sieckmann-Kriterien gelten. Die Feststellung, dass die Klägerinnen mit der von ihnen in Auftrag gegebenen Verkehrsbefragung nicht die Verkehrsgeltung eines bestimmten goldenen Farbtons hätten feststellen lassen, sondern die einer mehrfarbigen Bildmarke, führe noch weiter: Es gebe nämlich gar keinen Verkehrsgeltungsschutz für abstrakte Einzelfarben. Das liege daran, dass eine einzelne Farbe nie abstrakt, sondern immer nur konkret benutzt werde. Damit fehle es schon an der ersten Voraussetzung eines Schutzes als „Benutzungsmarke“, nämlich eben der Benutzung. Der Goldton des Goldhasen der Klägerinnen sei heller als selbst der hellste der unendlich vielen Farbtöne auf der Farbkarte. Die Klägerinnen hätten also nicht einmal versucht, die Bekanntheit der angeblich von ihnen benutzten Farbmarke abzufragen, sondern der Umfrage andere Goldtöne zugrunde legen lassen. Nicht nur, dass die Farbkarte ein Kontinuum unendlich vieler Goldtöne wiedergebe: Der tatsächlich benutzte (der allein Gegenstand einer Benutzungsmarke sein könnte) sei nicht einmal darunter gewesen. Offenbar hätten die Klägerinnen bei der Umfrage weniger auf die von ihnen benutzte Farbe gesetzt als vielmehr darauf, dass viele Verbraucher die Farbe vermeintlich deshalb „wiedererkennen“ würden, weil sie durch die bekannte klägerische Produktbezeichnung „...“ zu den von den Klägerinnen gewünschten Antworten verleitet worden seien. Die von den Klägerinnen vorgelegte Verkehrsbefragung sei daher ungeeignet, die Verkehrsgeltung des mit der Vorlage des Hasen beanspruchten Goldtons zu belegen.

26

Darüber hinaus sei keine Doppelidentität gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG gegeben:

27

Zwar seien die Waren „Schokoladenhasen“ in der Tat identisch. Die „Marken“, also nach der Vorstellung der Klägerinnen die goldenen Farben, seien unter mehreren Gesichtspunkten nicht identisch. Zunächst sei es nicht angängig, der goldenen Farbe der beanspruchten „Marke“ die goldene Farbe der angegriffenen Hasen isoliert gegenüberzustellen, so, als ob diese aus purem Gold ohne weitere Kennzeichen und andere Ausstattungen aufgemacht wären. Denn diese Aufmachung bestehe aus zahlreichen weiteren Bestandteilen wie einem grünen bzw. violetten Halsband und vor allem der Wortmarke „...“. Diese Elemente könnten nicht einfach ignoriert werden. An den entscheidenden Voraussetzungen für die Annahme einer isolierten farblichen Kennzeichnung fehle es im vorliegenden Fall. Hier werde nämlich die Farbe Gold tatsächlich nur im räumlichen Zusammenhang mit der Wortmarke und den sonstigen Aufmachungselementen der Beklagten eingesetzt. Umgekehrt fehle es an einem großflächigen Einsatz der Farbe ganz unabhängig von der Wortmarke und den weiteren Ausstattungselementen, etwa im Internet oder im Fernsehen. Vielmehr werde die Farbe Gold ausschließlich zur Produktgestaltung verwendet. Der Farbton sei im vorliegenden Fall keine eigenständige Kennzeichnung.

28

Unabhängig davon, dass die goldene Farbe bei den streitgegenständlichen Hasen unter kennzeichenrechtlichen Gesichtspunkten nicht aus deren Gesamtaufmachung herausisoliert werden könne,

seien die Farbtöne aber auch an sich nicht identisch. Wie die Klägerinnen zutreffend hervorheben, seien die Anforderungen des BGH an eine Farbidentität hoch.

29

Zudem setzten alle Verletzungstatbestände des § 14 Abs. 2 MarkenG eine markenmäßige Benutzung der angegriffenen Kennzeichnung (oder eben nur vermeintlichen Kennzeichnung) voraus. Nicht markenmäßig sei z.B. eine dekorative Verwendung. Im vorliegenden Fall werde die Farbe Gold nicht „für“ Waren verwendet, sondern sie sei ein wesentlicher Bestandteil der Ware (bzw. deren Verpackung, was auf das Gleiche hinauslaufe).

30

Auch eine Verwechslungsgefahr bestehe nicht. Um markenrechtlich relevant zu sein, müssten die Marken verwechselt werden und nicht die Waren. Unterstellt, Gold sei eine Marke, bestünde die Kennzeichnung der streitgegenständlichen Hasen aus einer kombinierten Kennzeichnung aus Farbe und Logo. Innerhalb dieser Kombination nehme die Farbe als gängige Produktaufmachung keine selbständig kennzeichnende Stellung ein. Wer sich für die Herkunft dieser Hasen interessiere, orientiere sich ganz vorwiegend am Logo. Bei den Hasen der Beklagten seien die Schriftzüge „...“ die originär unterscheidungskräftigsten Aufmachungselemente, weil sie aus klassischen Wort-/Bildmarken bestünden, auf die der Verbraucher als erstes achte, wenn er an der Herkunft interessiert sei.

31

Eine Markenverletzung gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG würde ebenfalls eine markenmäßige Benutzung der (lediglich als Marke unterstellten) Farbe Gold durch die Beklagte voraussetzen. Daran fehle es.

32

Den mit der Klageerwiderung noch geltend gemachten Verwirkungseinwand hat der Beklagtenvertreter zuletzt nicht mehr aufrechterhalten (Bl. 157 d. A.).

33

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die wechselseitigen Schriftsätze samt Anlagen und die Sitzungsniederschrift vom 17.09.2019 (Bl. 155/159 d. A.) Bezug genommen.

34

Das Gericht hat in der mündlichen Verhandlung Hinweise gegeben (Bl. 158 d. A.).

Entscheidungsgründe

A.

35

Die Klage ist zwar nicht im Hauptantrag, wohl aber im Hilfsantrag hinreichend bestimmt und mithin zulässig.

36

I. Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Verbotsantrag nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen bleibt (st. Rspr.; vgl. nur BGH GRUR 2011, 1043 - TÜV II). Begehrt der Kläger das Verbot einer konkreten Verletzungsform, sind die Klageanträge inhaltlich möglichst genau an die angegriffene Verletzungsform anzupassen. Um dem Bestimmtheitserfordernis zu entsprechen und auf die konkrete Verletzungsform Bezug zu nehmen, kann sich der Kläger des Konditionalsatzes „wenn dies geschieht wie“ bedienen und die konkrete Verletzungsform in den Antrag einkopieren. Eine verbale Beschreibung kann angebracht sein, um darzulegen, in welchen Merkmalen des angegriffenen Erzeugnisses die Grundlage und der Anknüpfungspunkt des Verstoßes oder der Verletzung und damit des begehrten Unterlassungsgebots liegen sollen. Eine wörtliche Umschreibung ist aber dann nicht erforderlich, wenn sich das begehrte Verbot gegen eine ganz konkrete Verletzungsform richtet und eine bildliche Darstellung unter Heranziehung der Klagegründe eindeutig ergibt, welche Merkmale der angegriffenen Verletzungsform die Grundlage und den Anknüpfungspunkt des Rechtsverstoßes und damit des begehrten Unterlassungsgebots bilden sollen. Zielt ein Unterlassungsantrag durch Formulierungen wie „wie nachfolgend abgebildet“ auf das Verbot der konkreten Verletzungsform, stellen weitere in den Antrag aufgenommene, die konkrete Verletzungsform

beschreibende Merkmale grundsätzlich eine für die Bestimmtheit des Antrags unschädliche Überbestimmung dar (vgl. Ceph/Voß/Zlgann/Werner, Prozesskommentar zum Gewerblichen Rechtsschutz, 2. Auflage, § 253 Rdnr. 201 ff.).

37

Bezieht sich der Unterlassungsantrag auf Anlagen, müssen sich diese bei den Gerichtsakten befinden und mit dem Urteil verbunden werden, damit der entsprechende Antrag oder Tenor inhaltlich bestimmt ist. Nur in besonderen Ausnahmefällen kann davon abgerückt werden, wenn ein wirksamer Rechtsschutz nicht gewährt werden kann oder ein unangemessener Aufwand entstehen würde, der nach Abwägung aller beteiligten Interessen vermieden werden kann (vgl. Ceph/Voß/Zlgann/Werner, Prozesskommentar zum Gewerblichen Rechtsschutz, 2. Auflage, § 253 Rdnr. 204 mit Verweis auf BGH GRUR 2015, 672 - Videospiel-Konsolen II, Tz. 36).

38

II. Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist der Hauptantrag nicht hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, und war dieser deshalb als unzulässig abzuweisen. Denn grundsätzlich muss sichergestellt werden, dass der Urteilsausspruch bei Erlass des Urteils inhaltlich bestimmt ist (und bleibt). Aus diesem Grund muss der Urteilsausspruch in aller Regel aus sich heraus oder gegebenenfalls im Zusammenhang mit seiner Begründung bestimmbar sein. Daraus folgt, dass der Urteilsinhalt grundsätzlich in einer einheitlichen Urkunde festzulegen ist (vgl. BGH GRUR 2015, 672 - Videospiele-Konsolen II, Tz. 36 sowie BGH GRUR 2000, 228 - Musical-Gala). Nur in besonders gelagerten Fällen können bei der Bemessung der Anforderungen, die zur Sicherung der Bestimmtheit des Urteilsausspruchs aufzustellen sind, die Erfordernisse der Gewährung eines wirksamen Rechtsschutzes oder der Vermeidung eines unangemessenen Aufwands mit abzuwägen sein (vgl. BGH GRUR 2015, 672 - Videospiele-Konsolen II, Tz. 36). Für einen solchen Ausnahmefall ist vorliegend nichts ersichtlich. Denn wie das Vorgehen der Klägervertreter in der mündlichen Verhandlung zeigt, ist es ohne Weiteres möglich - und entspricht es darüber hinaus auch bei auf abstrakte Farbmarken gestützten Verletzungsklagen verbreiteter und höchst Richterlich gebilligter Übung, vgl. etwa BGH GRUR 2005, 427 - Lila-Schokolade, BGH GRUR 2009, 783 - UHU sowie BGH GRUR 2014, 1101 - Gelbe Wörterbücher - die angegriffene Verletzungsform abzublenden und in den Unterlassungsantrag einzublenden. Demgegenüber wiegt das Risiko, dass nach Rechtskraft der Entscheidung und insbesondere bei der Zwangsvollstreckung Unsicherheiten infolge eines Verlusts von mit dem Urteil nicht fest verbundenen Anlagen entstehen können (Dass ein Verlust von Anlagen nicht abwegig ist, zeigt etwa die Entscheidung BGH GRUR 2011, 148 - Goldhase II, mit der das Revisionsgericht die Sache schon deshalb zurückverweisen musste, weil sich der von den dortigen wie hiesigen Klägerinnen im Original vorgelegte angegriffene Schokoladenhase schon in der Revisionsinstanz nicht mehr bei den Akten befunden hat, und dass es darüber hinaus im Falle mit dem Antrag nicht fest verbundener Anlagen zu unerfreulichen Verwechslungen kommen kann, veranschaulicht etwa das Sitzungsprotokoll im hier zu entscheidenden Fall, ausweislich dessen dem Gericht als Anlage K 27 ein Schokoladenhase mit grüner Schleife, dem Beklagtenvertreter hingegen als Anlage K 27 ein Schokoladenhase mit pinkfarbener Schleife übersandt worden war.), schwer und muss im Streitfall aus den genannten Gründen nicht hingenommen werden.

39

III. Der Hilfsantrag, mit welchem auf Ablichtungen der angegriffenen Verletzungsform Bezug genommen wird, genügt hingegen den Anforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die hiergegen mit Schriftsatz vom 15.07.2019 vorgebrachten Bedenken des Beklagtenvertreters teilt die Kammer nicht, denn die Klägervertreter haben mit Schriftsatz vom 22.08.2019 klargestellt, dass sich die Klage (nur) gegen die konkrete Verletzungsform wie sie Gegenstand der Anlagen K 27 und K 28 ist - mithin also gegen die flächige Anbringung des aus den Anlagen K 27 bzw. K 27a und K 28 bzw. K 28a jeweils ersichtlichen Goldtons auf der Verpackungsfolie eines aufrecht sitzenden Schokoladenhasen - richtet (zu den Anforderungen an die Bezeichnung des angegriffenen Farbtons vgl. auch BGH GRUR 2014, 1101 - Gelbe Wörterbücher und zur Unschädlichkeit einer den Anforderungen an die Bestimmtheit nicht genügenden verbalen Umschreibung der Verletzungsform im abstrakten Teil des Antrags vgl. nur Ströbele/Hacker/Thiering/Thiering, MarkenG, 12. Auflage, § 14 Rdnr. 610).

B.

40

Die Klage ist - soweit sie im Hilfsantrag zulässig ist - begründet.

41

I. Den Klägerinnen steht der gegen die Beklagte geltend gemachte Unterlassungsanspruch jedenfalls aus § 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 und 5 MarkenG wegen Verwechslungsgefahr zu.

Im Einzelnen:

42

1. Die Klägerinnen sind Inhaberinnen einer Benutzungsmarke im Sinne des § 4 Nr. 2 MarkenG in der Form einer konturlosen abstrakten Farbmarke „CIELAB 86.17, 1.56, 41.82“ für „Schokoladenhasen“.

43

a) Nach § 4 Nr. 2 MarkenG entsteht Markenschutz durch die Benutzung eines Zeichens im geschäftlichen Verkehr, soweit das Zeichen innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Marke Verkehrsgeltung erlangt hat.

44

aa) Wie bei der Notorietätsmarke des § 4 Nr. 3 MarkenG handelt es sich bei der Benutzungsmarke nicht um ein förmliches, sondern um ein sachliches Markenrecht. Geschützt wird hierdurch ein aufgrund intensiver Benutzung im Wettbewerb erreichter und aufrechterhaltener, von Rechts wegen zum Ausschließlichkeitsrecht verdichteter tatsächlicher wettbewerblicher Besitzstand (vgl. dazu Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, MarkenG, 12. Auflage, § 4 Rdnr. 1 und 8). Anders als bei der Registermarke nach § 4 Nr. 1 MarkenG gibt es bei der Benutzungsmarke kein durch eine Anmeldung eindeutig definiertes Zeichen, das auf seine Schutzfähigkeit hin zu überprüfen ist. Diese Festlegung trifft letztlich der Kläger im Verletzungs- oder Lösungsverfahren, indem er ein bestimmtes Zeichen als herkunftskennzeichnend für sich in Anspruch nimmt (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, MarkenG, 12. Auflage, § 4 Rdnr. 9).

45

bb) Verkehrsgeltung eines Zeichens setzt dessen Benutzung voraus. Gegenstand der Verkehrsgeltung und damit des Schutzes nach § 4 Nr. 2 MarkenG ist deshalb grundsätzlich das konkret benutzte Zeichen. Der Kläger muss daher den Schutzgegenstand eindeutig bestimmen (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, MarkenG, 12. Auflage, § 4 Rdnr. 10). Verkehrsgeltungsschutz kann auch für abstrakte Farbmarken erlangt werden (st. Rspr., vgl. etwa EuGH GRUR 2003, 604 - Libertel, Tz. 40 f., BGH GRUR 2004, 151 - Farbmarkenverletzung I sowie BGH GRUR 2009, 783 - UHU, Tz. 22; aA Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, MarkenG, 12. Auflage, § 4 Rdnr. 13).

46

Verkehrsgeltung bedeutet, dass ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise das Zeichen einem bestimmten (nicht notwendig namentlich benennbaren) Unternehmen zuordnet; ein fester Mindestprozentsatz ist damit jedoch nicht verbunden (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, MarkenG, 12. Auflage, § 4 Rdnr. 48 m.w.N.). Das Zeichen muss gerade als Marke Verkehrsgeltung erworben haben, was nur dann der Fall ist, wenn das Zeichen im Verkehr als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der so gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zur Unterscheidung von gleichen Waren oder Dienstleistungen anderer betrieblicher Herkunft verstanden wird. Die bloße Verkehrsbekanntheit oder Beliebtheit des Produkts selbst genügt hierfür ebenso wenig wie die Bekanntheit des Zeichens als solches, z.B. als Produktbezeichnung (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, MarkenG, 12. Auflage, § 4 Rdnr. 28 m.w.N.).

47

cc) Wie jede Marke muss auch die Benutzungsmarke die allgemeinen Voraussetzungen der Markenfähigkeit nach § 3 Abs. 1 MarkenG erfüllen, d.h. es muss sich um ein Zeichen handeln, das seiner Art nach grundsätzlich geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, MarkenG, 12. Auflage, § 4 Rdnr. 15).

48

b) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe sind die Klägerinnen Inhaberinnen einer Benutzungsmarke im Sinne des § 4 Nr. 2 MarkenG in der Form einer konturlosen Farbmarke „CIELAB 86.17, 1.56, 41.82“ für „Schokoladenhasen“.

49

aa) Mit der Angabe der Markenform „abstrakte konturlose Farbmarke“ und des konkret beanspruchten Farbtons „CIELAB 86.17, 1.56, 41.82“ haben die Klägerinnen den Schutzgegenstand eindeutig bestimmt und den Sieckmann Kriterien genügt (vgl. EuGH GRUR 2003, 145 - Sieckmann; EuGH GRUR 2003, 604 - Libertel, Tz. 27 ff.).

50

bb) Weiter haben die Klägerinnen das in Rede stehende Zeichen, nämlich den Farbton „CIELAB 86.17, 1.56, 41.82“, im geschäftlichen Verkehr für die von ihnen in großem Umfang vertriebenen Schokoladenhasen markenmäßig benutzt.

51

(1) Eine markenmäßige Verwendung ist zu bejahen, wenn ein Zeichen im Rahmen des Produktabsatzes jedenfalls auch der Unterscheidung der Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen dient (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Auflage, § 14 Rdnr. 132 m.w.N.). Ob eine Zeichenverwendung vom Verkehr als Herkunftshinweis verstanden und daher im engeren Sinne markenmäßig verwendet wird, beurteilt sich nach dem Verständnis des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsabnehmers (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Auflage, § 14 Rdnr. 138). Die Einstufung als herkunftshinweisende Verwendung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass dem Zeichen vom Verkehr zusätzlich auch noch andere Funktionen oder Bedeutungen beigegeben werden. Es genügt vielmehr stets ein Verkehrsverständnis zumindest auch als Herkunftshinweis (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Auflage, § 14 Rdnr. 140 unter Verweis auf EuGH GRUR 2003, 55 - Arsenal Football Club). Einer Einstufung als markenmäßigem Gebrauch steht mithin nicht entgegen, dass das Zeichen auf dem Produkt auch, aber nicht nur als Verzierung aufgefasst wird (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Auflage, § 14 Rdnr. 205 mit Verweis auf EuGH GRUR Int. 2004, 121 - Adidas-Salomon und Adidas Benelux sowie auf EuGH GRUR 2008, 503 -adidas und adidas Benelux); insbesondere schließt eine Integration in die Produktaufmachung eine zumindest auch kennzeichenmäßige Verwendung nicht aus (vgl. OLG München GRUR-RR 2002, 57 - Benetton Slide). Der Begriff des im engeren Sinne markenmäßigen Gebrauchs ist grundsätzlich weit zu fassen; es genügt bereits die objektive, nicht völlig fernliegende Möglichkeit, dass der Verkehr einen Herkunftshinweis annimmt. Nur wenn das Zeichen zweifelsfrei nicht in diesem Sinne als betriebliches Herkunftszeichen aufgefasst wird, ist ein markenmäßiger Gebrauch zu verneinen (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Auflage, § 14 Rdnr. 143 ff.).

52

(2) Eine markenmäßige Verwendung des von den Klägerinnen für ihre Schokoladenhasen verwendeten Farbtons „CIELAB 86.17, 1.56, 41.82“ ist unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe zu bejahen:

- Wird eine Farbe auf der Verpackung einer Ware verwendet, kann zwar nur ausnahmsweise angenommen werden, dass dies herkunftshinweisend geschieht. Denn die Verbraucher sind es im Allgemeinen nicht gewöhnt, aus der Farbe von Waren oder ihrer Verpackung ohne Beifügung von grafischen oder Wortelementen auf die Herkunft der Waren zu schließen, da eine Farbe als solche nach den gegenwärtigen Gepflogenheiten grundsätzlich nicht als Mittel der Identifizierung verwendet wird. Eine solche Ausnahme setzt daher 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 die schutzbeanspruchende Farbe über eine durch Benutzung erworbene gesteigerte Kennzeichnungskraft verfügt und auf Grund dessen eine entsprechende Gewöhnung des Verkehrs besteht, bei Waren der in Rede stehenden Art in der schutzbeanspruchenden Farbe einen Herkunftshinweis zu sehen, und wenn diese Farbe außerdem ein wesentliches, durch herkömmliche Herkunftshinweise nicht in den Hintergrund gedrängtes Gestaltungsmittel der entsprechenden Ware ist (vgl. BGH GRUR 2005, 427 - Lila-Schokolade; zum Ganzen auch BGH GRUR 2004, 151 - Farbmarkenverletzung I; EuGH GRUR 2003, 604 - Libertel; BGH GRUR 2015, 1012 Nivea-Blau).

- Im Streitfall fasst der angesprochene Verkehr, zu dem auch die Mitglieder der Kammer als normal informierte, angemessen aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher und zumindest potentielle Käufer von Schokoladenhasen gehören, die Farbe Gold auf der Verpackungsfolie der klägerischen Schokoladenhasen als eigenständigen Herkunftshinweis auf. Denn der von den Klägerinnen für ihre Schokoladenhasen verwendete Goldton verfügt nicht lediglich über normale, sondern über eine durch jahrelange intensive Bewerbung und Benutzung gesteigerte hohe Kennzeichnungskraft, was sich nicht zuletzt auch an den durch das als Anlage K 26 vorgelegte Umfragegutachten belegten

Kennzeichnungs- und Zuordnungsgraden von 75,8% bzw. 72,3% in der Gesamtbevölkerung zeigt (vgl. BGH GRUR 2010, 1103 - Pralinenform II, Tz. 34 und 43 zur Maßgeblichkeit des Kennzeichnungsgrades für die Feststellung des Umfangs der Kennzeichnungskraft). Die von den Klägerinnen in der Klageschrift mitgeteilten hohen Absatz- und Umsatzzahlen sowie die dort vorgetragenen sehr umfangreichen Werbeaufwendungen und die hohen Marktanteile des ... Goldhasen hat die Beklagte nicht bestritten, und soweit sie sich gegen das als Anlage K 26 vorgelegte GfK-Umfragegutachten wendet, ist zu sehen, dass sie dessen Methodik und Befund als solche nicht beanstandet. Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang - nur - darauf verweist, dass sich die mit diesem Gutachten gemäß Anlage K 26 im Verfahren vorgelegte Farbkarte nicht mit dem Farbton des ... Goldhasen gemäß Anlage K 1 deckt, ist dies zwar zutreffend. Ungeachtet dessen und aller weiteren Bedenken, die möglicherweise auch gegen die Fragestellung der vorgelegten GfK-Umfrage vorgebracht werden könnten, kann deren Ergebnis aber ein wesentlicher Hinweis auf die Kennzeichnungskraft des schutzbeanspruchenden Goldtons entnommen werden (so auch BGH GRUR 2010, 1103 - Pralinenform II, Tz. 33), weil nämlich nach Auffassung der ständig mit Kennzeichen- und Wettbewerbsstreitsachen befassten und daher sachkundigen (vgl. OLG München GRUR-RR 2016, 270 - Klosterseep BGH GRUR 2014, 1211 - Runes of Magic II, Tz. 20) Kammer nicht zu erwarten ist, dass die Umfrageergebnisse bei Vorlage einer Goldfolie, wie sie der als Anlage K 1 vorgelegte Schokoladenhase trägt, signifikant anders ausgefallen wären. Aus diesem Grunde hat die Kammer von einer Einvernahme des klägerseits benannten Zeugen ... zur Frage der Ausgestaltung der den Umfrageteilnehmern vorgelegten Farbkarten abgesehen.

53

Aus der Sicht der an Schokoladenhasen interessierten Durchschnittsverbraucher ist daher die Farbe „Gold“ zum Inbegriff von Schokoladenhasen der Klägerinnen geworden, was nicht zuletzt auch auf der eingängigen, plakativen, langjährigen und intensiven Bewerbung von deren Schokoladenhasen als sog. „...“ beruhen mag. Und überdies ist der angesprochene Verkehr im Bereich der Schokoladenhasen auch an eine Kennzeichnungspraxis dergestalt gewöhnt, dass die Hersteller der entsprechenden Waren zur Kennzeichnung der betrieblichen Herkunft ihrer Hasen bei deren äußerer Gestaltung auf ihre Hausfarbe oder eine sonstige für ihre Produkte charakteristische Farbgebung zurückgreifen, wie dies etwa beim „...“-Hasen, beim „...“-Hasen, beim „...“-Hasen, beim „...“-Hasen oder beim „...“-Hasen (siehe Abbildungen auf S. 21/22 der Klageschrift, Bl. 21/22 d. A.) ersichtlich ist (vgl. zum Ganzen auch BGH GRUR 2014, 1101 - Gelbe Wörterbücher, Tz. 23 und 27). Der Verkehr nimmt daher den Goldton der klägerischen Hasen nicht nur als dekoratives Element, sondern als selbständiges Kennzeichnungsmittel im Sinne einer Zweitmarke neben den weiteren Kennzeichnungen „...“ und „...“ und damit als markenmäßig benutzt wahr.

54

Diesem Befund einer markenmäßigen Benutzung des schutzbeanspruchenden Goldtons durch die Klägerinnen auf deren Schokoladenhasen steht schließlich auch nicht entgegen, dass aus der Bekanntheit von in einer bestimmten Farbe gestalteten Produkte nicht notwendig folgt, dass die Produktaufmachung in gleichem Umfang als Herkunftshinweis aufgefasst wird (vgl. BGH GRUR 2015, 1012 - Nivea-Blau; kritisch noch BGH GRUR 2011, 148 - Goldhase II, Tz. 33 und Würtenberger in GRUR 2007, 238 = Anm. zu BGH GRUR 2007, 235 - Goldhase I). Denn wenn eine Verkehrsbefragung -wie im Streitfall - einen Durchsetzungsgrad von mehr als 50% ergibt, kann auf eine markenmäßige Verwendung der konturlosen Farbe durch den Markeninhaber geschlossen werden (vgl. BGH GRUR 2015, 1012 - Nivea-Blau).

55

cc) Der Farbton „CIELAB 86.17, 1.56, 41.82“ hat ausweislich des als Anlage K 26 vorgelegten Umfragegutachtens für „Schokoladenhasen“ den erforderlichen hohen Grad an Verkehrsgeltung (vgl. dazu BGH GRUR 2004, 151 -Farbmarkenverletzung I; BGH GRUR 2015, 1012 - Nivea-Blau) und entsprechend den obigen Ausführungen unter B.I.1.b) bb (2) auch Verkehrsgeltung als Marke erlangt. Zur Unerheblichkeit der von der Beklagten gegen dieses Gutachten vorgebrachten Einwände wird auf die Ausführungen unter B.I.1 .b) bb (2) verwiesen.

56

dd) Einem Schutz des klägerischen Farbtons „CIELAB 86.17, 1.56, 41.82“ als Benutzungsmarke im Sinne von § 4 Nr. 2 MarkenG steht auch nicht das Schutzhindernis des § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG n.F. entgegen.

57

(1) Nach § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG n.F. sind solche Zeichen einem Schutz als Marke nicht zugänglich, die ausschließlich aus Formen oder anderen charakteristischen Merkmalen bestehen, die der Ware einen wesentlichen Wert verleihen.

58

(2) Nach Inkrafttreten des MaMoG erstrecken sich die Ausschlussgründe des § 3 Abs. 2 MarkenG n.F. auch auf andere „charakteristische Merkmale“ eines Zeichens mit der Folge, dass das Schutzhindernis des § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG n.F. auf Farbmarken nunmehr unmittelbar anzuwenden ist (vgl. zum Ganzen BeckOK/Kur, MarkenG, 18. Edition, Stand: 01.07.2019, § 3 Rdnr. 68; Hacker in GRUR 2019, 113).

59

(3) Dem Schutzhindernis für wertverleihende Formen oder andere wertverleihende charakteristische Merkmale kommt eine wesentliche Funktion bei der Abgrenzung des Markenschutzes zum Design- und Urnehmerschutz zu (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, MarkenG, 12. Auflage, § 3 Rdnr. 141). Ob beispielsweise die Form der Ware einen wesentlichen Wert verleiht, beurteilt sich weniger nach der Verkehrsauffassung, als nach der Art der in Rede stehenden Warenkategorie, nach dem künstlerischen Wert der fraglichen Form und ihrer Andersartigkeit im Vergleich zu anderen auf dem Markt allgemein genutzten Formen. Ebenfalls relevant ist ein bedeutender Preisunterschied gegenüber ähnlichen Produkten oder die Ausarbeitung einer Vermarktungsstrategie, die hauptsächlich die ästhetischen Eigenschaften der jeweiligen Ware herausstreicht (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, MarkenG, 12. Auflage, § 3 Rdnr. 144 mit Verweis auf EuGH GRUR 2014, 1097 - Hauck/Stokke u.a.).

60

(4) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe verleiht der schutzbeanspruchende Goldton der Klägerinnen der Ware „Schokoladenhasen“ keinen wesentlichen Wert im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG n.F. Denn anders als möglicherweise im Falle von bestimmten Bekleidungsstücken (dazu Hacker in GRUR 2019, 113 unter Bezugnahme auf EuGH GRUR 2018, 842 - Christian Louboutin u.a / Van Haren Schoenen BV) verleiht die konkrete Farbe den klägerischen Schokoladenhasen keinen wesentlichen Wert, was ganz offensichtlich auch die Eintragungsbehörde so sieht, nachdem das DPMA am 12.05.2017 für die Klägerin zu 2) eine deutsche Farbmarke Nr. 30 2017 010 675 „gold (Pantone Premium Metallics coated 10126 C)“ mit Schutz für „Schokoladen-Hasen“ eingetragen hat. Den wesentlichen Wert verleiht den klägerischen Schokoladenhasen nämlich nicht die Goldfolie, in die sie eingewickelt sind (wenn dem so wäre, würde wohl kaum jemand die Folie nach dem Verzehr des Schokoladenhasen achtlos entsorgen), sondern die Qualität der Schokolade und das Renommee der Klägerinnen. Als zum umgehenden Verzehr bestimmter Saisonartikel im mittleren Preissegment ist der klägerische Schokoladenhase schon seiner Natur nach vergänglich und nicht etwa zeitloses Designobjekt, bei dem es maßgeblich auf eine besondere ästhetische Gestaltung ankommen würde.

61

(5) Ob § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG auf die bereits vor dem Inkrafttreten des MaMoG bestehende klägerische Benutzungsmarke anwendbar ist - was zweifelhaft erscheint (vgl. dazu beispielsweise BeckOK/Kur, MarkenG, 18. Edition, Stand: 01.07.2019, § 3 Rdnr. 70 ff.; Hacker in GRUR 2019, 113) - kann nach alledem dahinstehen.

62

ee) Die streitgegenständliche Benutzungsmarke steht beiden Klägerinnen gleichermaßen zu.

63

(1) Inhaber der Benutzungsmarke ist derjenige, zu dessen Gunsten die Verkehrsgeltung erworben wurde. Das ist regelmäßig nur ein Unternehmen bzw. sein Inhaber (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, MarkenG, 12. Auflage, § 4 Rdnr. 60). Benutzen allerdings mehrere Unternehmen eine Kennzeichnung, und sehen die beteiligten Verkehrskreise diese Unternehmen nicht als miteinander im Wettbewerb stehend, sondern als eine wirtschaftliche Einheit, als Gruppe oder Mitglieder eines Konzerns an, dann kann kraft Verkehrsgeltung eine Gruppenbenutzungsmarke entstehen. In diesem Fall kann sich jedes Mitglied der Gruppe aus eigenem Recht auf § 4 Nr. 2 MarkenG berufen, wobei ihm die Aktivitäten und Umsätze der anderen Gruppenmitglieder zugerechnet werden (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, MarkenG, 12. Auflage, § 4 Rdnr. 62 m.w.N.).

64

(2) So liegt der Fall hier: Aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise, zu denen - wie bereits festgestellt - auch die Mitglieder der Kammer als normal informierte, angemessen aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher und zumindest potentielle Käufer von Schokoladenosterhasen gehören, bilden die konzernangehörige, für die Herstellung und den Vertrieb des Goldhasen in Deutschland verantwortliche Klägerin zu 1) und deren Konzernobergesellschaft, die Klägerin zu 2), eine wirtschaftliche Einheit mit der Folge, dass der angesprochene Verkehr deshalb nicht zwischen beiden Gesellschaften differenziert und neben der ... Tochtergesellschaft auch deren ... Muttergesellschaft als für Herstellung und Vertrieb der Goldhasen verantwortlich ansieht. Sowohl die Klägerin zu 1) als auch die Klägerin zu 2) kann sich daher aus eigenem Recht auf die Klagemarke berufen.

65

2. Die von den Klägerinnen beanstandete Zeichenverwendung der Beklagten erfolgt markenmäßig.

66

a) Eine rechtsverletzende Benutzung setzt nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH voraus, dass die spezifischen Interessen des Markeninhabers deshalb betroffen sind, weil die Benutzung durch den Dritten die Funktionen der Marke beeinträchtigt oder beeinträchtigen könnte, insbesondere ihre Hauptfunktion, d.h. die Gewährleistung der Herkunft der Waren oder Dienstleistungen gegenüber den Verbrauchern (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Auflage, § 14 Rdnr. 128 m.w.N.).

67

b) Die Ursprungsgarantie als Hauptfunktion der Marke wird dann beeinträchtigt, wenn das Zeichen von dem Dritten für seine Waren oder Dienstleistungen in der Weise benutzt wird, dass die Abnehmer es als Herkunftskennzeichnung dieser Waren oder Dienstleistungen auffassen, wofür es genügt, dass die Benutzung auch nur den Eindruck aufkommen lässt, dass eine Verbindung im geschäftlichen Verkehr zwischen den betroffenen Waren und dem Markeninhaber besteht (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Auflage, § 14 Rdnr. 129 unter Verweis insbesondere auf EuGH GRUR 2003, 55 - Arsenal Football Club).

68

c) Ebenso wie bei den klägerischen Schokoladenhasen wird die goldene Farbe auf den Verpackungsfolien der angegriffenen Schokoladenhasen der Beklagten aus der Sicht des angesprochenen Verkehrs markenmäßig benutzt, weil nämlich dem Verkehr die Verwendung der Goldfarbe als Produktkennzeichen aufgrund der umfassenden Marktpräsenz der klägerischen Schokoladenhasen - an die die streitgegenständlichen Schokoladenhasen der Beklagten auch in ihrer übrigen Aufmachung und Form frappierend erinnern - bekannt und geläufig ist (vgl. BGH GRUR 2010, 838 - DDR-Logo). Zur Meidung von Wiederholungen wird daher auf das unter B.I.1.b) bb) (1) und (2) Gesagte verwiesen, das für die Goldfarbe der angegriffenen Schokoladenhasen der Beklagten entsprechend gilt. Zwar kann aus Feststellungen zu einem herkunftshinweisenden Verständnis des älteren Zeichens auf ein entsprechendes Verständnis auch der angegriffenen Kennzeichnung nur dann geschlossen werden, wenn in den herkunftshinweisenden Merkmalen Übereinstimmungen oder hinreichende Ähnlichkeiten bestehen (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Auflage, § 14 Rdnr. 141 m.w.N.). Dies ist im Streitfall jedoch gegeben: Die sich gegenüberstehenden Goldtöne sind - ebenso wie die Hasengestaltungen im Übrigen - hochgradig ähnlich (näher dazu unten B.I.3.d). Wie bereits ausgeführt, ist der Begriff des im engeren Sinne markenmäßigen Gebrauchs im Interesse eines umfassenden Kennzeichenschutzes grundsätzlich weit zu fassen; es genügt bereits die objektive, nicht völlig fernliegende Möglichkeit, dass der Verkehr einen Herkunftshinweis annimmt. Ob der Verwender subjektiv die betriebliche Herkunft kennzeichnen wollte oder mit einem solchen Verständnis rechnete, ist dagegen bedeutungslos. Nur wenn das Zeichen zweifelsfrei nicht in diesem Sinne als betriebliches Herkunftszeichen aufgefasst wird, ist ein markenmäßiger Gebrauch zu verneinen (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Auflage, § 14 Rdnr. 143 ff.).

69

3. Zwischen den sich gegenüberstehenden Zeichen besteht Verwechslungsgefahr im kennzeichenrechtlichen Sinne.

70

a) Das Bestehen von Verwechslungsgefahr im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Dabei ist von einer Wechselwirkung zwischen der Identität oder der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen, der Identität oder Ähnlichkeit der Zeichen und der Kennzeichnungskraft der älteren Marke auszugehen, so dass ein

geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Zeichen oder durch eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (st. Rspr., vgl. nur BGH GRUR 2014, 1101 - Gelbe Wörterbücher, Tz. 37).

71

b) Die klägerische Benutzungsmarke verfügt über eine hohe Kennzeichnungskraft (siehe oben B.I.1 .b) bb) (2)).

72

c) Die sich gegenüberstehenden Waren, nämlich „Schokoladenhasen“ sind identisch.

73

d) Zwischen den Vergleichszeichen besteht jedenfalls eine für die Annahme einer Verwechslungsgefahr hinreichende Zeichenähnlichkeit. Ob daneben auch Zeichenidentität im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG bejaht werden kann, die bei einer Farbmarke nach früherer Rechtsprechung nur bei völliger Farbidentität (vgl. BGH GRUR 2004, 151 -Farbmarkenverletzung I) und nach neuerer Rechtsprechung bereits dann angenommen werden kann, wenn lediglich so geringfügige Unterschiede zwischen den Zeichen bestehen, dass sie einem Durchschnittsverbraucher entgehen können (vgl. BGH GRUR 2015, 1201 - Sparkassen-Rot / Santander-Rot, Tz. 62 ff.), kann im Streitfall offenbleiben, weil jedenfalls eine hochgradige Ähnlichkeit zwischen den sich gegenüberstehenden Zeichen, nämlich der abstrakten konturlosen Farbmarke „CIELAB 86.17, 1.56, 41.82“ der Klägerinnen und den jeweiligen Goldtönen der angegriffenen 22 g und 50 g Hasen der Beklagten besteht:

74

aa) Bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit ist von dem das Kennzeichenrecht beherrschenden Grundsatz auszugehen, dass es auf den jeweiligen Gesamteindruck der einander gegenüberstehenden Zeichen ankommt. Das schließt nicht aus, dass unter Umständen ein oder mehrere Bestandteile eines komplexen Zeichens für den Gesamteindruck prägend sein können, den das Kennzeichen bei den angesprochenen Verkehrskreisen hervorruft. Weiter ist nicht ausgeschlossen, dass ein Zeichen, das als Bestandteil in eine zusammengesetzte Marke oder eine komplexe Kennzeichnung aufgenommen wird, eine selbständig kennzeichnende Stellung behält, ohne dass es das Erscheinungsbild der zusammengesetzten Marke oder komplexen Kennzeichnung dominiert oder prägt. Bei Identität oder Ähnlichkeit dieses selbständig kennzeichnenden Bestandteils mit einem Zeichen älteren Zeitrangs kann Verwechslungsgefahr zu bejahen sein, weil dadurch bei den fraglichen Verkehrskreisen der Eindruck hervorgerufen werden kann, dass die fraglichen Waren oder Dienstleistungen zumindest aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen (vgl. BGH GRUR 2014, 1101 - Gelbe Wörterbücher, Tz. 54 mit Verweis auf u.a. EuGH GRUR 2005, 1042 - THOMSON LIFE und BGH GRUR 2013, 833 - Culinaria / Villa Culinaria). Möglich ist aber auch, dass der Verkehr einen bestimmten Bestandteil als Zweitmarke versteht. Dann ist dem Zeichenvergleich - nur - die Zweitkennzeichnung zu Grunde zu legen (vgl. BGH GRUR 2014, 1101 - Gelbe Wörterbücher, Tz. 54 mit Verweis auf u.a. BGH GRUR 2008, 254 - THE HOME STORE).

75

bb) Der angesprochene Verkehr fasst den Goldton der angegriffenen Schokoladenhasen der Beklagten als ein eigenständiges Kennzeichen auf, weil er entsprechend der Kennzeichnungsgewohnheiten im maßgeblichen Warenssektor „Schokoladenhasen“ daran gewöhnt ist, dass zahlreiche Hersteller der entsprechenden Waren zur Kennzeichnung der betrieblichen Herkunft ihrer Hasen bei deren äußerer Gestaltung auf ihre Hausfarbe oder eine sonstige für ihre Produkte charakteristische Farbgebung zurückgreifen (siehe dazu bereits B.I.1.b) bb) (2)), und weiter der Goldton „CIELAB 86.17, 1.56, 41.82“ des klägerischen Schokoladenhasen über eine hohe Kennzeichnungskraft verfügt (siehe dazu unter B.I.3.b), und der Verkehr daher auch die Farbgebung der beanstandeten Schokoladenhasen der Beklagten als eigenständiges Kennzeichnungsmittel im Sinne einer Zweitmarke wahrnimmt (siehe dazu auch B.I.2.c). Die sich daher jeweils allein gegenüberstehenden Goldtöne sind hochgradig ähnlich (vgl. auch BGH GRUR 2014, 1101 -Gelbe Wörterbücher, Tz. 56 zur hochgradigen Ähnlichkeit zweier Gelbtöne).

76

cc) Rechtlich unerheblich ist schließlich, dass auf den Schokoladenhasen der Beklagten mit dem auf einer Seite befindlichen Aufdruck „...“ in denkbar unauffälliger Farbgebung und von der angebrachten Schleife halbverdeckt ein weiteres Kennzeichen aufgebracht ist, das auf die wahre betriebliche Herkunft dieser Schokoladenhasen hinweist, denn der Markenschutz richtet sich gegen die Benutzung identischer oder

verwechslungsfähiger Zeichen als solcher. Auf außerhalb der Kennzeichnung liegende Begleitumstände kann es daher bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr grundsätzlich nicht ankommen (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, MarkenG, 12. Auflage, § 14 Rdnr. 320; BGH GRUR 2007, 780 - Pralinenform, Tz. 38).

77

dd) Lediglich ergänzend ist festzuhalten, dass selbst für den Fall, dass man - entgegen der hier vertretenen Auffassung - annehmen wollte, dass der Goldton auf den Schokoladenhasen der Beklagten von den maßgeblichen Verkehrskreisen nicht als eigenständiges Kennzeichen wahrgenommen wird, eine jedenfalls mittelbare Verwechslungsgefahr zu bejahen sein würde. Denn auch dann würde die Goldfarbe die Schokoladenhasen der Beklagten entweder prägen, im Gesamtzeichen eine selbständig kennzeichnende Stellung behalten oder der angesprochene Verkehr die beiden Zeichen zumindest gedanklich miteinander in Verbindung bringen, weil es sich nämlich bei der Benutzungsmarke der Klägerinnen nach dem Ergebnis des als Anlage K 26 vorgelegten Umfragegutachtens um eine bekannte Marke handelt (vgl. BGH GRUR 2015, 1201 - Sparkassen-Rot / Santander-Rot, Tz. 102 - 104).

78

4. Ob der Unterlassungsanspruch im Streitfall daneben auch - wofür einiges spricht - auf Bekanntheitsschutz im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG gestützt werden kann, kann nach alledem dahinstehen.

79

5. Durch die erfolgte Verletzungshandlung ist die für den geltend gemachten Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr gegeben. Eine die Wiederholungsgefahr ausräumende strafbewehrte Unterlassungserklärung hat die Beklagte nicht abgegeben.

80

6. Der Unterlassungsanspruch der Klägerinnen ist auch nicht verwirkt, weil wiederholte gleichartige Markenverletzungen, die - wie im Streitfall jeweils nur saisonal zu Ostern - zeitlich unterbrochen auftreten, jeweils einen neuen Unterlassungsanspruch auslösen und die für die Beurteilung des Zeitmoments bei der Verwirkung maßgebliche Frist jeweils neu beginnen lassen (vgl. BGH GRUR 2012, 928 -Honda-Grauiimport sowie BGH GRUR 2013, 1161 - Hard Rock Cafe). Die Beklagte hat daher den Verwirkungseinwand zu Recht nicht weiter aufrechterhalten (Bl. 157 d. A.).

81

11. Als Folge des bestehenden Unterlassungsanspruchs sind auch die weiter geltend gemachten Folgeansprüche auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht gemäß § 19 MarkenG und § 242 BGB bzw. § 14 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 6 MarkenG gegeben. Insbesondere handelte die Beklagte nach den im Kennzeichenrecht anzulegenden strengen Maßstäben auch mindestens fahrlässig (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Auflage, Vor §§ 14 - 19d Rdnr. 219).

C.

82

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 269 ZPO und folgt aus der Abweisung des unzulässigen Hauptantrags (siehe oben A.I. und II.), die nicht ohne Kostenfolge bleiben konnte. Die verschiedenen Verletzungstatbestände des § 14 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 MarkenG bilden hingegen einen einheitlichen Streitgegenstand (vgl. dazu etwa Ströbele/Hacker/Thiering/Tfrierling, MarkenG, 12. Auflage, § 14 Rdnr. 619 mit Verweis auf u.a. BGH GRUR 2012, 1145 - Pelikan, Tz. 18 und BGH GRUR 2012, 621 - OSCAR, Tz. 32).

D.

83

Die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in § 709 S. 1 und 2 ZPO.