

**Titel:**

**Keine Benutzungsfarbmärke für Schokoladenhasen**

**Normenkette:**

ZPO § 253 Abs. 2 Nr. 2

MarkenG § 4 Nr. 2

**Leitsätze:**

1. Soweit es bei einer Verletzung einer Benutzungsfarbmärke auf exakte Farbtöne ankommt, kann ein Unterlassungsantrag, der auf Anlagen (hier: Originale der Schokoladenhasen) Bezug nimmt, hinreichend bestimmt sein. (redaktioneller Leitsatz)
2. Eine Verkehrsgeltung für einen Farbton für jede Form für eine Ware insgesamt (hier: Schokoladenhasen) wird nicht begründet, wenn die Zuordnung der Farbe zu einem bestimmten Unternehmen allein auf der außergewöhnlichen Bekanntheit des speziellen Produkts (hier: Lindt Goldhase) beruht. (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Klageantrag, Benutzungsmärke

**Vorinstanz:**

LG München I, Endurteil vom 15.10.2019 – 33 O 13884/18

**Rechtsmittelinstanzen:**

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

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

**Fundstellen:**

MittPatA 2021, 86

WRP 2020, 1633

LSK 2020, 18954

GRUR-RS 2020, 18954

LMuR 2020, 404

**Tenor**

- I. Die Berufung der Klägerinnen wird zurückgewiesen.
- II. Auf die Berufung der Beklagten werden das Urteil des Landgerichts München I vom 15.10.2019 aufgehoben und die Klage abgewiesen.
- III. Die Klägerinnen haben die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen zu tragen.
- IV. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Klägerinnen können jeweils die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115 % des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.
- V. Die Revision zum Bundesgerichtshof wird zugelassen.

**Tatbestand**

I.

1

Die Klägerinnen machen gegen die Beklagte markenrechtliche Ansprüche wegen Verletzung ihrer behaupteten Benutzungsmärke an dem Lindt-Goldton des Lindt Goldhasen geltend.

2

Die Klägerinnen sind Gesellschaften der Unternehmensgruppe Lindt & Sprüngli. Die Klägerin zu 2) ist die Konzernobergesellschaft, die Klägerin zu 1) ist die für die Herstellung und den Vertrieb in Deutschland verantwortliche deutsche Tochtergesellschaft. Lindt & Sprüngli ist dem Verkehr seit Jahrzehnten als Hersteller von qualitativ hochwertiger Premiumschokolade bekannt. Eines der beliebtesten Produkte der Klägerinnen ist der nachfolgend abgebildete und als Anlage K 1 eingereichte Lindt Goldhase

### 3

Der Lindt Goldhase wird in verschiedenen Größen angeboten, nämlich als 10g, 50g, 100g, 200g 500g und 1 kg Schokoladenhase. Es gibt verschiedene Sorten, die sich äußerlich vor allem durch die farbliche Gestaltung des Halsbandes unterscheiden.

### 4

Der Lindt Goldhase wurde im Jahr 1952 entwickelt und wird seitdem in Deutschland in goldener Folie angeboten. In dem aktuellen Goldton entsprechend der Anlage K 1 wird der Lindt Goldhase seit dem Jahre 1994 in Deutschland vertrieben. Die Klägerinnen setzten in den letzten 30 Jahren allein in Deutschland mehr als 500 Millionen Goldhasen ab. Der Lindt Goldhase ist der mit Abstand meistverkaufte Osterhase Deutschlands. Sein Marktanteil betrug in Deutschland im Jahr 2017 über 40 %. Die Klägerinnen bewerben den Lindt Goldhasen vor und zu Ostern ganz erheblich in einer Vielzahl unterschiedlicher Medien.

### 5

Die Klägerinnen vertreiben in Deutschland erfolgreich auch nicht in Goldfolie gewickelte Schokoladenosterhasen, wie die nachfolgend abgebildeten:

### 6

Die Beklagte ist Herstellerin von Schokoladenprodukten. Diese vertrieb in der Ostersaison 2018 u.a. die im Tenor des landgerichtlichen Urteils eingelichteten Schokoladenhasen (Abbildung des Schokoladenhasen der Confiserie Heilemann 50g, Anlage K 27a, Original Anlage K 27; Abbildung des Schokoladenhasen der Confiserie Heilemann 22g, Anlage K 28a, Original Anlage K 28).

### 7

Die Klägerinnen behaupten, der Lindt-Goldton sei überragend bekannt. Der umfangreiche Vertrieb des Lindt 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, wie sich aus dem eingeholten Verkehrsgutachten der GfK, Anlage K 26, ergebe.

### 8

Nach Auffassung der Klägerinnen verletzt der Vertrieb der streitgegenständlichen Hasen der Beklagten die Rechte der Klägerinnen an ihrer bekannten Benutzungsmarke gemäß § 4 Nr. 2 i.V.m. § 14 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG. Die Klägerinnen seien gemeinsam Inhaberinnen einer Benutzungsmarke im Sinne des § 4 Nr. 2 MarkenG an dem in Anlage K 1 wiedergegebenen Goldton (Farbton „CIELAB 86.17, 1.56, 41.82“). Die Verkehrsgeltung bestehe für die Ware „Schokoladenhasen“. Insoweit genüge bei originär schutzunfähigen Marken - wie es grundsätzlich bei abstrakten Farbmarken der Fall sei - eine 50 % übersteigende Verkehrsbekanntheit. 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.

### 9

Die Klagemarke falle nicht unter das Schutzhindernis des § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG n.F., da dieses Schutzhindernis nicht für Marken, die bereits vor dem 14.01.2019 existiert hätten, gelte. Zudem sei die Folienfarbe auch kein charakteristisches Merkmal von Schokoladenhasen und der Goldton verleihe der Ware keinen „wesentlichen Wert“.

### 10

Im Vertrieb der 50g Hasen durch die Beklagte liege eine doppelidentische Benutzung. 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 „Heilemann Confiserie“ sei im Rahmen des Zeichenvergleichs nicht zu berücksichtigen. Der Verkehr sei vielfach an die Verwendung von Zweitzeichen gewöhnt. Die überragende Bekanntheit des Lindt-Goldtons 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. Daher wirke die goldene Farbe beim 50g Hasen der Beklagten, der fast vollständig in dieser gehalten sei, für den Verkehr herkunftshinweisend. Es bestehe zwar vorliegend keine Gewöhnung des Verkehrs an Farben im Allgemeinen als Herkunftshinweis im Bereich von Schokoladenhasen. Aufgrund der überragenden Bekanntheit des Lindt-Goldtons bestehe aber eine konkrete Gewöhnung des Verkehrs an die goldene Farbe des Lindt-Hasen als Herkunftshinweis.

#### **11**

Zwischen der geltend gemachten Benutzungsmarke und den streitgegenständlichen 22g und 50g Hasen der Beklagten bestehe weiterhin Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Der Ähnlichkeitsgrad genüge, damit der Durchschnittsverbraucher die Farbe des 22g Hasen aufgrund der Bekanntheit des Lindt-Goldtons als Herkunftshinweis wahrnehme. Die Klagemarke und die Farbtöne der Beklagten würden für identische Waren benutzt und es liege eine sehr hohe bzw. weit überdurchschnittliche Kennzeichnungskraft vor.

#### **12**

Die Farbgebung der Osterhasen verletze auch die Rechte der Klägerinnen an ihrer bekannten Benutzungsmarke gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG, da die Verwendung der goldenen Farbe auf den Hasen der Beklagten die Unterscheidungskraft und Wertschätzung der bekannten Benutzungsmarke ausnutze.

#### **13**

Der Klageantrag sei auch gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt. Die Klage richte sich gegen die konkreten Verletzungsformen und die Klägerinnen hätten sowohl im Antrag als auch in der Klagebegründung angegeben, in welchen Merkmalen sie Grundlage und Anknüpfungspunkt der Rechtsverletzung sähen. Sie gingen gegen die Verwendung der goldenen Farbtöne auf den in den Anlagen K 27 und K 28 eingereichten Schokoladenhasen vor.

#### **14**

Nach Auffassung der Beklagten ist die Klage im Haupt- und Hilfsantrag nicht hinreichend bestimmt und damit unzulässig.

#### **15**

Außerdem könne die beanspruchte Goldfarbe für die Waren „Schokoladenhasen“ gemäß § 3 Abs. 2 MarkenG n.F., der auch für Marken gelte, die bereits vor dem 14.01.2019 existiert hätten, keine Marke sein. Für abstrakte Farbmarken gebe es auch gar keinen Verkehrsgeltungsschutz. Da der Farbton der Farbkarte, die Gegenstand der Verkehrsbefragung (Anlage K 26) gewesen sei, changiere und der Goldton der Goldhasen der Klägerinnen auf der Farbkarte zudem noch nicht einmal enthalten gewesen sei, sei die vorgelegte Verkehrsbefragung zudem ungeeignet, die Verkehrsgeltung des mit der Vorlage des Hasen beanspruchten Goldtons zu belegen.

#### **16**

Das Landgericht hat die Klage durch Urteil vom 15.10.2019, auf dessen tatsächliche Feststellungen ergänzend Bezug genommen wird, hinsichtlich des Hauptantrags, der auf die Anlagen K 27 und K 28 als konkreter Verletzungsformen gerichtet war, abgewiesen und dem Hilfsantrag stattgegeben und wie folgt erkannt:

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:

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. [Kosten]

VI. [vorläufige Vollstreckbarkeit]

## **17**

Gegen dieses Urteil wenden sich die Klägerinnen und die Beklagte unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags mit ihren Berufungen.

## **18**

Die Klägerinnen beantragen:

1. Das Urteil des Landgerichts München I vom 15. Oktober 2019 zum Az. 33 O 13884/18 wird aufgehoben.
2. Die Beklagte wird unter Androhung eines Ordnungsgeldes bis zu EUR 250.000 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 Beklagten 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, 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.
3. 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.
4. 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, Verzeichnisses, das Angaben und Belege zu enthalten hat über:

## **19**

Die Klägerinnen stellen klar, dass der Hilfsantrag nur für den Fall der Unzulässigkeit des Hauptantrags weiterverfolgt wird.

**20**

Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Berufung der Klägerinnen sowie:

1. Das Urteil des Landgerichts München I vom 15.10.2019, Az.: 33 O 13884/18, wird aufgehoben.
2. Die Klagen werden abgewiesen.

**21**

Die Klägerinnen beantragen,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

**22**

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 30.07.2020 Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

II.

**23**

Die Berufung der Klägerinnen ist zulässig, jedoch im Ergebnis nicht begründet. Der Hauptantrag der Klägerinnen ist entgegen der Auffassung des Landgerichts zwar zulässig, er ist aber nicht begründet. Die Berufung der Beklagten ist zulässig und begründet.

**24**

1. Der mit dem Hauptantrag geltend gemachte Unterlassungsanspruch, auf den die Folgeanträge bezogen sind, ist gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt, obwohl die Anlagen K 27 und K 28, auf die der Antrag Bezug nimmt, nicht mit dem Urteil in einer einheitlichen Urkunde festgelegt werden können.

**25**

Das Erfordernis der Bestimmtheit des Urteilsausspruchs soll umfassend der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit hinsichtlich der Entscheidungswirkungen dienen. Dazu muss nicht nur sichergestellt werden, dass der Urteilsausspruch bei Erlass des Urteils inhaltlich bestimmt ist; es muss auch gewährleistet sein, dass der Urteilsinhalt äußerlich in einer Art und Weise festgelegt wird, dass er auch danach bestimmbar bleibt, da andernfalls nach Rechtskraft der Entscheidung und insbesondere bei der Zwangsvollstreckung Unsicherheiten entstehen können. Aus diesem Grunde muss der Urteilsausspruch in aller Regel aus sich heraus oder gegebenenfalls im Zusammenhang mit seiner Begründung bestimmbar sein, was zur Folge hat, dass der Urteilsinhalt grundsätzlich in einer einheitlichen Urkunde festzulegen ist. Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos. In besonders gelagerten Fällen können bei der Bemessung der Anforderungen, die zur Sicherung der Bestimmtheit des Urteilsausspruchs festzustellen sind, die Erfordernisse der Gewährung eines wirksamen Rechtsschutzes oder der Vermeidung eines unangemessenen Aufwandes mit abzuwägen sein. Dies gilt insbesondere bei Entscheidungen, durch die eine Verurteilung zur Unterlassung ausgesprochen wird, weil der Gegenstand, auf den sich eine Verurteilung zur Unterlassung bezieht, häufig nicht mit Worten umschrieben werden kann. In diesen Fällen hilft zwar in der Regel die Aufnahme einer Abbildung des betreffenden Gegenstandes in das Urteil. Dies ist jedoch nicht immer ausreichend, um den Entscheidungsgegenstand genau festzulegen. Es ist deshalb in der Rechtsprechung anerkannt, dass in Sonderfällen in der gerichtlichen Entscheidung auch auf Anlagen, die zu den Akten gegeben werden, verwiesen werden kann (vgl. BGH GRUR 2000, 228 - Musical-Gala; BGH GRUR 2015, 672, Rn. 36 - Videospiele-Konsolen II).

**26**

Vorliegend ist unverkennbar, dass ein Risiko des Verlustes der mit dem Urteil nicht verbundenen Anlagen besteht, wie sich aus dem Verlust der Schokoladenhasen im Verfahren BGH GRUR 2011, 148 - Goldhase II ergibt; auch bei Versendung der Akten vom Landgericht an das Oberlandesgericht waren die Anlagen K 1, K 27 und K 28 zunächst versehentlich beim Landgericht verblieben und sind erst auf Anforderung des Senats nachgeschickt worden. Gleichwohl ist der Senat der Auffassung, dass es den Klägerinnen im vorliegenden Verfahren nicht verwehrt sein kann, ihre Ansprüche auf die zu den Akten gereichten Originalhasen zu stützen, da es auf die exakten Farbtöne ankommt, die auf der glänzenden Folie, in die die Hasen verpackt sind, verwendet wurde. Aufgrund der glänzenden Folie spielen die Lichtverhältnisse für die

Wiedergabe der Farbe auf Fotos eine besondere Rolle. Auch wenn es grundsätzlich auch bei auf abstrakte Farbmarken gestützten Verletzungsklagen ausreichend ist, wenn die angegriffene Verletzungsform abgelichtet und in den Unterlassungsantrag eingebildet wird (vgl. BGH GRUR 2005, 427 - Lila-Schokolade, BGH GRUR 2009, 783 - UHU, BGH GRUR 2014, 1101 - Gelbe Wörterbücher), ist dies vorliegend problematisch, weil anhand der Abbildungen K 27a und K 28a aufgrund der vorhandenen erheblichen Schattierungen der Umfang der Abweichungen von dem Farbton der angeblichen Benutzungsmarke (Anlage K 1) nur deutlich schlechter beurteilt werden kann.

## **27**

2. Der Unterlassungsantrag ist auch im Übrigen hinreichend bestimmt. Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Unterlassungsantrag - und nach § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO eine darauf beruhende Verurteilung - nicht derart undeutlich gefasst sein, dass der Streitgegenstand und der Umfang der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, letztlich dem Vollstreckungsgericht überlassen bleibt. Eine hinreichende Bestimmtheit ist für gewöhnlich gegeben, wenn eine Bezugnahme auf die konkrete Verletzungshandlung erfolgt oder die konkret angegriffene Verletzungsform streitgegenständlich ist und der Klageantrag zumindest unter Heranziehung des Klagevortrags unzweideutig erkennen lässt, in welchen Merkmalen des angegriffenen Verhaltens die Grundlage und der Anknüpfungspunkt für den Rechtsverstoß und damit das Unterlassungsgebot liegen soll (st. Rspr., vgl. BGH GRUR 2019, 629 Rn. 15 - Deutschland-Kombi).

## **28**

Vorliegend haben die Klägerinnen jedenfalls in der Berufungsinstanz klargestellt, dass die Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform auch, aber nicht nur zur Festlegung der angegriffenen Goldtöne erfolgt. Zudem ergibt sich aus dem Klagevortrag, dass die Klägerinnen die Rechtsverletzung in der großflächigen Benutzung der Goldtöne bei den angegriffenen Produkten sehen (vgl. z.B. S. 22, 23 des Schriftsatzes der Klägerinnen vom 23.04.2019, Bl. 96, 97 der Akten). Es ist somit erkennbar, in welchen Merkmalen der angegriffenen Produkte sie die Grundlage und den Anknüpfungspunkt des Rechtsverstoßes sehen.

## **29**

3. Der Unterlassungsantrag ist jedoch nicht begründet. Die Klägerinnen sind nicht Inhaberinnen einer Benutzungsmarke gemäß § 4 Nr. 2 MarkenG an dem goldenen Farbton entsprechend der Anlage K 1 für Schokoladenhasen.

## **30**

a) Entgegen der Auffassung der Beklagten liegt eine Benutzungsmarke vorliegend allerdings nicht deshalb schon nicht vor, weil abstrakte Farbmarken keinen Markenschutz gemäß § 4 Nr. 2 MarkenG erlangen können. Es ist vielmehr anerkannt, dass auch abstrakte Farbmarken als Benutzungsmarken geschützt sein können, wenn sie Verkehrsgeltung erlangt haben (vgl. BGH GRUR 2004, 151, 153 - Farbmarkenverletzung I; BGH GRUR 2009, 783 Rn. 31 - UHU).

## **31**

b) Der goldene Farbton, den die Klägerinnen für ihre Goldhasen verwenden, hat jedoch für die Ware Schokoladenhasen keine Verkehrsgeltung erlangt. Etwas anderes ergibt sich vorliegend auch nicht aus dem erhaltenen Verkehrsgutachten der GfK (Anlage K 26).

## **32**

aa) Das Verkehrsgutachten ist allerdings nicht schon deshalb zum Nachweis der Verkehrsgeltung des Goldtons entsprechend der Anlage K 1 ungeeignet, weil die den Befragten gezeigte Farbkarte nach dem Gutachten gemäß Anlage K 26 gar nicht den einheitlichen Goldton, für den der Schutz beansprucht wird, aufwies, sondern changierend viele verschiedene Goldtöne. Denn wenn die den Befragten vorgelegte Farbkarte tatsächlich viele verschiedene Goldtöne aufgewiesen haben sollte - die Klägerinnen haben Zeugenbeweis dafür angeboten, dass die Farbkarte einen einheitlichen Goldton aufwies - und der angesprochene Verkehr somit schon in einer solchen changierenden goldenen Farbkarte einen Herkunftshinweis auf die Klägerinnen sieht, ist davon auszugehen, dass dies bei Vorlage einer einheitlichen Farbkarte, die die Farbe der Goldhasen der Klägerinnen gezeigt hätte, erst recht der Fall gewesen wäre.

## **33**

bb) Gleiches gilt für den Einwand der Beklagten, dass, selbst wenn die den Befragten vorgelegte Farbkarte einen einheitlichen Goldton gezeigt haben sollte, nicht feststehe, dass es sich um den Goldton der Goldhasen gehandelt habe. Auch insofern kann angenommen werden, dass, wenn der den Befragten vorgelegte Goldton nicht dem Goldton der Goldhasen entsprochen haben sollte, die Befragung einen noch höheren Durchsetzungs- und Zuordnungsgrad ergeben hätte, wenn tatsächlich der Goldton der Goldhasen bei der Befragung vorgelegt worden wäre. Etwaige Mängel der vorgelegten Farbkarte stellen das Ergebnis der Verkehrsgutachtens somit nicht in Frage.

### 34

cc) Die Verkehrsgeltung des Goldtons der Goldhasen für Schokoladenhasen kann allerdings trotz der Ergebnisse des vorgelegten Verkehrsgutachtens nicht angenommen werden, weil dieses dem Umstand nicht Rechnung trägt, dass die Klägerinnen die goldene Farbe nicht für Schokoladenhasen, für die die Farbe angeblich Schutz genießen soll, generell verwendet, sondern lediglich für ein sehr bekanntes und erfolgreiches Produkt, nämlich den Lindt Goldhasen. Die Klägerin vertreibt den Lindt Goldhasen in verschiedenen Größen und Geschmacksrichtungen, aber immer in dem streitgegenständlichen Goldton und der gleichen Form. Aufgrund der intensiven Bewerbung des Lindt Goldhasen (vgl. S. 7, 9, 10 der Klageschrift) und seiner Marktführerschaft ist dem Verkehr die Gestaltung des Lindt Goldhasens, jedenfalls seine Kombination von Form und Farbe bekannt (vgl. zur Kombination von Form und Farbe des Goldhasens bereits BGH GRUR 2007, 235 Rn. 25 - Goldhase I).

### 35

Soweit eine Verkehrsdurchsetzung einer abstrakten Farbmarke bisher angenommen wurde, handelte es sich um Fälle, in denen die Unternehmen eine bestimmte Farbe als Hausfarbe für verschiedene Produkte des Waren- bzw. Dienstleistungsbereichs, für den Farbmarkenschutz beansprucht wurde, und nicht nur für ein bestimmtes Produkt verwendet haben, wie z.B. im Falle des Sparkassen-Rot (vgl. BGH GRUR 2016, 1167), des Langenscheidt-Gelb (vgl. BGH GRUR 2015, 581), des Nivea-Blau (vgl. BGH GRUR 2015, 1012), des Telekom-Magenta (vgl. BGH GRUR 2004) oder des Milka-Lila (vgl. BGH GRUR Int 2005, 719). Die Klägerinnen verwenden den Goldton, für den sie die Benutzungsmarke beanspruchen, dagegen nicht als Hausfarbe für verschiedene von ihr vertriebenen Schokoladenhasen, sondern lediglich für ihren Lindt Goldhasen. So trägt die Klägerin selbst vor, dass sie auch nicht goldfarbene Schokoladenhasen, wie die im Tatbestand eingeleiteten, erfolgreich vertreibt.

### 36

Da die nach dem Gutachten erfolgte Zuordnung der goldenen Farbe bei Schokoladenhasen zu einem bestimmten Unternehmen und zwar dem „Unternehmen Lindt“ vorliegend allein aufgrund der Verwendung für ein bestimmtes dem Verkehr in seiner Gestaltung bekanntes Produkt erfolgt sein kann und nicht aufgrund einer Verwendung der Farbe durch die Klägerinnen für Schokoladenhasen generell, kann eine Verkehrsgeltung der goldenen Farbe für Schokoladenhasen nur angenommen werden, wenn der Verkehr in dem Goldton der Lindt Goldhasen auch dann einen Herkunftshinweis auf die Klägerinnen sehen würde, wenn es sich bei einem in Goldfolie eingewickelten Schokoladenhasen aufgrund seiner sonstigen Gestaltungsmerkmale ersichtlich nicht um den bekannten Lindt Goldhasen handelt. Dies ist nicht der Fall. Es erscheint vielmehr fernliegend, dass der Verkehr in der goldenen Farbe von Hasen, die eine Gestaltung entsprechend den verschiedenen in dem Anlagenkonvolut B 1 abgebildeten Hasen - jeweils ohne Wortkennzeichnung - aufweisen, einen Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen, gar das „Unternehmen Lindt“ entnehmen. Da dem Verkehr nicht nur die Farbe sondern auch die sonstige Gestaltung der Lindt Goldhasen bekannt ist, wird er in Goldfolie gewickelte Hasen, die ansonsten gänzlich anders aussehen als die Lindt Goldhasen, sogar eher gerade nicht dem „Unternehmen Lindt“ zuordnen, da er deren „Goldhasen“ ja kennt, sondern annehmen, dass die goldenen Hasen aus einem beliebigen anderen Unternehmen, aber nicht dem „Unternehmen Lindt“ stammen. So ist z.B. nicht davon auszugehen, dass der Verkehr die von den Klägerinnen vertriebenen eingeleiteten stehenden Osterhasen mit der gegebenen von den Lindt Goldhasen völlig abweichenden Gesichtsbemalung mit Sonnenbrillen und Zähnen, wären sie in goldene Folie gewickelt, (ohne Wortkennzeichnung) dem „Unternehmen Lindt“ zuordnen würde, denn es handelt sich ja offensichtlich trotz der goldenen Farbe gerade nicht um die Lindt Goldhasen. Dieses Verkehrsverständnis kann der Senat selbst feststellen, weil seine Mitglieder zu den angesprochenen Verkehrskreisen, nämlich den potentiellen Käufern von Schokoladenhasen, gehören (vgl. BGH GRUR 2016, 83 - Amplidect/ampliteq Tz. 52; GRUR 2004, 244, 245 - Marktführerschaft) und er zudem aufgrund seiner ständigen Befassung mit Kennzeichen- und Wettbewerbsstreitsachen in der Lage ist, das

Verkehrsverständnis anhand seiner Erfahrungen selbst zu beurteilen (vgl. BGH GRUR 2014, 1211, Tz. 20 - Runes of Magic II; GRUR 2004, 244, 245 - Marktführerschaft).

### **37**

dd) Die vermeintliche Zuordnung der goldenen Farbe zum „Unternehmen Lindt“ bei Schokoladenhasen durch den Verkehr beruht allein auf der außergewöhnlichen Bekanntheit des Lindt Goldhasens und begründet keine Verkehrsgeltung der Farbe des Goldhasens für jede Form in entsprechender Goldfolie eingewickelter Schokoladenhasen. Dementsprechend liegt entgegen der Auffassung der Klägerinnen allein in der großflächigen Benutzung der goldenen Farbe für die Hasen der Beklagten auch keine markenmäßige Benutzung der goldenen Farbe. Möglicherweise nutzt die Beklagte ein aus der goldenen Farbe und der Form der angegriffenen Hasen bestehendes Kombinationszeichen markenmäßig. Bezeichnenderweise haben die Klägerinnen in den auf Anregung der Kammer gestellten Hilfsantrag in die Merkmalsbeschreibung mit aufgenommen, dass das Verbot für „sitzende Osterhasen“ gilt, somit auf die Kombination der goldenen Farbe mit der Form der angegriffenen Hasen abgestellt, obwohl sie in ihrem Vortrag hinsichtlich der markenmäßigen Benutzung allein auf den Goldton und dessen großflächige Verwendung abstellen. Allein in der großflächigen Verwendung der goldenen Farbe der angegriffenen Hasen sieht der Verkehr jedoch keinen Herkunftshinweis. Die goldene Farbe hat allein weder als Marke Verkehrsgeltung erlangt noch verwendet die Beklagte sie markenmäßig.

### **38**

c) Da die Voraussetzungen des § 4 Nr. 2 MarkenG nicht vorliegen, kann dahinstehen, ob § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG auf vor dem 19.01.2019 entstandene Benutzungsmarken Anwendung findet und ob die goldfarbene Folie den Hasen einen wesentlichen Wert verleiht.

### **39**

3. Da die Marke, auf die die Klägerinnen ihre Ansprüche stützen, nicht besteht, sind auch die Folgeansprüche nicht begründet.

### **40**

4. Die Berufung der Beklagten ist zulässig und begründet. Da der Hauptantrag der Klägerinnen zulässig war, ist die Bedingung für die Entscheidung über den Hilfsantrag nicht eingetreten und die auf den Hilfsantrag erfolgte Verurteilung schon aus diesem Grunde aufzuheben.

III. Zu den Nebenentscheidungen:

### **41**

1. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

### **42**

2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

### **43**

3. Die Revision zum Bundesgerichtshof war zuzulassen. Die Sache hat im Hinblick darauf, wann eine Verkehrsgeltung bei abstrakten Farbmarken anzunehmen ist, die nur für ein einzelnes, dem Verkehr auch hinsichtlich weiterer Gestaltungsmerkmale bekanntes Produkt anzunehmen ist, grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO).