OLG Nürnberg, Endurteil v. 19.04.2021 – 3 U 3133/19

Titel:

Ansprüche auf Übertragung einer deutschen und einer Unions-Agentenmarke sowie Nichtigkeitswiderklage

Normenketten:

UMV Art. 6
MarkenG § 11, § 17
ZPO § 538
PVÜ Art. 7 Abs. 1 Buchst. b, Buchst. c, Art. 21, Art. 59 Abs. 1 Buchst. a

Leitsätze:

1. Die Übertragung einer Agentenmarke kann auch auf eine nicht rechtskräftig gelöschte Marke gestützt werden. Dabei richtet sich die Übertragung des auf die Europäische Union erstreckten Teils einer IR-Marke nach Art. 21 UMV und kann vor einem Unionsmarkengericht lediglich im Rahmen einer Widerklage geltend gemacht werden.
2. Wenn eine Unionswortmarke aus der Zusammenfügung einer beschreibenden Wortkombination und einer - isoliert betrachtet - nicht beschreibenden Buchstabenfolge besteht, fehlt die Unterscheidungskraft gemäß Art. 7 Abs. 1 Buchst. b UMV, wenn die Buchstabenfolge vom Verkehr als Abkürzung der Wortkombination wahrgenommen wird. Eine - keine Unterscheidungskraft begründende - Abkürzung kann im Einzelfall auch dann zu bejahen sein, wenn vom direkten Wortsinn her die Buchstabenfolge (hier: „MAP“) nicht das Akronym der Marke (hier: „MASTER AMINO ACID PATTERN“) ist.
3. Ist die Widerklage, mit der sich die Beklagtenpartei nach Art. 59 Abs. 1 Buchst. a UMV gegen die Unionsklagemarke wendet, begründet, darf in der Regel der Rechtsstreit in Bezug auf die Klage nicht bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Widerklage ausgesetzt und über die Widerklage durch Teilurteil entschieden werden. Hat das Landgericht - als Folge der Unzulässigkeit der Aussetzungsentscheidung - dennoch ein unzulässiges Teilurteil erlassen, kann das Berufungsgericht den noch in erster Instanz befindlichen Teil an sich ziehen und in der Sache insgesamt selbst entscheiden, wenn der Rechtsstreit entscheidungsreif ist.

Schlagworte:

Marke, Unionsmarke, Agentenmarke, Unterscheidungskraft, Ansichziehen, Akronym, Übertragung, Rechtskraft, Löschung

Vorinstanz:

LG Nürnberg-Fürth, Teilurteil vom 24.07.2019 – 4 HK O 7984/16

Fundstellen:

LSK 2021, 10368
GRUR-RR 2021, 464
LMuR 2021, 507

Tenor

1. Auf die Berufung des Beklagten zu 2) wird das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 24.07.2019, Az. 4 HK O 7984/16, dahingehend abgeändert, dass Ziffer I. wie folgt gefasst wird:

I. Der Beklagte zu 2) wird verurteilt, die deutsche Marke Nr. … „MAP" im Umfang der im Waren- und Dienstleistungsverzeichnis für diese Marke aufgeführten Klassen 05 und 29 auf die Klägerin zu übertragen und gegenüber dem DPMA der Eintragung der Klägerin als Rechtsnachfolgerin zuzustimmen.

2. Die weitergehende Berufung des Beklagten zu 2) und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 24.07.2019, Az. 4 HK O 7984/16, werden zurückgewiesen.

3. Das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 24.07.2019, Az. 4 HK O 7984/16, wird dahingehend abgeändert, dass Ziffer IV. aufgehoben und Ziffer II. wie folgt gefasst wird:

II. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

4. Von den Gerichtskosten in beiden Instanzen tragen die Klägerin 90% und der Beklagte zu 2) 10%.

Von den außergerichtlichen Kosten der Klägerin in beiden Instanzen trägt der Beklagte zu 2) 10%. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) in beiden Instanzen trägt die Klägerin. Von den außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2) in beiden Instanzen trägt die Klägerin zu 88%. Ihre übrigen außergerichtlichen Kosten trägt jede Partei selbst

5. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das in Ziffer 1. genannte Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth ist, soweit es aufrechterhalten bleibt, ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte zu 2) ist in Bezug auf Ziffer I. des landgerichtlichen Urteils, soweit es aufrechterhalten bleibt, berechtigt, die Vollstreckung der Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 30.000,00 € abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Die Klägerin ist in Bezug auf Ziffer III. des landgerichtlichen Urteils berechtigt, die Vollstreckung der Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 100.000,00 € abzuwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leisten.

Im Übrigen dürfen die Parteien die Vollstreckung des erstinstanzlichen Urteils, soweit es aufrechterhalten bleibt, und des Berufungsurteils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die jeweils vollstreckende Partei zuvor Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren bis zum 08.02.2021 auf 180.000,00 € und für den Zeitraum danach auf 310.000,00 € festgesetzt.

Tatbestand

A.

I.

1
Die Klägerin ist Inhaberin der am 20.10.1998 angemeldeten und am 26.01.2000 für die Klassen 05, 29, 30 (insbesondere Nahrungsergänzungsstoffe) eingetragenen Unionswortmarke Nr. … „MAP MASTER AMINO ACID PATTERN“ (Anlage K 4). Darüber hinaus ist sie Inhaberin der am 03.03.2008 angemeldeten und am 05.02.2009 für die Klasse 05 (Nahrungsergänzungsstoffe) eingetragenen Unionswortmarke Nr. … „MASTER AMINO ACID Pattern MAP“ (Anlage K 5). Sie verwendet beide Marken zur Kennzeichnung von Nahrungsergänzungsmitteln, genauer von Eiweißpresslingen bestehend aus einer Kombination von essenziellen Aminosäuren, die in einem besonderen Mischungsverhältnis zueinander stehen.

2
Inhaber der am 06.02.2009 angemeldeten und am 23.09.2009 für die Klassen 05, 09, 16 und 29 eingetragenen deutschen Wortmarke Nr. … „MAP“ (Anlage K 15) sind die H…(Firma) Z…(Ort), sowie der Beklagte zu 2). Zunächst (ab 2011) war der Beklagte zu 2) alleiniger Markeninhaber, mit Wirkung zum 17.08.2018 wurde zusätzlich die H…(Firma). eingetragen. Der Beklagte zu 2) ist ferner Inhaber der am 13.04.2011 angemeldeten und am 26.11.2014 für die Klassen 05, 16, 29 eingetragenen IR-Wortmarke Nr. … „MAP“, wobei als „Benennungen unter dem Madrider Protokoll“ unter anderen die EM (European Community) aufgeführt ist. (Anlage K 16).

3
Ab Anfang 2009 bestellte der Beklagte zu 2) bei der Klägerin das Produkt MAP, ab 2010 erfolgte der Vertrieb durch die Beklagte zu 1). Dabei bestanden die Lieferungen der Klägerin aus „unlabeled bottles“ und „labeled bottles“ (Anlagen K9 bis K12, B2, K29). Die letzte Lieferung erfolgte am 20.10.2015 (Anlage B11).

II.

4
Das Landgericht erließ am 24.07.2019 das nachfolgende Teilurteil:

I. Der Beklagte zu 2) wird verurteilt,

a. die deutsche Marke Nr. … „MAP“ im Umfang der im Waren- und Dienstleistungsverzeichnis für diese Marke aufgeführten Klassen 05 und 29 auf die Klägerin zu übertragen und gegenüber dem DPMA der Eintragung der Klägerin als Rechtsnachfolgerin zuzustimmen;

b. die internationale Marke Nr. … „MAP“ im Umfang der im Waren- und Dienstleistungsverzeichnis eingetragenen Klassen 05 und 29 in Bezug auf Deutschland auf die Klägerin zu übertragen und gegenüber der WIPO der Eintragung der Klägerin als Rechtsnachfolgerin zuzustimmen.

II. Die Klage wird in den Anträgen 2.a und 2.c im Übrigen sowie in Antrag 5. abgewiesen.

III. Auf die Widerklage werden die Unionsmarken Nr. … „MAP MASTER AMINO ACID PATTERN“ und Nr. … „MASTER AMINO ACID Pattern MAP“ für nichtig erklärt.

5
Darüber hinaus erließ das Landgericht noch u.a. folgendem Beschluss:

Das Verfahren über die Klageanträge Ziffern 1, 3, 4 und 6 wird bis zur Rechtskraft der Entscheidung über die Widerklage (Nichtigkeit der Unionsmarken Nr. … und Nr. …) ausgesetzt.

6
Zur Begründung führte das Erstgericht u.a. aus, dass sich der in Ziffer I. ausgeurteilte Übertragungsanspruch aus §§ 11, 17 MarkenG und Art. 6 PVÜ ergebe. Zwischen den Parteien bestünde ein Agentenverhältnis im Sinne des § 17 MarkenG bzw. Art. 6 septies PVÜ bzw. Art. 21 UMV. Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch (Ziffer V.) sei abzuweisen, da die Klägerin nicht dargelegt habe, von wann die als einziges Beweismittel vorgelegte Anlage K 19 stamme. Auf die Widerklage hin seien die in Ziffer III. aufgeführten Unionsmarken für nichtig zu erklären. Es fehle bei beiden Marken an der erforderlichen Unterscheidungskraft, Art. 7 Abs. 1b UMV. Aufgrund dessen sei das Verfahren über die klägerischen Ansprüche, die auf diese Unionsmarken gestützt seien, bis zur Entscheidung über die Widerklage auszusetzen.

III.

7
Gegen dieses Urteil legte die Klägerin Berufung ein. Sie hat zunächst beantragt,

I. Die Beklagten zu 1) und zu 2) werden verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu unterlassen, im Bereich der Bundesrepublik Deutschland ohne Zustimmung der Klägerin

a. die Bezeichnung „Master Amino Acid Pattern MAP“ im geschäftlichen Verkehr für Waren der Klasse 5, nämlich Nahrungsergänzungsstoffe, nämlich aminosäurebasierte Formulierungen und mit Nährstoffen angereicherte proteinhaltige Nahrungsmittelzusätze,

b. die Bezeichnung „MAP Master Amino Acid Pattern“ im geschäftlichen Verkehr für Waren der Klasse 5, nämlich Nahrungsergänzungsstoffe, nämlich aminosäurebasierte Formulierungen und mit Nährstoffen angereicherte proteinhaltige Nahrungsmittelzusätze für Waren der Klasse 29, nämlich Nahrungsergänzungsstoffe, soweit in dieser Klasse enthalten, für Waren der Klasse 30, nämlich Nahrungsergänzungsstoffe, soweit in dieser Klasse enthalten zu benutzen, insbesondere unter den vorgenannten Zeichen, die vorgenannten Waren anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen, soweit die Benutzung nicht zur Kennzeichnung von Waren erfolgt, die von der Klägerin oder mit ihrer Zustimmung von Dritten mit dem Zeichen gekennzeichnet und in einem Mitgliedsstaat des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht worden sind.

II. Der Beklagte zu 2) wird verurteilt,

a. die deutsche Marke Nr. … „MAP“ auf die Klägerin zu übertragen und gegenüber dem DPMA der Eintragung der Klägerin als Rechtsnachfolgerin des Beklagten zu 2) zuzustimmen hilfsweise:

beim DPMA in die Löschung der deutschen Marke Nr. … „MAP“ einzuwilligen;

b. die internationale Marke Nr. … „MAP“ auf die Klägerin zu übertragen und gegenüber der WIPO der Eintragung der Klägerin als Rechtsnachfolgerin des Beklagten zu 2) zuzustimmen;

hilfsweise: bei der WIPO in die Schutzentziehung der internationalen Marke Nr. … „MAP“ in Bezug auf Deutschland einzuwilligen.

III. Die Beklagten zu 1) und zu 2) werden verurteilt, der Klägerin Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der vorstehend zu Ziffer I. beschriebenen seit dem 20.10.2015 angebotenen und in Verkehr gebrachten Waren zu erteilen, insbesondere Angaben zu machen über

a. Namen und Anschriften der Hersteller, Lieferanten und anderen Vorbesitzern der Waren sowie der gewerblichen Abnehmer und Verkaufsstellen, für die sie bestimmt waren und

b. die Mengen der hergestellten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Waren sowie über die Preise, die für die betreffenden Waren gezahlt wurden.

IV. Es wird festgestellt, dass die Beklagten zu 1) und zu 2) gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, der Klägerin allen Schaden zu erstatten, der ihr aus den vorstehenden zu Ziffer I. bezeichneten Handlungen seit dem 20.10.2015 entstanden ist und künftig noch entstehen wird.

V. Die Beklagten zu 1) und zu 2) werden verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, es zu unterlassen, Aminosäureprodukte der Beklagten zu 1) mit den Aussagen

a. „das Master Amino Acid Pattern MAP ® - das Original“ und/oder

b. „gemäß der Forschung und den Studien von Prof. Dr. L…-M… am INRC (I… N… R… C…) bietet MAP ® (Master Amino Acid Pattern)…“ anzubieten und/oder anbieten zu lassen und/oder zu vertreiben und/oder vertreiben zu lassen, wenn dies jeweils geschieht wie in Anlage K19 ersichtlich.

VI. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, an die Klägerin 1.531,90 € zzgl. Mehrwertsteuer nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

8
Im Termin vom 19.05.2020 erklärte sie, dass die vom Landgericht ausgesetzten Anträge in der zweiten Instanz nicht verfolgt würden. Der Antrag zu II. werde in Bezug auf die IR Marke …(Nummer der Marke) so gestellt, dass in erster Linie Übertragung des auf die Europäische Union erstreckten Teils verlangt wird, in zweiter Linie Übertragung des das deutsche Territorium betreffenden Teils dieser Erstreckung, in dritter Linie Löschung des auf die Europäische Union erstreckten Teils dieser Marke, in vierter Linie Löschung des das deutsche Territorium betreffenden Teils dieser Marke.

9
Nach Hinweis durch den Senat (vgl. dazu unter Ziffer A.V.) wiederholte die Klägerin im Termin vom 09.02.2021 die Anträge aus der öffentlichen Verhandlung vom 19.05.2020 mit der Maßgabe, dass die da nicht gestellten Anträge (Klageanträge Ziff. I, III., IV. und VI.) auch gestellt werden.

10
Darüber hinaus beantragt sie

die Abweisung der Widerklage.

11
Zur Begründung trägt die Klägerin u.a. vor, dass das Landgericht zu Unrecht die Unterscheidungskraft der beiden klägerischen EU-Marken verneint habe. Die Wortfolge „Master Amino Acid Pattern“ habe keine beschreibende Bedeutung. Dies ergebe sich auch bereits aus den von den Beklagten vorgelegten Publikationen von Prof. L…-M… (Bl. 376 d.A.). Zudem sei MAP nicht die Abkürzung des Ausdrucks „Master Amino Acid Pattern“. Der Verkehr verstünde den Begriff MAP als Landkarte.

12
Zu dem wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch „Das Original“ hätten die Beklagten darlegen müssen, dass während der Zeit, zu der die Werbung gemäß Anlage K 19 greifbar sei, nur MAP-Produkte der Klägerin vertrieben worden seien.

13
In Bezug auf den Übertragungsanspruch meint die Klägerin, dass der Agent bei hochspezifischen Nahrungsergänzungsmitteln die Marke auch nicht für andere Lebensmittel, für andere ernährungsbezogene Produkte in Klasse 5 und für Druckerzeugnisse anmelden dürfe.

14
Beide Beklagte beantragen die Zurückweisung der Berufung der Klägerin. Außerdem beantragen sie Klageabweisung im Hinblick auf die Klageanträge, die bis zum Termin vom 09.02.2021 nicht Gegenstand des Berufungsverfahren gewesen seien.

15
Zur Begründung führen sie aus, dass das Zeichen „MASTER AMINO ACID PATTERN“ von Anfang an beschreibend verwendet worden sei, und zwar als „ideales Aminosäuremuster“. Das Wort „Master“ werde in englischsprachigen Verkehrskreisen beigefügt, um eine gewisse Besonderheit/Erstmaligkeit anzuzeigen. Die Wortfolge „MAP“ sei die Abkürzung für „MASTER AMINO ACID PATTERN“, weil Amino Acid einheitlich verstanden werden. Dies ergebe sich auch aus dem von der Klägerin verwendeten Logo.

16
Der Übertragungsanspruch bestünde nicht, weil es an einem Agentenverhältnis und einer hinreichenden Ähnlichkeit der Waren fehle. Er könne auch nicht auf neue Schutzrechte gestützt werden, der Vortrag der Klägerin sei verspätet. Einer diesbezüglichen Klageänderung werde nicht zugestimmt.

IV.

17
Auch der Beklagte zu 2) legte Berufung ein. Er beantragt, unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Nürnberg-Fürth die Klage in Ziffer II.a) und II.c) (entspricht dem landgerichtlichen Urteilstenor Ziffer I.) abzuweisen.

18
Zur Begründung trägt der Beklagte zu 2) u.a. vor, dass die Tatsachenfeststellungen des Landgerichts fehlerhaft seien, soweit das Landgericht es als unstreitig dargestellt habe, dass der Vertrieb durch die Beklagten in Abstimmung mit der Klägerin, die das letzte Wort hinsichtlich des Ablaufs der National Sellings gehabt habe, erfolgt sei.

19
Der Übertragungsanspruch bestünde nicht, weil er rechtsfehlerhaft auf die nichtigen Unionsmarken gestützt sei. Außerdem habe das Erstgericht rechtsfehlerhaft die Teilübertragung der IR-Marke „in Bezug auf Deutschland“ angeordnet; eine Übertragung der auf die EU insgesamt erstreckten Marke in Bezug auf das Gebiet der Europäischen Union scheitere aus Rechtsgründen. Schließlich sei die Annahme eines Agentenverhältnisses rechtlich fehlerhaft.

20
Die Klägerin beantragt

die Zurückweisung der Berufung des Beklagten zu 2).

21
Zur Begründung führt die Klägerin u.a. aus, dass der Übertragungsanspruch auch auf die Benutzungsmarke MAP, die kanadische Marke Nr. … „MASTER AMINO ACID PATTERN MAP“ (Anlage BK 1) und die USamerikanische Marke Nr. … „MASTER AMINO ACID PATTERN MAP“ (Anlage BK 2) gestützt werden könne. Diese Klageänderung sei sachdienlich.

V.

22
Der Senat wies die Parteien mit Beschluss vom 27.10.2020 darauf hin, dass die vom Landgericht ausgesprochene Aussetzung des Rechtsstreits in Bezug auf die Klageanträge Ziffern I., III., IV. und VI. bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Widerklage und die Entscheidung über die Widerklage durch Teilurteil unzulässig gewesen sei. Aufgrund dessen käme eine Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 S. 1

Nr. 7 ZPO oder ein „Ansichziehen“ des beim Landgericht anhängig gebliebenen Teils (Klageanträge Ziffern I., III., IV. und VI.) in Betracht.

Entscheidungsgründe

B.

23
Die Berufung des Beklagten zu 2), der sich gegen die zugesprochene Übertragung gemäß §§ 11, 17 MarkenG, Art. 6 PVÜ der am 06.02.2009 angemeldeten deutschen Marke Nr. … „MAP“ und der am 13.04.2011 registrierten internationalen Marke Nr. … „MAP“ wendet, ist teilweise begründet. Zwar liegen nach Maßgabe des unter Ziffer I. dargestellten allgemeinen Rechtsrahmens die Voraussetzungen einer „Agentenmarke“ vor (nachfolgend unter Ziffer II.). Ein Anspruch auf Markenübertragung besteht jedoch nur in Bezug auf die deutsche Marke; hinsichtlich der IR Marke … kann weder ein Anspruch auf Übertragung des auf die Europäische Union erstreckten Teils oder auf Übertragung des das deutsche Territorium betreffenden Teils dieser Erstreckung noch auf Löschung des auf die Europäische Union erstreckten Teils dieser Marke oder des das deutsche Territorium betreffenden Teils dieser Marke geltend gemacht werden (nachfolgend unter Ziffer III.).

I.

24
Nach § 11 MarkenG kann eine Marke gelöscht werden, wenn sie ohne Zustimmung des Inhabers der Marke für dessen Agenten oder Vertreter eingetragen worden ist. Die Bestimmung des § 17 MarkenG sieht für diesen Fall Ansprüche auf Übertragung der Marke, Unterlassung und Schadensersatz vor. Mit diesen Vorschriften entspricht das Gesetz den Vorgaben des Art. 6 septies PVÜ. Der Markeninhaber soll auf diese Weise vor einem ungetreuen Agenten oder Vertreter geschützt werden, der sich eine Marke eigenmächtig aneignet, die der Geschäftsherr - regelmäßig im Ausland - früher für sich in Anspruch genommen hat und die für den Agenten typischerweise gerade erst durch die Übernahme der Vertretung von Interesse ist. Der besondere Schutz des Markeninhabers beruht dabei auf der Vorstellung einer auch ohne ausdrückliche Vereinbarung geltenden statusimmanenten Verpflichtung des Agenten oder Vertreters, die Interessen des Geschäftsherrn wahrzunehmen (BGH, Urteil vom 10.04.2008 - I ZR 164/05, GRUR 2008, 611, Rn. 20 - audison; BGH, Urteil vom 21.01.2010 - I ZR 206/07, GRUR 2010, 828, Rn. 30 - DiSC). Eine dem § 17 MarkenG vergleichbare Regelung enthält Art. 21 Abs. 1 UMV (Eckhartt, in BeckOK MarkenR, 24. Ed. 01.01.2021, § 17 MarkenG Rn. 3).

II.

25
Die Voraussetzungen einer Agentenmarke sind im vorliegenden Fall gegeben.

26
1. Die Klagepartei verfügt über - gegenüber dem Beklagten zu 2) - prioritätsältere Marken.

27
a) Im vorliegenden Fall erfolgte die Anmeldung der deutschen Wortmarke Nr. … „MAP“, deren Inhaber u.a. der Beklagte zu 2) ist, am 06.02.2009. Der Beklagte zu 2) ist ferner Inhaber der am 13.04.2011 angemeldeten IR-Wortmarke Nr. … „MAP“.

28
b) Die Klägerin kann zum einen prioritätsältere Markenrechte aus ihren Unionsmarken herleiten. Denn sie war unstreitig Inhaberin der am 20.10.1998 angemeldeten Unionswortmarke Nr. … „MAP MASTER AMINO ACID PATTERN“ und der am 03.03.2008 angemeldeten Unionswortmarke Nr. … „MASTER AMINO ACID Pattern MAP“. Dass die Unionswortmarken der Klägerin durch das angegriffene Urteil des Landgerichts für nichtig erklärt wurden und die klägerische Berufung insoweit vom Senat zurückgewiesen wird (vgl. die obigen Ausführungen unter Ziffer B.I.), ist für den geltend gemachten Übertragungsanspruch ohne Relevanz.

29
In der Kommentarliteratur ist umstritten, ob ein Anspruch nach §§ 11, 17 MarkenG auf eine nicht rechtskräftig gelöschte Marke gestützt werden kann. Nach einer Auffassung darf das Markenrecht des

Geschäftsherrens seinerseits nicht löschungsreif sein (Hacker, in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl. 2018, § 11 Rn. 15). Gemäß der Gegenansicht sind Widerspruchs- oder Löschungsverfahren, Löschungsreife wegen Nichtbenutzung oder älteren Rechten grundsätzlich unbeachtlich, da es nach der Regelung der PVÜ auf die Zuordnung der Marke zum Geschäftsherrn ankommt, nicht auf die Rechtsbeständigkeit im Schutzland (Eckhartt, in BeckOK MarkenR, 24. Ed. 01.01.2021, § 11 MarkenG Rn. 32).

30
Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an. Zwar gelten nach Art. 62 Abs. 2 UMV die Wirkungen der Unionsmarke in dem Umfang, in dem die Marke für nichtig erklärt worden ist, als von Anfang an nicht eingetreten. Eine nicht rechtskräftige Nichtigerklärung der Marke steht dem Übertragungsanspruch jedoch nicht entgegen. Zum einen ist der in der völkerrechtlichen Grundlage von §§ 11, 17 MarkenG - Artikel 6 septies PVÜ - geregelte Begriff des Inhabers einer Marke nicht strikt rechtlich, sondern wirtschaftlich zu verstehen. Zum anderen besteht eine Parallele zum Unterlassungsanspruch nach § 14 MarkenG, bei dem bis zu einer rechtskräftigen Löschungsanordnung die Schutzrechtslage und damit die Bindung des Verletzungsrichters an die Eintragung der Marke unverändert fortbesteht (BGH, Urteil vom 18.09.2014 - I ZR 228/12, GRUR 2014, 1101, Rn. 20 - Gelbe Wörterbücher). Schließlich kann eine eindeutige Zuordnung der Marke zum Geschäftsherrn auch bei einer löschungsreifen Marke oder sogar im Fall einer gelöschten Marke gegeben sein.

31
In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs genügt, dass der Geschäftsherr im Zeitpunkt der Anmeldung der Marke durch den Agenten die (ausländische) Marke angemeldet hat und dass diese Anmeldung spätestens im Zeitpunkt der Geltendmachung der Ansprüche zur Eintragung geführt hat (BGH, a.a.O., Rn. 15 - audison). Da es somit unschädlich ist, dass die Marke des Geschäftsherren zum Zeitpunkt der Anmeldung der Agentenmarke noch nicht eingetragen ist oder sogar erst nach dieser eingetragen wird, kann es im Umkehrschluss auch keine Rolle spielen, dass die Marke des Geschäftsherren nicht rechtskräftig gelöscht wurde.

32
c) Darauf kommt es jedoch nicht in entscheidungserheblicher Weise an. Denn die Klagepartei führte in der Berufung zulässig weitere Marken in den Rechtsstreit ein, die den geltend gemachten Übertragungsanspruch stützen. Es handelt sich um die kanadische Marke Nr. … „MASTER AMINO ACID PATTERN MAP“ mit dem Anmeldedatum 28.02.2008 (Anlage B-K2) sowie die USamerikanische Marke Nr. … „MAP MASTER AMINO ACID PATTERN“ mit dem Anmeldedatum 20.04.1998 (Anlage B-K3).

33
Die damit verbundene Klageänderung ist sachdienlich (§ 533 Nr. 1 ZPO). Die Geltendmachung dieses Klagegrundes ist - da die zugrundeliegenden Umstände unstreitig sind (vgl. BGH, Urteil vom 20.05.2009 - VIII ZR 247/06, NJW 2009, 2532, Rn. 15) - auch nicht verspätet i.S.v. §§ 533 Nr. 2, 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO.

34
Diese ausländischen Marken können auch Grundlage des Übertragungsanspruchs sein. Denn wo und in welchem geographischen Umfang der Markenschutz des Geschäftsherrn besteht, ist bedeutungslos (Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl. 2010, § 11 Rn. 14). Der Übertragungsanspruch erfasst auch den Fall, dass es sich bei der Marke des Inhabers um eine ausländische Marke handelt (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2008 - I ZR 190/05, GRUR 2008, 917, Rn. 45 - EROS).

35
2. Das Landgericht ging auch zutreffend davon aus, dass zum Zeitpunkt der Anmeldung der Streitmarken - der deutschen Marke Nr. … „MAP“ sowie der internationalen Marke Nr. … „MAP“ - zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 2) ein Agentenverhältnis bestand.

36
a) In rechtlicher Hinsicht ist von folgenden Grundsätzen auszugehen:

37
Der im Markengesetz und der Unionsmarkenverordnung nicht definierte Begriff des Agenten oder Vertreters ist nicht streng rechtlich, sondern wirtschaftlich zu verstehen. Ausreichend, aber grundsätzlich auch erforderlich ist ein Vertragsverhältnis, das zur Wahrnehmung der Interessen des Geschäftsherrn im

geschäftlichen Verkehr verpflichtet. Die Verpflichtung zur Interessenwahrnehmung muss dabei allerdings nicht im Mittelpunkt der vertraglichen Beziehungen stehen; eine entsprechende Nebenpflicht i.S. von § 241 Abs. 2 BGB reicht aus. Nach dem Sinn und Zweck der Regelung, die nicht den Agenten, sondern allein den Geschäftsherrn schützen soll, ist auch die Übernahme wechselseitiger Pflichten nicht erforderlich; maßgeblich ist vielmehr, ob sich aus den Beziehungen zwischen den Parteien eine einseitige Interessenbindung des Agenten ergibt, die es diesem verbietet, die Marke ohne Zustimmung des anderen Teils eintragen zu lassen. Reine Güteraustauschverträge reichen dagegen nicht aus; denn der „Kunde“ ist mit Bedacht in die Regelung des Art. 6 septies PVÜ nicht mit einbezogen worden (BGH, a.a.O., Rn. 21 - audison; BGH, a.a.O., Rn. 32 - DiSC).

38
Typische Anwendungsbeispiele sind zunächst der Handelsvertreter und der Vertragshändler (Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl. 2010, § 11 Rn. 5). Die Annahme eines Agentenverhältnisses ist auch dann gerechtfertigt, wenn der Agent den alleinigen Vertrieb der Produkte des Geschäftsherrn in Deutschland faktisch übernimmt und die Parteien sich in einer Weise abstimmen, die über den bloßen Abschluss reiner Kaufverträge hinausgeht (BGH, a.a.O., Rn. 26 - audison). Ausreichend ist, dass der Agent im Vertriebsnetz des Geschäftsherrn die Funktion des für die Erschließung des deutschen Marktes verantwortlichen Vertriebspartners ausübt, auch wenn schriftlicher Vertriebsvertrag (noch) nicht abgeschlossen ist (BGH, a.a.O., Rn. 29 - audison). Dies ist anzunehmen, wenn - auch wenn über die Bedingungen einer längerfristigen Geschäftsbeziehung noch keine Einigkeit bestand - die konkret getroffenen Absprachen und Maßnahmen zeigen, dass sich die Parteien in der fraglichen Zeit jedenfalls darüber einig waren, dass der Agent für den Geschäftsherrn zumindest vorläufig als Absatzmittler tätig sein sollte. Kennzeichnend dafür sind die Absprachen, die die Parteien insbesondere über Marketingmaßnahmen sowie über die Verwendung der vom Geschäftsherrn bereits im Ausland angemeldeten Marke treffen (BGH, a.a.O., Rn. 33 - audison).

39
Die Begriffe Agent und Vertreter sind - nach der auf den hiesigen Fall übertragbaren Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union zu Art. 8 Abs. 3 UMV - weit auszulegen. Ausreichend ist, wenn zwischen den Parteien eine Vereinbarung über eine geschäftliche Zusammenarbeit besteht, die geeignet ist, ein Vertrauensverhältnis zu schaffen, indem sie dem Anmelder explizit oder implizit eine allgemeine Treue- und Loyalitätspflicht im Hinblick auf die Interessen des Inhabers der älteren Marke auferlegt (EuGH, Urteil vom 11.11.2020 - C-809/18 P, GRUR-RS 2020, 30029, Rn. 84 f. - Mineral Magic). Erfasst sind alle Arten vertraglicher Gestaltungen, bei denen die eine Seite die Interessen der anderen Seite wahrnimmt, unabhängig von der Qualifizierung des Vertragsverhältnisses zwischen dem Inhaber oder dem Auftraggeber auf der einen und dem Anmelder der Gemeinschaftsmarke auf der anderen Seite. Es muss allerdings zwischen den Parteien eine Vereinbarung bestehen. Handelt der Anmelder völlig unabhängig, ohne jede Beziehung zum Markeninhaber, so ist er nicht als Agent anzusehen. Somit ist ein bloßer Abnehmer oder Kunde des Inhabers kein Agent oder Vertreter, da er nicht in einem Treueverhältnis zum Markeninhaber steht (EuG, Urteil vom 13.04.2011 - T-262/09, GRUR Int 2011, 612, Rn. 64 - FIRST DEFENSE II). Die fehlende Einbindung des Agenten in die Vertriebsstruktur des Geschäftsherrn, das Fehlen eines ausschließlichen Vertriebsrechts zugunsten des Agenten und das Fehlen eines Wettbewerbsverbots schließen die Annahme einer Vereinbarung mit entsprechender Treuepflicht nicht aus (EuG, Urteil vom 09.07.2014 - T-184/12, GRUR Int. 2015, 157, Rn. 69 f. - HEATSTRIP).

40
b) Der Senat legt seiner Entscheidung folgende tatsächliche Umstände zugrunde:

41
aa) Der unstreitige Tatbestand des Ersturteils enthielt zur Frage eines Agentenverhältnisses folgende Feststellungen:

42
Ab Anfang 2009 bestellte der Beklagte zu 2) bei der Klägerin das Produkt „MAP“, ab 2010 erfolgte der Vertrieb durch die Beklagte zu 1). Dabei bestanden die Lieferungen der Klägerin aus „unlabeled bottles“ und „labeled bottles“ (vgl. Anlagen K 9 bis K 12, B 2, K 29). Die letzte Lieferung erfolgte am 20.10.2015 (Anlage B 11).

43

In den Entscheidungsgründen führte das Landgericht darüber hinaus u.a. aus:

44
Der Vertrieb durch die Beklagten erfolgte in Abstimmung mit der Klägerin, die das letzte Wort hinsichtlich des Ablaufs der National Sellings hatte. Es gab eine Zusammenarbeit bei der Erstellung von Vorträgen, Seminaren und Broschüren. […] Der Vortrag der Beklagten, ihr eigenes dr. r… MAP-Label sei mit Einverständnis von Prof. Dr. L…-M… verwendet worden, zeigt, dass die Beklagten es für erforderlich gehalten haben, die Zustimmung der Klägerin einzuholen […].

45
An diese Feststellungen des Landgerichts ist der Senat im Berufungsverfahren gebunden. Da der Beklagte zu 2) die Feststellungen nicht im Wege eines Tatbestandsberichtigungsantrags gerügt hat, sind sie für das Berufungsgericht nach §§ 314, 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bindend (BGH, Urteil vom 17.01.2012 - XI ZR 457/10, NJW-RR 2012, 622, Rn. 18). Daraus folgt, dass eine Partei im Berufungsverfahren nicht mit Erfolg unter Hinweis auf erstinstanzliche Schriftsätze geltend machen kann, der Tatbestand des angefochtenen Urteils gebe den Sachvortrag unrichtig wieder und begründe deshalb Zweifel an der Tatsachenfeststellung des Erstrichters (OLG Nürnberg, Urteil vom 02.03.2021 - 3 U 321/16, juris-Rn. 65 - Speck).

46
Die Bindungswirkung bezieht sich auch auf die Wiedergabe von Tatsachenvortrag in den Entscheidungsgründen (Ball, in Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 529 Rn. 6). Auch bei Feststellungen, die sich in den Entscheidungsgründen befinden, handelt es sich um Tatbestandsangaben, deren Unrichtigkeit grundsätzlich nur im Berichtigungsverfahren nach § 320 ZPO geltend gemacht werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 13.07.2000 - I ZR 49/98, juris-Rn. 21).

47
Wie die oben zitierte Formulierung des Erstgerichts in den Entscheidungsgründen zeigt, handelt es sich bei der landgerichtlichen Feststellung, dass der Vertrieb durch die Beklagten in Abstimmung mit der Klägerin, die das letzte Wort hinsichtlich des Ablaufs der National Sellings hatte, erfolgt sei, und es eine Zusammenarbeit bei der Erstellung von Vorträgen, Seminaren und Broschüren gegeben habe, auch nicht nur um eine Schlussfolgerung aus der vorstehend wiedergegebenen E-Mail vom 29.04.2013 (Anlage K 13). Anderenfalls hätte eine Inbezugnahme durch die Worte „daraus folgt“ oder „daher“ nahe gelegen. Dieser Schluss des Landgerichts erfolgt erst auf der darauffolgenden Seite des Urteils, in der ausgeführt wird: „Insbesondere aus dem Inhalt der Anlage K13 ergibt sich das erforderliche Unterordnungsverhältnis und die Funktion der Beklagten beim Warenabsatz. Insbesondere kam es auch zu ständigen Abstimmungen zwischen den Parteien hinsichtlich der Etikettengestaltung.“

48
bb) Darüber hinaus sind für den Senat folgende tatsächliche Feststellungen entscheidend:

49
Zu berücksichtigen ist zum einen der (vorgerichtliche) Vortrag der Beklagten. So führten die Beklagten im außergerichtlichen Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 04.07.2016 (Anlage K 14) u.a. aus, dass zwischen den Parteien eine sehr umfassende geschäftliche Beziehung bestand. Wie auch die ständigen Abstimmungen der Etikettengestaltung nachweislich zeigen würden, habe die entsprechende Marken Registrierung für Europa durch die Beklagten mit Wissen und Wollen der Klägerin stattgefunden.

50
Maßgeblich ist zum anderen die außergerichtliche Korrespondenz zwischen den Parteien. So führt der Beklagte zu 2) in seiner E-Mail an Prof. L…-M… vom 29.04.2013 (Anlagen K 13) u.a. aus:

…

The response to the lecutes and seminars is fantastic and we are going tu run out of stock again soon. Please send us a bill for beginning of may about 6000 bottles of MAP. Is it ok if I contact S…(Name) again about further business and although to organize the natioal sellings's? […] Please send us a label from Son formula, we will ofer you a fancier design without leaving medical purposes. As soon as possible we should think about labels in French, Russian, Greek. Lets conquer Europe with MAP.. Ist woth the effort Maestro […]

51

Weitere E-Mails des Beklagten zu 2) an Prof. L…-M… vom 03.08.2006 und 18.11.2006 enthält die Anlage K 39. Darin berät sich der Beklagte zu 2) mit Prof. L…-M… darüber, inwieweit das Produkt „MAP“ im Tierbereich weiter kommerzialisiert werden kann, und stellt dazu eine Reihe von Fragen.

52
Der erhebliche Umfang der klägerischen Lieferungen des Produktes „MAP“ ab 2009 in verschiedenen Aufmachungsvarianten an die Beklagten ergibt sich aus den Rechnungen in Anlagen K 9 bis K 12, dem Anlagenkonvolut K 29 und der Anlage B 2 über einen Gesamtwert von über 4,4 Mio. €.

53
Mit Wissen und Einverständnis des Prof. Dr. L…-M… verwendeten die Beklagten ein eigenes Label „MAP Master Amino Acid Pattern“ zum Vertrieb der klägerischen Produkte (Bl. 26 d.A., Anlage B 4a).

54
c) Unter Berücksichtigung des dargestellten Rechtsrahmens und der zu berücksichtigenden tatsächlichen Umstände bestand zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 2) ein Agentenverhältnis im Zeitpunkt der Anmeldung der Marken am 06.02.2009 und 13.04.2011 bzw. bahnte sich zumindest ein solches an. Denn zwischen den Parteien bestand seit Anfang 2009 eine sehr umfassende und über ein bloßes Güteraustauschverhältnis hinausgehende geschäftliche Beziehung, im Rahmen derer die Beklagten das Originalprodukt der Klägerin im großen Umfang vertrieben. Die Klägerin hatte das letzte Wort hinsichtlich des Ablaufs der Verkäufe durch die Beklagten, der Vertrieb erfolgte in Abstimmung mit der Klägerin. Es gab darüber hinaus eine Zusammenarbeit bei der Erstellung von Vorträgen, Seminaren und Broschüren sowie weiteren Marketingmaßnahmen, um MAP weiter bekannt zu machen. Zwar verwendeten die Beklagten ein eigenes Label „MAP Master Amino Acid Pattern“ zum Vertrieb der klägerischen Produkte; dies erfolgte jedoch mit Wissen und Einverständnis des und in Absprache mit Prof. Dr. L…-M… Darüber hinaus druckte die Klägerin den Beklagten eigene Labels. Vor diesem Hintergrund bestand zwischen den Parteien ein Vertragsverhältnis, welches zur Wahrnehmung der Interessen der Klägerin im geschäftlichen Verkehr verpflichtete. Dass zwischen den Parteien kein schriftlicher Distributionsvertrag geschlossen worden war, ist vor diesem Hintergrund ohne Relevanz.

III.

55
Vor diesem Hintergrund besteht grundsätzlich ein Anspruch der Klägerin auf Übertragung der deutschen Marke des Beklagten zu 2). Hinsichtlich der IR Marke können die streitgegenständlichen Ansprüche hingegen nicht geltend gemacht werden.

56
1. Die Übertragung der nationalen Marke des Beklagten zu 2) richtet sich nach deutschem Recht (vgl. BGH, Urteil vom 21.01.2010 - I ZR 206/07, GRUR 2010, 828, Rn. 17 - DiSC). Der Übertragungsanspruch ergibt sich insoweit aus § 17 Abs. 1 MarkenG.

57
Ausreichend ist die Anmeldung einer Marke während der Anbahnung eines Agentenverhältnisses, wenn nachfolgend tatsächlich ein Agentenverhältnis begründet worden ist (BGH, a.a.O., Rn. 24 - audison). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben.

58
Der Übertragungsanspruch besteht nicht nur gegenüber identischen Agentenmarken. Er erstreckt sich auch auf ähnliche Marken i.S. des § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG (BGH, a.a.O. Rn. 34 - DiSC). Im vorliegenden Fall hat das Erstgericht zutreffend eine Verwechslungsgefahr zwischen der Marken der Klägerin und der deutschen Marke des Beklagten zu 2) angenommen. Es führte aus, dass die deutsche Marke des Beklagten zu 2) das dominierende Element der Marken der Klägerin, nämlich den Bestandteil „MAP“, beinhalte. Die Marken der Klägerin würden durch den Bestandteil „MAP“ geprägt. Einwände gegen diese zutreffende Einschätzung werden in der Berufung nicht vorgebracht.

59
Ein Handeln des Beklagten zu 2) als Geschäftsführer der Beklagten zu 1) steht einer Verurteilung des Beklagten zu 2) nicht entgegen (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 18.03.2014 - I-4 U 149/13, juris-Rn. 66).

60

Die mit Wirkung zum 17.08.2018 - also nach Klageerhebung - erfolgte zusätzliche Eintragung der HK Evolution Ltd. ins Markenregister steht einer Verurteilung des Beklagten zu 2) nicht entgegen. Dies richtet sich zwar nicht nach § 55 Abs. 4 MarkenG, weil es sich vorliegend nicht um eine Klage auf Erklärung des Verfalls oder der Nichtigkeit wegen Bestehens älterer Rechte handelt. Die Vorschrift des § 265 ZPO umfasst jedoch auch Immaterialgüterrechte (Becker-Eberhard, in MüKoZPO, 6. Aufl. 2020, § 265 ZPO Rn. 16). Nach § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO hat die Veräußerung oder Abtretung auf den Prozess keinen Einfluss.

61
2. Hinsichtlich der IR Marke … kann mit vorliegender Klage weder ein Anspruch auf Übertragung des auf die Europäische Union erstreckten Teils oder auf Übertragung des das deutsche Territorium betreffenden Teils dieser Erstreckung noch auf Löschung des auf die Europäische Union erstreckten Teils dieser Marke oder des das deutsche Territorium betreffenden Teils dieser Marke geltend gemacht werden.

62
a) Die Klägerin kann den in der Berufungsinstanz primär geltend gemachten Anspruch auf Übertragung des auf die Europäische Union erstreckten Teils der IR-Marke nicht mit vorliegender Klage erfolgreich geltend machen. Zwar liegen die Voraussetzungen einer unter Umständen darin liegenden Klageänderung vor (§ 533 ZPO). Sie macht ihren Anspruch jedoch nicht im Rahmen einer Widerklage geltend (Art. 21 Abs. 2 lit. b UMV).

63
Hinsichtlich der IR-Marke ist benannte Vertragspartei, in Bezug auf die die Übertragung durch die Klagepartei primär beantragt wird, die Europäische Union. Ein Anspruch auf Übertragung dieser Marke richtet sich somit nach Art. 21 UMV (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 18 - DiSC). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus §§ 107, 119 MarkenG. Diese Vorschriften enthalten zwar eine Grundregelung über die ergänzende Anwendbarkeit des Markengesetzes auf internationale Registrierungen, wenn die internationale Registrierung auf Grundlage einer deutschen Basismarke erfolgte. Wenn jedoch - wie im vorliegenden Fall - die Europäische Union in einer internationalen Registrierung, deren Basismarke eine deutsche Marke ist, benannt ist, führt dies dazu, dass Deutschland als Land der Basismarke nicht Vertragsstaat ist, auf den sich die internationale Registrierung erstrecken soll. Die internationale Registrierung erstreckt sich nur mittelbar (auch) auf Deutschland, weil es EU-Mitgliedstaat ist und damit von der internationalen Registrierung mit Wirkung für die Europäische Union erfasst wird (vgl. Viefhues, in BeckOK MarkenR, 24. Ed. 01.10.2020, § 107 MarkenG Rn. 9).

64
Nach Art. 21 Abs. 2 lit. b UMV besteht lediglich die Möglichkeit, den Übertragungsanspruch vor einem Unionsmarkengericht im Rahmen einer Widerklage gerichtet auf die Erklärung der Nichtigkeit auf der Grundlage von Art. 128 Abs. 1 UMV geltend zu machen. Die in Art. 21 Abs. 2 UMV enthaltenen Möglichkeiten, einen Anspruch auf Übertragung der Inhaberschaft einer für den Agenten oder Vertreter des Inhabers ohne dessen Zustimmung eingetragenen Unionsmarke geltend zu machen, sind abschließend (vgl. EuGH, Urteil vom 23.11.2017 - C-381/16, GRUR 2018, 78, Rn. 34 - Benjumea Bravo de Laguna/Torras Ferrazzuolo). Nur soweit das nationale Recht materielle Anspruchsgrundlagen für die Übertragung einer Marke vorsieht, die nicht Art. 21 UMV unterfallen, ist die Unionsmarke insoweit gemäß Art. 19 UMV wie eine nationale Marke zu behandeln, deren Übertragung nach den nationalen Regelungen vor den ordentlichen Gerichten klageweise geltend gemacht werden kann (EuGH, a.a.O. Rn. 35 ff. - Benjumea Bravo de Laguna/Torras Ferrazzuolo).

65
Eine Geltendmachung der Übertragung einer Unionsagentenmarke - oder einer IR-Marke, bei der benannte Vertragspartei die Europäische Union ist - im Klageweg vor den ordentlichen Gerichten ist damit ausgeschlossen.

66
b) Der Klägerin steht auch kein Anspruch in Bezug auf die hilfsweise geltend gemachte Übertragung des das deutsche Territorium betreffenden Teils der Erstreckung der IR-Marke zu. Denn nach Art. 1 Abs. 2 UMV ist die Unionsmarke einheitlich. Sie hat einheitliche Wirkung für die gesamte Union; sie kann nur für dieses gesamte Gebiet eingetragen oder übertragen werden oder Gegenstand eines Verzichts oder einer Entscheidung über den Verfall der Rechte des Inhabers oder die Nichtigkeit sein, und ihre Benutzung kann nur für die gesamte Union untersagt werden. Es handelt sich also nicht um ein Bündel nationaler (oder

territorialer) Rechte. Vor diesem Hintergrund kann die Übertragung der Unionsmarke in territorialer Hinsicht nur einheitlich, also für das gesamte Gebiet, erfolgen.

67
c) Die Klagepartei kann auch die Löschung des auf die Europäische Union erstreckten Teils dieser Marke nicht mit Erfolg geltend machen. Nach Art. 60 Abs. 1 lit. b UMV kann die Nichtigkeitserklärung einer Unionsagentenmarke i.S.v. Art. 8 Abs. 3 UMV vor den ordentlichen Gerichten lediglich im Rahmen einer Widerklage im Verletzungsverfahren verfolgt werden.

68
d) Bezüglich der Löschung des das deutsche Territorium betreffenden Teils der IR-Marke gelten die obigen Ausführungen unter B.III.2.b) entsprechend.

C.

69
Die zulässige Berufung der Klägerin gegen die vom Landgericht entschiedenen Streitteile ist unbegründet. Das Landgericht hat zu Recht im Rahmen der Widerklage die beiden Unionsmarken Nr. … „MAP MASTER AMINO ACID PATTERN“ und Nr. … „MASTER AMINO ACID Pattern MAP“ für nichtig erklärt (nachfolgend unter Ziffer I.). Die Entscheidung des Landgerichts ist auch zutreffend, soweit es den wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch gemäß Klageantrag Ziffer V. abgewiesen (nachfolgend unter Ziffer II.) und den in Ziffer I. ausgesprochenen Übertragungsanspruch in sachlicher Hinsicht teilweise abgewiesen hat (nachfolgend unter Ziffer III.).

I.

70
Das Landgericht hat auf die Widerklage der Beklagten die beiden Klagemarken - die Unionswortmarke …(Nummer der Marke) „MAP MASTER AMINO ACID PATTERN“ und die Unionswortmarke …(Nummer der Marke) „MASTER AMINO ACID Pattern MAP“ - zu Recht für nichtig erklärt, weshalb die dagegen gerichtete Berufung der Klagepartei in der Sache keinen Erfolg hat.

71
1. Der Senat legt folgenden rechtlichen Rahmen seiner Entscheidung zugrunde.

72
a) Nach Art. 59 Abs. 1 lit. a UMV wird die Unionsmarke auf Widerklage im Verletzungsverfahren für nichtig erklärt, wenn sie entgegen den Vorschriften des Art. 7 UMV eingetragen worden ist. Gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. b und c UMV sind solche Marken von der Eintragung ausgeschlossen, die keine Unterscheidungskraft haben, oder die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, welche im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geografischen Herkunft oder der Zeit der Herstellung der Ware oder der Erbringung der Dienstleistung oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Ware oder Dienstleistung dienen können. Im Interesse der Einheitlichkeit der Unionsmarke genügt nach Art. 7 Abs. 2 UMV bei absoluten Eintragungshindernissen das Vorliegen in nur einem Teil der Europäischen Union für den Ausschluss der Marke von der Eintragung.

73
Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist jedes der in Art. 7 Abs. 1 UMV genannten Eintragungshindernisse von den anderen unabhängig und muss getrennt geprüft werden (EuGH, Urteil vom 21.10.2004 - C-64/02 P, GRUR 2004, 1027, Rn. 39 - DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT). Gleichwohl stehen die Schutzhindernisse nach Art. 7 Abs. 1 lit. b und c UMV nicht zusammenhanglos nebeneinander. Marken, die ausschließlich aus Zeichen bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geografischen Herkunft oder der Zeit der Herstellung der Ware oder der Erbringung der Dienstleistung oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Ware oder Dienstleistung dienen können, verfügen wegen ihres beschreibenden Charakters über keine originäre Unterscheidungskraft (EuGH, Urteil vom 15.05.2019 - C-653/17 P, GRUR-RS 2019, 8571, Rn. 80 ff. - Vermögensmanufaktur).

74
Diese absoluten Nichtigkeitsgründe können im Rahmen einer Widerklage vor dem Gemeinschaftsmarkengericht (Art. 128 Abs. 1, Art. 124 lit. d UMV) geltend gemacht werden.

75
Ist die Unionsmarke entgegen Artikel 7 Abs. 1 lit. b, c oder d UMV eingetragen worden, kann sie nicht für nichtig erklärt werden, wenn sie durch Benutzung im Verkehr Unterscheidungskraft für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, erlangt hat (Art. 59 Abs. 2 UMV). Bei der Beurteilung einer infolge von Benutzung erlangten Unterscheidungskraft kann insbesondere auf den von der Marke gehaltenen Marktanteil, die Intensität, die geografische Verbreitung und die Dauer ihrer Benutzung, den Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke, den Teil der beteiligten Verkehrskreise, der die Ware aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt, sowie auf Erklärungen von Industrie- und Handelskammern oder von anderen Berufsverbänden abgestellt werden. Ob die Marke tatsächlich Unterscheidungskraft erlangt hat, darf jedoch nicht nur aufgrund von generellen und abstrakten Angaben, wie zum Beispiel bestimmten Prozentsätzen, beurteilt werden (BGH, Beschluss vom 14.11.2019 - I ZR 89/19, juris-Rn. 12 - Pizzaschmelz).

76
Die Schutzhindernisse nach Art. 7 Abs. 1 lit. a und b UMV sowie die Wirkung des Art. 7 Abs. 2 UMV waren wörtlich bereits in der am 15.03.1994 in Kraft getretenen Verordnung Nr. 40/94 über die Gemeinschaftsmarke enthalten (Büscher, in BeckOK UMV, 20. Ed. 15.02.2021, Art. UMV 7 Rn. 3). Auch die Vorschrift des Art. 59 Abs. 1 lit. a UMV existierte bereits in der Verordnung von 1994 (Art. 51 Abs. 1 VO Nr. 40/94). Die Normen des Art. 128 Abs. 1, Art. 124 lit. d UMV entsprechen Art. 92 lit. d, Art. 96 VO Nr. 40/94 und die Regelung des Art. 62 Abs. 2 UMV der Regelung des Art. 54 Abs. 2 VO Nr. 40/94. In der nachfolgenden Zitierung wird aus Vereinfachungsgründen immer auf die aktuelle Vorschrift der Unionsmarkenverordnung Bezug genommen.

77
b) Das Eintragungshindernis des Art. 7 Abs. 1 lit. b UMV dient dem Schutz der betrieblichen Herkunftsfunktion als Hauptfunktion der Marke (EuGH, Urteil vom 16.09.2004 - C-329/02 P, GRUR 2004, 943, Rn. 23 - SAT.2). Denn nur Zeichen mit Unterscheidungskraft - also Marken, die auf die Herkunft der Ware oder der Dienstleistung hinweisen - ermöglichen es dem Verbraucher, den Erwerb einer Ware bzw. die Inanspruchnahme einer Dienstleistung eines bestimmten Erzeugers oder Dienstleisters an einer früheren positiven oder negativen Kauferfahrung auszurichten (vgl. EuG, Urteil vom 27.02.2002 - T-79/00, GRUR Int 2002, 604, Rn. 26 - Rewe).

78
Unterscheidungskraft i.S.v. Art. 7 Abs. 1 lit. b UMV bedeutet, dass diese Marke geeignet ist, die Ware, für welche die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Ware somit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Die Unterscheidungskraft einer Marke ist zum einen im Hinblick auf die Waren oder Dienstleistungen, für die sie angemeldet worden ist, und zum anderen im Hinblick auf die Anschauung der maßgeblichen Verkehrskreise zu beurteilen (EuGH, Urteil vom 13.09.2018 - C-26/17 P, GRUR-RR 2018, 507, Rn. 31 - Birkenstock Sales/EUIPO). Ausreichend ist ein Minimum an Unterscheidungskraft (EuGH, Urteil vom 21.01.2010 - C-398/08, GRUR 2010, 228 Rn. 39 - Audi/HABM). Dabei sind bei der Prüfung der Unterscheidungskraft neben der Marke in der angemeldeten Form alle relevanten Tatsachen und Umstände zu berücksichtigen (EuGH, Urteil vom 12.02.2004 - C-363/99, GRUR 2004, 674, Rn. 37 - Postkantoor). Da die Eintragung einer Marke stets für die im Eintragungsantrag aufgeführten Waren oder Dienstleistungen begehrt wird, ist die Frage, ob die Marke unter eines der absoluten Eintragungshindernisse fällt, überdies konkret in Bezug auf diese Waren oder Dienstleistungen zu prüfen (EuGH, Urteil vom 17.05.2017 - C-437/15 P, GRUR Int. 2017, 864, Rn. 28 - deluxe).

79
Da der Durchschnittsverbraucher eine Marke normalerweise als Ganzes wahrnimmt und nicht auf die verschiedenen Einzelheiten achtet, ist für die Beurteilung der Unterscheidungskraft einer Marke auf den von ihr hervorgerufenen Gesamteindruck abzustellen. Ein zusammengesetztes Zeichen kann deshalb insgesamt unterscheidungskräftig sein, selbst wenn die einzelnen Bestandteile für sich genommen dies nicht sind (EuGH, Urteil vom 08.05.2008 - C-304/06 P, GRUR 2008, 608 Rn. 41 - EuroHYPO).

80
Maßgeblicher Zeitpunkt für die Frage des Vorliegens eines Eintragungshindernisses nach Art. 7 UMV ist der Zeitpunkt der Anmeldung der Marke (EuGH, Beschluss vom 23.04.2010 - C-332/09 P, GRUR-RS 2010,

91251 - FLUGBÖRSE). Gleichwohl können Umstände berücksichtigt werden, die zwar nach dem Zeitpunkt der Anmeldung lagen, aber Rückschlüsse auf die Situation zu diesem Zeitpunkt zulassen (EuGH, Beschluss vom 05.10.2004 - C-192/03, juris-Rn. 41).

81
c) Den Wortbestandteilen einer Marke fehlt jegliche Unterscheidungskraft, wenn sie einen beschreibenden Begriffsinhalt enthalten, der für die in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen ohne Weiteres und ohne Unklarheiten als solcher erfasst wird. Bei derartigen beschreibenden Angaben gibt es keinen tatsächlichen Anhaltspunkt, dass der Verkehr sie als Unterscheidungsmittel versteht. Auch einer Angabe, die sich auf Umstände bezieht, die die angemeldeten Waren oder Dienstleistungen selbst nicht unmittelbar betreffen, fehlt die Unterscheidungskraft, wenn durch die Angabe ein enger beschreibender Bezug zu den Waren oder Dienstleistungen hergestellt wird und deshalb die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Verkehr den beschreibenden Begriffsinhalt als solchen ohne Weiteres und ohne Unklarheiten erfasst und in der Bezeichnung nicht ein Unterscheidungsmittel für die Herkunft der angemeldeten Waren oder Dienstleistungen sieht (BGH, Beschluss vom 09.11.2016 - I ZB 43/15, GRUR 2017, 186, Rn. 32 - Stadtwerke Bremen; BGH, Beschluss vom 05.10.2017 - I ZB 97/16, GRUR 2018, 301, Rn. 15 - Pippi-Langstrumpf-Marke). Ausreichend ist dabei, dass die Marke beschreibend verwendet werden kann, also zumindest in einer ihrer möglichen Bedeutungen ein Merkmal der angemeldeten Waren oder Dienstleistungen bezeichnet (EuGH, Urteil vom 23. 10. 2003 - Rs. C-191/01, GRUR 2004, 146, Rn. 32 - Doublemint).

82
Maßgeblich ist daher, ob die angemeldete Marke für die angegebenen Waren und/oder Dienstleistungen hinreichend unterscheidungskräftig ist. Die zuständige Behörde muss dabei die konkret waren- und dienstleistungsbezogene Prüfung der Unterscheidungskraft auf die Verwendungen der angemeldeten Marke erstrecken, die sie mit Hilfe ihrer Sachkunde auf diesem Gebiet als die wahrscheinlichste erkennt (EuGH, Beschluss vom 26.04.2012 - C-307/11 P, GRUR Int. 2013, 134, Rn. 55 - Deichmann). Mangels anderer Anhaltspunkte handelt es sich dabei um die Verwendungsarten, die angesichts dessen, was in der betreffenden Branche üblich ist, praktisch bedeutsam sein können (EuGH, Urteil vom 12.09.2019 - C-541/18, GRUR 2019, 1194, Rn. 33 - #darferdas?).

83
Die Eignung, Waren oder Dienstleistungen ihrer Herkunft nach zu unterscheiden, kommt vor diesem Hintergrund bei Wortmarken solchen Angaben nicht zu, die aus gebräuchlichen Wörtern bestehen, die vom Verkehr - etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung - stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werden (BGH, Beschluss vom 19.02.2014 - I ZB 3/13, GRUR 2014, 569, Rn. 26 - HOT). Hat daher ein Markenwort (wie „HOT“) mehrere Bedeutungen (hier neben „heiß“ auch „scharf, scharf gewürzt und pikant“ in Bezug auf Geschmack und im übertragenen Sinn auch „sexy, angesagt, großartig“), die sämtlich in Bezug auf die eingetragenen Waren (hier unter anderem Reinigungsmittel, Körperpflegemittel, Nahrungsergänzungsmittel, Druckereierzeugnisse und Bekleidung) beschreibend sind, reicht der allein durch die verschiedenen Deutungsmöglichkeiten hervorgerufene Interpretationsaufwand des Verkehrs für die Bejahung einer Unterscheidungskraft nicht aus.

84
Darüber hinaus kann einem Zeichen aus anderen Gründen als wegen seines etwaigen beschreibenden Charakters die Unterscheidungskraft i. S. von Art. 7 lit. b UMV fehlen (EuGH, Beschluss vom 26.04.2012 - C-307/11 P, GRUR 2013, 519, Rn. 46 - Deichmann). Solche Gründe sind gegeben, wenn es sich bei dem Zeichen um ein so geläufiges und alltägliches Wort der deutschen Sprache oder einer bekannten Fremdsprache handelt, dass der Verkehr es stets nur als solches, nicht jedoch auch als Unterscheidungsmittel versteht. Dies liegt bei werbesloganartigen Wortfolgen nahe, wenn sie allgemein verwendet werden oder nur als Anpreisungen und Werbeaussagen allgemeiner Art aufgefasst werden (BGH, Beschluss vom 22.01.2009 - I ZB 34/08, GRUR 2009, 949, Rn. 27 - My World; BGH, Beschluss vom 24.06.2010 - I ZB 115/08, GRUR 2010, 1100, Rn. 20 - TOOOR!). So greift beispielsweise das Schutzhindernis bei einer Marke mit dem Wortbestandteil „deluxe“ ein, wenn sie von den angesprochenen Verkehrskreisen direkt und unmittelbar als Behauptung einer gehobenen Qualität oder als anpreisende Botschaft anstatt als Angabe der betrieblichen Herkunft der mit ihr gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen wahrgenommen wird (EuGH, Urteil vom 17.05.2017 - C-437/15 P, GRUR Int. 2017, 864, Rn. 38 - deluxe). Nach einer in diesem Zusammenhang für den Senat ebenfalls einschlägigen Entscheidung

besagt die Wortfolge „DAS WESENTLICHE“, dass damit gekennzeichnete Angebote hinsichtlich ihrer Beschaffenheit, Aufmachung und/oder Ausstattung bzw. ihres Gegenstands und Inhalts das jeweils „Wesentliche“ bzw. „Grundlegende“ bieten; ihr fehlt in Bezug auf jedwede Ware oder Dienstleistung die Unterscheidungskraft (BPatG, Beschluss vom 01.08.2019 - 30 W (pat) 530/17).

85
Eine Marke, die aus einem Wort mit mehreren Bestandteilen besteht, von denen jeder für Merkmale der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen beschreibend ist, ist ihrerseits für diese Merkmale beschreibend, es sei denn, es besteht ein merklicher Unterschied zwischen dem Wort und der bloßen Summe seiner Bestandteile, was voraussetzt, dass das Wort wegen der Ungewöhnlichkeit der Kombination im Hinblick auf die fraglichen Waren oder Dienstleistungen einen Eindruck erweckt, der hinreichend weit von dem Eindruck abweicht, der bei bloßer Zusammenfügung der seinen Bestandteilen zu entnehmenden Angaben entsteht, und somit über die Summe dieser Bestandteile hinausgeht (EuGH, Urteil vom 25.02.2010 - C-408/08 P, GRUR 2010, 931, Rn. 62 - COLOR EDITION).

86
d) Abkürzungen sind nur dann schutzfähig, wenn sie nicht in der Marke als Abkürzung beschreibender Begriffe erläutert werden. Wenn die Wortmarke dagegen aus der Zusammenfügung einer beschreibenden Wortkombination und einer - isoliert betrachtet - nicht beschreibenden Buchstabenfolge besteht, fehlt die Unterscheidungskraft, wenn die Buchstabenfolge vom Verkehr als Abkürzung der Wortkombination wahrgenommen wird, weil sie den Anfangsbuchstaben jedes Wortes dieser Wortkombination wiedergibt, und die Marke in ihrer Gesamtheit betrachtet damit als eine Kombination beschreibender Angaben oder Abkürzungen verstanden werden kann. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob die Buchstabenfolge der Wortkombination voran- oder nachgestellt ist (EuGH, Urteil vom 15.03.2012 - C-90/11 und C-91/11, GRUR 2012, 616, Rn. 32 ff. - MMF/NAI).

87
Weist eine Wortfolge einen unterscheidungskräftigen Bestandteil auf, wird dies im Regelfall dazu führen, dass auch der Wortfolge in ihrer Gesamtheit die Unterscheidungskraft nicht fehlt (BGH, Beschluss vom 06.11.2013 - I ZB 59/12, juris-Rn. 14 - smartbook). Daher fehlt die Unterscheidungskraft, wenn der Verkehr bei der Wahrnehmung der Gesamtmarke die Buchstabenfolge lediglich als Abkürzung bzw. Akronym der nachfolgenden Wortfolge erfasst und ihr deshalb ebenfalls nur eine beschreibende Bedeutung beimisst (BPatG, Beschluss vom 18.07.2019 - 25 W (pat) 532/18, juris-Rn. 35 - RZT Resilienz-Zirkel-Training). Vor diesem Hintergrund ist beispielsweise die in einer Marke enthaltene Abkürzung „DSA“ rein beschreibend, weil sie sich für das angesprochene Publikum erkennbar in den Anfangsbuchstaben der beschreibenden Wortfolge „DEUTSCHE SPORTMANAGEMENTAKADEMIE“ erschöpft (BGH, Beschluss vom 09.07.2015 - I ZB 16/14, GRUR 2016, 283, Rn. 15 - BSA/DSA DEUTSCHE SPORTMANAGEMENTAKADEMIE).

88
Nach einer Entscheidung des Bundespatentgerichts führt die Zusammenfügung von DZX mit dem weiteren Markenbestandteil Deutscher Zweitmarktindex nicht dazu, dass der Verkehr bei der Wahrnehmung der Gesamtmarke durch die nachfolgende Wortfolge dahingehend zu einem Verständnis des ersten Markenbestandteils gelangt, dass er die Buchstabenfolge lediglich als Abkürzung der nachfolgenden Wörter begreift und ihr deshalb eine beschreibende Bedeutung beimisst (BPatG, Beschluss vom 27.09.2018 - 25 W (pat) 41/17, juris-Rn. 26 ff. - DZX DEUTSCHER ZWEITMARKTINDEX). Zum einen handele es sich bei der Abkürzung DZX nicht um die Anfangsbuchstaben der Wortkombination Deutscher Zweitmarktindex, der sie beigefügt ist; denn dann müsste die vorangestellte Abkürzung DZ bzw. unter Berücksichtigung der Wortelemente „Markt“ und/oder „Index“ DZM oder DZMI lauten. Zum anderen würden tatsächliche Umstände fehlen, die es nahelegten, dass die angesprochenen Verkehrskreise die Buchstabenfolge (trotzdem) als bloße Verkürzung der nachfolgenden Wortkombination auffassen.

89
In Bezug auf die Wortmarke „NAI - Der Natur-Aktien-Index“ führte das Bundespatentgericht im Rahmen einer EuGH-Vorlage aus, dass der Verkehr auf Grund der Übereinstimmung der großgeschriebenen Anfangsbuchstaben „NAI” mit den nachfolgenden drei Worten „Natur-Aktien-Index” die Bedeutung der Buchstabenfolge als Abkürzung der nachfolgenden Sachaussage (Akronym) ohne Weiteres erkennen wird. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Abkürzung „NAI” nicht den Anfangsbuchstaben des Artikels „Der” erfasst, weil der Verkehr das Augenmerk auf die aussagekräftigen Substantive richten wird, während es den

Artikel „Der” nur als Beiwerk wahrnehmen wird (BPatG, Beschluss vom 11.01. 2011 - 33 W (pat) 77/08, GRUR 2011, 524 - NAI - Der Natur-Aktien-Index). Der Europäische Gerichtshof schloss sich dieser Einschätzung an (EuGH, Urteil vom 15.03.2012 - C-90/11 und C-91/11, GRUR 2012, 616, Rn. 34 - MMF/NAI).

90
e) Für die Beurteilung der Frage, ob eine Marke Unterscheidungskraft aufweist oder die Waren oder Dienstleistungen beschreibt, für die ihre Eintragung beantragt wird, ist auf die Wahrnehmung der beteiligten Verkehrskreise abzustellen. Soweit Endverbraucher betroffen sind, ist die Sicht eines normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher dieser Waren oder Dienstleistungen in dem Gebiet, für das die Eintragung beantragt wird, maßgeblich (EuGH, Urteil vom 09.03.2006 - C-421/04, EuZW 2006, 349, Rn. 24 - Matratzen Concord/Hukla). Die Wahrnehmung der Marke durch die angesprochenen Verkehrskreise wird durch den Grad der Aufmerksamkeit des durchschnittlichen Verbrauchers beeinflusst, der je nach Art der betreffenden Waren oder Dienstleistungen unterschiedlich hoch sein kann (EuGH, Urteil vom 29.04.2004 - C-473/01 P und C-474/01 P, GRUR Int 2004, 639, Rn. 53 - Dreidimensionale Tablettenform III).

91
Die maßgeblichen Verkehrskreise sind an Hand der beanspruchten Waren- und Dienstleistungen zu ermitteln (Hanf, BeckOK MarkenR, 24. Ed. 01.01.2021, Art. 7 UMV Rn. 31). Anhand objektiver Merkmale kann das spezialisierte Fachpublikum vom allgemeinen Verkehr abgegrenzt werden. Entsprechendes gilt für Fremdsprachenkenntnisse, über die bestimmte Personengruppen verfügen und die dem allgemeinen Verkehr fehlen (vgl. EuG, Urteil vom 14.04.2005 - T-260/03, GRUR Int 2005, 831, Rn. 30 ff. - CELLTECH). Sind in der betreffenden Branche mehrere Verwendungsarten praktisch bedeutsam, sind diese verschiedenen Verwendungsarten zu berücksichtigen, um zu klären, ob der Durchschnittsverbraucher der erfassten Waren oder Dienstleistungen das Zeichen als Hinweis auf ihre betriebliche Herkunft wahrnehmen kann (EuGH, Urteil vom 12.09.2019 - C-541/18, GRUR 2019, 1194, Rn. 25 - #darferdas?).

92
Es ist darüber hinaus möglich, dass eine Marke wegen sprachlicher, kultureller, sozialer und wirtschaftlicher Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten in einem Mitgliedstaat ohne Unterscheidungskraft ist oder die betreffenden Waren oder Dienstleistungen beschreibt, in einem anderen Mitgliedstaat aber nicht (EuGH, Urteil vom 09.03.2006 - C-421/04, GRUR 2006, 411, Rn. Rn. 25 - Matratzen Concord). Dabei reicht es aus, wenn die Eintragungshindernisse nur in einem Teil der Union vorliegen, um die Eintragung ablehnen zu müssen (Art. 7 Abs. 2 UMV).

93
Das Tatgericht kann das Verkehrsverständnis auf Grund eigener Sachkunde und Lebenserfahrung feststellen. Insbesondere wenn die entscheidenden Richter selbst zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören, bedarf es im Allgemeinen keines durch eine Meinungsumfrage untermauerten Sachverständigengutachtens zur Ermittlung des Verkehrsverständnisses (Ströbele, in Ströbele/Hacker, MarkenG, 13. Aufl. 2021, § 8 Rn. 55; BGH, Urteil vom 24.09.2013 - I ZR 89/12, GRUR 2013, 1254, Rn. 17 - Matratzen Factory Outlet; EuGH, Beschluss vom 26. 4. 2012 - C-307/11 P, GRUR 2013, 519, Rn. 55 - Deichmann).

94
2. Unter Berücksichtigung dieses rechtlichen Maßstabs fehlte es im Zeitpunkt der Markenanmeldung bei den beiden Unionsmarken Nr. … „MAP MASTER AMINO ACID PATTERN“ und Nr. … „MASTER AMINO ACID Pattern MAP“ für die eingetragenen Warenklassen an der erforderlichen Unterscheidungskraft.

95
a) Die Klagemarken sind eingetragen für Nahrungsergänzungsstoffe, nämlich [einschließlich] aminosäurebasierte Formulierungen und mit Nährstoffen angereicherte proteinhaltige Nahrungsmittelzusätze. Die Anmeldung der Wortmarke Nr. … „MAP MASTER AMINO ACID PATTERN“ erfolgte am 20.10.1998 und der Wortmarke Nr. …„MASTER AMINO ACID Pattern MAP“ am 03.03.2008.

96
Die Klägerin verwendet beide Marken zur Kennzeichnung von Nahrungsergänzungsmitteln, genauer von Eiweißpresslingen bestehend aus einer Kombination von essenziellen Aminosäuren, die in einem

besonderen Mischungsverhältnis zueinander stehen. Sie vertreibt ihr mit diesen Marken gekennzeichnetes Produkt weltweit, u.a. in Deutschland. So ist es auch möglich, das Nahrungsergänzungsmittel bei Amazon zu erwerben (Anlage K 3). Damit wendet sich die Klägerin insbesondere an Endverbraucher.

97
Die angesprochenen Verkehrskreise derartiger Waren bestehen vor allem in den normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchern. Da der Vertrieb der Produkte weltweit - und somit auch auf dem Gebiet der gesamten Europäischen Union - erfolgt, umfassen nach Art. 7 Abs. 2 UMV die maßgeblichen, angesprochenen Verkehrskreise, hinsichtlich deren das absolute Eintragungshindernis zu beurteilen ist - da das Zeichen aus Elementen der englischen Sprache besteht - auch die englischsprachigen Durchschnittsverbraucher.

98
Die maßgebliche Verkehrsauffassung von Beziehern der klägerischen Produkte kann der Senat aus eigener Sachkunde feststellen. Denn seine Mitglieder sind beruflich häufig mit Markensachen befasst und gehören privat zu den angesprochenen Verkehrskreisen der mit der Klagemarke gekennzeichneten Produkte. Denn sie benutzen die Verkaufsplattform Amazon, auf der die streitgegenständlichen Produkte u.a. vertrieben werden, und sind im Rahmen eines modernen Ernährungsbewusstseins mit den Möglichkeiten der Nahrungsergänzung vertraut. Vor diesem Hintergrund geht der Senat auch davon aus, dass der Aufmerksamkeitsgrad des Durchschnittsverbrauchers in Bezug auf die mit der Klagemarke gekennzeichneten Produkte - also Nahrungsergänzungsmittel, die vor allem dem Muskelaufbau dienen - gegenüber Waren des täglichen Verbrauchs leicht gesteigert ist, weil es sich um einen informierten Empfängerkreis - vor allem Sportler und Bodybuilder - handelt, der derartigen Mitteln eine leicht erhöhte Aufmerksamkeit entgegenbringt.

99
b) Die Wortfolge „MASTER AMINO ACID PATTERN“ ist aufgrund des - zumindest in einem Teil der Europäischen Union bestehenden - beschreibenden Begriffsinhalts für die eingetragenen Warenklassen (insbesondere Nahrungsergänzungsstoffe) ohne Unterscheidungskraft. Denn, wie der Senat aus eigener Sachkunde beurteilen kann, ordnen die maßgeblichen Verkehrskreise im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren dieser Wortfolge lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zu oder stellen zumindest einen engen beschreibenden Bezug zu dem betreffenden Produkt her.

100
aa) Es ist unstreitig (und wird von der berufungsführenden Klägerin ausdrücklich eingeräumt), dass der englische Verkehr und diejenigen Teile des sonstigen Publikums in der Europäischen Union, die über hinreichende Englischkenntnisse verfügen, die ausgeschriebenen Wörter „MASTER AMINO ACID PATTERN“ verstehen. Die Wortfolge „AMINO ACID PATTERN“ ist dabei unstreitig als „AMINOSÄUREN-MUSTER“ zu übersetzen. Lediglich bei dem vorangestellten Wort „MASTER“ gibt es mehrere Übersetzungsmöglichkeiten.

101
(1) Gemäß einem Online-Wörterbuch kann der Begriff „MASTER“ als Substantiv im Zusammenhang mit einem Gegenstand u.a. „Original“ oder „Vorlage“ und als Adjektiv/Adverb u.a. „Grund-“, „Haupt-“ oder „meisterhaft“ bedeuten (vgl. https://dict.leo.org/englisch-deutsch/master).

102
(2) Die Klägerin übersetzt, wie die nachfolgenden Auszüge aus ihrer Webseite zeigen, das Wort „Master“ selbst mit „ideal“ (https://www.a…-m…com/inrc-i…-n…-r…-c…/):

Entdeckung des MAP Master Amino Acid Pattern®, der idealen Aminosäurenkombination. MAP™ liefert eine 99%ige Netto-Stickstoff-Verwertung NNU (Net Nitrogen Utilization) für die Proteinsynthese im Körper. […]

Nach dieser bahnbrechenden Entdeckung war das INRC sehr zuversichtlich, dass die Entdeckung des Master Amino Acid Pattern® MAP, also des idealen Aminosäurenmusters, das die höchste Netto-Stickstoff-Verwertung für die Körperproteinsynthese liefert, möglich war. […]

Die Ergebnisse der den neuesten Standards entsprechenden klinischen Studien des INRC zur Stickstoffbilanz bestätigten die Entdeckung des MAP Master Amino Acid Pattern®, des idealen Aminosäurenmusters, das eine beispiellose Netto-Stickstoff-Verwertung von 99% für die Körperproteinsynthese liefert.

103
Auch der Entdecker der dem klägerischen Produkt zugrundeliegenden Aminosäurenkombination, Herr Prof. L…-M…, führte in einem Aufsatz von 1998 (Anlage BB 2) aus, dass „MASTER“ im Sinne von „ideal“ zu verstehen sei:

…] the discovery of the Master Amino acid Pattern (MAP), meaning the ideal amino acids formula for human nutrition […

104
(3) Die Beklagte führt vor diesem Hintergrund aus, dass die Wortfolge „Master Amino acid Pattern“ mit dem „idealen Aminosäurenmuster“ zu übersetzen sei. Hilfsweise meint sie, dass damit ein bestimmtes Qualitätsmerkmal i.S. einer gewissen Besonderheit/Erstmaligkeit angezeigt wird (vgl. Anlagenkonvolut BB 3).

105
(4) Nicht nachvollziehbar ist in diesem Zusammenhang das Berufungsvorbringen der Klägerin, wonach die Wortfolge nach dem Vortrag der Beklagten so etwas wie „DAS MENSCHLICHE AMINOSÄUREN-MUSTER“ bezeichnen würde, dies jedoch auf Englisch „HUMAN AMINO ACID PATTERN“ heißen würde. Da die Beklagte sich jedoch nicht darauf beruft, dass „MASTER“ mit „MENSCHLICH“ zu übersetzen sei, legt der Senat diesen Sinngehalt bei der Prüfung der Unterscheidungskraft nicht zugrunde.

106
bb) Daher führt der Vortrag der Parteien zum klägerischen Produkt dazu, dass der Wortfolge „MASTER AMINO ACID PATTERN“ keine Unterscheidungskraft beizumessen ist.

107
(1) Die Klägerin trägt zum Hintergrund ihrer Marken wie folgt vor:

Herr Prof. L…-M…, der Geschäftsführer und wissenschaftliche Leiter der Klägerin, ist ein international beachteter Forscher aus dem Gebiet der Ernährungswissenschaften. Schwerpunkt der Forschung am Institut der Klägerin ist die Erforschung von Aminosäuren für die menschliche Ernährung. Ende der 80er Jahre entdeckte er, dass der menschliche Körper für den Stoffwechsel eine bestimmte Kombination von Aminosäuren benötigt, das sogenannte „Master Amino Säure Muster“ (Englisch: „Master Amino Acid Pattern“, abgekürzt „MAP“). Dies führte zur Entwicklung eines Produktes, das diese Aminosäuren in genau abgestimmten Mengenverhältnissen enthält.

108
Zum Beweis dieser Tatsache legte die Klägerin u.a. als Anlage 1 eine „Liste wissenschaftlicher Publikationen zum Thema MAP“ vor.

109
Die Beklagte führte unbestritten u.a. Folgendes zur Klägerin aus:

Aufbauend auf früheren Forschungsergebnissen (etwa zur Stickstoffbilanz auf der Grundlage des Hühnerei-Proteins) arbeitete das Institut unter den beiden wissenschaftlichen Leitern Prof. Dr. med. M… L-M… sowie die Vizepräsidentin Frau Dr. A… G… an weiteren Forschungen zur Nettostickstoffverwertung. Schließlich kam es Ende der 80er Jahre zu der Entdeckung, dass der menschliche Körper für den Stoffwechsel eine ganz bestimmte Kombination von acht Aminosäuren benötigt, die gleichzeitig vorhanden sein müssen.

Das Verhältnis der acht essentiellen Aminosäuren ist bekannt und wird auch auf den Verkaufsdosen (wie sie auf S. 5 der Klageschrift abgebildet sind) wie folgt wiedergegeben:

3 Tabletten enthalten: Menge

L-Leucin (19,6%) 588 mg

L-Valin (16,6%) 498 mg

L-Isoleusin (14,8%) 444 mg

L-Lysin (14,3%) 429 mg

L-Phenylalalin / L-Fenylalalaline (12,9%) 387 mg

L-Threonin (11,1%) 333 mg

L-Methionin (7,0%) 210 mg

L-Trypthophan / L-Tryptofaan (3,7%) 111 mg

Dies spiegelt also die Entdeckung des menschlichen Aminosäuremusters wider.´

110
Wie bereits dargelegt, führt Herr Prof. L…-M… in seiner Erstpublikation Folgendes aus (Anlage BB 2):

…] the discovery of the Master Amino acid Pattern (MAP), meaning the ideal amino acids formula for human nutrition […

111
(2) Vor diesem Hintergrund hat die Wortfolge „AMINO ACID PATTERN“ - die unstreitig als „AMINOSÄUREN-MUSTER“ zu übersetzen ist - einen rein beschreibend Begriffsinhalt. Denn das von den Klagemarken gekennzeichnete Produkt besteht aus Eiweißpresslingen bestehend aus einer Kombination von essenziellen Aminosäuren, die in einem besonderen Mischungsverhältnis zueinanderstehen. Für derartige Waren versteht der Verkehr die Bezeichnung „AMINOSÄUREN-MUSTER“ nicht als Unterscheidungsmittel.

112
(3) Die Klagemarken erlangen - wie die Mitglieder des Senats als Teil der angesprochenen Verkehrskreise selbst feststellen können - auch nicht aufgrund des Zusatzes „Master“ Unterscheidungskraft. Zwar weist das Wort „Master“ aufgrund mehrerer Übersetzungsmöglichkeiten eine gewisse Interpretationsbedürftigkeit auf. Zum einen ist jedoch ausreichend, dass die Bezeichnung zumindest in einer ihrer möglichen Bedeutungen ein Merkmal der angemeldeten Waren oder Dienstleistungen bezeichnet. Zum anderen sind alle Deutungsvarianten in einem Maße beschreibend, dass die Bezeichnung zu dem gekennzeichneten Produkt einen direkten und konkreten Bezug aufweist, der es den angesprochenen Verkehrskreisen ermöglicht, unmittelbar und ohne weitere Überlegung eine Beschreibung dieser Waren oder eines ihrer Merkmale zu erkennen. Denn es handelt sich bei dem Begriff „Master“ um ein in der englischen Sprache gebräuchliches Wort, das vom Verkehr nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird. Vielmehr wird damit entweder ein bestimmtes Qualitätsmerkmal i.S. einer gewissen Besonderheit/Erstmaligkeit - also als eine anpreisende Botschaft anstatt als Angabe der betrieblichen Herkunft der mit ihr gekennzeichneten Waren - angezeigt (vgl. Anlage BB 3), oder es wird - entsprechend der Verwendung durch die Klagepartei, die maßgeblichen Einfluss auf das Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise hat - auf eine ideale Mischung der Aminosäuren im Sinne einer „Spiegelung“ des menschlichen Aminosäurenmusters hingewiesen. In diesem Zusammenhang ist auch von Relevanz, dass unstreitig die Entdeckung von Prof. Dr. L…-M… als „MASTER AMINO ACID PATTERN „in der entsprechenden Literatur in beschreibender Weise bezeichnet wird. Des Weiteren kann nicht außer Acht gelassen werden, dass der Verkehr gerichtsbekannt auch und gerade im modernen „Lifestylesektor“ - wozu auch Nahrungsergänzungsmittel gehören - daran gewöhnt ist, ständig mit neuartigen Begriffen konfrontiert zu werden, und er in der Regel keinen Anlass für semantische Differenzierungen und linguistische Bewertungen neuer Bezeichnungen hat, ihm vielmehr bekannt ist, dass sich solche Kreationen häufig nicht an geläufigen Formen, festen grammatikalischen Regeln oder korrektem Sprachstil orientieren.

113
c) Eine andere Beurteilung ist auch nicht aufgrund des Zeichenbestandteils „MAP“ veranlasst. Zwar stellt die der Wortfolge „MASTER AMINO ACID PATTERN“ voran- bzw. nachgestellte Buchstabenfolge „MAP” in Alleinstellung keine gängige, allgemein verständliche Abkürzung dar, die von den angesprochenen Verkehrskreisen für die eingetragenen Marken als Art- oder Beschaffenheitsangabe oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale in Betracht kommen würde. Von den angesprochenen Verkehrskreisen wird aber die - bei der Unionsmarke Nr. … vorangestellte und bei der Unionsmarke Nr. … nachfolgende - Bezeichnung „MAP“ ausnahmsweise als Abkürzung der Wortfolge „MASTER AMINO ACID PATTERN“ verstanden,

weshalb sie unter maßgeblicher Berücksichtigung des Gesamteindrucks der Klagemarken - also des durch die Wörter und die Buchstabenfolge gebildeten Ganzen - nicht zur Begründung von deren Unterscheidungskraft herangezogen werden kann.

114
aa) Als Abkürzung wird die gegenüber der ursprünglichen Länge verkürzte Darstellungsform eines Wortes oder einer Wortgruppe bezeichnet. Unter den Oberbegriff der Abkürzung fällt auch das Akronym - ein aus Buchstaben mehrerer Wörter oder mehrerer Wortteile entstandenes Wort, das als eigenes Wort ausgesprochen werden kann (https://de.wikipedia.org/wiki/Abkürzung).

115
bb) Wie der Senat aus eigener Sachkunde feststellen kann, erkennt der Verkehr auf Grund der Übereinstimmung der großgeschriebenen Anfangsbuchstaben „MAP" mit den nachfolgenden Worten „MASTER AMINO ACID PATTERN" die Bedeutung der Buchstabenfolge als Abkürzung der nachfolgenden Sachaussage (Akronym).

116
Es ist nämlich davon auszugehen, dass der Verkehr die Buchstaben in Verbindung mit der nachgestellten Wortfolge als sinnvoll aufeinander bezogene Einheit erkennt, weil es gerade auch in der englischen Sprache üblich ist, Wortfolgen durch die Anfangsbuchstaben der einzelnen Worte abzukürzen. Dies entspricht nach der Lebenserfahrung der natürlichen und naheliegenden Wahrnehmung durch den normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher. Durch die nachgestellten ausgeschriebenen Wörter wird dem Verkehr somit eine bestimmte Bedeutung der Buchstabenabkürzung bequem an die Hand gegeben, so dass es einer weiteren Analyse der Buchstabenfolge nicht bedarf.

117
cc) Dass vom direkten Wortsinn her die Buchstabenfolge „MAP" nicht die Abkürzung von „MASTER AMINO ACID PATTERN" ist, dies vielmehr „MAAP" wäre, führt zu keiner anderen Beurteilung der Sach- und Rechtslage. Insbesondere enthält das „zu kurze" Akronym nicht dadurch einen fantasievollen Überschuss, der die Unterscheidungskraft der Klagemarken begründen würde. Denn es liegen im vorliegenden Fall tatsächliche Umstände vor, die es nahelegen, dass die angesprochenen Verkehrskreise die Buchstabenfolge MAP (trotzdem) als bloße Verkürzung der Wortkombination „MASTER AMINO ACID PATTERN" auffassen.

118
(1) Zum einen ist zu berücksichtigen, dass der Begriff „AMINO ACID" einheitlich verstanden und vom Verkehr anhand des offensichtlichen Bedeutungsinhalts (Aminosäure) beurteilt werde, weshalb in der Abkürzung kein doppeltes „A"enthalten sein muss. Der Verkehr richtet vor diesem Hintergrund das Augenmerk auf die nach dem Sinngehalt aussagekräftigen Anfangsbuchstaben Master Aminocacid Pattern.

119
Ein entsprechendes Verständnis haben auch die Beklagten. So führen sie auf ihrer Homepage (Anlage K 32) auf Seite 5 u.a. Folgendes aus:

MAP ® ist eine einzigartige Formel aus den 8 essentiellen Aminosäuren, aufgebaut gemäß dem spezifischen menschlichen Aminosäuremuster (Master AminoAcid Pattern).

120
Durch die Zusammenschreibung der Begriffe AMINO und ACID wird für die angesprochenen Verkehrskreise der Eindruck verstärkt, dass es sich um ein einheitliches Wortgebilde handelt, welches insgesamt mit dem Buchstaben „A" abgekürzt wird.

121
(2) Zum anderen kann nicht außer Acht gelassen werden, dass der Geschäftsführer der Klägerin und Entdecker der dem klägerischen Produkt zugrundeliegenden Kombination von Aminosäuren, Herr Prof. Dr. M… L…-M…, selbst die Buchstabenfolge „MAP" als Abkürzung für „MASTER AMINO ACID PATTERN" verwendete.

122
So führte er in mehreren Beiträgen im Jahr 2003 (Anlagen B 17 und B 18) aus:

Results of this multicentric study have shown that by giving 10 g (10 tablets) of Master Amino acid Pattern (MAP) […]

Study results show that a 51-year-old female athlete, while taking the Master Amino acid Pattern (MAP) […]

Comparative results of this study have shown that athletes, by taking the Master Amino acid Pattern (MAP) […]

123
Durch die Einfassung der Buchstabenfolge „MAP“ in eine Klammerung wird üblicherweise zum Ausdruck gebracht, dass sie eine Abkürzung der vorangegangenen Wörter darstellt.

124
Sowohl in den oben dargestellten Beträgen aus dem Jahr 2003 (Anlagen B 17 und B 18) als auch in dem in Anlage BB 2 enthaltenen Aufsatz bringt Prof. Dr. L…-M… diesen Gesichtspunkt darüber hinaus durch Groß- und Kleinschreibung zum Ausdruck

„[…] Master Amino acid Pattern (MAP) […].

125
Auch im streitgegenständlichen Verfahren ging die Klägerin zunächst - zumindest vor Erhebung der Widerklage durch die Beklagten - davon aus, dass es sich bei „MAP“ um ein Akronym von „Master Amino Acid Pattern“ handelt. Denn sie führte in der Klageschrift zur Geschichte der Klagemarke aus, dass sich die Entdeckung von Prof. L…-M… darauf beziehe, „[…] dass der menschliche Körper für den Stoffwechsel eine bestimmte Kombination von Aminosäuren benötigt, das sogenannte „Master Amino Säure Muster“ (Englisch: „Master Amino Acid Pattern“, abgekürzt „MAP“).

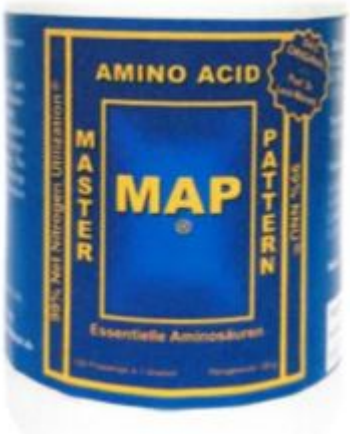
126
(3) Auch in anderen Fachbüchern wird „MAP“ beschreibend verwendet. So führt der Autor L… J… in dem Werk „Die Eiweißrevolution! MAP - Master Amino Acid Pattern: Die Entdeckung des menschlichen Aminosäurenmusters und seine Bedeutung für die Proteinernährung“ (Anlage B 1) u.a. aus:

…] Wie ich schon sagte, ist MAP eine Entdeckung, keine Erfindung. […] Wir haben MAP in der Natur gefunden […

127
(4) In die Gesamtwürdigung ist auch die konkrete Verwendung der Klagemarke durch die Parteien auf ihren vertriebenen Produkten einzustellen.

128
(a) Diese - naturgemäß erst nach der Markenanmeldung erfolgte - Verwendung der Klagemarke kann im vorliegenden Fall bei der Frage des Vorliegens absoluter Schutzhindernisse herangezogen werden. Zwar ist grundsätzlich das Anmeldedatum der maßgebliche Zeitpunkt für die Prüfung der absoluten Eintragungshindernisse gemäß Art. 7 Abs. 1 UMV. Die nach der Markenanmeldung erfolgte tatsächliche Verwendung der Marke lässt jedoch Rückschlüsse auf die Verkehrswahrnehmung zum Anmeldezeitpunkt zu. Denn die Prüfung der absoluten Schutzhindernisse hat sich auf die Formen der Markenverwendung zu beziehen, die vom Senat aufgrund eigener Sachkunde als die jeweils naheliegendste und als praktisch bedeutsam identifiziert wird. Und für den Senat erscheint es sowohl naheliegend als auch angesichts dessen, was in der Nahrungsergänzungsmittelbranche üblich ist, praktisch bedeutsam, dass eine für Nahrungsergänzungsmittel eingetragene Wortmarke so benutzt wird, wie die Klägerin und die Beklagten die Streitmarken konkret verwendet.

129
(b) Auf dem Logo, mit welchem die Klägerin ihre Produkte kennzeichnet, wird die Bezeichnung „MAP“ eingerahmt von der Wortfolge „MASTER AMINO ACID PATTERN“. Hierbei wird oberhalb der Abkürzung der Bestandteil „AMINO ACID“ als optisch einheitlicher Begriff herausgestellt, während die anderen Bestandteile „MASTER“ und „PATTERN“ jeweils links und rechts von der Abkürzung gesondert abgebildet sind.



130
Durch diese konkrete Verwendung wird für die angesprochenen Verkehrskreise der Eindruck vermittelt, dass die mittige und optisch hervorgehobene Buchstabenfolge „MAP“ ein Akronym für die drei darum gruppierten und als jeweilige Einheit wahrgenommenen Wörter „MASTER“, „AMINO ACID“ und „PATTERN“ darstellt.

131
(c) In diesem Zusammenhang ist auch die durch die - von den angesprochenen Verkehrskreisen durchaus wahrgenommene - klägerische Produktbeschreibung auf der Verkaufsplattform Amazon von Bedeutung. Darin führt die Klägerin u.a. aus:

MAP ist ein Ersatz für Nahrungsproteine, der das Master Amino Acid Pattern MAP (U.S. Patent 5,132,113) enthält - eine einzigartige Kombination essenzieller Aminosäuren in hochreiner, freier, kristalliner Form.

132
Indem unmittelbar nach der Wortfolge „Master Amino Acid Pattern MAP“ eine direkte Bezugnahme auf einen patentrechtlichen Schutz des Produktes erfolgt, wird für die angesprochenen Verkehrskreise der Eindruck verstärkt, dass die Gesamtheit der Klagemarke einschließlich der Buchstabenfolge „MAP“ eine inhaltsbeschreibende Funktion hat und nicht herkunftshinweisend verwendet wird.

133
Gleiches gilt für folgende ebenfalls in der Amazon-Produktbeschreibung enthaltene Überschrift:

Klinisch getestet - Master Amino Acid Pattern (Map)

134
Bei dieser Überschrift folgt die Buchstabenfolge „MAP“ als Klammerzusatz nach der Wortfolge „Master Amino Acid Pattern“. Eine derartige Schreibweise ist jedoch typisch für die Darstellung von Abkürzungen der vorangegangen Wörter.

135
(5) Zu beachten ist schließlich, dass die Klägerin Inhaberin von zwei Unionswortmarken ist. Die eine Marke lautet „MAP MASTER AMINO ACID PATTERN“ und die andere „MASTER AMINO ACID PATTERN MAP“. Die Wortfolge „MASTER AMINO ACID PATTERN“ wird daher - wenn beide Marken vom Verkehr in einer Zusammenschau gesehen werden würden - von den Buchstabenfolge „MAP“ eingerahmt. Ähnlich einem Gedankenstrich zwischen Buchstabenfolge und Wortkombination (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 15.03.2012 - C-90/11, C-91/11, GRUR 2012, 616, Rn. 34 - NAI - Der Natur-Aktien-Index) ist diese „Einklammerung“ geeignet, den Gesamteindruck zu verstärken, dass es sich bei „MAP“ um eine bloße Abkürzung der vor- bzw. nachfolgenden Wortkombination handelt.

136
dd) Vor diesem Hintergrund verfügen die Klagemarken auch nicht wegen eines eigenständigen Bedeutungsgehalts der Buchstabenfolge „MAP“ über Unterscheidungskraft.

137

Zwar ist der Einwand der Klägerin zutreffend, dass der Begriff „map“ in der englischen Sprache Karte oder Stadtplan bedeutet, was in Bezug auf die streitgegenständlichen Waren keine beschreibende Bedeutung hätte.

138
Die beteiligten Verkehrskreise gelangen jedoch bei Wahrnehmung der Gesamtmarke unter Berücksichtigung der darin enthaltenen Wortfolge „MASTER AMINO ACID PATTERN“ nicht zu einem derartigen Verständnis des Markenbestandteils „MAP“. Vielmehr begreifen sie, wie bereits ausgeführt, die Buchstabenfolge lediglich als Abkürzung der nachfolgenden bzw. vorangehenden Wörter und messen ihr deshalb eine beschreibende Bedeutung bei. Dabei ist zum einen die Großschreibung der Buchstabenfolge „MAP“ zu berücksichtigen. Zum anderen ist der maßgebliche Gesamteindruck der vollständigen Marke im Zusammenhang mit der eingetragenen Warenklasse - Nahrungsergänzungsmittel - zu beachten, aufgrund dessen es fernliegend erscheint, dass der Verkehr dieser Wortfolge die Bedeutung „Landkarte“ oder „Stadtplan“ beimisst.

139
3. Die Klagemarken haben auch nicht durch ihre Benutzung Unterscheidungskraft erlangt (Art. 7 Abs. 3, 59 Abs. 2 UMV). Denn die Klägerin hat eine Verkehrsdurchsetzung weder geltend gemacht noch vorgetragen. Sie beruft sich lediglich (hilfsweise) auf das Vorliegen einer Benutzungsmarke (vgl. dazu die Ausführungen unter Ziffer D.IV.3.).

II.

140
Das Landgericht hat den wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch gemäß Antrag Ziffer V. zu Recht abgewiesen.

141
1. Die Klägerin begehrt mit diesem Antrag die Unterlassung verschiedener Aussagen, „wenn dies jeweils geschieht wie in Anlage K 19 ersichtlich“.

142
Das Landgericht wies die Klage in Bezug auf diesen Antrag ab. Zur Begründung führte es aus, dass die Klägerin nicht dargelegt habe, von wann die als einziges Beweismittel vorgelegte Anlage K 19 stamme. Angesichts der letzten Lieferung durch die Firma S… am 20.10.2015 bleibe die Klägerin auch nach Einvernahme der Zeugin M… dafür beweisfällig, dass die Beklagte mit den angegriffenen Aussagen nicht die Originalware der Klägerin bewerbe.

143
2. Die der Entscheidung zugrundeliegenden Tatsachenfeststellungen des Landgerichts können im Berufungsverfahren nicht mit Erfolg angegriffen werden. Die Klägerin hat weder neue berücksichtigungsfähige Tatsachen vorgetragen (§ 529 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) noch konkrete Anhaltspunkte aufgezeigt, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Tatsachenfeststellungen des Landgerichts begründen würden (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

144
a) Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist das Berufungsgericht an die von dem erstinstanzlichen Gericht festgestellten Tatsachen gebunden, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Konkrete Anhaltspunkte, welche hiernach die Bindung des Berufungsgerichts an die vorinstanzlichen Feststellungen entfallen lassen, können sich insbesondere aus Verfahrensfehlern ergeben, die dem Eingangsgericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind (BGH, Urteil vom 12.03.2004 - V ZR 257/03, BGHZ 158, 269-282, Rn. 8).

145
b) Im vorliegenden Fall bestehen derartige konkrete Anhaltspunkte nicht.

146
aa) Das Landgericht hat die Beweislastverteilung zutreffend gesehen. Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen einer Irreführung trägt die Klägerin. Nur soweit es sich um ihrer Wahrnehmung entzogene Umstände aus dem Geschäftsbereich der Beklagtenpartei handelt, zu denen

diese ohne Weiteres vortragen kann, kommt eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten in Betracht (BGH, Urteil vom 04.07.2019 - I ZR 161/18, GRUR 2020, 299, Rn. 34 - IVD-Gütesiegel).

147
bb) Das Landgericht führte im unstreitigen Tatbestand aus, dass die Klägervertreter mit Schriftsatz vom 03.11.2016 (Anlage K 19) die maßgebliche Darstellung aus der Webseite www.drr…d.de vorlegten. Es schlussfolgerte folgerichtig, dass diese Anlage spätestens am 03.11.2016 existiert haben muss.

148
Die Klägerin rügt mit Tatbestandsberichtigungsantrag vom 08.08.2019, dass bereits mit Schreiben vom 19.07.2016 (Anlage K 22) der Screenshot der Webseite an die Beklagten versandt worden sei. Dies ist jedoch ausweislich der Anlage K 22 unzutreffend. In diesem Schreiben wurde kein (vollständiger) Screenshot der maßgeblichen Webseite, sondern nur ein Auszug im Fließtext übersandt.

149
Soweit die Klägerin mit Schriftsatz vom 21.04.2017 aktuellere Screenshots vorlegt, sind die streitgegenständlichen Verletzungshandlungen auf den Anlagen K 32 und K 33 nicht enthalten.

150
cc) Das Erstgericht konnte sich nach Einvernahme der Zeugin S…M… - einer Angestellten der Beklagten zu 1) - keine Überzeugung dazu bilden, dass die angegriffene Bewerbung (Anlage K 19) andere als von der Klägerin bzw. der Firma S… gelieferte Produkte betrifft. Diese Feststellungen sind in der Berufungsinstanz nicht mit Erfolg angreifbar.

151
Soweit die Klägerin vorträgt, dass die Beklagten verpflichtet gewesen wären, darzulegen, dass während der Zeit, zu der die Werbung gemäß Anlage K 19 greifbar gewesen sei, nur von der Klägerin stammendes MAP verkauft worden sei, führt dies nicht zum Erfolg der Berufung. Denn nach dem Ergebnis der Zeugenbefragung lässt sich nicht mit Sicherheit sagen, ob die Beklagte zu 1 im Zeitpunkt der Werbebehauptung noch über Bestände von Waren verfügte, welche ihr von der Klägerin geliefert worden waren. Eine über die Angaben der Mitarbeiterin der Beklagten zu 1) hinausgehende sekundäre Darlegungslast trifft die Beklagten nicht.

III.

152
Die Teilabweisung des hinsichtlich der deutschen Marke in Ziffer I.a. ausgesprochenen Übertragungsanspruchs in sachlicher Hinsicht durch das Erstgericht begegnet keinen Bedenken.

153
1. Das Landgericht übertrug die Marken nach § 17 MarkenG und Art. 6 septies PVÜ nur hinsichtlich der Klassen 05 und 29. Da das Geschäftsfeld der Klägerin Nahrungsergänzungsmittel sind und daher die Marke auch Waren und Dienstleistungen außerhalb der Agentenbeziehung betreffe, habe nur eine Teilübertragung der beiden Marken im Hinblick auf Nahrungsergänzungsstoffe zu erfolgen.

154
2. Dies ist nicht zu beanstanden.

155
a) In rechtlicher Hinsicht ist der Anspruch aus § 17 MarkenG auf eine Teilübertragung gemäß § 27 Abs. 4 MarkenG beschränkt, wenn die Voraussetzungen der Agentenmarke nur hinsichtlich eines Teils des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses vorliegen (Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl. 2010, § 17 Rn. 9). Dabei besteht der Schutz der Marke des Geschäftsherrn nach § 11 MarkenG nicht nur gegenüber identischen Agentenmarken; er erstreckt sich auch auf ähnliche Marken i.S. des § 9 MarkenG (BGH, a.a.O., Rn. 34 - DiSC) und damit auch ähnliche Waren oder Dienstleistungen. Relevante Faktoren für die Prüfung der Warenähnlichkeit sind insbesondere die Art, der Verwendungszweck sowie die Komplementarität bzw. Konkurrenz der Waren. Die dabei im Rahmen der Verwechslungsgefahr auch zu prüfende Warenähnlichkeit besteht grundsätzlich nicht zwischen Haupt- und Hilfsware, wobei zu letzterem insbesondere Werbemittel zählen. (Hacker, in Ströbele/Hacker, MarkenG, 13. Aufl. 2021, § 9 Rn. 105; Thalmaier, in BeckOK MarkenR, 24. Ed. 01.01.2021, § 14 MarkenG Rn. 314).

156
b) Im vorliegenden Fall ist die übertragene DE-Marke Nr. … „MAP“ neben den Klassen 05 (pharmazeutische Erzeugnisse) und 29 (Nahrungsergänzungsmittel) auch in die Klassen 09 (elektronische Publikationen) und 16 (Druckereierzeugnisse) eingetragen. Bei den Klassen 09 und 16 handelt es sich somit nicht um Waren, welche denen aus der Agentenbeziehung ähnlich im Sinne einer Verwechslungsgefahr sind.

157
Zwar ist die Eintragung jeweils beschränkt auf Erzeugnisse „auf Basis des Themenkreises Ernährung-Gesundheit-Medizin“. Diese Einschränkung ist jedoch nicht geeignet, um hinsichtlich der Warenklassen 09 und 16 Verwechslungsgefahr zu begründen. Es fehlt - mangels des Aufweisens gemeinsamer Merkmale - an einer hinreichenden Ähnlichkeit der Waren. Denn in Bezug auf elektronische Publikationen und Druckereierzeugnisse gibt es keine Konkurrenzsituation dieser Waren mit Nahrungsergänzungsstoffen, auch wenn diese verwendet werden, um Nahrungsergänzungsmittel zu bewerben. Im vorliegenden Fall sind von der Klägerin keine Umstände dargetan, die den Grundsatz der fehlenden Unähnlichkeit zwischen Haupt- und Hilfsware in Frage stellen würden.

D.

158
Die vom Landgericht ausgesprochene Aussetzung des Rechtsstreits in Bezug auf die Klageanträge Ziffern I., III., IV. und VI. bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Widerklage und die Entscheidung über die Widerklage durch Teilurteil war unzulässig (nachfolgend unter Ziffer I.). Dies führt jedoch nicht zu einer Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 ZPO; vielmehr zieht der Senat den beim Landgericht anhängig gebliebenen Teil (Klageanträge Ziffern I., III., IV. und VI.) zur Beseitigung des Verfahrensfehlers „an sich“ (nachfolgend unter Ziffer II.). Aufgrund der erfolgreichen - die Klagemarken für nichtig erklärenden - Widerklage stehen der Klagepartei die geltend gemachten Markenansprüche nicht zu (nachfolgend unter Ziffer III.).

I.

159
Die Voraussetzungen der Aussetzung des Rechtsstreits in Bezug auf die Klageanträge Ziffern I., III., IV. und VI. bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Widerklage und die Entscheidung über die Widerklage durch Teilurteil lagen nicht vor.

160
1. Die Voraussetzungen der Aussetzung wegen Vorgreiflichkeit nach § 148 ZPO waren nicht gegeben.

161
Nach § 148 ZPO kann das Gericht, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, anordnen, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei. Das vorgreifliche Rechtsverhältnis muss den Gegenstand eines vor einem anderen als dem erkennenden Gericht bereits anhängigen Rechtsstreites bilden (Greger, in Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 148 Rn. 6). Bei der Gefahr widersprechender Entscheidungen kann es sich auch um einen anderen Spruchkörper desselben Gerichts handeln (Stadler, in Musielak/Voit, ZPO, 17. Aufl. 2020, § 148 Rn. 6).

162
Im vorliegenden Fall bildet die Widerklage Gegenstand desselben Rechtsstreits wie die Verletzungsklage. Die Voraussetzungen des § 148 ZPO liegen somit nicht vor. Es besteht auch nicht die Gefahr widersprechender Entscheidungen, weil der gleiche Spruchkörper über die Frage der Nichtigkeit der Klagemarke und der aus der Klagemarke herrührenden Ansprüche zu befinden hat.

163
2. Auch das Europarecht gibt die Aussetzung der Verletzungsklage bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeit der Klagemarke nicht (zwingend) vor.

164

Nach Art. 127 UMV haben die Unionsmarkengerichte zwar von der Rechtsgültigkeit der Unionsmarke auszugehen, sofern diese nicht durch den Beklagten mit einer Widerklage auf Erklärung des Verfalls oder der Nichtigkeit angefochten wird. Die erfolgreiche Widerklage führt zur Vernichtung der Unionsmarke durch Erklärung des Verfalls oder der Nichtigkeit bzw. des teilweisen Verfalls oder der teilweisen Nichtigkeit mit Wirkung erga omnes und zur Abweisung der Verletzungsklage mangels Rechtsbestand der Unionsmarke (Grüger, in Kur/v. Bomhard/Albrecht, MarkenG/UMV, 3. Aufl. 2020, Art. 127 UMV Rn. 36).

165
Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist das Unionsmarkengericht zwar grundsätzlich verpflichtet, den Ausgang des Verfahrens über die Widerklage auf Nichtigerklärung abzuwarten, um über die Verletzungsklage zu entscheiden (EuGH, Urteil vom 19.10.2017 - C-425/16, juris-Rn. 45 - Baucherlwärmer). Die Verknüpfung des Ausgangs des Verletzungsverfahrens mit dem Verhalten der Parteien hinsichtlich Rechtsmittel gegen die Entscheidung, mit der der Widerklage auf Nichtigerklärung stattgegeben wurde, würde dieses Verfahren jedoch aller Wahrscheinlichkeit nach erheblich verzögern (EuGH, a.a.O., juris-Rn. 45 - Baucherlwärmer). Somit erscheint der Umstand, dass das Unionsmarkengericht die Widerklage auf Nichtigerklärung und erhobene Verletzungsklage zusammen behandeln muss, als geeignet, die Wahrung des Grundsatzes der Effektivität zu gewährleisten (EuGH, a.a.O., juris-Rn. 45 - Baucherlwärmer). Die Abweisung der Verletzungsklage setzt auch nicht voraus, dass die Entscheidung über die Widerklage rechtskräftig ist (EuGH, a.a.O., juris-Rn. 48 - Baucherlwärmer).

166
Dies bedeutet, dass das Unionsmarkengericht die Verletzungsklage abweisen darf, wenn das Gericht aufgrund einer Widerklage das Schutzrecht für nichtig erklärt; auf die Rechtskraft der Entscheidung über die Widerklage braucht aus Gründen der Effektivität nicht gewartet zu werden (Ruhl, in Ruhl/Tokmitt, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, 3. Aufl. 2019, Art. 85 Rn. 6). Würde Rechtskraft verlangt, so hätte es eine Partei in der Hand, das Verfahren durch die Einlegung von Rechtsmitteln zu verzögern, was auch den Anreiz für Missbrauch erhöhte. Gerade der redliche Markeninhaber könnte sich mit seinen berechtigten Verletzungsansprüchen schnell der an sich hoffnungslosen Widerklage ausgesetzt sehen, die allein der Verzögerung dient (Müller-Broich, GRUR-Prax 2017, 525). Außerdem droht bei dieser Sachlage, bei der das gleiche Gericht über die Verletzungsklage und die Nichtigkeitsklage zu befinden hat, nicht die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen (vgl. BGH, Urteil vom 13.10.2000 - V ZR 356/99, juris-Rn. 13).

167
3. Vor diesem Hintergrund hat das Landgericht ein unzulässiges Teilurteil erlassen. Vielmehr hätte das Erstgericht - da es der Nichtigkeitswiderklage stattgab - die Verletzungsklage, soweit sie auf den für nichtig erklärten Marken beruht, abweisen müssen.

168
Diese Unzulässigkeit des Teilurteils ist die automatische Folge der Unzulässigkeit der Aussetzungsentscheidung: Das Landgericht erklärte auf die Widerklage hin die in Ziffer III. aufgeführten Unionsmarken für nichtig. Diese Frage der Rechtswirksamkeit der Klagemarken stellt sich jedoch auch bei den - vom Landgericht ausgesetzten - klägerischen Ansprüchen, die auf diese Unionsmarken gestützt sind. Denn die Unionsmarkengerichte haben von der Rechtsgültigkeit der Unionsmarke nur insoweit auszugehen, als diese nicht durch die Beklagtenpartei mit einer Widerklage auf Erklärung der Nichtigkeit angefochten wird (Art. 127 Abs. 1 UMV). Damit entschied das Landgericht aufgrund der Aussetzung im Teilurteil über eine Frage, die sich im weiteren Verfahren über den restlichen Streitstoff erneut stellen würde.

II.

169
Eine Zurückverweisung an das Landgericht Nürnberg-Fürth erfolgt jedoch nicht, da der Rechtsstreit insgesamt entscheidungsreif ist, der Senat den noch in erster Instanz befindlichen Teil an sich zieht und in der Sache insgesamt selbst entscheidet.

170
1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf das Berufungsgericht den im ersten Rechtszug anhängig gebliebenen Teil des Rechtsstreits an sich ziehen und hierüber mitentscheiden und damit den Verfahrensverstoß beseitigen (BGH, Urteil vom 13.07.2011 - VIII ZR 342/09, juris-Rn. 23, 33; OLG Stuttgart, Urteil vom 17.03.2020 - 6 U 194/18, juris-Rn. 59). Dies ist sachdienlich, wenn der Sachverhalt geklärt ist

sowie die erforderlichen Feststellungen getroffen und weitere Feststellungen durch das Landgericht nicht mehr zu erwarten sind (BGH, Urteil vom 13.10.2000 - V ZR 356/99, juris-Rn. 16). In solchen Fällen wird der aus § 538 Abs. 1 ZPO abzuleitenden Regel, dass bei vom Erstgericht begangenen Verfahrensverstößen das Berufungsgericht zur Beseitigung des Verstoßes selbst entscheiden darf, Vorrang eingeräumt (Musielak, in Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 301 Rn. 23).

171
Ist dagegen noch eine Beweisaufnahme erforderlich, ist das Berufungsgericht regelmäßig auch nicht aus Gründen der Prozesswirtschaftlichkeit befugt, den im ersten Rechtszug anhängig gebliebenen Teil des Rechtsstreits zur Beseitigung des Verfahrensfehlers an sich zu ziehen und darüber mitzuentscheiden (BGH, Urteil vom 21.11.2017 - VI ZR 436/16, juris-Rn. 11).

172
2. Im vorliegenden Fall ist der Rechtsstreit - wie die nachfolgenden Ausführungen unter Ziffer D.III. dieses Urteils zeigen - insgesamt entscheidungsreif. Es ist insbesondere auch keine weitere Beweisaufnahme zu der Frage, ob die Klagepartei Inhaberin einer Benutzungsmarke geworden ist, veranlasst, da die Voraussetzungen einer Benutzungsmarke an dem Zeichen „MAP“ nicht hinreichend dargetan sind. Auch ist der Sachverhalt durch die Teilaussetzung in erster Instanz nicht unvollständig festgestellt oder verkürzt darüber verhandelt worden. Die Aussetzung wurde erst am Schluss der ersten Instanz thematisiert, als die Parteien bereits Gelegenheit hatten, umfassend vorzutragen und zu allen Sach- und Rechtsfragen Stellung zu nehmen.

173
Eine Aufhebung und Zurückverweisung des unzulässigen Teilurteils nach § 538 Abs. 2 S. 3 ZPO sieht der Senat daher als nicht sachdienlich an, zumal der Europäische Gerichtshof seine Entscheidung, wonach die Abweisung der Verletzungsklage nicht voraussetze, dass die Entscheidung über die Widerklage rechtskräftig ist, mit dem Beschleunigungsgebot und der Gefahr der Verzögerung des Rechtsstreits und dem Effektivitätsgrundsatz begründet (EuGH, Urteil vom 19.10.2017 - C-425/16, juris-Rn. 45 f. - Baucherlwärmer).

174
Das Beschleunigungsgebot sowie Gründe der Prozesswirtschaftlichkeit gebieten vor diesem Hintergrund eine Sachentscheidung des Senats.

175
3. Eine solche Verfahrensweise ist auch ohne Antrag und ohne Einverständnis der Parteien möglich. § 538 Abs. 2 S. 3 ZPO erlaubt nach einem unzulässigen Teilurteil die Zurückverweisung ohne Antrag einer Partei, schreibt sie aber nicht vor. Ob ein Gericht so vorgeht, ist vielmehr eine Frage der Ausübung pflichtgemäßen Ermessens (Elzer, in BeckOK ZPO, 40. Ed. 01.03.2021, § 301 ZPO Rn. 46).

176
Im vorliegenden Fall haben auf den Hinweis des Senats vom 27.10.2020 die Beklagten ausdrücklich beantragt, den beim Landgericht anhängig gebliebenen Teil zur Beseitigung des Verfahrensfehlers zum Gegenstand des Berufungsverfahrens zu machen und hierüber zu entscheiden. Die Klägerin hat sich mit einer Zurückverweisung einverstanden erklärt, ohne sich zur Frage des Ansichziehens zu äußern.

III.

177
Vor dem Hintergrund der Ausführungen des Senats zur erfolgreichen Widerklage (vgl. Ziffer B.I.) stehen der Klägerin die geltend gemachten Markenansprüche (Klageanträge Ziffer I., III., IV.) nicht zu. Dies gilt auch für den Anspruch in Ziffer VI., da bei einer Abnehmerverwarnung zu prüfen ist, ob eine Marke der Klägerin verletzt wurde.

178
1. Wie bereits ausgeführt, zieht der Senat diesen vom Landgericht nicht entschiedenen (weil ausgesetzten) Teil des Rechtsstreits an sich und entscheidet in der Sache insgesamt selbst. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Klägerin im Termin vom 19.05.2020 ursprünglich erklärte, dass die vom Landgericht ausgesetzten Anträge in der zweiten Instanz nicht verfolgt würden. Darin ist entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten keine Klagerücknahme zu sehen. Vielmehr hat die Klagepartei damit lediglich deutlich

gemacht, dass sie den Teil des Rechtsstreits, der aufgrund der landgerichtlichen Aussetzungsentscheidung noch nicht erstinstanzlich entschieden ist, nicht zum Gegenstand des Berufungsverfahrens macht. Folgerichtig hat sie im Termin vom 09.02.2021 zusätzlich die erstinstanzlich ausgesetzten Klageanträge Ziff. I., III., IV. und VI. gestellt.

179
2. Die markenrechtlichen Klageanträge können nicht auf die Unionswortmarken Nr. … „MAP MASTER AMINO ACID PATTERN“ und Nr. … „MASTER AMINO ACID Pattern MAP“ gestützt werden. Denn aufgrund der Nichtigerklärung nach Art. 59 Abs. 1 lit a, 7 Abs. 1 lit b UMV stehen diese Marken der Klägerin als Anspruchsgrundlage nicht zur Verfügung (vgl. die Ausführungen des Senats unter Ziffer B.I.). Nach Art. 62 Abs. 2 UMV gelten die in dieser Verordnung vorgesehenen Wirkungen der Unionsmarke in dem Umfang, in dem die Marke für nichtig erklärt worden ist, als von Anfang an nicht eingetreten. Es entfallen alle rechtlichen und tatsächlichen Wirkungen der Eintragung rückwirkend.

180
3. Die Klagepartei hat die Voraussetzungen einer Benutzungsmarke an dem Zeichen „MAP“ nicht hinreichend dargetan, weshalb die markenrechtlichen Klageanträge auch nicht darauf gestützt werden können.

181
a) Nach § 4 Nr. 2 MarkenG entsteht der Markenschutz durch die Benutzung eines Zeichens im geschäftlichen Verkehr, soweit das Zeichen innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Marke Verkehrsgeltung erworben hat. Dies setzt voraus, dass ein jedenfalls nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise in dem Zeichen einen Hinweis auf die Herkunft der damit gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen aus einem bestimmten Unternehmen sieht (BGH, Urteil vom 26.06.2008 - I ZR 190/05, GRUR 2008, 917, Rn. 38 - EROS). Grundsätzlich können auch Bestandteile eines Zeichens Verkehrsgeltung erlangen, wenn dieser Zeichenbestandteil als Hinweis auf eine bestimmte Warenherkunft aufgefasst wird (OLG Köln, Urteil vom 20.11.2009 - I-6 U 62/09, juris-Rn. 23 - Oerlikon).

182
Der Nachweis der Verkehrsgeltung erfolgt regelmäßig durch ein gerichtlich eingeholtes Gutachten. Dem entsprechenden Beweisantrag ist nachzugehen, sofern für die behauptete Verkehrsgeltung hinreichend Anknüpfungstatsachen wie z.B. Umsatz oder Marktanteil vorgetragen sind (vgl. BGH, a.a.O. Rn. 42 - EROS).

183
b) Im vorliegenden Fall enthält der klägerische Vortrag nicht hinreichende Anknüpfungstatsachen für die Einholung eines gerichtlichen Meinungsforschungsgutachtens. Denn es fehlt bereits an der Darlegung der für das Vorliegen einer Benutzungsmarke erforderlichen Verkehrsgeltung.

184
aa) Der Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils enthält zum diesbezüglichen Vorbringen der Klagepartei folgende Feststellungen:

185
Außerdem habe die Klägerin gem. § 4 Nr. 2 MarkenG eine Benutzungsmarke an der Bezeichnung MAP erworben, die prioritätsälter sei als die Marken des Beklagten zu 2). Die Klägerin vertreibe MAP seit über 15 Jahren in Deutschland und benutze diese Bezeichnung daher markenmäßig. Ein nicht unerheblicher Teil der Verkehrskreise verbinde mit MAP das Produkt der Klägerin, sodass Verkehrsgeltung vorliege.

186
Dieser Vortrag ist nicht ausreichend. Insbesondere legt die Klagepartei nicht dar, innerhalb welcher Verkehrskreise und aufgrund welcher Benutzungshandlungen das Zeichen „MAP“ Geltung erlangt haben soll. Vor diesem Hintergrund wäre die Einholung eines Sachverständigengutachtens ein reiner Ausforschungsbeweis.

187
bb) In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Klägerin Inhaberin von zwei eingetragenen Wortmarken mit dem Bestandteil MAP war und diese Registermarken wegen eines absoluten Schutzhindernisses für nicht erklärt wurden.

188
Zwar kann grundsätzlich auch ein Bestandteil eines Zeichens Verkehrsgeltung erlangen, wenn dieser Zeichenbestandteil als Hinweis auf eine bestimmte Warenherkunft aufgefasst wird. Dass die angesprochenen Verkehrskreise im Fall einer - wegen fehlender Unterscheidungskraft - für nichtig erklärten eingetragenen Marke einen Bestandteil davon als - von der Registermarke unabhängigen - Herkunftshinweis auffassen, bedarf jedoch einer gesteigerten Darlegung der durch Benutzung erlangten Verkehrsgeltung des Markenbestandteils.

189
Denn grundsätzlich können die Eintragungshindernisse des Art. 7 Abs. 1 UMV nach Art. 7 Abs. 3 UMV nur durch den Nachweis überwunden werden, dass die angemeldete Marke für die Waren oder Dienstleistungen, deren Eintragung beantragt wird, infolge Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat. Dabei muss zum einen die Marke bereits am Anmeldetag durch eine vorherige Benutzung Unterscheidungskraft erlangt haben (EuGH, Urteil vom 11.06.2009 - C-542/07, GRUR Int. 2009, 917, Rn. 42 - Pure Digital). Zum anderen ist Voraussetzung, dass die beteiligten Verkehrskreise oder zumindest ein erheblicher Teil von ihnen die Ware oder Dienstleistung auf Grund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen (EuGH, Urteil vom 19.06.2014 - C-217/13, GRUR 2014, 776, Rn. 42 - Sparkassen-Rot).

190
cc) Schließlich kann nicht außer Acht bleiben, dass der Beklagte zu 2) Inhaber der am 06.02.2009 angemeldeten und am 23.09.2009 für die Klassen 05, 09, 16 und 29 eingetragenen deutschen Wortmarke Nr. … „MAP“ und der am 13.04.2011 angemeldeten und am 26.11.2014 für die Klassen 05, 16, 29 eingetragenen IR-Wortmarke Nr. … „MAP“ ist. Der Beklagte zu 2) bestellte von Anfang 2009 bis 20.10.2015 bestellte bei der Klägerin das Produkt MAP, ab 2010 erfolgte der Vertrieb durch die Beklagte zu 1).

191
Vor diesem Hintergrund bedarf es weiterer Darlegungen durch die Klagepartei, inwieweit die angesprochenen Verkehrskreise eine Kennzeichnung „MAP“ als Hinweis auf die Klägerin auffassen.

192
c) Die Klagepartei wurde auf diesen Umstand bereits hinreichend hingewiesen, ohne dass sie ihren Vortrag ergänzte.

193
Bereits das Landgericht wies mit Verfügung vom 27.09.2018 darauf hin, dass die Voraussetzungen einer Benutzungsmarke nicht dargetan seien. Auch der Senat wies mit Beschluss vom 27.10.2020 darauf hin, dass für den Fall, dass der Vortrag der Klagepartei dahingehend zu verstehen sei, dass sie auch die Klageanträge Ziffern I., III., IV. und VI. auf die von ihr behauptete Benutzungsmarke stützt, unter Umständen eine weitere Beweisaufnahme notwendig sei. Und die Beklagte wies den Kläger darauf hin, dass die Klage im Hinblick auf die behauptete Benutzungsmarke unschlüssig sei.

194
Weiterer Vortrag der Klagepartei, ob im vorliegenden Fall die Voraussetzungen der Benutzungsmarke gegeben sind, erfolgte auf die gerichtlichen Hinweise und auf den Einwand der Beklagten nicht.

E.

195
In Bezug auf die Nebenentscheidungen sind folgende Ausführungen veranlasst:

I.

196
Bis zur mündlichen Verhandlung vom 09.02.2021 betrug der Streitwert für das Berufungsverfahren 180.000,00 €. Dabei entfielen auf die Berufung des Beklagten zu 2) - der sich gegen die Übertragung der erstgerichtlich zugesprochenen Übertragung der Marken wendete - 60.000,00 € und auf die Berufung der Klägerin - die sich gegen die erstgerichtlich zugesprochene Widerklage mit einem Streitwert von 100.000,00 € und den erstgerichtlich abgewiesenen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsantrag in Ziffer V. der Klage mit einem Streitwert von 20.000,00 € wendete - 120.000,00 €.

197
Im Termin vom 09.02.2021 stellte die Klägerin zusätzlich die erstinstanzlich ausgesetzten Klageanträge Ziff. I., III., IV. und IV., über die der Senat ebenfalls entscheidet. Der Streitwert dafür wird auf 130.000,00 € (Ziffer I. 100.000,00 €, Ziffer III. 5.000,00 €, Ziffer IV. 25.000,00 €) festgesetzt. Ab diesem Zeitpunkt beträgt der Streitwert für das Berufungsverfahren somit 310.000,00 €.

II.

198
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 97, 92 Abs. 1 S. 1 ZPO.

III.

199
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 709, 711 ZPO.

IV.

200
Der Senat sieht keinen Anlass für eine Zulassung der Revision nach Maßgabe des § 543 Abs. 1 Nr. 1 Abs. 2 ZPO. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch gebietet die Fortbildung des Rechts eine Zulassung der Revision. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung. Die der tatrichterlichen Würdigung des Senats zugrunde liegenden Rechtsfragen sind höchstrichterlich geklärt.