

Titel:

Ein Herz für Tiere

Keine herkunftshinweisende Verwendung eines Zeichens auf Hundeknabbergebäck in Herzform

Normenkette:

MarkenG § 26, § 52

Leitsätze:

1. Wird ein als Marke eingetragenes Zeichen vom Markeninhaber (oder gem. § 26 Abs. 2 MarkenG mit dessen Zustimmung) nicht markenmäßig, sondern rein beschreibend oder als bloßes dekoratives Element verwendet, kann eine derartige Verwendung von vornherein nicht dem Rechtserhalt dienen.
2. Wird ein Schutz für Tierfutter beanspruchendes Zeichen (im Streitfall „Ein Herz für Tiere“) nicht für Tierfutter im Allgemeinen, sondern wie hier nur für Knabbergebäck für Hunde in Herzform verwendet, sind für die Beurteilung, ob darin eine markenmäßige Benutzung zu sehen ist, nicht die Kennzeichnungsgewohnheiten maßgeblich, die bei klassischer Tiernahrung zu beobachten sind. Da das Knabbergebäck einem Lebkuchenherz entsprechend gestaltet ist, wird das Verkehrsverständnis insoweit entscheidend davon beeinflusst, in welcher Art und Weise Lebkuchenherzen als solche gekennzeichnet sind, die der Verbraucher insbesondere von Volksfesten kennt.
3. Daher erkennt der angesprochene Verkehr im Streitfall in der prominent auf einem herzförmigen Knabbergebäck für Hunde angebrachten Bezeichnung „Ein Herz für Tiere“ keinen Herkunftshinweis.
4. Grundsätzlich differenzierter zu betrachten sind Wortzeichen auf einem Aufkleber, der auf der Rückseite eines Lebkuchenherzens angebracht ist. Ist die Aussage „Ein Herz für Tiere“ inhaltlich mit derjenigen identisch, die vorne auf dem Herz angebracht ist, und handelt es sich bei dem Produkt tatsächlich um ein Herz für ein Tier, hat der Verbraucher keine Veranlassung, angesichts des konkreten herzförmigen Produkts allein im Hinblick auf die auf der Rückseite angebrachte Wortfolge anzunehmen, es handele sich insoweit um einen Herkunftshinweis.
5. Für den Antrag nach § 52 Abs. 1 S. 2 MarkenG auf Festsetzung eines früheren Zeitpunkts, zu dem einer der Verfallsgründe eingetreten ist, bedarf es eines Feststellungsinteresses bzw. - wenn man die Klage auf Erklärung des Verfalls nach neuem Recht als Gestaltungsklage ansieht - eines allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses, das nur dann zu bejahen ist, wenn der Kläger dartun kann, warum er eines gerichtlichen Ausspruchs über einen früheren als den gesetzlich grds. vorgesehenen Verfallszeitpunkt bedarf.

Schlagworte:

Benutzung, Verfall

Vorinstanz:

LG München I, Urteil vom 04.02.2020 – 1 HK O 5365/19

Fundstellen:

MitttdtPatA 2021, 236

GRUR 2021, 1087

LSK 2021, 5697

GRUR-RS 2021, 5697

Tenor

I. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Landgerichts München I vom 04.02.2020, Az. 1 HK O 5365/19, unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen in seinen Ziffern 2. und 3. abgeändert und insoweit wie folgt gefasst:

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

3. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin 1/5 und der Beklagte 4/5.

II. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 1/5 und der Beklagte zu 4/5.

III. Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts in der Fassung gem. obiger Ziffer I. sind hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können eine Vollstreckung der jeweils anderen Partei durch Sicherheitsleistung iHv 115% des jeweils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit iHv 115% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

IV. Die Revision zum Bundesgerichtshof wird beschränkt auf die mit diesem Urteil erfolgte Abänderung des erstinstanzlichen Urteils in Bezug auf Ziffer 2. des dortigen Tenors zugelassen.

Tatbestand

A.

1

Die Klägerin begehrt im Klagewege die Löschung einer Marke des Beklagten wegen Verfalls (hilfsweise wegen älterer Rechte) und zudem die Feststellung, dass der behauptete Verfall bereits unmittelbar nach Ablauf der Benutzungsschonfrist der streitbefangenen Marke eingetreten ist.

2

Die Klägerin ist ein Verlag für Tierzeitschriften. Sie verlegt ua das Magazin „Ein Herz für Tiere“, von dem sie behauptet, dass dieses monatlich seit 1982 erscheine und es sich bei diesem um das in Europa führende Magazin für Tierhalter und Tierfreunde handele.

3

Der Beklagte betreibt einen Bioladen in I. bei München, in dem er ua Hundefutter vertreibt. Er ist Inhaber der deutschen Wortmarke 30458246 „Ein Herz für Tiere“, angemeldet am 11.10.2004, ohne Widerspruch eingetragen am 08.11.2004 mit Schutz für die nachfolgenden Waren der Klasse 31: „Tiernahrung, insbesondere Trockennahrung in Herzform oder mit bildsymbolhafter Umrisskontur, Snacks, Drops, Tiernahrung in Form von Oktoberfestherzen“ (vgl. Anlage LS 1).

4

Die Klägerin ist der Auffassung, die Marke sei vom Beklagten nicht rechtserhaltend benutzt worden und daher wegen Verfalls zu löschen. Sie habe bei einer Benutzungsrecherche gem. Bericht vom 10.08.2018 (Anlage K12) keine Benutzung der Marke für Tiernahrung feststellen können. Eine telefonische Kontaktaufnahme des recherchierenden Dienstleisters mit einem Mitarbeiter im Laden des Beklagten habe ergeben, dass die Marke seit Jahren nicht mehr verfügbar sei und nicht mehr zum Sortiment des Beklagten gehöre. Eine Internetrecherche habe ergeben, dass unter der Website www.einherzfuertiere.com und ähnlichen Webseiten Inhalte über Ferienhäuser in Kroatien aufgerufen werden könnten.

5

Die vom Beklagten außergerichtlich wie auch im Prozess behaupteten Benutzungshandlungen stellten bereits deshalb keine zum Rechtserhalt der Marke geeigneten Benutzungen dar, da es sich nicht um solche einer Marke gehandelt habe. Zudem sei auch das Kriterium der Ernsthaftigkeit nicht gegeben.

6

Da die Marke - soweit für die Klägerin aufklärbar - vom Beklagten zu keinem Zeitpunkt seit ihrer Eintragung rechtserhaltend benutzt worden sei, sei als Verfallszeitpunkt der 09.11.2009 festzustellen.

7

Hilfsweise beruft sich die Klägerin darauf, dass sie über die gegenüber der angegriffenen Marke älteren Titelrechte an dem bekannten Werktitel „Ein Herz für Tiere“ verfüge und der Klägerin daher ein Löschungsanspruch zustehe.

8

Die Klägerin hat am 22.10.2018 beim DPMA Löschungsantrag gem. § 49 Abs. 1 MarkenG aF gestellt (Anlage K14). Unter dem 07.01.2019 hat der Beklagte Widerspruch eingelegt (Anlage K17). Nachdem das DPMA die Klägerin mit Schreiben vom 15.01.2019 (Anlage K18) über den Widerspruch informiert hat und ihn auf die Möglichkeit, den Anspruch auf Löschung durch Klage vor den ordentlichen Gerichten geltend zu

machen, hingewiesen hat, hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 18.04.2019 Klage beim Landgericht eingereicht, die dem Beklagten am 17.05.2019 zugestellt worden ist.

9

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

I. Die Beklagte wird verurteilt, in die Löschung der eingetragenen deutschen Marke mit der Registernummer 30458246 „Ein Herz für Tiere“ für alle Waren und Dienstleistungen einzuwilligen.

II. Es wird festgestellt, dass der Verfall der unter Antrag I. genannten Marke am 09. November 2009 eingetreten ist.

10

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

11

Der Beklagte behauptet, die angegriffene Marke rechtserhaltend benutzt zu haben, indem er diese zur Kennzeichnung von Tiernahrung in Herzform für Hunde verwendet habe. Angesichts der - seitens der Klägerin bestrittenen - Art der Herstellung durch den Beklagten handele es sich bei diesen Herzen um Nischenprodukte, so dass die vorgetragenen, mangels eigens auf die entsprechend gekennzeichneten Produkte zugeschnittener Buchungsunterlagen geschätzten Angaben zum Umfang der vertriebenen Produkte und den damit erzielten Umsätzen - auch auf Messen - jedenfalls eine ernsthafte Benutzung annehmen ließen. Dass es sich dabei auch um rechtlich relevante, nämlich markenmäßige Verwendungen der Marke gehandelt habe, ergebe sich aus den in den Anlagen LS 4 mit LS 7 ersichtlichen Benutzungsformen, die nach dem Vortrag des Beklagten belegten, wie der Beklagte die Herzen sowohl auf deren Vorder- als auch auf deren Rückseite kennzeichne.

12

Da auch die hilfsweise seitens der Klägerin angeführten vermeintlichen älteren Titelrechte den geltend gemachten Löschungsanspruch nicht tragen könnten und ungeachtet dessen den behaupteten Ansprüchen auch Verwirkung entgegen gehalten werden könne, sei die Klage insgesamt abzuweisen.

13

Mit Urteil vom 04.02.2020, auf dessen tatsächliche Feststellungen ergänzend Bezug genommen wird, hat das Landgericht der Klage vollumfänglich stattgegeben.

14

Hiergegen wendet sich der Beklagte mit seiner Berufung. Er wiederholt und vertieft sein Vorbringen aus dem ersten Rechtszug. Darüber hinaus wendet er gegenüber dem vom Landgericht in Ziffer 2. des Tenors festgestellten Verfallszeitpunkt ergänzend ein, dass es insoweit bereits an einem Feststellungsinteresse der Klägerin fehle.

15

Er beantragt,

Das Urteil des Landgerichts München I vom 04. Februar 2020, Az.: 1 HK O 5365/19, wird dahingehend abgeändert, dass die Klage abgewiesen wird.

16

Die Klägerin verteidigt das angegriffene Urteil und beantragt,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

17

Sie ist der Auffassung, dass das Landgericht zutreffend vom Verfall der angegriffenen Marke ausgegangen sei. Ungeachtet dessen würden auch die weiterhin hilfsweise geltend gemachten Werktitelrechte zum Erfolg der Klage führen. Soweit sich der Beklagte gegen die vom Landgericht antragsgemäß vorgenommene Feststellung wendet, meint die Klägerin, dass die Forderung nach einem Feststellungsinteresse nicht mit der Popularklagebefugnis vereinbar sei. Ungeachtet dessen stehe der Klägerin ohnehin ein berechtigtes Interesse zu, weil sich der Beklagte für den gesamten Eintragszeitraum bestehender und

durchsetzbarer Rechte an einer Marke berühme, die dem (bekannten) Titel der von der Klägerin herausgegebenen Zeitschrift entspreche.

18

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 18.02.2021 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

B.

19

Die Berufung des Beklagten ist zwar zulässig, bleibt aber überwiegend erfolglos. Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die angegriffene Marke wegen Verfalls löschungsreif ist, da die seitens des Beklagten vorgetragenen Benutzungshandlungen per se nicht zum Rechtserhalt der angegriffenen Marke dienen können, so dass es nicht darauf ankommt, ob und in welchem Umfang der Beklagte die vorgetragenen Benutzungshandlungen vorgenommen hat und dieser Umfang eine ernsthafte Benutzung der Marke annehmen ließe. Erfolg hat die Berufung jedoch hinsichtlich der vom Landgericht getroffenen Feststellung, da es insoweit an einem Feststellungsinteresse bzw. einem Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin fehlt.

I.

20

Das Landgericht hat den seitens der Klägerin geltend gemachten Löschungsbewilligungsanspruch gegen die angegriffene Marke des Beklagten zu Recht zugesprochen.

21

1. Die Klage ist in Bezug auf Klageantrag I. zulässig.

22

a) Der Zulässigkeit des Klageantrags I steht nicht entgegen, dass gem. § 55 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 MarkenG in der seit 14.01.2019 gültigen Fassung eine Klage auf Erklärung des Verfalls unzulässig ist, wenn über denselben Streitgegenstand zwischen den Parteien ein Antrag gem. § 53 MarkenG beim DPMA gestellt wurde. Denn diese Zulässigkeitsbestimmung ist auf die hiesige Konstellation nicht anwendbar, in der die Klägerin ihren dem hiesigen Klageverfahren vorgeschalteten Löschungsantrag beim DPMA bereits am 22.10.2018 gestellt hatte und der Beklagte am 07.01.2019 Widerspruch eingelegt hatte, mit der Folge, dass das Löschungsverfahren vor dem Amt nach der seinerzeit und noch bis 30.04.2020 geltenden Fassung des § 53 Abs. 4 MarkenG aF nicht weiterbetrieben werden konnte, sondern die Klägerin schlicht gezwungen war, Klage gem. § 55 MarkenG zu erheben, um die Löschung der angegriffenen Marke zu erreichen.

23

Es kann mithin dahinstehen, ob die Unzulässigkeit der Klage nach § 55 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 MarkenG generell nur anzunehmen ist, solange ein Verfallsantrag beim DPMA anhängig ist, ein bloß vorgeschalteter und nicht vor dem Amt weiterverfolgter Löschungsantrag mithin auch nach neuem Markenrecht weiterhin möglich ist (so Thiering, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl., § 55 Rn. 27).

24

b) Der Zulässigkeit des Klageantrags I steht ferner nicht entgegen, dass dieser auf die „Einwilligung in die Löschung“ und nicht auf die „Erklärung des Verfalls“ gerichtet ist.

25

aa) Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ist gem. § 158 Abs. 6 MarkenG nF auf den Streitfall § 49 Abs. 1 MarkenG aF anzuwenden, der dem Löschungskläger bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen einen Anspruch auf Einwilligung in die Löschung gewährte, der im Wege der Leistungsklage nach § 55 Abs. 1 MarkenG vor den Gerichten geltend zu machen war, zugleich aber in § 49 Abs. 1 S. 4 MarkenG die Möglichkeit vorsah, ein registerrechtliches Vorverfahren gem. § 53 Abs. 1 MarkenG in der bis 30.04.2020 geltenden Fassung anzustrengen. Da die Klägerin eben diesen Weg gewählt hat und ihren entsprechenden Löschungsantrag beim DPMA bereits am 22.10.2018 gestellt hat, ist auch auf diesen - und nicht auf die am 17.05.2019 erhobene Klage beim Landgericht - für die Frage abzustellen, welche Fassung von § 49 Abs. 1 MarkenG nach der Übergangsvorschrift des § 158 Abs. 6

MarkenG nF auf den Streitfall anzuwenden ist. Folglich war der Antrag auf Einwilligung in die Löschung der angegriffenen Marke zu stellen (vgl. zu der nach dieser Vorschrift zu wählenden Antragsformulierung Thiering, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl., § 55 Rn. 31 sowie die dortigen Nachweise aus der Rechtsprechung bei Fn. 39).

26

bb) Doch selbst wenn man dies anders sehen wollte und allein auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung oder der Klagezustellung abstellen wollte, ändert dies an der Zulässigkeit des Klageantrags I und der diesem folgenden Tenorierung durch das Landgericht nichts, denn nach den Vorstellungen des Gesetzgebers (vgl. BT Drs. 19/2898, S. 78 zu § 49 und S. 83 zu § 55) soll es sich bei den Änderungen der entsprechenden Vorschriften lediglich um redaktionelle Änderungen handeln. Ob man gleichwohl annehmen wollte, dass eine nach neuem Recht zu behandelnde Verfallsklage nicht mehr als Leistungs-, sondern als Gestaltungsklage anzusehen ist (so Thiering, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl., § 55 Rn. 48), kann daher jedenfalls für die Frage der Zulässigkeit eines Antrags, der nach wie vor auf die Einwilligung in die Löschung gerichtet ist, dahinstehen, da auch diesem Antrag hinreichend klar iSv § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zu entnehmen ist, was das Ziel der Klage ist (nämlich die Löschung der angegriffenen Marke herbeizuführen).

27

2. Klageantrag I ist auch begründet, denn dem Kläger steht der geltend gemachte Löschungsbewilligungsanspruch gem. § 49 Abs. 1 MarkenG aF zu.

28

a) Gem. § 49 Abs. 1 S. 1 MarkenG aF wird eine Marke auf Antrag wegen Verfalls gelöscht, wenn diese nach dem Tag ihrer Eintragung innerhalb eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren nicht gemäß § 26 MarkenG benutzt worden ist, sie mithin nicht von ihrem Inhaber oder mit dessen Zustimmung für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, im Inland ernsthaft benutzt worden ist und keine berechtigten Gründe für die Nichtbenutzung vorliegen.

29

b) Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH, GRUR 2009, 60 Rn. 19 - LOTTOCARD) soll den Kläger die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen der Löschungsklage treffen. Den Beklagten einer Löschungsklage könne aber nach dem auch im Prozessrecht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB eine prozessuale Erklärungspflicht treffen - vorausgesetzt, dass der Löschungskläger keine genaue Kenntnis von den Umständen der Benutzung der Marke hat und auch nicht über die Möglichkeit verfügt, den Sachverhalt von sich aus aufzuklären.

30

Ob diese Verteilung der Darlegungs- und Beweislast angesichts der aktuellen Rechtsprechung des EuGH (EuGH, GRUR 2020, 1301 Rn. 73 - testarossa) weiterhin vorzunehmen ist, erscheint zweifelhaft, bedarf aber vorliegend keiner Entscheidung. Denn zum einen hat die Klägerin substantiiert vorgetragen, aufgrund welcher konkreten Umstände (Ergebnis einer von ihr in Auftrag gegebenen Benutzungsrecherche) sie davon ausgeht, dass die angegriffene Marke nicht rechtserhaltend benutzt wurde. Zum anderen kann im Streitfall zugunsten des Beklagten unterstellt werden, dass die von ihm vorgetragenen Benutzungshandlungen tatsächlich auch in der dargestellten und in den Anlagen LS 4 bis LS 7 dokumentierten Art und Weise sowie in dem von ihm behaupteten Umfang erfolgt sind.

31

c) Denn auch unter Zugrundelegung des Beklagtenvortrags ist eine ernsthafte Benutzung der angegriffenen Marke iSv § 26 Abs. 1 MarkenG durch den Beklagten nicht zu erkennen.

32

aa) Als „ernsthaft“ in diesem Sinne ist eine Benutzung der Marke anzusehen, wenn sie entsprechend ihrer Hauptfunktion - die Ursprungsidentität der Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen wurde, zu garantieren - benutzt wird, um für diese Waren und Dienstleistungen einen Absatzmarkt zu erschließen oder zu sichern, unter Ausschluss symbolischer Verwendungen, die allein der Wahrung der durch die Marke verliehenen Rechte dienen (EuGH, GRUR 2020, 1301 Rn. 32 - testarossa). Wird mithin ein als Marke eingetragenes Zeichen vom Markeninhaber (oder gem. § 26 Abs. 2 MarkenG mit dessen Zustimmung) nicht markenmäßig, sondern rein beschreibend oder als bloßes dekoratives Element verwendet, kann eine

derartige Verwendung von vornherein nicht dem Rechtserhalt dienen (vgl. etwa zu den Folgen einer rein firmenmäßigen Benutzung OLG Frankfurt a.M., GRUR-RR 2020, 4 - Cassella).

33

bb) Nach der st. Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH, GRUR 2019, 522 Rn. 42 - SAM) kommt es für die Frage der zeichenmäßigen Benutzung eines Zeichens nicht auf dessen Zweckbestimmung durch den Verwender, sondern allein darauf an, ob der angesprochene Verkehr das Zeichen auch als Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betrieb versteht. Ob dies der Fall ist, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Dabei wird die Verkehrsauffassung auch durch die konkrete Aufmachung bestimmt, in der die angegriffene Bezeichnung dem Publikum entgegentritt. Abzustellen ist auf die Kennzeichnungsgewohnheiten in dem maßgeblichen Warenssektor, insbesondere die Art und Weise, in der Kennzeichnungsmittel bei den betreffenden Waren üblicherweise verwendet werden.

34

Von einer kennzeichenmäßigen Verwendung ist auszugehen, wenn ein nicht unerheblicher Teil des angesprochenen Verkehrs in einem Zeichen den Hinweis auf die Herkunft einer Ware oder Dienstleistung aus einem bestimmten Unternehmen sieht (BGH, GRUR 2019, 522 Rn. 26 - SAM).

35

cc) Die hier einzig in Betracht kommenden, in den Anlagen LS4 bis LS7 dokumentierten Verwendungsformen sind unter Anwendung dieser Grundsätze nicht als markenmäßig und damit als nicht dem Rechtserhalt der Marke dienend anzusehen.

36

(i) Nach dem zugunsten des Beklagten zu unterstellenden Vortrag hat dieser unter Verwendung der Wortfolge „Ein Herz für Tiere“ ausschließlich primär für Hunde gedachtes, aber auch für den menschlichen Verzehr jedenfalls geeignetes Knabbergeback in Herzform (vgl. Anlage LS6) in den Verkehr gebracht, wobei diese Gebäckstücke als hochwertiges Nischenprodukt in liebevoller Handarbeit durch die Familie des Beklagten hergestellt worden sein sollen und zum einen über das Ladengeschäft des Beklagten in I. verkauft worden sein sollen und zum anderen auf seinen Ständen, die der Beklagte auf Messen und Hundeausstellungen in Berlin, Dortmund, Wien und Offenburg unterhalten haben will. Ein Verkauf dieser Herzen über das Internet und/oder über andere Händler lässt sich dem Vorbringen des Beklagten nicht entnehmen.

37

Die Wortfolge „Ein Herz für Tiere“ soll dabei einerseits auf den Herzen selbst angebracht gewesen sein (wie aus Anlage LS4 ersichtlich), zum anderen durch einen Aufkleber der aus Anlage LS7 ersichtlichen Art auf der Rückseite der Verpackung der Herzen sowie ferner auf Plakaten an Messeständen (LS4), auf Schildern an Ladeneinrichtungen (Verkaufskörben, LS5) sowie entsprechend LS6 auf Flyern.

38

(ii) Der angesprochene Verkehr erkennt in keiner der vorgetragenen Verwendungsformen die Benutzung einer Marke „Ein Herz für Tiere“.

39

(1) Maßgeblich ist das Verständnis des Durchschnittsverbrauchers. Das fragliche Produkt richtet sich zum einen an Hundebesitzer, zum anderen aber auch an diejenigen, die Hundebesitzer (bzw. deren Haustier) beschenken wollen.

40

(2) Die Mitglieder des Senats gehören zu den von der fraglichen Ware angesprochenen Verkehrskreisen und können daher das Verkehrsverständnis aus eigener Sachkunde beurteilen (st. Rspr., vgl. BGH, GRUR 2019, 522 Rn. 33 - SAM).

41

(3) Da der Beklagte seinem Vortrag nach das Zeichen nicht für Tierfutter im Allgemeinen, sondern nur für Knabbergeback für Hunde in Herzform verwendet hat, sind im Streitfall nicht die Kennzeichnungsgewohnheiten maßgeblich, die bei Tiernahrung im klassischen Sinn zu beobachten sind (vgl. etwa die Beispiele bei OLG Köln, WRP 2017, 603 - Weißer Westie). Da das fragliche Produkt vielmehr einem Lebkuchenherz entsprechend gestaltet ist, wird das Verkehrsverständnis insoweit vielmehr

entscheidend davon beeinflusst, in welcher Art und Weise Lebkuchenherzen als solche gekennzeichnet sind.

42

(4) Derartige Produkte kennt der angesprochene Verkehr insbesondere von Volksfesten. Der Verbraucher ist damit vertraut, dass derartige Herzen ganz überwiegend auf der Vorderseite mit Botschaften, Sprüchen oder Grüßen versehen sind und andere rein dekorative Elemente aufweisen. Herkunftshinweisende Bedeutung misst der Verbraucher all diesen Elementen hingegen nicht zu.

43

(5) Diese Vorstellungen überträgt der Verbraucher ohne weiteres auf die hier fraglichen Produkte des Beklagten. Er erkennt, dass das Produkt einem Lebkuchenherz entsprechen soll, auch wenn es letztlich einem Hund als Snack dienen soll, und wird daher seine Kenntnisse von den Kennzeichnungsgewohnheiten bei klassischen Lebkuchenherzen auf die hier zu beurteilenden Produkte übertragen.

44

(6) Angesichts dessen und vor dem Hintergrund, dass die Wortfolge „Ein Herz für Tiere“ für sich genommen nicht an eine Marke denken lässt, sondern „lediglich“ einer generellen Zuneigung für Tiere Ausdruck verleiht, erkennt der angesprochene Verkehr in der prominent auf einem herzförmigen Knabbergebäck für Hunde der streitgegenständlichen Art angebrachten Bezeichnung gerade keinen Herkunftshinweis, sondern - angesichts der Form des Gebäcks - die Botschaft, dass man mit dem Erwerb des Herzens sein Herz für Tiere zeigt bzw. einem mit diesem Herz Beschenkten bekundet, dass man diesen für einen Tierfreund hält, sowie ferner die Beschreibung, dass das Gebäck selbst ein herzförmiges Gebäck für ein Tier ist.

45

(7) Die Verwendungsformen auf Plakaten und an Schildern im Ladengeschäft des Beklagten ändern daran nichts. Soweit der angesprochene Verkehr die dort angebrachte Aussage „Ein Herz für Tiere“ als losgelöst von den konkreten Herzen auffassen sollte, fehlte es mangels hinreichendem Bezug zu den Herzen bereits an der erforderlichen Kennzeichnung „für“ Waren, so dass eine markenmäßige Benutzung von vornherein ausscheiden würde, da eine Benutzung „für“ Waren regelmäßig eine Verwendung des Zeichens in der Weise erfordert, dass eine nach außen erkennbare kennzeichnende Verbindung zwischen dem angegriffenen Zeichen und den vertriebenen Waren hergestellt wird (vgl. die entsprechend vorzunehmende Abgrenzung zur Imagewerbung: BGH, GRUR 2020, 1311 Rn. 38 - Vorwerk). Und diejenigen Verbraucher, die einen Bezug zu dem vom Beklagten angebotenen Knabbergebäck herstellen, sehen in der Aussage „Ein Herz für Tiere“ ausschließlich eine Zweckbestimmung, nämlich dass dieser herzförmige Snack für ein Tier gedacht ist. Die Annahme eines Herkunftshinweises ist hingegen auch insoweit fernliegend.

46

(8) Grundsätzlich differenzierter zu betrachten sind Wortzeichen auf einem Aufkleber, der auf der Rückseite eines Lebkuchenherzens und - im Hinblick auf die obigen Ausführungen - mithin auch auf derjenigen des hier zu beurteilenden Hundeherzchens angebracht ist. Im konkreten Fall allerdings erkennt der Verkehr bei den als Anlage LS7 vorgelegten Aufklebern ebenfalls in der Aussage „Ein Herz für Tiere“ keine Marke.

47

(a) Zwar ist grundsätzlich zu berücksichtigen, dass in der Regel - ähnlich wie ein Zeichen auf einem Einnäher bei Bekleidungsstücken - ein Wortzeichen auf der Rückseite der Verpackung einer Knabberei einschließlich der hier streitgegenständlichen herzförmigen Hundekuchen nicht der Dekoration dient, weil der Verkehr an derartiger Stelle eine solche nicht erwartet.

48

(b) Im Streitfall ist jedoch maßgeblich, dass die Aussage inhaltlich mit derjenigen identisch ist, die vorne auf dem Herz angebracht ist (und wie dargestellt nicht als Marke angesehen wird), und es sich bei dem Produkt tatsächlich um ein Herz für ein Tier handelt. Der Verbraucher sieht daher in der - unterstellt - auf der Rückseite angebrachten Aussage zum einen eine Beschreibung des Produkts (vgl. hierzu OLG Köln, GRUR-RR 2020, 308 - Clowns) und seiner Bestimmung und zum anderen die Wiedergabe des auf dem Herzen selbst angebrachten Motivs. Er hat mithin keine Veranlassung, angesichts des konkreten herzförmigen Produkts allein im Hinblick auf die auf der Rückseite angebrachte Wortfolge anzunehmen, es handele sich insoweit um einen Herkunftshinweis.

49

(c) Dem steht nicht entgegen, dass im Streitfall auf den Herzen bzw. deren Umverpackung - anders als im „Clowns“-Fall des OLG Köln (GRUR-RR 2020, 308) - kein anderes Zeichen angebracht worden ist, welches der Verkehr als Marke ansehen würde. Angesichts der konkreten Art des Produkts, der Herstellung des Produkts und der Art des Vertriebs (ausschließlich über den Beklagten direkt und ausschließlich in Form eines Herzens mit der gleichlautenden Aussage als wesentlichem Bestandteil des Motivs auf der Front) bedarf es aus Sicht des angesprochenen Verkehrs keiner Marke zur Zuordnung des Produkts an einen bestimmten Hersteller, zumal sich Angaben zu diesem ohnehin auf den Aufklebern selbst befinden, so dass der Verkehr das Fehlen einer Marke nicht wahrnimmt, er mithin nach einer solchen auch nicht „suchen“ wird.

50

d) Da die soeben geprüften Benutzungshandlungen auch nach dem Vortrag des Beklagten die einzigen sind, die als dem Rechtserhalt der Marke dienend in Betracht zu ziehen sind, und diese als nicht ausreichend anzusehen sind, ist die Marke mangels rechtserhaltender Benutzung iSv § 26 Abs. 1 MarkenG als löschungsreif anzusehen. Es kommt daher nicht darauf an, ob die aus den Anlagen ersichtlichen grafischen Abweichungen im Vergleich zur reinen Wortmarke ebenfalls einem Rechtserhalt entgegenstehen könnten. Ebenso bedarf es keiner weiteren Untersuchung unterschiedlicher Zeiträume gem. § 49 Abs. 1 S. 2 mit S. 4 MarkenG aF.

51

e) Auf Verwirkung kann sich der Beklagte - wie das Landgericht zurecht erkannt hat - nicht berufen. § 21 Abs. 1 mit 3 MarkenG greifen bereits deswegen nicht, weil die Klägerin gegen den Beklagten keine Ansprüche wegen der Benutzung eines Zeichens geltend macht. Die in § 51 Abs. 2 mit 4 MarkenG aufgeführten Hindernisse für den Löschungskläger greifen nicht, da diese für die Geltendmachung älterer Rechte und nicht für die auf Verfall gestützte Löschungsklage gelten. Verwirkung gemäß § 242 BGB scheitert jedenfalls daran, dass sich der Beklagte nicht auf einen aner kennenswerten, schutzwürdigen Besitzstand berufen kann. Da der Beklagte - wie dargestellt - dem Benutzungszwang, der Voraussetzung für den Rechtserhalt ist, nicht Folge geleistet hat, ist die Marke als löschungsreif anzusehen und ist folglich gerade nicht schutzwürdig.

II.

52

In Bezug auf die in Ziffer 2. des landgerichtlichen Urteils enthaltene Feststellung ist die Berufung indes zulässig und begründet und führt unter entsprechender Abänderung des Ersturteils zur Klageabweisung insoweit, denn die auf die Feststellung des Verfallseintritts am 09.11.2009 gerichtete Klage ist bereits unzulässig.

53

1. Mit der hier vertretenen Auffassung (s. oben die Ausführungen zur Zulässigkeit des Klageantrags I) ist auf den mit Antrag I geltend gemachten Klageantrag § 49 Abs. 1 MarkenG aF anzuwenden, mit der Folge, dass der Kläger mit diesem Antrag einen Löschungsbewilligungsanspruch geltend gemacht hat, es sich also um eine Leistungsklage handelt. In Konsequenz hierzu ist die mit Antrag II gem. § 52 Abs. 1 S. 2 MarkenG begehrte Feststellung als Feststellungsklage anzusehen, für deren Zulässigkeit es nach wohl überwiegender und überzeugender Auffassung eines Feststellungsinteresses des Klägers bedarf (Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl., § 52 Rn. 6; Fezer, MarkenR, 4. Aufl., § 52 Rn. 6; Weiser/Kirchgäßner, GRUR-Prax 2015, 272, 273; Hoppe/Dück, in: Ekey/Bender/Fuchs-Wissemann, MarkenR, 4. Aufl., § 52 Rn. 9; eher ablehnend: Thiering, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl., § 52 Rn. 10).

54

2. Ein solches Feststellungsinteresse hat die Klägerin nicht dargetan. Soweit sie hierzu lediglich vorträgt, ihr Interesse an einer Feststellung eines früheren Verfallszeitpunkts bestehe, weil sich der Beklagte für den gesamten Eintragungszeitraum bestehender und durchsetzbarer Rechte an einer Marke berühme, die dem (bekannten) Titel der von der Klägerin herausgegebenen Zeitschrift entspreche, ist weder dargetan, dass der Beklagte gegenüber der Klägerin zu irgendeinem Zeitpunkt - gestützt auf die angegriffene Marke - irgendwelche Verbotungsrechte geltend gemacht hätte, noch ist ersichtlich, dass allein die Existenz des Zeichens des Beklagten in der Vergangenheit irgendwelche Beeinträchtigungen der Klägerin zur Folge gehabt hätte.

55

3. Selbst wenn man jedoch mangels entsprechender Übergangsregelungen in § 158 MarkenG nF in Bezug auf § 52 Abs. 1 MarkenG trotz der oben dargestellten Motivation des Gesetzgebers, die entsprechenden Vorschriften nur redaktionell ändern zu wollen, mit Teilen der Kommentarliteratur (vgl. Thiering, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl., § 55 Rn. 48) vorliegend von einer Gestaltungsklage ausgehen wollte und daher ein Feststellungsinteresse nicht mehr gefordert werden könnte (so Thiering, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl., § 52 Rn. 14), ist indes nicht ersichtlich, dass für einen nach wie vor erforderlichen Antrag nicht zumindest ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis zu fordern wäre. Dieses dürfte nur dann zu bejahen sein, wenn der Kläger dartun kann, warum er eines gerichtlichen Ausspruchs über einen früheren als den gesetzlich grds. vorgesehenen Verfallszeitpunkt bedarf. Da sich ein derartiges Bedürfnis aber vorliegend aus den oben unter Ziffer 2. dargestellten Gründen vorliegend nicht erkennen lässt, wäre die Klage auch dann insoweit als unzulässig abzuweisen, wenn man diese als Gestaltungsklage ansehen wollte.

C.

56

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 92 ZPO.

57

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. Die Revision ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang zuzulassen, da die Frage der Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Antrag nach § 52 Abs. 1 S. 2 MarkenG einer höchstrichterlichen Klärung bedarf. Im Übrigen ist sie nicht zuzulassen, da die Rechtssache im Übrigen keine grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) hat und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO nicht vorliegen.