

Titel:

Markenrechtliche Abwehransprüche

Normenketten:

UMV Art. 9, Art. 130

UWG § 4, § 8, § 9

MarkenG § 18, § 19, § 119

BGB § 242

ZPO § 256

Leitsätze:

1. Andere Zeichen als die traditionellen Wort- und Bildzeichen, wie etwa Warenform- und Farbmarken, fassen die angesprochenen Verkehrskreise im Allgemeinen nicht als Hinweis auf die Herkunft der damit gekennzeichneten Waren bzw. Dienstleistungen auf. Eine andere Beurteilung kann aber angezeigt sein, wenn sich auf einem spezifischen Warengbiet Kennzeichnungsgepflogenheiten herausgebildet haben, aufgrund derer der Verkehr daran gewöhnt ist, in der Form oder Farbgestaltung einen Herkunftshinweis zu sehen. In diesem Zusammenhang kann es auch darauf ankommen, ob die Verletzungsform neben der Form oder Farbe weitere kennzeichnungskräftige Herkunftshinweise aufweist, oder ob dem Verkehr allein oder zumindest auch die Form oder Farbe als Unterscheidungsmittel dargeboten wird. Darüber hinaus kann sich ein markenmäßiger Gebrauch nicht-konventioneller Zeichenformen auch aus der Werbung des Verletzers ergeben, wenn also der Verkehr besonders darauf hingewiesen wird, dass die Form oder Farbe als Herkunftshinweis verstanden werden soll. Für einen markenmäßigen Gebrauch kann es schließlich auch sprechen, wenn die angegriffene Form oder Farbe eine erhebliche Abweichung vom Branchenüblichen aufweist. (Rn. 39 – 40) (redaktioneller Leitsatz)

2. Bei preiswerten Lebensmitteln und Getränken des täglichen Bedarfs ist ein eher geringer, allenfalls durchschnittlicher Aufmerksamkeitsgrad zu erwarten. (Rn. 43) (redaktioneller Leitsatz)

3. Verbraucher bei Limonaden und Cola-Misch-Getränken sind nach allgemeiner Lebenserfahrung daran gewöhnt, dass bildliche Gestaltungselemente einschließlich geometrischer Formen und Farben auf Flaschen und Dosen bewusst zur Unterscheidung von Limonaden anderer Hersteller eingesetzt werden. (Rn. 46) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Unterlassung, Schadensersatz, Markenrechtliche Ansprüche, Eingetragene Unionsmarke, Produktaufmachung, Getränke, Brauerei, Warenidentität, Kultgetränk, markenrechtliche Ansprüche, eingetragene Unionsmarke, Unterlassungsanspruch, Folgeanspruch, Cola-Misch-Getränke, Verwechslungsgefahr

Fundstellen:

WRP 2025, 1107

MD 2025, 1047

GRUR-RS 2025, 5072

LSK 2025, 5072

Tenor

1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000 EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder eine Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, letztere zu vollziehen an ihrem Geschäftsführer, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland ein Cola-Orange-Mischgetränk anzubieten und/oder zu bewerben und/oder in den Verkehr zu bringen und/oder einzuführen und/oder auszuführen und/oder zu diesem Zweck zu besitzen und/oder vorgenannte Handlungen durch Dritte vornehmen zu lassen, wenn dies in der nachstehend wiedergegebenen, farblich gestalteten Verpackungsaufmachung erfolgt:



2. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, wann, und in welchem Umfang sie Handlungen gemäß Ziff. 1 begangen hat und zwar:

- a) unter Angabe des Vertriebswegs der in Ziff. 1 genannten Waren,
- b) durch Angabe von Namen und Anschrift der gewerblichen Abnehmer und Verkaufsstellen für die diese Waren bestimmt waren,
- c) ferner durch Angabe der Menge der hergestellten, ausgelieferten und bestellten Ware sowie über die Preise, welche für die Ware bezahlt wurden,
- d) ferner durch Vorlage eines Verzeichnisses, aus dem sich die mit den Waren gemäß Ziff. 1 erzielten Umsätze einschließlich aller Kostenfaktoren, jeweils aufgeschlüsselt nach Kalendervierteljahren ergeben.

3. Die Beklagte wird verurteilt, die in ihrem Besitz und/oder Eigentum befindlichen Waren gemäß Ziff. 1 zu vernichten und unverzüglich schriftlich Nachweis hierüber zu erbringen.

4. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin EUR 4.455,96 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit 29.12.2023 zu zahlen;

5. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin jeglichen aus Zuwiderhandlungen gemäß Ziff. 1 entstandenen und/oder noch entstehenden Schaden zu ersetzen.

6. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

7. Das Urteil ist in Ziffer 1 und 3 vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 200.000,– Euro, in Ziffer 2 gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 30.000,– Euro und in Ziffer 4 und 6 gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags.

Tatbestand

1

Die Klägerin macht gegenüber der Beklagten markenrechtliche Ansprüche auf Unterlassung, Auskunft, Vernichtung sowie Kostenerstattung geltend und begehrt Feststellung der Schadenersatzpflicht.

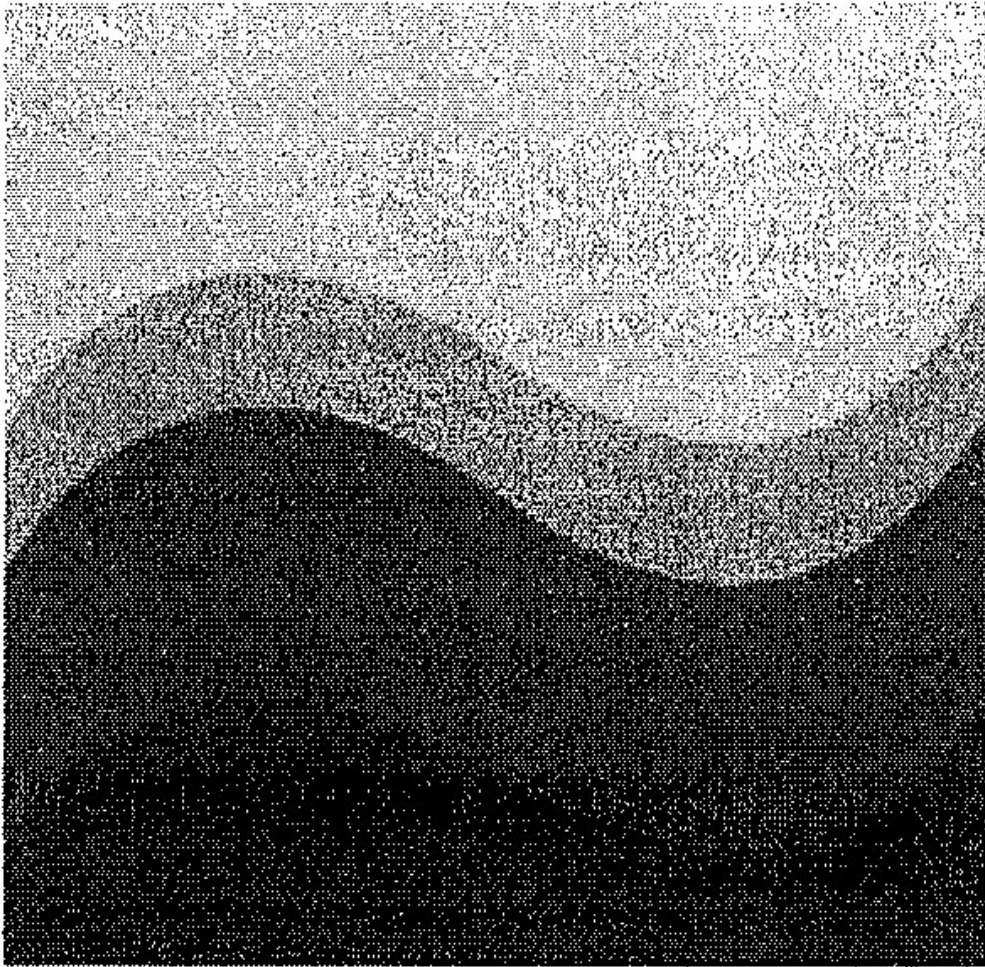
2

Die Klägerin ist eine Brauerei mit Sitz in M. Die Klägerin stellt her und vertreibt u.a. ein ... unter der Bezeichnung ... in den nachfolgenden Aufmachungen:



3

Die Klägerin ist Inhaberin der am 04.08.2020 angemeldeten und am 12.03.2021 unter anderem in Klasse 32 für ... eingetragene Unionsmarke UM ... (Anlage TW 5):



4

Die Beklagte ist ebenfalls eine Brauerei und betreut in Deutschland das Biersegment des Die Beklagte vertreibt u.a. das Produkt ... in der nachfolgenden Aufmachung (Anlage TW 6):



5

Die Klägerin ließ die Beklagte – nach vorhergehender Korrespondenz (Anlage TW 11, 12) wegen einer aus ihrer Sicht bestehenden Verletzung ihrer Marke mit anwaltlichen Schreiben vom 12.06.2023 abmahnen und zur Abänderung ihrer Produktaufmachung sowie zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auffordern (Anlage TW 9). Die Beklagte lehnte die Abgabe einer entsprechenden Erklärung unter Verweis auf die Unbegründetheit der markenrechtlichen Ansprüche der Klägerin ab (Anlage TW 10).

6

Die Klägerin behauptet,

die von ihr verwendete Farbkombination sei auffällig und auf dem betroffenen Markt ungewöhnlich. Es würden dort häufig weitere Farben bzw. Farbkombinationen verwendet, die zu einem anderen Gesamteindruck führten: die gängigsten Gestaltungsmotive seien eine Kombination von Orange und Rot bzw. Orange und Braun. Der Markt sei durch eher gedeckte Farben und eine zurückhaltende Aufmachung geprägt. Von diesen gewöhnlichen Farben habe sich die Klägerin ganz bewusst abgesetzt und für ihr Produkt ein mittlerweile kultiges Design gewählt. Im Vergleich zu den Erscheinungen im Markt steche das Produkt der Klägerin mit der Fünf-Farben-Welle deutlich hervor. Mit der charakteristischen Farbgestaltung aus fünf in Wellen verlaufenden Farben verfüge die Klägerin seit Jahrzehnten praktisch über ein Alleinstellungsmerkmal auf dem hier relevanten Markt für Cola-Mix-Limonaden. Die unkonventionelle Farbgestaltung der ... bleibe den Verbrauchern daher in Erinnerung und diene ihnen zudem als Orientierungshilfe beim Einkauf. Aus Sicht des Verkehrs sei die die Farbkombination des Paulaner Spezi damit ein maßgebliches Wiedererkennungsmerkmal der Produkte der Klägerin.

7

Ausweislich des eingeholten Verkehrsgutachtens würden mehr als 86 % der befragten Verkehrskreise die Klagemarke kennen; und mehr als 67 % darin einen betrieblichen Herkunftshinweis sehen (Anlage TW 15).

8

Die Klägerin meint,

der geltend gemachte Unterlassungsanspruch folge aus Art. 9 Abs. 2 lit. b UMG, Art. 130 UMG. Unter Berücksichtigung der gesteigerten Kennzeichnungskraft der Klagemarke, der Warenidentität, sowie der hochgradigen Zeichenähnlichkeit, bestehe hinsichtlich der als Marke benutzten angegriffenen

Produktgestaltung eine hochgradige Verwechslungsgefahr. Auch sei die indizierte Wiederholungsgefahr nicht entfallen. Der Klagemarke komme bereits von Haus aus jedenfalls durchschnittliche Kennzeichnungskraft zu. Die angesprochenen Verkehrskreise würden in der Farbkombination der P. Spezi auch deshalb eine Marke sehen, weil sich der Getränkektor besonders dazu eigne, auffällige Farben und Farbkombinationen als Herkunftshinweis zu verwenden. Farben seien Blickfänger und dabei behilflich, aus der Fülle des großen Warenangebots zum Beispiel in Supermärkten, aus dem Überfluss des Angebots das Bekannte auszuwählen. Dies entspreche bereits der allgemeinen Lebenserfahrung, dass sich Verbraucher bei Kaufentscheidungen zuverlässig an Produktfarben orientierten (vgl. BPatG, GRUR 1999, 61 – Aral/Blau I). Es gebe auch eine Branchenübung, Farben als Herkunftshinweis zu verwenden. Die Klagemarke habe in den letzten Jahren zudem ... Investitionen in die Klagemarke getätigt. Diese werde daher von den relevanten Verkehrskreise als Hinweis auf ein Produkt aus dem Hause der Klägerin verstanden. Seit Jahrzehnten werde die Klagemarke umfassend benutzt und in der Werbung als zentrales Wiedererkennungsmerkmal verwendet. Angesichts dieser Sachlage sei eine gesteigerte hohe Kennzeichnungskraft der Klagemarke gegeben. Das farbenfrohe Retro-Design sei das Erkennungsmerkmal der ... so dass man hier sogar von einer bekannten Marke im Sinne des Art. 9 Abs. 2 lit. c UMV sprechen könne. Soweit die Beklagte die Bekanntheit des Getränkes ... in Frage stelle, könne ihr nicht gefolgt werden. Das ... sei etwa als Kultgetränk in der Presse aufgegriffen worden (Anlage TW 13). Die Bekanntheit erstrecke sich auch in 2020 schon auf die farbige Aufmachung der Etiketten und mithin die Klagemarke (vgl. TW 14). Eine nachträgliche Schwächung der Klagemarke liege nicht vor. Die im Juni und Juli 2024 von der Klägerin durchgeführte Verkehrsumfrage belege, dass die Klagemarke innerhalb der relevanten Verkehrskreise bekannt und als betrieblicher Herkunftshinweis wahrgenommen werde. Die vorgelegten Umfragewerte lägen dabei sogar oberhalb der üblicherweise akzeptierten Richtwertwerte. Auch wenn es keine fixen Prozentzahlen für die Annahme der gesteigerten Kennzeichnungskraft gebe, sei bei diesen Ergebnissen, d.h. einem Bekanntheitsgrad von 86,5 % und einem bereinigten Kennzeichnungsgrad von 61,7 %, in der Gesamtschau von einer deutlich ausgeprägten, hohen Kennzeichnungskraft auszugehen.

9

Angesichts gesteigerter Kennzeichnungskraft der Klagemarke und Warenidentität reiche zur Begründung der Verwechslungsgefahr bereits eine geringere Ähnlichkeit des Kollisionszeichens aus. Zwischen dem Verletzungsprodukt und den geschützten Zeichen bestehe hohe Ähnlichkeit. Geprägt werde der bildliche Gesamteindruck zudem von dem Wellenverlauf der Farbstreifen. Gerade auch bei eher flüchtiger Betrachtung, zu der der Verbraucher in der tatsächlichen Kaufsituation neige, steche der ungewöhnliche Farbverlauf der Fünf-Farben-Welle sofort ins Auge. Die angegriffene Gestaltung übernehme mithin gerade die dominanten Zeichenbestandteile der Klagemarke. Es bestehe hochgradige bildliche Ähnlichkeit.

10

Folgende Übereinstimmungen würden hervorstechen:

- Exakt fünf aneinandergrenzende Farbstreifen,
- wobei die Farben Gelb, Orange und Rot weitgehend identisch und die übrigen Farben ähnlich seien,
- und beide Zeichen wiesen einen Wellenverlauf auf.

11

Der einzige – vermeintliche – Unterschied könne bei einem direkten Vergleich der unmittelbar gegenübergestellten Kollisionszeichen in der spiegelbildlichen Darstellung der Farben im angegriffenen Zeichen liegen. Allerdings sei die Klagemarke als abstrakte Farbkombinationsmarke nicht auf eine bestimmte Darstellung auf den jeweiligen Produkten festgelegt. Dieselbe spiegelbildliche Darstellung wäre daher grundsätzlich auch bei der Klagemarke möglich. Auch könne sich ein Verletzter nicht dadurch verteidigen, dass er das verletzte Kennzeichen gleich mehrfach auf dem Produkt in unterschiedlicher Ausrichtung anbringe. Die ersten drei Farben Gelb, Orange und Rot seien nahezu exakt kopiert worden. Ggf. noch verbleibende Farbunterschiede seien für das menschliche Auge nicht zu erkennen. Auch die letzte Farbe Blau bzw. Blau-Magenta sei äußerst ähnlich und für den Durchschnittsverbraucher kaum zu unterscheiden. Die einzige farbliche Abweichung liege mithin in der Zeichenmitte, gehe allerdings völlig im Gesamteindruck der Vergleichszeichen unter. Etwaige Abweichungen in den einzelnen Farben, die für den Durchschnittsverbraucher kaum wahrnehmbar seien, fielen dabei nicht ins Gewicht. Der Verbraucher

vergleiche auch keine Pantone-Farb-Angaben. In seiner Erinnerung werde dem Verkehr daher die Übereinstimmung hinsichtlich des Gesamteindrucks der Kollisionszeichen als Kombination von mehreren, wellenartig verlaufenden Farben in Erinnerung bleiben. Schließlich seien auch die zusätzliche Verwendung der Bezeichnung ... bzw. einer weiteren Bildmarke auf der angegriffenen Produktgestaltung als sog. Zweitkennzeichnungen unerheblich und könne die hochgradige Zeichenähnlichkeit nicht reduzieren. Nehme der Verkehr auf den angegriffenen Produktverpackungen eine Farbe als eigenständiges Kennzeichen und nicht als Teil eines zusammengesetzten Zeichens wahr, sei die Farbe isoliert der Prüfung der Zeichenähnlichkeit zu Grunde zu legen (unter Verweis auf BGH GRUR 2014, 1101 – **Gelbe Wörterbücher**).

12

Die Beklagte nutze die angegriffene Aufmachung auch markenmäßig. Der Verbraucher werde regelmäßig gerade in der betreffenden Branche dazu tendieren, ungewöhnliche Farbkombinationen – wie auch die Farbgestaltung der Produkte der Beklagten – als Unterscheidungszeichen aufzufassen. Die angesprochenen Verkehrskreise seien aufgrund branchenüblicher Kennzeichnungsgewohnheiten an die Verwendung von Farben als Kennzeichnungsmittel im Getränkesektor gewöhnt. Die Beklagte setze die Farben nicht etwa als dezent dekoratives Element ein, sondern vielmehr großflächig auf das gesamte Produkt und dessen Verpackung appliziert. Die beanstandete Farbkombination sei dabei ein wesentliches Gestaltungsmittel des angegriffenen Produkts. Die Beklagte habe die beanstandete Farbkombination zudem großflächig auf dem gesamten Produkt bzw. dessen Verpackung angebracht.

13

Es bestehe auch Verwechslungsgefahr: Für das hohe Risiko von Verwechslungen spreche, dass der angesprochene Verkehr beim Erwerb der verfahrensgegenständlichen Produkte nur einen geringen Aufmerksamkeitsgrad haben werde. Nach der Rechtsprechung könne der Aufmerksamkeitsgrad des Durchschnittsverbrauchers je nach Art der in Rede stehenden Produkte unterschiedlich sein (EUGH GRUR Int 1999, 734, Rn. 26 – Lloyd). Je geringer der zu berücksichtigende Aufmerksamkeitsgrad, desto eher sei eine Verwechslungsgefahr anzunehmen. In Bezug auf Lebensmittel werde von der Rechtsprechung ein eher geringer Aufmerksamkeitsgrad angenommen (EuG BeckRS 2018, 30207, Rn. 30 ff. – welly/Kelly's). Insbesondere auf dem hier betroffenen Markt für alkoholfreie Getränke werde der Durchschnittsverbraucher den Getränkemarken in der Regel nur begrenzte Aufmerksamkeit widmen. Es liege jedenfalls Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne vor.

14

Bei der Klagemarke handele es sich auch um eine bekannte Marke im Sinne des Art. 9 Abs. 2 lit. c) UMV. Hierfür genüge, dass das angesprochene Publikum das Zeichen kenne; es müsse nicht auch wissen, dass das Zeichen als Marke geschützt sei (EuGH GRUR 2019, 621 Rn. 49 – Öko-Test). Mit einem nachgewiesenen Bekanntheitsgrad von 86 % erfülle die Klagemarke diese Anforderungen. Die beanstandete Farbkombination beeinträchtige die Unterscheidungskraft der Klagemarke. Auch die Rufausbeutung im Sinne des Art. 9 Abs. 2 lit. c) UMV sei hier gegeben. Die Beklagte habe sich in den Sogbereich der bekannten Klagemarke begeben. Es sei der Beklagten auch darauf angekommen, dass ihr Produkt von der Anziehungskraft des ... profitiere.

15

Hilfsweise stütze sich die Klägerin auf ergänzende Ansprüche auf Basis des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb, insbesondere unter dem Aspekt des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes. Die Klägerin stehe der geltend gemachte Unterlassungsanspruch daher auch aufgrund unlauterer Nachahmung gemäß § 8 Abs. 1 UWG i.V.m. § 4 Nr. 3 UWG zu. Die Beklagte biete innerhalb Deutschlands Waren an, deren Gestaltung eine Nachahmung der Produktaufmachung der Klägerin darstelle und führe damit zum einen eine vermeidbare Herkunftstäuschung herbei (§ 4 Nr. 3 lit. a UWG) und nutze darüber hinaus in unangemessener Weise die Wertschätzung der Originalprodukte der Klägerin aus (§ 4 Nr. 3 lit. b UWG). Die Klägerin sei als Herstellerin der Originalprodukte anspruchsberechtigt. Die konkrete Gestaltung in außergewöhnliche Farbkombination, nämlich fünf unmittelbar aneinander angrenzenden, in Wellen verlaufenden Farbstreifen, sei von der Klägerin seit Jahren und Jahrzehnten praktisch ausschließlich verwendet und für die hier betroffenen Waren als Herkunftshinweis beworben und vermarktet worden. Diese Farbkombination unterscheide sich erheblich von anderen Produktaufmachungen auf dem Gebiet von alkoholfreien Getränken und insbesondere Cola-Mix-Limonaden. Die Aufmachung der Beklagten übernehme die charakteristische Produktgestaltung des ... nahezu identisch (Kombination aus fünf

unmittelbar aneinander angrenzenden Farben, Wellenartiger Verlauf der Farben; Retro-Design). Es liege sowohl eine vermeidbare Herkunftstäuschung als auch eine unangemessene Rufausbeutung vor.

16

Die Beklagte sei verpflichtet, der Klägerin im beantragten Umfang Auskunft zu erteilen, § 19 MarkenG, § 119 Nr. 2 MarkenG, Art. 130 Abs. 2 UMG und § 242 BGB. Sofern die Beklagte im Besitz von rechtsverletzender Ware sei, sei sie dazu verpflichtet, diese zu vernichten. Im Übrigen sei sie dazu verpflichtet, die Waren durch Rückruf aus den Vertriebswegen zu entfernen. Diese Ansprüche folgten aus § 18 MarkenG, § 119 Nr. 2 MarkenG, Art. 130 Abs. 2 UMG und unter dem UWG-Aspekt als Teil der Restitution. Der Kostenerstattungsanspruch folge aus § 14 Abs. 6 MarkenG, § 119 Nr. 2 MarkenG, Art. 130 Abs. 2 UMG, § 13 Abs. 3 UWG sowie den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Anspruch auf Schadensersatzfeststellung folge aus § 14 Abs. 6 MarkenG, § 119 Nr. 2 MarkenG, Art. 130 Abs. 2 UMG und § 9 UWG i.V.m. § 256 ZPO.

17

In der mündlichen Verhandlung am 04.02.2025 hat die Klägerin den Klageantrag in Ziffer 1 umformuliert (Bl. 194 d.A.).

18

Die Klägerin beantragt zuletzt,

1.1. der Beklagten bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu EUR 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall Ordnungshaft bis zu zwei Jahren, die Ordnungshaft zu vollziehen an deren Geschäftsführer, zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland ein Cola-Orange-Mischgetränk anzubieten und/oder zu bewerben und/oder in den Verkehr zu bringen und/oder einzuführen und/oder auszuführen und/oder zu diesem Zweck zu besitzen und/oder vorgenannte Handlungen durch Dritte vornehmen zu lassen, wenn dies in der nachstehend wiedergegebenen, farblich gestalteten Verpackungsaufmachung erfolgt:



2. die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, wann, und in welchem Umfang sie Handlungen gemäß Ziff. 1 begangen hat und zwar:
3. die Beklagte zu verurteilen, die in ihrem Besitz und/oder Eigentum befindlichen Waren gemäß Ziff. 1 zu vernichten und unverzüglich schriftlich Nachweis hierüber zu erbringen;
4. die Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin EUR 4.455,96 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
5. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin jeglichen aus Zuwiderhandlungen gemäß Ziff. 1 entstandenen und/oder noch entstehenden Schaden zu ersetzen.

19

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

20

Die Beklagte trägt vor,

die Klägerin stelle das Marktumfeld selektiv und damit irreführend dar. So gebe es auch zahlreiche Produkte, die eine andere, „farbenfrohe“ Aufmachung zeigten (Anlage B 3, 4). Falsch sei damit die Behauptung der Klägerin, sie verfüge mit ihrer Aufmachung „seit Jahrzehnten praktisch über ein Alleinstellungsmerkmal auf dem hier relevanten Markt für Cola-Mix-Limonaden“. Bestritten werde deshalb, dass die angeblich unkonventionelle Farbgestaltung der Paulaner Spezi dem Verbraucher in Erinnerung bleibe und zudem als „Orientierungshilfe beim Einkauf“ diene. Tatsächlich zeichne sich der spezifische Markt der Limonade mit der Geschmacksrichtung „Cola“ und „Orange“ damals wie heute durch eine große Vielfalt aus. Zahlreiche Produktaufmachungen zeigten die Farben der Klagemarke und solche der beanstandeten Aufmachung (vgl. Anlage B 5, B 6).

21

Die originäre Kennzeichnungskraft der Klagemarke sei weit unterdurchschnittlich, bestenfalls durchschnittlich. Es gelte der Grundsatz, dass der Verbraucher in der Regel aus der Farbe eines Produkts nicht auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Unternehmen schließe (BGH GRUR 2015, 1012, Rn. 11 – „Nivea-Blau“). Die Ausführungen der Klägerin zu einer angeblich gesteigerten Kennzeichnungskraft führten nur dann zu einer überdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft, wenn die Klägerin eine Bekanntheit der Klagemarke von über 70 % nachweisen könne (BGH GRUR 2021, 1199 Ziff. 38 – Goldhase III; BGH GRUR 2015, 1012 Ziff. 34 f. – Nivea Blau). Diese sei jedoch bereits deswegen abzulehnen, weil jegliche Nachweise oder belastbare Anhaltspunkte für eine Steigerung der originären Kennzeichnungskraft fehlten. Eine Farbmarke besitze nur unter außergewöhnlichen Umständen bereits von Haus aus die erforderliche minimale Unterscheidungskraft, so dass ihre Eintragung als Marke nur im Ausnahmefall in Betracht komme.

22

Dass Waren wie alkoholfreie Getränke in den unterschiedlichsten Farben und Farbkombinationen angeboten würden, begründe den Eindruck eines lediglich dekorativen Gebrauchs und spreche deshalb gegen einen originär herkunftshinweisenden Eindruck von hierfür verwendeten Farben und Farbkombinationen. Für die Feststellung einer Branchenübung, wonach die Klägerin durch gleichbleibende eigene Farbauftritte (sog. Hausfarben) die maßgeblichen Verkehrskreise daran gewöhnt haben könnte, die Farbkombination der Klagemarke nicht als ein dekoratives Element zu sehen, fehle es an hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkten. Die Klägerin selbst schwäche eine etwaige Gewöhnung des Verkehrs an die Klagemarke, da sie diese selbst nicht übergreifend für alle Limonaden benutze. Die Klagemarke hebe sich auch von ähnlichen Aufmachungen aus dem Marktumfeld nur durch die konkrete graphische Ausgestaltung der Farben ab, namentlich die horizontale Ausrichtung der Farben in Wellenform. Allein dieses Merkmal jedoch werde von den angesprochenen Verkehrskreisen als für die Waren beschreibend wahrgenommen, weil es die Art der beanspruchten Waren charakterisiere. Der bloße Umstand, dass die Klagemarke als Unionsmarke eingetragen worden sei, hindere das erkennende Gericht nicht daran, festzustellen, dass die Klagemarke weitgehend ohne originäre Unterscheidungskraft in Bezug auf „alkoholfreie Getränke“ sei.

23

Eine Gegenüberstellung der Klagemarke mit der angegriffenen Aufmachung mache deutlich, dass ein ausreichender Grad an Übereinstimmungen abzulehnen sei: Die Klagemarke bestehe im Wesentlichen aus zwei Markmalen, den fünf Farben einerseits und deren Anordnung in Wellenform. Beschränkt auf die farblichen Gestaltungen ergäben sich für den Gesamteindruck der jeweiligen Zeichen wesentliche Unterschiede im Hinblick auf

- die Ausrichtung der Farbsegmente,
- die Form der Farbsegmente,
- die Anzahl der Farbsegmente und
- die Auswahl der Farben.

24

Bei der systematischen Anordnung falle sofort auf, dass die Farbwellen bei der Klagemarke in horizontaler Richtung verlaufe. Demgegenüber verliefen die Farbstreifen bei der beanstandeten Aufmachung in

vertikaler Richtung. Diese unterschiedliche Anordnung werde der angesprochene Verkehr unmittelbar und sofort erkennen. Ferner zeichne sich die Farbkombination der Klagemarke durch eine charakteristische Wellenform aus, die von der Klägerin sogenannte „Fünf-Farben-Welle“. Vergleichbares finde sich bei der beanstandeten Aufmachung nicht. Dort verliefen die Farbsteifen senkrecht mit mittigen Innenknick, der im Zentrum an eine Sanduhr erinnere. Der mittige Innenknick erzeuge den optischen Effekt, dass die Aufmachung insgesamt tailliert wirke. Assoziationen von einer Sanduhr zu einer Wellenform ließen sich nicht ableiten. Aufgrund der Tatsache, dass sich der Umfang der Dose im oberen Bereich verringere, entstehe lediglich der Eindruck, dass dort die Farbstreifen eine weitere Biegung aufwiesen, die sich auf der Vorlage jedoch nicht befände. Die optische Täuschung einer Biegung folge aus der spezifischen Form einer Dose. Weitere Unterschiede würden sich sowohl aus der Anzahl der Farbsegmenten als auch aus den jeweiligen Farben ergeben. Eine Übereinstimmung bestehe allein in der Farbe PANTONE 142 C. Die Farben der Klagemarke könnten den Spektralfarben des Natur- und Lichtphänomens eines Regenbogens zugeordnet werden, während dies bei den in den angegriffenen Aufmachungen nicht der Fall sei. Diese gehörten eher dem Farbspektrum der sog. Erd- und Wassertöne wie Sand, Ocker, Ton, roter Erde und Wasser an. Entgegen dem Ansatz der Klägerin dürfe das undeutliche Erinnerungsbild bei abstrakten Farbmarken gerade nicht dazu führen, dass die Verwechslungsgefahr zwischen ähnlichen Farbtönen erhöht werde. Stattdessen müsse umgekehrt die Verwechslungsprüfung – parallel zu der Schutzfähigkeitsprüfung – streng vorgenommen werden, und es dürfe eine verwechselbare Ähnlichkeit nur angenommen werden, wenn die Farbtöne auch nebeneinander betrachtet hochgradig ähnlich seien, was sie jedoch hier nicht seien. So lege etwa der EuGH gerade deshalb hohe Hürden an die Schutzfähigkeit abstrakter Farbmarken, weil die Anzahl der tatsächlich als potenzielle Marken zur Unterscheidung von Waren oder Dienstleistungen verfügbaren unterschiedlichen Farben gering sei (EuGH GRUR 2003, 604, 607, Rn. 47 – Libertel). Weiter werde die horizontale Ausrichtung der Farben in Wellenform von den angesprochenen Verkehrskreisen als für die Waren beschreibend wahrgenommen. Denn dies sei ein charakteristisches Symbol für Flüssigkeiten. Vergleichbare Elemente fänden sich beispielsweise in der Produktaufmachung der Original-S. oder dem Marktauftritt weiterer Limonaden (Anlage B 3).

25

Die Gegenüberstellung der Klägerin auf Seite 13 der Replik (Bl. 80 d.A.) sei grob irreführend. So habe die Klägerin den Ausschnitt der angegriffenen Ausführungsform so zurechtgeschnitten, dass der obere Streifen in beiger Farbe kaum noch zu sehen sei. Dagegen beschränkten sich die aus Anlage B 7 ersichtlichen Übereinstimmungen auf die Verwendung der Farben Gelb, Orange und Rot. Dies seien die Farben, die vor allem bei Limonaden extrem weit verbreitet seien, zum Beispiel Gelb oder Orange bei Zitronen- oder Orangenlimonaden oder Rot bei C., A. und anderen. Es erscheine schließlich auch überaus zweifelhaft, dass der angesprochene Verkehr die Verwendung einer bestimmten Farbkombination in der beanstandeten Aufmachung überhaupt als Herkunftshinweis verstehe. Die Farbenvielfalt bei Waren der in Rede stehenden Art spreche gegen eine Gewöhnung des Verkehrs, in der farblichen Gestaltung der Produktaufmachung einen Herkunftshinweis zu sehen. Entsprechendes gelte für die beanstandete Aufmachung. Dies gelte vor allem auch deswegen, weil die verwendete Farbkombination wegen der anderen ebenfalls verwendeten



traditionellen Kennzeichnungsmittel, nämlich der Wortmarke „K.“ und der Bildmarke vollständig in den Hintergrund trete. Beide Marken seien auf den streitgegenständlichen Produkten in Größe deutlich sichtbar angebracht und an Stellen, an der sich solche Arten von Kennzeichnungen bei identischen Produkten üblicherweise befinde und üblicherweise vom Verkehr auch erwartet werde. Die vorrangige Fokussierung auf die sonstigen Kennzeichen liege zudem daran, dass Brauereien wie die Parteien großen Wert darauf legen, eine Identifikation mit den – wie bei der Klägerin – häufig traditionsreichen Unternehmensbezeichnungen herzustellen. Der Aufmerksamkeitsgrad der angesprochenen Durchschnittsverbraucher sei eher hoch, weil er wählerisch sei und über eine gewisse Markentreue verfüge. Es erscheine auch abwegig, dass der Verbraucher die farbliche Ausgestaltung isoliert betrachte, wenn er nach Herkunftshinweisen suche. Dies gelte vor allem deswegen, weil die verwendeten traditionellen

Kennzeichnungsmittel, nämlich die Wortmarke „...“ und die Bildmarke die angegriffene Aufmachung aufgrund ihrer Größe und Position visuell beherrschten (BGH GRUR 2005, 427 – Lila Schokolade).

26

Selbst Branchenführer wie C. würden für die Farben ihrer Produktaufmachung keinen Markenschutz in Anspruch nehmen. Der Klägerin sei es nicht gelungen, Indizien für eine branchenübliche, kennzeichnende Verwendung von Farben oder Farbkombinationen durch Dritte im spezifischen Markt für Limonaden mithilfe andere Markeneintragungen zu belegen.

27

Eine durch Bekanntheit gesteigerte Kennzeichnungskraft der Klagemarke sei abzulehnen. Unter anderem basiere die von der Klägerin vorgelegte Verkehrsbefragung auf fehlerhaften Annahmen. Die Nennung der Marke „S.“ bei Frage 3 lasse sich nicht ohne weiteres der Klägerin zuordnen. Tatsächlich lasse sich aus der Verkehrsbefragung bestenfalls ableiten, dass lediglich 37 % der relevanten Verkehrskreise die Klagemarke mit der Klägerin in Verbindung brächten. Dieser Fehler bei der namentlichen Zuordnung wirke sich auch auf den bereinigten Kennzeichnungsgrad aus, der sich daher nicht verlässlich bestimmen lasse. Es bestünden auch weitere Bedenken, insbesondere, dass die Interviews nicht fachgerecht und nicht mit der gebotenen Sorgfalt durchgeführt worden seien (vgl. im Einzelnen die Ausführungen auf Seite 2 ff. des Schriftsatzes vom 10.10.2024, Bl. 150 ff. d.A.).

28

Die Klagemarke sei schließlich auch keine bekannte Marke. Es werde bestritten, dass jemand, der die beanstandete Aufmachung sehe, an die Klägerin denke.

29

Auch die Annexansprüche seien in der Konsequenz unbegründet. Wettbewerbsrechtliche Ansprüche seien ebenfalls zu verneinen, da die angegriffenen Aufmachungen vom Verkehr nicht als herkunftshinweisend verstanden werden würden. Darüber hinaus seien weitere besondere Unlauterkeitsmerkmale weder substantiell vorgetragen noch ersichtlich.

30

Ergänzend wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien samt Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschrift vom 04.02.2025 (Bl. 193/195 d.A.) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

A.

31

Die zulässige Klage ist begründet.

32

Die geltend gemachten Unterlassungs- und Folgeansprüche bestehen schon wegen einer in erster Linie geltend gemachten Verletzung der Klagemarke (nachfolgend Ziffer I und II). Ob der Klägerin darüber hinaus auch lauterkeitsrechtliche Ansprüche aus ergänzendem wettbewerblichen Leistungsschutz zustehen, kann daher dahinstehen (nachfolgend III). Ebenso kann dahin stehen, ob sich die Klägerin auf den Schutz bekannter Marken berufen kann.

33

I. Der Unterlassungsanspruch der Markeninhaberin gegen die Beklagte folgt – wie tenoriert – aus Art. 9 Abs. 2 lit. b UMV, Art. 130 UMV.

34

1. Die Beklagte benutzt die von der Klägerin beanstandete farbliche Verpackungsgestaltung für ihr Cola-Misch-Getränk ... markenmäßig.

35

a) Voraussetzung eines jedweden kennzeichenrechtlichen Unterlassungsanspruchs ist eine funktionsbeeinträchtigende Benutzung, wobei im Falle der Verwechslungsgefahr eine Markenverletzung nach wie vor nur in Betracht kommt, wenn durch die Benutzung des angegriffenen Zeichens oder der angegriffenen Gestaltungsform in die Herkunftsfunktion der Marke als deren Hauptfunktion eingegriffen

wird. Dies ist der Fall, wenn die Verwendung der angegriffenen Bezeichnung oder Gestaltung im Rahmen des Produkt- oder Leistungsabsatzes zumindest auch der Unterscheidung der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen dient (st. Rspr., vgl. Nachweise bei Ströbele/Hacker/Thiering/**Hacker**, MarkenG, 14. Auflage, § 14 Rdnr. 137 m.w.N.).

36

b) Die Beurteilung, ob der Verkehr eine Bezeichnung oder Gestaltung als Herkunftshinweis versteht, obliegt im Wesentlichen dem Tatrichter (vgl. BGH GRUR 2010, 1103 Rdnr. 26 – **Pralinenform II**). Die Einholung eines demoskopischen Gutachtens ist dabei in aller Regel und insbesondere dann nicht veranlasst, wenn der Tatrichter zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehört (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering/**Hacker**, MarkenG, 14. Auflage, § 14 Rdnr. 142 mit Verweis auf BGH, Urteil vom 14.01.2020, Az. I ZR 82/08 – **CCCP** = BeckRS 2010, 16047).

37

Der markenmäßige Gebrauch des angegriffenen Zeichens muss positiv festgestellt werden (vgl. BGH GRUR 2019, 522 Rdnr. 41 und 47 – **SAM**). Allein aus der Bindung des Verletzungsrichters an die Eintragung der Klagemarke folgt noch nicht, dass eine mit der geschützten Klagemarke identische Bezeichnung oder Gestaltung in der konkreten Verletzungsform vom Verkehr als Herkunftshinweis verstanden wird (vgl. BGH GRUR 2010, 1103 Rdnr. 28 – **Pralinenform II**). Ob eine markenmäßige Benutzung vorliegt, richtet sich auch nicht nach der Zweckbestimmung des Benutzers, sondern nach der Auffassung eines durchschnittlich informierten, verständigen und situationsadäquat aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Waren und Dienstleistungen (st. Rspr., vgl. Nachweise bei Ströbele/Hacker/Thiering/**Hacker**, MarkenG, 14. Auflage, § 14 Rdnr. 139 m.w.N.). Fehlerhaft ist es, auf das Verständnis nur eines kleinen, sei es auch mit angesprochenen Verkehrskreises abzustellen (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering/**Hacker**, MarkenG, 14. Auflage, § 14 Rdnr. 137 mit Verweis auf u.a. BGH GRUR 2010, 838 Rdnr. 18 – DDR-Logo).

38

c) Die Verkehrsauffassung wird dabei einerseits durch die Kennzeichnungsgewohnheiten in dem maßgeblichen Waren- bzw. Dienstleistungssektor, andererseits durch den konkreten Marktauftritt des angegriffenen Zeichens (z.B. dessen blickfangmäßige Herausstellung) bestimmt, wobei alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering/**Hacker**, MarkenG, 14. Auflage, § 14 Rdnr. 140 m.w.N.).

39

Andere Zeichen als die traditionellen Wort- und Bildzeichen, wie etwa Warenform- und Farbmarken, fassen die angesprochenen Verkehrskreise im Allgemeinen nicht als Hinweis auf die Herkunft der damit gekennzeichneten Waren bzw. Dienstleistungen auf, denn der Verkehr sieht in der Form oder Farbe einer Ware in erster Linie eine funktionelle und/oder ästhetische Ausgestaltung der Ware, nicht aber einen Herkunftshinweis (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering/**Hacker**, MarkenG, 14. Auflage, § 14 Rdnr. 163 m.w.N. auf u.a. BGH GRUR 2007, 780 Rdnr. 26 – **Pralinenform**). Eine andere Beurteilung kann aber angezeigt sein, wenn sich auf einem spezifischen Warengbiet Kennzeichnungsgepflogenheiten herausgebildet haben, aufgrund derer der Verkehr daran gewöhnt ist, in der Form oder Farbgestaltung einen Herkunftshinweis zu sehen. Insoweit kann auch schon die Kennzeichnungspraxis eines einzigen bekannten Herstellers die Verkehrsauffassung prägen (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering/**Hacker**, MarkenG, 13. Auflage, § 14 Rdnr. 166).

40

Eine schematische Betrachtungsweise ist indes zu vermeiden. Es kommt vielmehr immer darauf an, wie bekannt das Form- oder Farbzeichen ist und wie sich andererseits dieses oder ein ähnliches Zeichen in der angegriffenen Gestaltung insgesamt ausnimmt. In diesem Zusammenhang kann es auch darauf ankommen, ob die Verletzungsform neben der Form oder Farbe weitere kennzeichnungskräftige Herkunftshinweise aufweist, oder ob dem Verkehr allein oder zumindest auch die Form oder Farbe als Unterscheidungsmittel dargeboten wird (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering/**Hacker**, MarkenG, 14. Auflage, § 14 Rdnr. 169). Darüber hinaus kann sich ein markenmäßiger Gebrauch nicht-konventioneller Zeichenformen (auch soweit die Klagemarke keine besondere Bekanntheit aufweist) auch aus der Werbung des Verletzers ergeben, wenn also der Verkehr besonders darauf hingewiesen wird, dass die Form oder Farbe als Herkunftshinweis verstanden werden soll (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering/**Hacker**, MarkenG, 13. Auflage, § 14 Rdnr. 167 mit Verweis auf u.a. BGH GRUR 2014, 1101 – **Gelbe Wörterbücher**). Für einen

markenmäßigen Gebrauch kann es schließlich auch sprechen, wenn die angegriffene Form oder Farbe eine erhebliche Abweichung vom Branchenüblichen aufweist (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering/**Hacker**, MarkenG, 14. Auflage, § 14 Rdnr. 167 mit Verweis auf u.a. BGH GRUR 2007, 780 Rdnr. 28 – **Pralinenform** und BGH GRUR 2010, 1103 Rdnr. 31 – **Pralinenform II**).

41

d) Dies zugrunde gelegt, fasst der angesprochene Verkehr, zu dem auch die Mitglieder der erkennenden Kammer als durchschnittlich informierte, verständige und situationsadäquat aufmerksame Durchschnittsverbraucher und (zumindest potentielle) Käufer von Cola-Misch-Getränken gehören, und die deshalb nicht nur aufgrund ihrer ständigen Befassung mit Kennzeichen- und Wettbewerbsstreitsachen in der Lage sind, das Verkehrsverständnis aufgrund ihrer Erfahrungen selbst zu beurteilen (zu Letzterem vgl. OLG München GRUR-RR 2016, 270 Rdnr. 31 – **Klosterseer**), die von der Beklagten für ihr Cola-Misch-Getränk gewählte farblich gestaltete Produktaufmachung – zumindest auch – als Herkunftshinweis auf.

42

aa) Die Kammer folgt dabei der von der Klägerin vertretenen Auffassung, dass der beim Einkauf alltäglicher Lebensmittel im Einzelhandel an den Tag gelegte Aufmerksamkeitsgrad gering bis allenfalls durchschnittlich ist. In derlei Alltagssituationen unterzieht der Durchschnittsverbraucher die Ausstattung niedrigpreisiger Lebensmittel wie Limonaden keiner tiefgreifenden Analyse, sondern die betreffenden Waren werden „auf Sicht“ und „im Vorbeigehen“ aus dem Regal gegriffen und in den Einkaufskorb gelegt.

43

bb) Nichts anderes folgt aus einer etwaigen Markentreue der Käufer von Cola-Misch-Getränken. Insoweit trifft eine solche – unterstellte Markenbindung – noch keine Aussage über den Aufmerksamkeitsgrad des angesprochenen Verkehrs. Es mag sein, dass Käufer von Cola-Misch-Getränken eine bestimmte Marke präferieren. Dies ist jedoch keine Besonderheit dieser Produkte, sondern ein übliches Verhalten der Verbraucher und betrifft quasi jedes Produkt. Es verbleibt daher bei der allgemeinen Erfahrungsregel, dass bei preiswerten Lebensmitteln und Getränken des täglichen Bedarfs ein eher geringer, allenfalls durchschnittlicher Aufmerksamkeitsgrad zu erwarten ist (BeckOK MarkenR/Hennigs, UMV 2017 Art. 8 Rn. 51, unter Hinweis auf EuG T-763/17, BeckRS 2018, 30207 Rn. 30 ff. – welly/Kelly's; T-584/17, BeckRS 2018, 21278 Rn. 36 – PRIMART/PRIMA; T-347/10, BeckRS 2013, 80818 Rn. 17 – Adelholzer Alpenquellen/HABM).

44

cc) Die beanstandete farbliche Gestaltung, sowohl in Dosen- als auch in Flaschenform (vgl. Anlage B 7), wird vom Verkehr aufgrund der besonderen, ins Auge springenden farblichen Gestaltung jedenfalls auch als Herkunftshinweis aufgefasst.

45

Die beiden angegriffenen Ausführungsformen folgen dabei demselben Muster. Beide Handelsverpackungen sind flächig mit einer farbenfrohen farblichen Gestaltung mit horizontal ungerade verlaufenden Farbverläufen gekennzeichnet, die aufgrund ihrer eingesetzten Großflächigkeit und der farblichen Dominanz dem Betrachter ins Auge springen und die Verpackungseinheiten jeweils mit dominieren. Die weiter auf dem Etikett bzw. der Dose angebrachten Zeichnungen und Schriftzüge drängen angesichts ihrer weißen Farbgebung und der eher zurückhaltenden Verwendung die farbliche Gestaltung nicht in den Hintergrund.

46

Dabei sind die Verbraucher bei Limonaden und Cola-Misch-Getränken nach allgemeiner Lebenserfahrung auch daran gewöhnt, dass bildliche Gestaltungselemente einschließlich geometrischer Formen und Farben auf Flaschen und Dosen nicht willkürlich und beliebig variieren, sondern bewusst zur Unterscheidung von Limonaden anderer Hersteller eingesetzt werden. So zeigen etwa die beidseits vorgelegten Produktbeispiele (vgl. etwa „R. B.“, Seite 4 der Replik, Bl. 71 d.A., „C.-C.“, Seite 6 der Triplik, Bl. 11 d.A., „C.“, „M.“, „A.-B.“ usw. in Anlage B 3), dass die farbliche, von Hersteller zu Hersteller deutlich abweichende, farbliche Gestaltung der einzelnen Produkte weit verbreitet ist und dementsprechend auch eine Kennzeichnungsgewohnheit festzustellen ist, dass Hersteller von Limonaden auch Farben in einer bestimmten Form einsetzen, um ihre Waren zu identifizieren.

47

Vor diesem Hintergrund werden solche grafischen Gestaltungen wie die streitgegenständliche nicht lediglich als schmückendes Beiwerk oder als Zierat, sondern herkunftskennzeichnend verstanden (vgl. BGH GRUR 2002, 171 – **Marlboro-Dach**).

48

dd) Vorliegend geht es auch – anders als in den Entscheidungen BGH, GRUR 2014, 1101 Rn. 29–32 – Gelbe Wörterbücher; GRUR 2004, 151 – Farbmarkenverletzung I; GRUR 2015, 1012 – **Nivea-Blau**; GRUR 2005, 427 – **Lila-Schokolade**) – nicht um einen konturlosen Farbton oder eine konturlose Farbkombination, sondern um eine spezifische Farbkombination in einer konkret beanstandeten grafischen Aufmachung. Eine solche, durchaus originelle farbliche und auch grafische Gestaltung erkennt der angesprochene Verkehr, jedenfalls wenn diese derart dominant, wie im Streitfall verwendet wird, zugleich als Hinweis auf die betriebliche Herkunft des insoweit gekennzeichneten Produkts und nicht lediglich als dekoratives Element.

49

ee) Dabei kann es dahinstehen, ob die Klagemarke aufgrund intensiver Benutzung über gesteigerte Kennzeichnungskraft verfügt. Eine solche ist auch nach der Rechtsprechung zur Reichweite des Schutzes von Farbmarken nicht unabdingbare Voraussetzung für die Annahme der markenmäßigen Verwendung des Kollisionszeichens. Von Bedeutung für die Prüfung einer markenmäßigen Verwendung können vielmehr auch die Kennzeichnungsgewohnheiten auf dem betroffenen Waren- oder Dienstleistungssektor sein (BGH GRUR 2014, 1101 Rn. 29–32 – **Gelbe Wörterbücher**; BGH GRUR 2004, 151 – **Farbmarkenverletzung I**). Unabhängig von der Frage, ob es angesichts der hier im Streit stehenden besonderen farblichen und grafischen Gestaltung der angegriffenen Verpackungen zusätzlich einer solchen überhaupt bedarf, ist auch – wie von der Rechtsprechung bei konturlosen Farbmarken gefordert – eine entsprechende Branchenübung bezüglich der Verwendung von farblichen Gestaltungen zur Kennzeichnung von Limonaden einschließlich Cola-Misch-Getränken festzustellen (siehe bereits oben).

50

ff) Eine kennzeichenmäßige Verwendung der beanstandeten Kollisionszeichen ist vorliegend auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil die farbliche Gestaltung in der angegriffenen Verwendungsform durch herkömmliche Produktkennzeichen in den Hintergrund gedrängt wird (vgl. BGH GRUR 2014, 1101 Rn. 29–32 – **Gelbe Wörterbücher**). Für einen herkunftshinweisenden Gebrauch sprechen kann die Ungewöhnlichkeit der Farbe selbst sowie absoluter und relativer Umfang, Positionierung und der Grad der Eigenständigkeit ihres Gebrauchs gegenüber anderen Herkunftskennzeichnungen. Voraussetzung ist, dass der Verkehr auf Grund von Kennzeichnungsgewohnheiten auf dem in Rede stehenden Warengbiet oder Dienstleistungssektor an die Verwendung von Farben als Kennzeichnungsmittel gewöhnt ist oder die Farbe als solche im Verhältnis zu den übrigen Elementen der angegriffenen Gestaltung in einer Weise hervortritt, dass sie als Kennzeichnungsmittel verstanden wird (Ingerl/Rohnke/Nordemann/A. Nordemann, 4. Aufl. 2023, MarkenG § 14 Rn. 179 m.w.Nachw.).

51

Dies ist hier der Fall: Wie oben festgestellt, nimmt die angegriffene farbliche Gestaltung einen Großteil der Produktverpackung ein. Die beanstandete Aufmachung steht dabei auch nicht lediglich in einem räumlichen Zusammenhang mit dem weiter als Herkunftshinweis geeigneten Schriftzug „K.“ oder dem ebenfalls verwendeten Stern-Logo, sondern wird flächig auf der gesamten Produktverpackung eingesetzt und dient damit auch nicht lediglich der Untermauerung der weiteren Kennzeichen. Eine solche flächige Nutzung einer Farbkombination wird gerade nicht mehr als reiner Hintergrund oder als dekoratives Element verstanden, sondern vermittelt dem Verkehr den Eindruck einer eigenständigen Bedeutung als Kennzeichnungselement. Bestärkt wird dieses Verständnis zusätzlich durch den Umstand, dass die Beklagte ihre Cola-Misch-Produkte umfassend mit den hier beanstandeten Farben bewirbt. So verwendet die Beklagte die beanstandeten Aufmachungen durchgehend auf den Waren selbst, den weiteren Verpackungen (vgl. Flaschenumverpackung, Anlage B 7) sowie auf großflächigen Werbeanzeigen (Anlage TW 16).

52

2. Die Benutzung der angegriffenen Ausführungen erfolgt durch die Beklagte ohne Zustimmung der Markeninhaberin im Zusammenhang mit einer auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten gewerblichen Tätigkeit und mithin im geschäftlichen Verkehr.

53

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

54

a) Die Frage der Verwechslungsgefahr i.S.v. Art. 9 Abs. 2 Buchst. b) UMV ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Verwechslungsgefahr liegt dann vor, wenn das angesprochene Publikum glauben könnte, dass die betreffenden Waren oder Dienstleistungen aus demselben Unternehmen oder gegebenenfalls aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen. Denn die Hauptfunktion der Marke besteht darin, dem Verbraucher oder Endabnehmer die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung zu garantieren, indem sie ihm ermöglicht, diese Ware oder Dienstleistung ohne Verwechslungsgefahr von Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft zu unterscheiden (grundlegend EuGH GRUR 1998, 922 Rn. 28 f. – Canon). Die Frage, ob Verwechslungsgefahr vorliegt, ist dabei unter Heranziehung aller relevanten Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen. Dabei ist von einer Wechselwirkung zwischen der Identität oder der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen, dem Grad der Ähnlichkeit der Marken und der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke in der Weise auszugehen, dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken oder durch eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (stRspr; vgl. nur BGH GRUR 2020, 870 Rn. 25 – INJEKT/INJEX)

55

b) Die Klagemarke UM 018282231 verfügt über mindestens durchschnittliche Kennzeichnungskraft.

56

aa) Die (originäre) Kennzeichnungskraft wird bestimmt durch die Eignung der Marke, sich unabhängig von der jeweiligen Benutzungslage als Unterscheidungsmittel für die Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens bei den beteiligten Verkehrskreisen einzuprägen und die Waren und Dienstleistungen damit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering/**Hacker**, MarkenG, 14. Auflage, § 9 Rdnr. 137). Liegen keine konkreten Anhaltspunkte vor, die für eine hohe oder geringe Kennzeichnungskraft sprechen, ist von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft auszugehen (BGH GRUR 2012, 930, 932 Rz. 27 – Bogner B/Barbie B).

57

Nichts anderes folgt aus der Entscheidung EuGH GRUR 2003, 604 – **Libertel**. Darin stellt der EuGH zwar fest, dass es nur unter außergewöhnlichen Umständen vorstellbar ist, dass einer Farbe als solcher – unabhängig von ihrer Benutzung – Unterscheidungskraft zukommt. Indes betraf diese Entscheidung eine einzelne konturlose Farbe („Orange“) und nicht wie hier eine spezifische Farbkombination, die zudem über Konturen verfügt. Anders als bei einer konturlosen Farbmarke ist es bei der Klagemarke nicht geboten, den Schutzbereich anders zu behandeln, als es etwa bei einer Bildmarke der Fall wäre.

58

bb) Eine Schwächung der Kennzeichnungskraft der Klagemarke durch benutzte Drittmarken ist nicht ersichtlich. Soweit das von der Beklagten dargestellte Marktumfeld (vgl. Seite 7 der Klageerwiderung, Bl. 47 f. d.A.) überhaupt eine solche Schwächung belegen sollte, kommen die abgebildeten Produkte der Klagemarke schon nicht näher als die angegriffene Gestaltung der Beklagten und genügen für sich nicht, um eine Schwächung zu rechtfertigen.

59

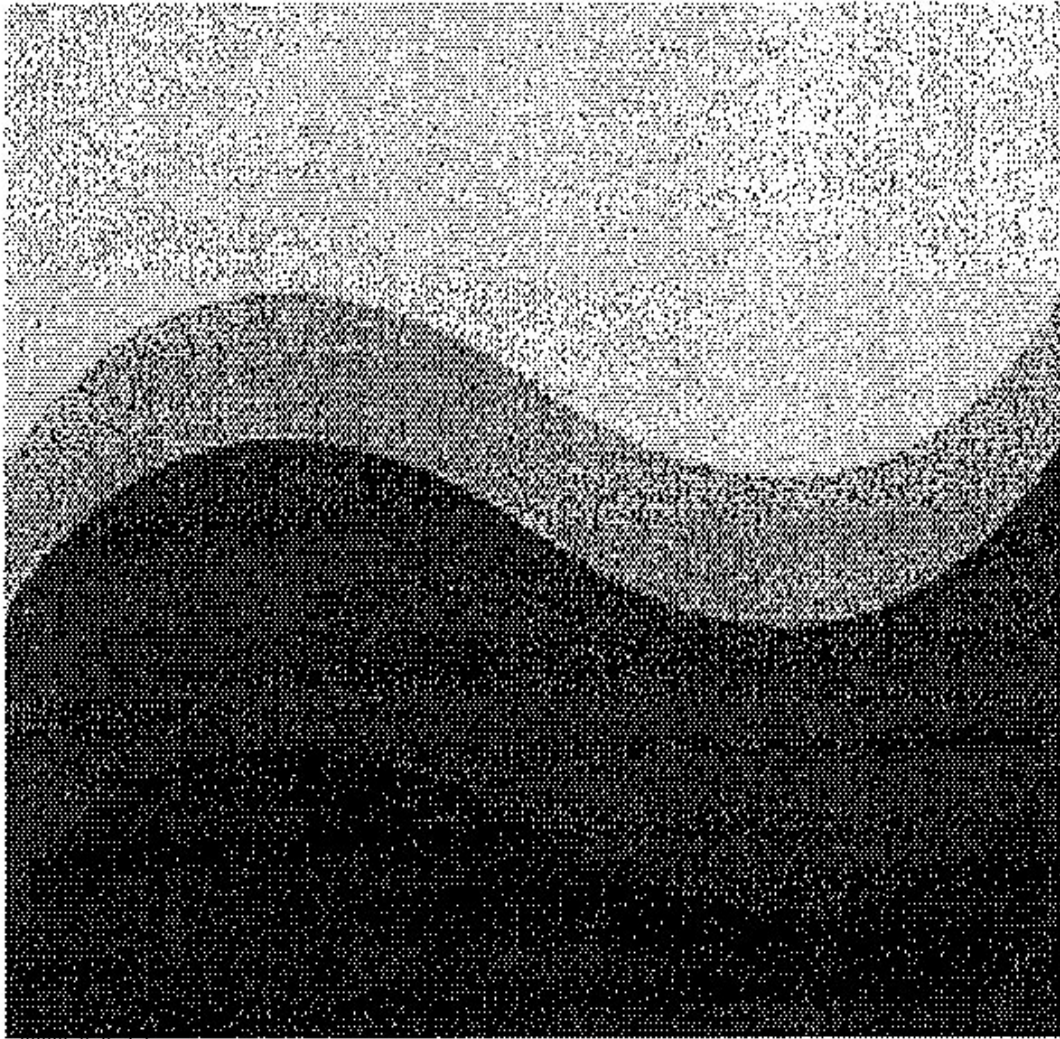
cc) Danach verfügt die Klagemarke als Farbmarke mit einer spezifischen Farbkombination in Wellengestaltung jedenfalls über zumindest durchschnittliche Kennzeichnungskraft, wobei dahinstehen kann, ob diese durch intensive Benutzung gesteigert wurde. Denn bezüglich der streitgegenständlichen Waren besteht auch bei Annahme von durchschnittlicher Kennzeichnungskraft eine Verwechslungsgefahr im kennzeichenrechtlichen Sinne (dazu sogleich).

60

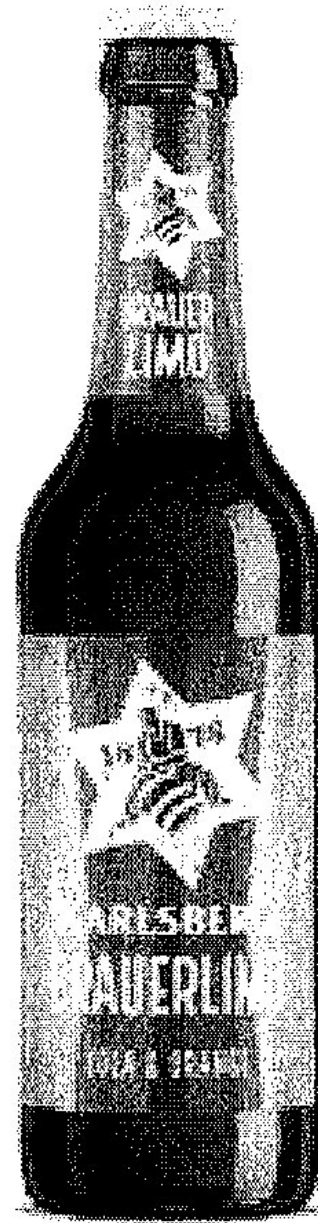
c) Die sich gegenüberstehenden Waren sind identisch. Die streitgegenständliche Aufmachung betrifft ein Cola-Misch-Getränk, mithin ein von der Klagemarke umfasstes alkoholfreies Getränk.

61

d) Zwischen den sich gegenüberstehenden Zeichen



und der farblichen Aufmachung der beanstandeten Waren



besteht durchschnittliche Zeichenähnlichkeit.

62

aa) Bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit ist auf den durch die Zeichen hervorgerufenen Gesamteindruck abzustellen, wobei insbesondere ihre unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind. Es ist der Erfahrungssatz zu berücksichtigen, dass der Verkehr die jeweiligen Zeichen regelmäßig nicht gleichzeitig wahrnimmt und miteinander vergleicht und die übereinstimmenden Merkmale in einem undeutlichen Erinnerungseindruck häufig stärker ins Gewicht fallen als die Unterschiede (BGH GRUR 2015, 1004 (1006) Rn. 23 – IPS/ISP, m.w.N.; Eine zergliedernde Betrachtungsweise einzelner Markenteile ist unzulässig (Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, MarkenG, 14. Auflage, § 9 Rdnr. 258).

63

bb) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe besteht zwischen den sich gegenüberstehenden Bildzeichen durchschnittliche Ähnlichkeit.

64

(1) Der Annahme von Zeichenähnlichkeit steht vorliegend nicht entgegen, dass die Beklagte die beanstandete farbliche Aufmachung nicht isoliert, sondern in Verbindung mit weiteren Elementen verwendet. Denn angesichts der oben festgestellten Dominanz der farblichen Aufmachung wird diese nicht lediglich als Teil eines Gesamtzeichens oder als Untermalung der Marke ... oder der Bezeichnung ..., sondern als selbstständiges Zeichen verstanden. Die ungewöhnliche flächige Verwendung der farblichen Gestaltung wird angesichts der Branchenübung als für sich stehendes, kennzeichnendes Mittel verstanden, und nicht lediglich als Teil eines Gesamtzeichens. Der Verkehr nimmt die farbliche Gestaltung in der streitgegenständlichen Aufmachung der Beklagten daher isoliert wahr und misst dieser einen eigenen Herkunftshinweis bei. Hierfür spricht auch der Umstand, dass die weiter auf der Produktverpackung der Beklagten aufgebrachten Zeichen im starken Kontrast zur farblich hervorstechenden grafischen Gestaltung zurückhaltend eingesetzt werden, und der Verkehr sich – gerade auch angesichts des schwachen Aufmerksamkeitsgrads bei derartigen Waren – an der besonders ins Auge springenden farblichen Kennzeichnung orientieren wird, um die Herkunft der Ware zu beurteilen. Dies gilt umso mehr angesichts der üblichen Verkaufssituation in Supermärkten und Getränkemärkten (vgl. Abbildung auf Seite 3 der Duplik, Bl. 89 d.A.), bei der der Käufer von Getränkeflaschen oder Dosen diese oftmals nicht vollständig oder nicht von vorne einsehen kann und sich daher bei einem raschen Griff in das Regal oftmals an der großflächigen farblichen Gestaltung orientieren wird.

65

Aufgrund der damit gegebenen Nutzung als Zweitkennzeichnung ist diese isoliert dem Zeichenvergleich zugrunde zu legen, ohne dass es auf eine Prägung des Gesamtzeichens ankäme (vgl. BGH GRUR 2014, 1101 Rn. 29–32 – **Gelbe Wörterbücher**).

66

(2) Danach besteht zwischen den in den Zeichenvergleich einzustellenden Bildzeichen durchschnittliche Zeichenähnlichkeit. Die Farbmarke der Klägerin besteht aus den insoweit im Einzelnen bestimmten Farbtönen in der als Wellenform bezeichneten grafischen Anordnung.

67

Der Beklagten ist insoweit Recht zu geben, als dass die sich gegenüberstehenden Farben durchaus wahrnehmbare voneinander unterscheiden. Während der Farbverlauf gelborange-rot in beiden Gestaltungen hochgradig ähnlich ist, weichen die beiden Farbtöne PANTONE 269C und Magenta bei der angegriffenen Gestaltung ab. Insbesondere der Farbton Magenta findet in der Aufmachung der Beklagten keine Entsprechung. Diese beiden Farben werden in der angegriffenen Ausführung durch einen helleren und einen dunkleren Blauton ersetzt, wobei der blaue mittige „Streifen“ durch die mittig angebrachten und überdeckenden weiteren Zeichen nur eingeschränkt einsehbar sind. Im farblichen Gesamteindruck können diese Unterschiede jedoch nicht aus dem Ähnlichkeitsbereich herausführen. Denn zum einen verbleibt es im Gesamteindruck bei dem farblichen Ablauf, welcher durch die Abfolge von helleren zu dunkleren Farben geprägt ist. Hinzu kommt, dass die Farben Magenta und Violett als Nuancen zwischen den Farben Rot und Blau einzuordnen sind. Insoweit besteht eine hohe Ähnlichkeit in diesen Farbtönen und der Farbenabfolgen in den kollidierenden Zeichen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach allgemeiner Erfahrung das Erinnerungsvermögen der angesprochenen Verbraucher nur verhältnismäßig wenige Farben und Farbtöne umfasst, so dass geringe Unterschiede nicht wahrgenommen werden (vgl. BGH GRUR 2005, 427 – **Lila-Schokolade**). Gerade bei einer Farbkombination wie der streitgegenständlichen analysiert das angesprochene Publikum nicht einzelne Farben, sondern nimmt die farbliche Gestaltung in ihrer Gesamtheit und ihrem Gesamteindruck, also als Abfolge mehrerer bunter Farben mit einem bestimmten Farbverlauf wahr. Angesichts der allenfalls mittleren Aufmerksamkeit, die der angesprochene Verkehr den sich gegenüberstehenden Zeichen entgegenbringt, und der undeutlichen Erinnerung, aufgrund derer der Verkehr seine Auffassung gewinnt (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering/**Hacker**, MarkenG, 14. Auflage, § 9 Rdnr. 264 m.w.N.), fallen die übereinstimmenden Merkmale beider Zeichen daher stärker ins Gewicht als die Unterschiede und führen auch nicht aus der gegebenen mindestens durchschnittlichen Zeichenähnlichkeit heraus.

68

Soweit die Beklagte darauf hinweist, dass in der angegriffenen Ausführungsform noch der obere Streifen in beiger Farbe zu berücksichtigen sei, kann auch dieser Umstand nicht aus dem Ähnlichkeitsbereich herausführen. Selbst wenn man berücksichtigt, dass der Verkehr die verletzenden Produkte nicht ausschließlich von vorne einsieht, sondern diese ihm im Verkaufsregal auch von der Seite angeboten

werden können, nimmt er den gedeckten beigefarbenen Farbton kaum wahr, weil dieser im Kontrast zu den weiteren knalligen Farben kaum wahrnehmbar bleibt. Vielmehr wird der Verkehr dazu neigen, diesen Farbton nicht als Bestandteil des eigentlichen Zeichens, sondern lediglich als Untermauerung des Hintergrunds zu sehen. Jedenfalls dominieren die hier ähnlichen, bunten Farben.

69

(3) Auch die grafische Anordnung der Farben ist ähnlich. Zwar bestehen zwischen beiden Zeichen Unterschiede dahingehend, dass die Farben in der Klagemarke runder geformt sind als in der angegriffenen Aufmachung. Diese hinterlässt bei einem direkten Vergleich einen leicht eckigen Eindruck. Gleichwohl fallen diese Unterschiede angesichts der mittleren Aufmerksamkeit des Publikums nicht ins Gewicht. Denn dieses wird sich angesichts der konkreten Verkaufssituation und des nur unvollkommenen Erinnerungsvermögens, an bestehende Gemeinsamkeiten, nämlich an die nicht gerade verlaufenden Farbabfolgen erinnern und diese im Gedächtnis behalten.

70

Nichts anderes folgt aus dem Umstand, dass die angegriffene Ausführungsform eine vertikale anstatt einer horizontalen Anordnung (wie in der Klagemarke) aufweist. Dabei ist einerseits der Umstand zu berücksichtigen, dass Flaschen und Dosen in der Verkaufssituation mitunter auch liegend angeboten werden und der Verbraucher daher nicht unterscheidet, ob eine Farbkombination vertikal oder horizontal verläuft. Zum anderen wird auch hier angesichts der undeutlichen Erinnerung des Verkehrs eine Ähnlichkeit hierdurch jedenfalls nicht ausgeschlossen. Schließlich steht der Annahme von Zeichenähnlichkeit auch nicht entgegen, dass die angegriffenen Ausführungsformen, den Farbverlauf spiegeln. Denn auch diese Gestaltungsform bleibt dem angesprochenen Verbraucher nicht Erinnerung.

71

Es kann daher dahinstehen, ob die Farbmarke der Klägerin trotz ihrer enthaltenen Kontur auch wechselnde Erscheinungsformen wie eine konturunbestimmte Farbmarke mitumfasst (vgl. auch Fezer MarkenR/Fezer, 5. Aufl. 2023, MarkenG § 3 Rn. 464).

72

e) Infolge der mindestens durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Klagemarke und der festzustellenden mittleren Zeichenähnlichkeit besteht unmittelbare Verwechslungsgefahr im kennzeichenrechtlichen Sinne, Art. 9 Abs. 2 Buchst. b) UMV. So können die bestehenden Unterschiede in den gegenüberstehenden Zeichen angesichts der vorliegenden Warenidentität nicht verhindern, dass das angesprochene Publikum glauben könnte, die von den kollidierenden Zeichen erfassten Cola-Misch-Getränke stammten aus demselben Unternehmen oder ggf. aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen.

73

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

74

II. Die Auskunfts-, Vernichtungs- und Schadensersatzansprüche der Klägerin gegen die Beklagte sind im tenorierten Umfang aus Art. 129 Abs. 2 UMV, § 119 Nr. 2 MarkenG i.V.m. § 19 Abs. 1 MarkenG, § 242 BGB (Auskunft) bzw. § 18 Abs. 1 und 3 MarkenG (Vernichtung) bzw. § 14 Abs. 6 MarkenG (Schadensersatz) begründet, weil der Klägerin gegen die Beklagte schon aus ihrer erstrangig geltend gemachten Unionsmarke ein Unterlassungsanspruch aus Art. 130 Abs. 1 i.V.m. Art. 9 Abs. 2 lit. b) UMV zusteht.

75

III. Ob der Klägerin als Herstellerin des ... hilfsweise auch lauterkeitsrechtliche Ansprüche aus ergänzendem wettbewerblichen Leistungsschutz zustehen, kann nach alledem dahinstehen. Ebenfalls kann dahinstehen, ob es sich bei der streitgegenständlichen Klagemarke um eine bekannte Marke handelt und Ansprüche auch aus Art. 9 Abs. 2 Buchst. c) UMV folgen.

B.

76

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. Die Kammer beurteilt dabei die in der mündlichen Verhandlung seitens der Klägerin vorgenommene Austausch von „Limonade“ durch „Cola-Misch-Getränk“

im Antrag Ziffer 1 nicht als teilweise Klagerücknahme, sondern als klarstellende redaktionelle Änderung. Die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in § 709 S. 1 und 2 ZPO.