

Oberlandesgericht Hamburg

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 9 Abs. 1 Nr. 2; 14 Abs. 2 Nr. 2, 51 MarkenG

- 1. Die Bezeichnung "Corn Pops" hat durchschnittliche Kennzeichnungskraft und wird von beiden Zeichenbestandteilen geprägt. Der Markenbestandteil "Pops" für Getreide- und Knabberartikel ist hinreichend unterscheidungskräftig.**
- 2. Bei der Prüfung der sich gegenüberstehenden Zeichen "CORN POPS" und "Rice Pops" ist im Rahmen des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG von dem allgemein anerkannten Grundsatz auszugehen, dass zwischen allen in Betracht zu ziehenden Umständen, nämlich der Kennzeichnungskraft des Klagzeichens, dem Ähnlichkeitsgrad der einander gegenüberstehenden Zeichen und dem wirtschaftlichen Abstand der Warenbereiche eine Wechselwirkung besteht, wonach eine höhere Kennzeichnungskraft des Klagzeichens oder ein höherer Grad der Ähnlichkeit der Zeichen einen größeren Abstand bei den angebotenen Waren-/Dienstleistungen ausgleichen kann und umgekehrt.**
- 3. Richtig ist allerdings, dass es sich um ein sogenanntes sprechendes Zeichen handelt. Der Verkehr wird bei "Corn Pops" schon wegen des Wortes "Corn" Getreideprodukte assoziieren. Bei dem Wort "Pops" wird er eine gedankliche Verbindung zu dem bekannten Popcorn herstellen. Die reine Umkehrung der Bestandteile "Corn" und "Pop" führt allerdings nicht dazu, dass der Verkehr hierunter ein Popcorn entsprechendes Produkt vermutet.**
- 4. In der deutschen Sprache wird bei zusammengesetzten Begriffen der Gegenstand stets durch das zweite Wort bestimmt. Bei einer Bohnenstange handelt es sich um eine Stange, während die Stangenbohne eine Bohne ist.**
- 5. Popcorn ist demgemäß ein Corn, das - möglicherweise wegen des bei der Herstellung entstehenden Geräusches - pop ist. Andererseits sind Cornpops aus Corn hergestellte Pops, was auch immer das sein mag.**
- 6. Den angesprochenen Verkehrskreisen, zu denen auch die Mitglieder des Senats gehören, ist keineswegs seit frühester Kindheit die Herstellung von Popcorn als "poppen" bekannt. Den Begriff "poppen" kennen die Senatsmitglieder zwar, allerdings nicht von Kindesbeinen an, sondern erst etwa seit der Pubertät und in einem völlig anderen Zusammenhang, was hier aber nicht vertieft zu werden braucht.**

OLG Hamburg, Urteil vom 19.12.2002; Az.: 5 U 79/02

Tenor:

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 26.03.02 (Az.: 407 O 181/01) abgeändert.

1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes, und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens € 250.000; Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre und zu vollstrecken an dem Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der Beklagten) zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr mit Süßwaren und Knabberartikeln, insbesondere Schokolade und Schokoladenwaren aller Art wie zum Beispiel Schokoladentafeln, Schokoladenriegel, Pralinen, mit Schokolade überzogene Cerealien, mit Cerealien und/oder Früchten und/oder Nüssen und/oder mit aus den vorgenannten gewonnenen Produkten gefüllte Schokolade; Cerealienriegel mit und ohne Schokolade; Nussriegeln mit und ohne Schokolade; mit Schokolade oder Glukosesirup überzogenen Nüssen, Früchte, Mais, Puffreis und ähnlichen Getreideprodukten das Zeichen "Rice Pops" zu benutzen, insbesondere das Zeichen auf solchen Waren oder ihrer Aufmachung oder ihrer Verpackung anzubringen, unter diesem Zeichen solche Waren anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen, unter diesem Zeichen solche Waren einzuführen oder auszuführen, und/oder dieses Zeichen in Geschäftspapieren oder in der Werbung im Zusammenhang mit solchen Waren zu benutzen,

2. durch Erklärung gegenüber dem Deutschen Patent- und Markenamt in die Löschung der deutschen Marke 301 38 614.5 "Rice-Pops" einzuwilligen.

II. Die Kosten des Rechtsstreits in erster und zweiter Instanz trägt die Beklagte.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung der Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von € 268.000 abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Der Beklagten ist gestattet, die vorgenannte Sicherheitsleistung auch durch eine unbedingte, unbefristete, unwiderrufliche und selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank, Volksbank oder Sparkasse zu erbringen.

IV. Die Revision gegen das Urteil wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Unterlassung der Benutzung und Löschung der Marke "Rice Pops" in Anspruch.

Die Klägerin stellt her und vertreibt zahlreiche Cerealienprodukte. Sie ist Inhaberin dreier Wortmarken "Corn Pops", nämlich der deutschen Marke 948218 für "Getreidepräparate als Nahrungsmittel, insbesondere als Frühstücksnahrungsmittel" mit einer Priorität von Oktober 1974 (Anl. K1), der deutschen Marke DD 650680 u.a. "für Getreideerzeugnisse für Nahrungszwecke, insbesondere aus Weizen, Mais, Reis und Hafer in Form von ... aufgeschlossenen,

gerösteten und extrudierten Körnern, auch gesüßt, gewürzt ...; aus vorstehenden Getreideerzeugnissen hergestellte Nahrungszubereitungen, insbesondere ... Knabberartikel, Getreide- und Müsliriegel ..." mit einer Priorität von Mai 1990 (Anl. K2) sowie der Gemeinschaftsmarke 001406016 u.a. für "Getreidepräparate" mit Priorität von Dezember 1999.

Ferner ist sie Inhaberin der am 21. Oktober 2002 veröffentlichten Gemeinschaftsmarkenanmeldung 002083855 "POPS" für "Getreide und Getreideprodukte; Lebensmittel auf Getreidebasis, insbesondere Frühstückscerealien, Frühstücksliebmittel aus Getreide, Frühstücksprodukte auf Getreidebasis, soweit sie in Klasse 30 enthalten sind, Getreide für den Verzehr zum Frühstück oder als Zutaten für Lebensmittel, Maiseerzeugnisse zur Verwendung als Frühstücksliebmittel und als Zutaten für die Herstellung von Lebensmitteln, Getreideprodukte für Frühstücksgerichte, kleine Imbissgerichte und Konditorwaren, Snackriegel auf Getreidebasis".

Die "CORN POPS" - Marken werden von der deutschen Tochtergesellschaft der Klägerin, der Firma K Deutschland, mit ihrer Zustimmung für eine knusprig geröstete Getreidekost mit Vitaminen und Eisen benutzt. Hinsichtlich der konkreten Aufmachung für die Jahre 1996 bis 1999 wird auf die Anl. K4 verwiesen.

Sie ist ferner Inhaberin verschiedener "Pops" - Marken im europäischen Ausland. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die Anl. K15 verwiesen.

Die Beklagte stellt her und vertreibt Süßwaren, u.a. in Riegelform, wie den Erdnussriegel "Mr. T" und die Puffreis-Schokoladenzubereitung "N". Sie ist Inhaberin einer deutschen Marke (DE 30138614.5, Anl. K5) und einer Gemeinschaftsmarkenanmeldung (Nr. 002336253, Anl. K6) "Rice - Pops" für die Waren "Süßwaren und Knabberartikel, insbesondere: Schokolade und Schokoladenwaren aller Art wie zum Beispiel Schokoladentafeln, Schokoladenriegel, Pralinen, mit Schokolade überzogene Cerealien, mit Cerealien und/oder Früchten und/oder Nüssen und/oder mit aus den Vorgenannten gewonnenen Produkten gefüllte Schokolade; Cerealienriegel mit und ohne Schokolade; mit Schokolade oder Glukosesirup überzogene Nüsse, Früchte, Mais, Puffreis und ähnliche Getreideprodukte".

Mitbewerber der Parteien bieten Wettbewerbsprodukte unter der Bezeichnung "Hotpop" (Anl. B1), "Teddy Pops" (Anl. B7), "Dinkelpops" (Anl. B, Bl. 55b d.A., H1, H4), "Bio - Amaranth - Pops" (Anl. H2), "Pops" (Anl. H3 und H4) und "Wurzener Honey Pops - Knusprige Weizen Pops mit Honig" (Anl. H5) an oder benutzen auf der Verpackung Begriffe wie "Weizenpops" (Anl. B 8a) oder "Getreidepops" (Anl. B 8).

Die Klägerin verlangt aus ihren "Corn - Pops" Marken Unterlassung der Benutzung und Löschung der prioritätsschlechteren deutschen "Rice - Pops" Marke der Beklagten.

Hierzu hat sie vorgetragen,

zwischen den Zeichen bestehe Verwechslungsgefahr. Beide Marken würden durch den einzig phantasievollen Bestandteil "Pops" geprägt, an dem sich der Verkehr orientiere. Bei Pops handele es sich nicht um eine beschreibende Angabe, die sich aus einer Beschreibung des Herstellungsvorganges entwickelt habe, bei dem es zu einem bestimmten Zeitpunkt "pop" mache. Demgemäß habe sich der Begriff auch nicht als Produktbezeichnung durchgesetzt. Die wenigen von der Beklagten

vorgelegten Beispiele ständen dem nicht entgegen. Zum einen seien sie ihr, der Klägerin, nicht bekannt gewesen, zum anderen ließen sich allgemeine Rückschlüsse daraus nicht ableiten.

Demgegenüber handele es sich bei den abweichenden Zeichenbestandteilen "Corn" bzw. "Rice" um glatt beschreibende Begriffe. Dem Verkehr sei bekannt, dass es sich bei "Corn" um Mais und bei "Rice" um "Reis" handele. Er werde sich demgemäß am allein prägenden Teil "Pops" beider Marken orientieren. Zumindest bestehe eine mittelbare Verwechslungsgefahr, da der Bestandteil "Pops" Anknüpfungspunkt für eine Dachmarke sein könne.

Neben der Zeichenähnlichkeit bestehe eine erhebliche Warennähe. Zunächst einmal habe sie die deutschen Marken rechtserhaltend benutzt, wie die Anl. K4 zeige. Bei den Corn - Pops handele es sich nicht nur um ein Frühstücksprodukt, sondern auch um einen beliebten Knabberartikel. Hiermit seien die von der Beklagten geschützten Warenbereiche hochgradig ähnlich, namentlich soweit sie sich auf Cerealien bezögen. Die Marke sei auch keineswegs nur für "Süßwaren und Knabberartikel" geschützt. Die "insbesondere" - Aufzählung umfasse nur die Waren vor dem Semikolon. Die dahinter stehenden Bereiche seien ebenfalls umfassend geschützt und mit denen der Klagmarken wenn nicht identisch so doch hochgradig ähnlich.

Selbst wenn man die Benutzungslage anders sehen wollte, könne sie aus der Gemeinschaftsmarke vorgehen, die sich noch in der Benutzungsschonfrist befinde. Die dort aufgeführten Waren seien denen, für die die Beklagte ihr Zeichen habe schützen lassen, jedenfalls ähnlich.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

1. es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes, und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens DM 500.000; Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre und zu vollstrecken an dem Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der Beklagten) zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr mit Süßwaren und Knabberartikeln, insbesondere Schokolade und Schokoladenwaren aller Art wie zum Beispiel Schokoladentafeln, Schokoladenriegel, Pralinen, mit Schokolade überzogene Cerealien, mit Cerealien und/oder Früchten und/oder Nüssen und/oder mit aus den vorgenannten gewonnenen Produkten gefüllte Schokolade; Cerealienriegel mit und ohne Schokolade; Nussriegeln mit und ohne Schokolade; mit Schokolade oder Glukosesirup überzogenen Nüssen, Früchte, Mais, Puffreis und ähnlichen Getreideprodukten" das Zeichen "Rice Pops" zu benutzen, insbesondere das Zeichen auf solchen Waren oder ihrer Aufmachung oder ihrer Verpackung anzubringen, unter diesem Zeichen solche Waren anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen, unter diesem Zeichen solche Waren einzuführen oder auszuführen, und/oder dieses Zeichen in Geschäftspapieren oder in der Werbung im Zusammenhang mit solchen Waren zu benutzen,

2. durch Erklärung gegenüber dem Deutschen Patent- und Markenamt in die Löschung der deutschen Marke 301 38 614.5 "Rice-Pops" einzuwilligen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen,

es werde bestritten, dass die deutschen Marken der Klägerin nach 1996 noch benutzt worden seien. Im übrigen fehle es an einer Verwechslungsgefahr. Der gemeinsame Bestandteil "Pops" sei nicht prägend, da es sich um eine reine Beschaffenheitsangabe handle. Die Bezeichnung "Pops" sei in diesem Zusammenhang onomatopoetisch: Beim Röstvorgang entstehe in dem Augenblick, in dem das Getreidekorn aufbreche, ein Geräusch, das demjenigen beim Öffnen einer Sektflasche ähnele und am besten mit "Pop" beschrieben werden könne. Dementsprechend handle es sich bei dem Begriff "Pop" um eine beschreibende Sachangabe für Getreidekörner, die unter geringer Zufuhr von Fett geröstet würden, bis die einzelnen Körner aufgebrochen seien, wobei dieses Aufbrechen mit dem charakteristischen Pop-Geräusch verbunden sei. Entsprechend verwende auch der Wettbewerb das Wort "Pops" beschreibend, wie die Anl. B1 bis B8a, auf die hinsichtlich der Einzelheiten verwiesen wird, zeigten. Der Herstellungsvorgang würde dementsprechend auch als "poppen" bezeichnet. Überdies sei jedem von Kindesbeinen an die Herstellung von Popcorn - etwa auf dem Jahrmarkt - als "Poppen" bekannt.

Demgegenüber seien "Rice" und "Corn" keineswegs beschreibend. Das Wort "Rice" als Reis sei den inländischen Verkehrskreisen überwiegend nicht bekannt. Für "Corn" gebe es eine Vielzahl von Bedeutungen. Im Englischen stehe "Corn" für Getreide, Hühnerauge, Kitsch und olle Kamellen. Schon diese unterschiedliche Begrifflichkeit schließe die Charakterisierung als rein beschreibend aus. Zumindest werde der Verkehr die Marke der Klägerin nicht auf Pops verkürzen, sondern ihn in seiner Gesamtheit wahrnehmen.

Es fehle auch an der erforderlichen Branchennähe. Die Verletzungsmarke sei nur für Süßwaren und Knabberartikel geschützt. Die Produktgruppen, die Gegenstand des "insbesondere" - Teils seien, bezögen sich auf die Hauptgruppen "Süßwaren und Knabberartikel", auch soweit sie durch Semikola abgetrennt seien. Die Klagmarken Anl. K1 und Anl. K3 seien lediglich für Getreidepräparate als Nahrungsmittel geschützt. Insoweit bestehe keine Branchennähe. Die Marke Anl. K2 benenne zwar auch Knabberartikel, aber nur in einer bestimmten Form, nämlich aus Getreide. Solche Knabberartikel gebe es aber nicht. Der Bereich Knabberartikel erfasse Waren wie Rosinen, Erdnüsse, Kartoffelchips usw. Nahrungszubereitungen aus Weizen, Mais usw. fielen nicht darunter und würden von der Beklagten unter "Rice - Pops" auch nicht angeboten.

Schließlich sei die neuere Markeneintragung der Klägerin missbräuchlich. Sie wolle die Marke "Corn - Pops" für Süßwaren und Knabberartikel nicht benutzen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, es bestehe keine Verwechslungsgefahr. Die beiden sich gegenüberstehenden Zeichen "Corn Pops" und "Rice Pops" würden von den Verbrauchern als reine Produktbezeichnungen angesehen. Dies gelte auch für den Bestandteil "Pops", bei dem die Vorstellung des Verkehrs dahin gehe, es mit einem knusprigen Getreideprodukt, das bei gleichzeitigem Feuchtigkeitsentzug in einem speziellen Röstverfahren aufgebläht werde, zu tun zu haben. Diese Vorstellung habe auch Einzug in den allgemeinen Sprachgebrauch gefunden. Bei "Rice - Pops" denke der

Verkehr in erster Linie an Puffreis. Danach seien beide Teile der Gesamtbezeichnungen gleichermaßen prägend, die aber angesichts der Kennzeichnungsschwäche nicht unmittelbar verwechselt würden.

Auch eine mittelbare Verwechslungsgefahr scheide aus. Denn die Klägerin habe in der Vergangenheit ihre "Corn-Pops" unter Hervorhebung des Unternehmenskennzeichens "Kellogg's" vertrieben, weshalb der Verkehr sich daran orientieren werde.

Gegen dieses, der Klägerin am 3. April 2002 zugestellte Urteil hat sie am 3. Mai 2002 Berufung eingelegt und diese - nach Fristverlängerung - mit Schriftsatz vom 3. Juli 2002 begründet.

Eine in II. Instanz erhobene Widerklage der Beklagten gegen die Gemeinschaftsmarkenanmeldung "Pops" der Klägerin hat sie in der mündlichen Verhandlung vom 27. November 2002 (Bl. 200 d.A.) zurückgenommen.

Die Klägerin vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag und trägt ergänzend vor, das Wort "Pops" sei in keiner Weise beschreibend. Selbst wenn man dies annehmen wollte, würde das nur für Getreideprodukte gelten, so dass der Klage wegen der anderen Warenbereiche in weitem Umfang hätte stattgegeben werden müssen.

Sie beantragt,

unter Abänderung des am 26. März 2002 verkündeten Urteils des Landgerichts Hamburg zur Geschäfts-Nr. 407 O 181/01 die Beklagte zu verurteilen,

1. es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes, und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens DM 500.000;

Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre und zu vollstrecken an dem Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der Beklagten) zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr mit Süßwaren und Knabberartikeln, insbesondere Schokolade und Schokoladenwaren aller Art wie zum Beispiel Schokoladentafeln, Schokoladenriegel, Pralinen, mit Schokolade überzogene Cerealien, mit Cerealien und/oder Früchten und/oder Nüssen und/oder mit aus den vorgenannten gewonnenen Produkten gefüllte Schokolade; Cerealienriegel mit und ohne Schokolade;

Nussriegeln mit und ohne Schokolade; mit Schokolade oder Glukosesirup überzogenen Nüssen, Früchte, Mais, Puffreis und ähnlichen Getreideprodukten das Zeichen "Rice Pops" zu benutzen, insbesondere das Zeichen auf solchen Waren oder ihrer Aufmachung oder ihrer Verpackung anzubringen, unter diesem Zeichen solche Waren anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen, unter diesem Zeichen solche Waren einzuführen oder auszuführen, und/oder dieses Zeichen in Geschäftspapieren oder in der Werbung im Zusammenhang mit solchen Waren zu benutzen,

2. durch Erklärung gegenüber dem Deutschen Patent- und Markenamt in die Löschung der deutschen Marke 301 38 614.5 "Rice-Pops" einzuwilligen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verweist auf ihren erstinstanzlichen Vortrag und trägt darüber hinaus vor,

bei richtiger Anwendung der Prägetheorie müssten die Bestandteile "Corn" und "Pops" bzw. "Rice" und "Pops" als gleichwertig angesehen werden, so dass die Marken nicht verwechselt würden.

Darüber hinaus gebe es weitere Beispiele für die Benutzung von "Pops" als Beschreibung für das Produkt, wie die Anlagen H1 bis H5 zeigten.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes einschließlich der unerledigt gebliebenen Beweisantritte wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist in der Sache begründet.

Der Klägerin stehen gegen die Beklagte aus ihrer Marke "CORN POPS" (DD 650680, Anl. K2) Ansprüche auf Unterlassung der Benutzung und Löschung der Marke "Rice Pops" gem. § 14 Abs. 2 Ziff. 2 in Verbindung mit Absatz 5 bzw. §§ 51 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG zu.

I.

Bei der Prüfung der sich gegenüberstehenden Zeichen "CORN POPS" und "Rice Pops" ist im Rahmen des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG von dem allgemein anerkannten Grundsatz auszugehen, dass zwischen allen in Betracht zu ziehenden Umständen, nämlich der Kennzeichnungskraft des Klagzeichens, dem Ähnlichkeitsgrad der einander gegenüber stehenden Zeichen und dem wirtschaftlichen Abstand der Warenbereiche eine Wechselwirkung besteht, wonach eine höhere Kennzeichnungskraft des Klagzeichens oder ein höherer Grad der Ähnlichkeit der Zeichen einen größeren Abstand bei den angebotenen Waren-/Dienstleistungen ausgleichen kann und umgekehrt (BGH GRUR 2002, 898, 899 "defacto"; BGH GRUR 2001, 1161, 1162 "CompuNet/ComNet").

Die Bezeichnung "Corn Pops" hat durchschnittliche Kennzeichnungskraft und wird von beiden Zeichenbestandteilen geprägt. Der Senat teilt im Ergebnis nicht die Auffassung der Beklagten, beide Bestandteile oder jedenfalls der Bestandteil "Pops" sei glatt beschreibend für aus unter geringer Fettzufuhr gerösteter und dann aufbrechender Getreidekörner hergestellte Produkte. Die Marke ist vielmehr hinreichend unterscheidungskräftig.

Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH und der Instanzgerichte die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die angemeldeten Waren eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden. Hierbei ist grundsätzlich von einem großzügigen Maßstab auszugehen, das heißt, jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft reicht aus, um das

Schutzhindernis zu überwinden (st. Rspr. BGH GRUR 2002, 816f "Bonus II"; GRUR 2002, 261, 262 "AC"; vgl. auch EuGH GRUR 2001, 1145 = WRP 2001, 1276 "Babydry"). Unterscheidungskraft in diesem Sinne ist gegeben, wenn einer Marke kein für die fraglichen Waren im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsinhalt zugeordnet werden kann und es sich auch sonst nicht um ein Wort der deutschen oder einer bekannten Fremdsprache handelt, das vom Verkehr stets nur beschreibend und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird (st. Rspr.; BGH GRUR 2002, 816f "Bonus II"; GRUR 2000, 231, 232 "FÜNFER"; GRUR 2001, 735, 736 "Test it"; GRUR 2002, 261, 262 "AC", EuGH GRUR 2001, 1145 "Babydry").

Eine solche (konkrete) Unterscheidungseignung kann der Marke der Klägerin für die in Betracht zu ziehenden Waren - hier Knabberartikel und Süßwaren (auch aus Getreide) - nicht abgesprochen werden.

1.)

Richtig ist allerdings, dass es sich um ein sogenanntes sprechendes Zeichen handelt. Der Verkehr wird bei "Corn Pops" schon wegen des Wortes "Corn" Getreideprodukte assoziieren. Bei dem Wort "Pops" wird er eine gedankliche Verbindung zu dem bekannten Popcorn herstellen. Die reine Umkehrung der Bestandteile "Corn" und "Pop" führt allerdings nicht dazu, dass der Verkehr hierunter ein Popcorn entsprechendes Produkt vermutet. In der deutschen Sprache wird bei zusammengesetzten Begriffen der Gegenstand stets durch das zweite Wort bestimmt. Bei einer Bohnenstange handelt es sich um eine Stange, während die Stangenbohne eine Bohne ist. Popcorn ist demgemäß ein Corn, das - möglicherweise wegen des bei der Herstellung entstehenden Geräusches - pop ist. Andererseits sind Cornpops aus Corn hergestellte Pops, was auch immer das sein mag.

Entgegen der Annahme der Beklagten ist den angesprochenen Verkehrskreisen, zu denen auch die Mitglieder des Senats gehören, keineswegs seit frühester Kindheit die Herstellung von Popcorn als "poppen" bekannt. Den Begriff "poppen" kennen die Senatsmitglieder zwar, allerdings nicht von Kindesbeinen an, sondern erst etwa seit der Pubertät und in einem völlig anderen Zusammenhang, was hier aber nicht vertieft zu werden braucht. Die Verbindung zu Popcorn hilft also nicht weiter. Demgemäß kommt es auf die vorgelegten Produkte B2 bis B5 nicht an, weil es sich bei ihnen um Popcorn handelt, das auch als solches bezeichnet wird, und nicht um "Pops".

Die weiteren von der Beklagten vorgelegten Anlagen reichen weder in ihrer Zahl noch in ihrem Inhalt für die Annahme einer rein beschreibenden Funktion des Wortes "pops" aus. Dabei hat das Zeichen "Teddy - Pops" von vornherein außer Betracht zu bleiben, da es in der Anl. B7 ersichtlich kennzeichenmäßig verwendet wird. Dies mag für einen möglichen Schwächungseinwand wegen inflationären Gebrauchs des Wortes "Pops" eine Rolle spielen, ist aber für die Frage, ob "Pops" rein beschreibend ist, ohne Relevanz. Auch bei der Anlage B6 ("Dinkel POPS") ist die Annahme eines kennzeichenmäßigen Gebrauchs naheliegend. Denn das Produkt selbst wird gattungsbeschreibend als "gepuffter Dinkel" bezeichnet. Die weiteren im Berufungsverfahren eingereichten Anlagen H1 bis H5 sind weitgehend unerheblich. Die Anlagen H1 und H2 betreffen Angebote aus der Schweiz und aus Österreich, wie den Domainadressen zu entnehmen ist. Ihre Relevanz für den inländischen Markt ist nicht ersichtlich. Bei den "W. Honey Pops" (knusprige Weizen Pops mit Honig, Anl. H5) wird "Pops" wiederum als Kennzeichen benutzt.

Die Anlagen H3 und H4 lassen offen, ob das Wort "Pops" bei den angebotenen Pops bzw. Dinkel-Pops beschreibend oder als Kennzeichen eines Produktes benutzt wird. Die Anl. B1, die unter der Bezeichnung "Hotpop" eine Mischung zur Herstellung von Popcorn enthält, spricht in der Zubereitungsanleitung von "Poppgeräuschen" und "Pops" bezogen auf ein Geräusch, auf das der Verbraucher achten soll. Auch von einem "Poppergebnis" ist die Rede. Daraus ergibt sich allerdings nicht, dass der Verkehr das fertige Produkt gattungsbeschreibend als "Pops" bezeichnen wird. Die weiter angesprochenen "Lollypops" und die "Top of the Pops" spielen im hier interessierenden Zusammenhang keine Rolle.

Damit streitet von den vorgelegten Anlagen lediglich die Anl. B 8a für die Annahme der Beklagten, bei dem Wort "Pops" könne es sich um eine Gattungsbeschreibung für mit wenig Fett geröstete gepuffte Getreidekörner handeln. Dort ist in der Produktbeschreibung von "köstlichen Weizenpops" die Rede. Auch auf der Ingredienzien - Liste findet der Begriff "Weizenpops" Verwendung. Dies führt allerdings nicht zur Annahme einer Gattungsbezeichnung. Zum einen reicht die Benennung auf einem Produkt nicht für die Annahme aus, das Wort "Pops" habe sich im Verkehr als Gattungsbezeichnung durchgesetzt. Zum anderen wird in der Anl. B 8a auch erklärt, was hier unter Weizenpops zu verstehen ist, nämlich gepuffte Weizenkörner.

Indiziell sprechen schließlich gegen die Annahme einer reinen Gattungsbezeichnung die zahlreichen im europäischen Ausland eingetragenen "Pops" - Marken der Klägerin (Anlagenkonvolut K15). Nach den obigen Ausführungen deckt sich jedenfalls diese Einschätzung bei der Eintragungspraxis anderer Länder mit der inländischen Verbrauchervorstellung.

Angesichts dieser Sachlage sah der Senat keinen Anlass, zu der Frage, ob es sich bei der Bezeichnung "Pops" für die hier interessierenden Warenbereiche um eine Gattungsbezeichnung handelt, ein Sachverständigengutachten einzuholen.

2.)

Danach ist der Begriff "Corn - Pops" ohne weiteres geeignet, auf die Herkunft des Produktes der Klägerin hinzuweisen, namentlich auf die in den Anl. K1 bis K3 genannten Süßigkeiten und Knabberartikel, auch soweit sie Getreidebestandteile haben. Das Zeichen verfügt dabei über durchschnittliche Kennzeichnungskraft. Es handelt sich um ein sprechendes Zeichen. Für den Bestandteil "Corn" liegt das auf der Hand, da der Verkehr hiermit im weitesten Sinne ein Getreideprodukt in Verbindung bringen wird. Der Bestandteil "Pops" wird ihn wegen der Assoziation zu Pop Corn an ein knackiges Produkt erinnern. Der Senat hält in diesem Zusammenhang allerdings für ausgeschlossen, dass wesentlichen Anteilen des Verkehrs das englische Wort "Pops" im Deutschen als "Knackgeräusche" bekannt ist.

Die Marke ist auch nicht durch einen inflationären Gebrauch identischer oder ähnlicher Zeichen geschwächt. Die von der Beklagten vorgelegte Recherche hat kein einziges weiteres "Corn - Pops" - Produkt hervorgebracht. Auch im übrigen sind nur wenige Produkte vorhanden, die entweder "Pops" in Alleinstellung oder im Rahmen eines Kombinationszeichens verwenden. Dabei handelt es sich einmal um die als Anl. H1 bis H5 vorgelegten Internetseiten, in denen gelegentlich von "Pops" die Rede ist. Im übrigen sind zwei Produkte bekannt, die ein "Pops" - Kombinationszeichen tragen, nämlich die "Teddy - Pops" und die "Dinkel - Pops" des Schweizer Anbieters "c" (Anl. B7 und B6). Abgesehen davon, dass schon zweifelhaft ist, ob es sich für

den deutschen Markt bestimmte und dort vertriebene Produkte handelt, reichen diese wenigen Benutzungen für die Annahme einer Schwächung des Kennzeichens der Klägerin nicht aus.

3.

Die Klägerin hat die deutsche Marke "CORN - POPS" (Anl. K2) rechterhaltend jedenfalls für die Warenbereiche "Getreideerzeugnisse für Nahrungszwecke, insbesondere aus Mais in Form von aufgeschlossenen, gerösteten und extrudierten Körnern, auch gesüßt, gewürzt, vitaminisiert oder aromatisiert; aus diesen Erzeugnissen hergestellte Nahrungszubereitungen, insbesondere Frühstücksnahrungsmittel und Knabberartikel" benutzt. Dies ergibt sich aus der als Anl. K4 vorgelegten Kopie einer äußeren Verpackung des Produkts "CORN POPS", dessen - bestrittene - Umsätze für die Jahre 1996 bis 1999 vorgetragen sind und das den Mitgliedern des Senats bekannt ist. Bei dem Produkt handelt es sich um eine Frühstückscerealie aus Mais, der neben Zucker, Salz, Malzextrakt und Glukosesirup noch einige Vitamine und Mineralien zugesetzt sind. Mit diesem Produkt werden jedenfalls die oben genannten Warenbereiche abgedeckt und das Kennzeichen für diese Warenbereiche benutzt. Es handelt sich um ein Getreideerzeugnis für Nahrungszwecke, nämlich um ein gesüßtes Frühstücksnahrungsmittel aus gerösteten und extrudierten Maiskörnern. Daneben handelt es sich auch um einen Knabberartikel. Solche Artikel gibt es in zahlreicher Form. Insbesondere zeichnet sich entgegen der Ansicht der Beklagten ein Knabberartikel nicht dadurch aus, dass es sich dabei um Rosinen, Erdnüsse, Kartoffelchips oder ähnliches handeln müsse. Eine solche enge Begriffsbestimmung für Knabberartikel ist dem inländischen Verbraucherverständnis fremd. Der Bereich der Knabberartikel umfasst eine große Bandbreite unterschiedlicher gesüßter, gewürzter oder naturbelassener Artikel, die geknabbert werden können. Dazu gehören neben den von der Beklagten benannten Produkte etwa auch Kekse und Reiswaffeln, eben nahezu alles, was zu knabbern ist. Demgemäß gehören auch die von der Klägerin vertriebenen "CORN POPS" zu den Knabberartikeln. Denn sie werden keineswegs nur zum Frühstück mit Milch, sondern, wie die meisten von der Klägerin angebotenen Produkte, zu jeder Tageszeit als Knabberartikel genossen.

Der rechterhaltenden Benutzung steht schließlich auch nicht entgegen, dass die Klägerin ihr Produkt mit "CORN POPS" unter Voranstellung der Herstellerbezeichnung "K" gekennzeichnet hat. Insoweit ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass insbesondere bei der Kombination mehrerer Wortbestandteile, zu denen die dem Verkehr bekannte oder als solche erkennbare Unternehmenskennzeichnung des Markeninhabers gehört, der Verkehr sein Augenmerk vor allem auf die eigentliche Produktkennzeichnung und nicht auf die Unternehmenskennzeichnung richten wird (BGH GRUR 1996, 404, 406 "Blendax Pep"; GRUR 1997, 897, 898 "Ionofil"; GRUR 1998, 815, 816 "Nitrangin"; GRUR 1999, 583, 584 "LORA DI RECOARO"). So steht es auch hier. Der Verkehr wird das hier in Rede stehenden Produkt wie auch die anderen von der Klägerin stammenden Produkte (Anl. B12 bis B18) so bezeichnen, wie sie von der Klägerin gekennzeichnet sind, nämlich als "CORN POPS", "Smacks", "Honey - LOOPS" usw. und nicht als "K CORN POPS", "K SMACKS" oder "K Honey LOOPS".

4.

Zwischen den sich gegenüberstehenden Zeichen besteht Verwechslungsgefahr. Die Klägerin kann aus ihrer deutschen "CORN POPS" - Marke (Anl. K2) Unterlassung

der Bezeichnung "Rice-Pops" der Beklagten nach § 14 Abs. 2 Ziff. 2, Abs. 5 und deren Löschung nach §§ 51, 9 MarkenG verlangen.

a)

Zwischen den für die Klägerin geschützten Warenbereichen und denen, für die die Marke "Rice Pops" der Beklagten eingetragen ist, besteht teilweise Warenidentität und im übrigen eine erhebliche Warennähe. Die Marke der Beklagten ist eingetragen für Süßwaren und Knabberartikel, an die sich eine "insbesondere" - Aufzählung anschließt, die im wesentlichen Schokoladen- und Cerealienprodukte oder eine Kombination aus beidem nennt. Eine Warenidentität mit den für die Klägerin geschützten und benutzten zu knabbernden süßen Frühstückscerealien ist evident. Mindestens Branchennähe besteht ferner bei den Produkten "Cerealienriegel mit und ohne Schokolade", bei der es sich wegen des voranstehenden Semikolons um eine eigenständige Warengruppe innerhalb des geschützten Warenbereiches handelt. Denn auch bei einem "Cerealienriegel" handelt es sich um ein Knabberprodukt. Im übrigen bieten zahlreiche Hersteller, wie auch die Klägerin, neben Frühstückscerealien gleichzeitig Cerealienriegel an. Der Verkehr ist es also gewohnt, dass derartige Produkte vom gleichen Hersteller stammen. Entsprechendes gilt für Nussriegel mit und ohne Schokolade. Schließlich sind auch "mit Schokolade oder Glukosesirup überzogene Nüsse, Früchte, Mais, Puffreis und ähnliche Getreideprodukte" warenähnlich. Denn auch hierbei handelt es sich um süße Knabberartikel.

b)

Nach den bereits oben skizzierten Grundsätzen besteht eine Wechselbeziehung zwischen der Ähnlichkeit der Marken, dem Warenbereich und der Kennzeichnungskraft der Klagmarke, die für den konkreten Fall die Gefahr von Verwechslungen zwischen den Zeichen "CORN POPS" und "Rice-Pops" besorgen lässt.

aa)

Eine unmittelbare Verwechslungsgefahr scheidet bei den sich gegenüberstehenden Zeichen allerdings aus. Beide Zeichen stimmen nur im Bestandteil "Pops" überein. Der bereits erwähnte Umstand, dass die jeweiligen Marken beider Parteien von beiden Zeichenbestandteilen geprägt werden, steht der Annahme entgegen, der Verkehr könnte das Zeichen der Klägerin auf "Pops" verkürzen. Das im Klagzeichen vorangestellte "CORN" wiederum unterscheidet sich bildlich und klanglich deutlich von dem vorangestellten Bestandteil "Rice" der Beklagtenmarke, so dass die Gefahr unmittelbarer Verwechslungen nicht besteht.

bb)

Zwischen den Zeichen besteht aber mittelbare Verwechslungsgefahr. Eine solche mittelbare Verwechslungsgefahr ist anzunehmen, wenn der Verkehr zwar nicht der Gefahr unmittelbarer Verwechslungen erliegt, sondern die angegriffene Bezeichnung infolge einer teilweisen Übereinstimmung in einem wesensgleichen Stamm dem Inhaber der Klagmarke zurechnet (BGH GRUR 2000, 608, 609 "ARD - 1"). Auch bei der mittelbaren Verwechslungsgefahr gilt der Grundsatz, dass der Schutzbereich einer Marke soweit geht, wie Verwechslungen zu besorgen sind.

Eine solche mittelbare Verwechslungsgefahr besteht. Der Verkehr wird angesichts der identischen bzw. hochgradig ähnlichen Warenbereiche annehmen, die unter der Kennzeichnung "CORN POPS" und "Rice-Pops" vertriebenen Produkte, insbesondere die süßen Knabberartikel, stammten aus demselben Haus.

Zunächst einmal ist der Wortbestandteil "Pops" der Klagmarke Anknüpfungspunkt für ein Serienzeichen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes greift diese Art der Verwechslungsgefahr dann ein, wenn der übereinstimmende Bestandteil der Zeichen vom Verkehr als Stamm mehrerer Zeichen eines Unternehmens angesehen wird und deshalb nachfolgende Bezeichnungen mit wesensgleichem Stamm dem gleichen Zeicheninhaber zuordnet (BGH GRUR 2002, 542, 544 "Big"; BGH GRUR 2002, 544, 547 "Bank 24"; BGH GRUR 1999, 587, 589 "Cefallone"). Dies setzt allerdings voraus, dass Anhaltspunkte für eine solche Schlussfolgerung vorliegen, die etwa darin liegen können, dass der Zeicheninhaber bereits mehrerer Zeichen mit dem in Rede stehenden Zeichenbestandteil benutzt. Dies ist bei der Klägern allerdings nicht der Fall. Denn nach der vorgetragenen Benutzungslage hat sie jedenfalls im Inland lediglich die Marke "Corn Pops" benutzt. Darüber hinaus ist aber grundsätzlich auch nicht ausgeschlossen, in einem erstmalig verwendeten Zeichen ein Stammzeichen zu sehen. In diesem Fall bedarf es aber konkreter Anhaltspunkte, dass sich das Zeichen zu einem Zeichenstamm entwickelt (BGH GRUR 1999, 155, 156 "Dribeck's Light"; BGH GRUR 1996, 777, 778 "Joy"; BGH GRUR 1996, 200, 202 "Innovadiclophlont"). Solche konkreten Anhaltspunkte sind gegeben. Zum einen handelt es sich bei "Pops" um einen - wie bereits ausgeführt - nicht beschreibenden, sondern durchaus prägenden Begriff. Hinzu kommt, dass es sich bei "Pops" in der Kennzeichnung "CORN POPS" um das Grundwort handelt, das eher als Anknüpfungspunkt für ein Serienzeichen in Betracht kommt als das Bestimmungswort "CORN" (vgl. Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14 Rnr. 429 m.w.N.), zumal der Zeichenbestandteil "Corn" stark beschreibende Anklänge aufweist, ohne dass dies allerdings - wie bereits oben erörtert - seine das Gesamtzeichen mitprägende Wirkung entfallen lässt. Aufgrund der Teilidentität zwischen Klagmarke und Verletzungszeichen in dem Bestandteil "Pops" liegt für den Verkehr, der die Marke "CORN POPS" der Klägerin kennt, die Annahme nahe, es handele sich bei Rice - Pops um ein Produkt der Klägerin. Denn durch die Voranstellung der jeweiligen Bezeichnungen "Corn" bzw. "Rice" kann der Eindruck entstehen, dass es sich bei "Pops" um den Stammbestandteil eines Serienzeichens handelt, das jeweils durch Voranstellen eines konkretisierenden Bestandteils zur Grundlage der "Pops" für unterschiedliche Produktlinien von Waren verwendet wird. Dies gilt um so mehr, als die sehr dicht bei einander liegenden und teilweise identischen Warenbereiche solcher unterschiedlichen Produktlinien einer "Pops" - Reihe besonders naheliegend erscheinen lassen.

Die Unterlassungsklage ist danach begründet.

II.

Der Löschungsanspruch folgt aus § 51 Abs. 1 in Verbindung mit § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG. Zur Begründung kann auf das oben unter I. Gesagte Bezug genommen werden.

III.

Die Einräumung einer Aufbrauchfrist kommt nicht in Betracht. Hierfür hätte es eines substantiierten Sachvortrags der Beklagten bedurft, der ein Interesse an der

Einräumung einer Aufbrauchsfrist erkennen lässt (BGH GRUR 1982, 420, 423 "BBC/DDC"; BGH GRUR 1961, 283, 284 "Mon Cherie II"). Die Beklagte hat jedoch keine Umstände vorgetragen, die für ein Aufbrauchsinteresse sprechen könnten, wobei schon unklar geblieben ist, ob die Marke "Rice Pops" überhaupt benutzt wird. Lediglich in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat (insoweit nicht protokolliert) klang an, dass auf der Umhüllung einer Minipackung der Puffreis - Schokoladenzubereitung "N" die Worte "Rice Pops" Verwendung finden.

IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 269 Abs. 3 (Rücknahme der Widerklage), 108 ZPO, die zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Ziff. 10, 711 ZPO. Dem Antrag der Beklagten nach § 712 ZPO war nicht zu entsprechen, da jeder Vortrag dazu fehlt, dass ihr die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde.

Der vorliegende Rechtsstreit gibt keine Veranlassung, gem. § 543 Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen. Es handelt sich auf der Grundlage feststehender Rechtsgrundsätze um eine reine Einzelfallentscheidung.