MIR Medien Internet und Recht
Onlinepublikation zum Medien- und Internetrecht

Volltext zu:	MIR 2021, Dok. 067
Veröffentlicht in:	MIR 08/2021
Gericht:	BGH
Aktenzeichen:	I ZR 139/20
Entscheidungsdatum:	29.07.2021
ECLI:	ECLI:DE:BGH:2021:290721UIZR139.20.0
Vorinstanz(en):	LG München I, 15.10.2019 - 33 O 13884/18 OLG München, 30.07.2020 - 29 U 6389/19
Bearbeiter:	Rechtsanwalt Thomas Ch. Gramespacher
Permanenter Link MIR-Dok.:	http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=3108

medien-internet-und-recht.de ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar. Inhaltliche/redaktionelle Fehler vorbehalten.

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Mai 2021 durch (...)

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerinnen wird das Urteil des 29. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 30. Juli 2020 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerinnen sind Gesellschaften der Unternehmensgruppe Lindt & Sprüngli. Die Klägerin zu 2 ist die Konzernobergesellschaft mit Sitz in der Schweiz, die Klägerin zu 1 ist die für die Herstellung und den Vertrieb in Deutschland verantwortliche deutsche Tochtergesellschaft. Die Unternehmensgruppe Lindt & Sprüngli ist dem Verkehr seit Jahrzehnten als Herstellerin von qualitativ hochwertiger Schokolade bekannt.

2 Eines der beliebtesten Produkte der Klägerinnen ist der Lindt-Goldhase, ein von einer goldenen Folie umhüllter sitzender Schokoladenhase:

Der Lindt-Goldhase wird als 10 g, 50 g, 100 g, 200 g, 500 g und 1 kg Schokoladenhase angeboten. Es gibt verschiedene Sorten, die sich äußerlich vor allem durch die farbliche Gestaltung des Halsbands unterscheiden. Der Lindt-Goldhase wurde im Jahr 1952 entwickelt und wird seitdem in Deutschland in goldener Folie angeboten. Im aktuellen Goldton wird er seit dem Jahr 1994 in Deutschland vertrieben. Die Klägerinnen setzten in den letzten 30 Jahren allein in Deutschland mehr als 500 Millionen Goldhasen ab. Der Lindt-Goldhase ist der mit Abstand meistverkaufte Osterhase Deutschlands. Sein Marktanteil betrug in Deutschland im Jahr 2017 über 40%. Die Klägerinnen bewerben den Lindt-Goldhasen vor und zu Ostern in großem Umfang in einer Vielzahl unterschiedlicher Medien.

3 Die Klägerinnen vertreiben in Deutschland auch nicht in Goldfolie gewickelte Schokoladenhasen:

4 Die Beklagte ist Herstellerin von Schokoladenprodukten und vertrieb in der Ostersaison 2018 sitzende Schokoladenhasen in den Größen 22 g und 50 g, die gleichfalls von einer goldenen Folie umhüllt und wie folgt gestaltet waren:

5 Die Klägerinnen behaupten, der Lindt-Goldton des Lindt-Goldhasen sei überragend bekannt. Ausweislich des Verkehrsgutachtens gemäß Anlage K 26 aus September 2018 verstünden knapp 80% des angesprochenen Verkehrs den goldenen Farbton als Herkunftshinweis auf die Klägerinnen. Die Klägerinnen sind der Auffassung, sie seien gemeinsam Inhaberinnen einer Benutzungsmarke an dem Goldton des Lindt-Goldhasen (Farbton "CIELAB 86.17, 1.56, 41.82"). Die Verkehrsgeltung bestehe für die Ware "Schokoladenhasen". Der Vertrieb der streitgegenständlichen Hasen der Beklagten verletze die Rechte an dieser bekannten Benutzungsmarke.

6 Die Klägerinnen haben beantragt,

der Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verbieten, ohne Zustimmung der Klägerinnen im geschäftlichen Verkehr Schokoladenosterhasen in einem Goldton anzubieten, in den Verkehr zu bringen, zu den vorgenannten Zwecken zu besitzen, anbieten zu lassen, in den Verkehr bringen zu lassen, herzustellen, herstellen zu lassen, einzuführen, einführen zu lassen, auszuführen, ausführen zu lassen und/oder in Geschäftspapieren und/oder in der Werbung zu benutzen und/oder benutzen zu lassen, wenn dies geschieht wie in Anlagen K 27 [original 50 g Schokoladenhase der Beklagten] und/oder K 28 [original 22 g Schokoladenhase der Beklagten].

Hilfsweise:

Die Beklagten nach Antrag 1 mit der Maßgabe zu verurteilen, dass er auf sitzende Schokoladenosterhasen und auf die Anlagen K 27a [Abbildungen des 50 g Schokoladenhasen der Beklagten] und K 28a [Abbildungen des 22 g Schokoladenhasen der Beklagten] bezogen wird.

7 Die Klägerinnen haben die Beklagte ferner auf Auskunft in Anspruch genommen und die Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht begehrt.

8 Das Landgericht hat der Klage nach dem Hilfsantrag stattgegeben (LG München I, WRP 2019, 1625). Die dagegen gerichtete Berufung der Klägerinnen ist erfolglos geblieben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das Urteil des Landgerichts aufgehoben und die Klage abgewiesen (OLG München, WRP 2020, 1633). Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgen die Klägerinnen ihr Klagebegehren vollumfänglich weiter.

Entscheidungsgründe:

9 A. Das Berufungsgericht hat die Klage im Hauptantrag für zulässig aber unbegründet erachtet. Den Klägerinnen stehe keine Benutzungsmarke an dem goldenen Farbton des Lindt-Goldhasen zu. Dazu hat es ausgeführt:

10 Der goldene Farbton des Lindt-Goldhasen habe für die Ware Schokoladenhasen keine Verkehrsgeltung erlangt. Das Verkehrsgutachten trage nicht dem Umstand Rechnung, dass die Klägerinnen die goldene Farbe nicht für Schokoladenhasen generell verwendeten, sondern nur für ein sehr bekanntes und erfolgreiches Produkt. Die vermeintliche Zuordnung der goldenen Farbe zum "Unternehmen Lindt" bei Schokoladenhasen beruhe allein auf der außergewöhnlichen Bekanntheit des Lindt-Goldhasen und begründe keine Verkehrsgeltung der Farbe des Goldhasen für jede Form in entsprechender Goldfolie eingewickelter Schokoladenhasen. Dementsprechend liege allein in der großflächigen Benutzung der goldenen Farbe für die Hasen der Beklagten auch keine markenmäßige Benutzung.

11 B. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Klägerinnen hat Erfolg und führt zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die Klage nicht abgewiesen werden. Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass der Hauptantrag zulässig ist (dazu B I). Die Revision wendet sich aber mit Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, den Klägerinnen stehe keine Benutzungsmarke an dem Goldton des Lindt-Goldhasen zu (dazu B II).

12 I. Die Klage ist im Hauptantrag zulässig. Der Hauptantrag ist insbesondere nicht deshalb unzulässig, weil die angegriffenen Ausführungsformen (Anlagen K 27 und K 28), auf die der Antrag Bezug nimmt, nicht mit einem zukünftigen Urteil zu einer einheitlichen Urkunde verbunden werden können.

13 1. Ein Urteilsausspruch muss äußerlich in einer Art und Weise festgelegt werden, dass er auch nach Verkündung bestimmbar bleibt, da andernfalls nach Rechtskraft der Entscheidung und insbesondere bei der Zwangsvollstreckung Unsicherheiten entstehen können. Aus diesem Grund muss der Urteilsausspruch in aller Regel aus sich heraus oder gegebenenfalls im Zusammenhang mit seiner Begründung bestimmbar sein, was zur Folge hat, dass der Urteilsinhalt grundsätzlich in einer einheitlichen Urkunde festzulegen ist. Nur in besonders gelagerten Fällen können bei der Bemessung der Anforderungen, die zur Sicherung der Bestimmtheit des Urteilsausspruchs aufzustellen sind, die Erfordernisse der Gewährung eines wirksamen Rechtsschutzes oder der Vermeidung eines unangemessenen Aufwands mit abzuwägen sein (vgl. BGH, Urteil vom 14. Oktober 1999 - I ZR 117/97, BGHZ 142, 388, 391 [juris Rn. 16] - Musical-Gala; Urteil vom 27. November 2014 - I ZR 124/11, GRUR 2015, 672 Rn. 36 = WRP 2015, 739 - Videospiel-Konsolen II). In Sonderfällen kann deshalb in der gerichtlichen Entscheidung auch auf Anlagen verwiesen werden, die zu den Akten gegeben worden sind. Die Bestimmtheit der gerichtlichen Entscheidung ist in diesen Fällen nicht davon abhängig, dass die Anlagen mit der Urschrift der Entscheidung körperlich verbunden werden. Bei der späteren Vollstreckung von Unterlassungstiteln kann auf in Bezug genommene, zu den Akten gereichte Anlagen in aller Regel ohne weiteres zurückgegriffen werden (vgl. BGHZ 142, 388, 391 f. [juris Rn. 16 f.] - Musical-Gala, mwN; BGH, Urteil vom 22. November 2007 - I ZR 12/05, GRUR 2008, 357 Rn. 24 = WRP 2008, 499 - Planfreigabesystem).

14 2. Das Berufungsgericht hat den Streitfall zutreffend als einen unter diese Rechtsprechung fallenden Ausnahmefall eingestuft. Das folgt bereits aus der Notwendigkeit der Bestimmtheit des Klageantrags (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) und der Urteilsformel (§ 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO), die eine Bezugnahme auf die als Anlagen K 27 und K 28 zu den Akten gereichten Schokoladenhasen der Beklagten erfordert. Bei der behaupteten Verletzung einer abstrakten Farbmarke kommt es auf die exakten Farbtöne der glänzenden Folie an, die von der Beklagten für ihre Schokoladenhasen verwendet wird. Der Umfang möglicher Abweichungen der angegriffenen Verletzungsform vom Farbton der behaupteten Benutzungsmarke lässt sich anhand der Ablichtungen gemäß den Anlagen K 27a und K 28a aufgrund der Schattierungen schlecht beurteilen. Dem steht nach den dargestellten Maßstäben nicht entgegen, dass die Anlagen K 27 und K 28 nicht mit einem Urteil zu einer einheitlichen Urkunde verbunden werden können. Die Zwangsvollstreckung eines Unterlassungstitels obliegt dem Prozessgericht (§ 890 Abs. 1 Satz 1 ZPO), das auf die zu den Akten gereichten Anlagen zurückgreifen kann. Der Gefahr eines Verlusts der Anlagen oder ihrer Rückgabe an die Parteien kann entgegengewirkt werden und besteht grundsätzlich auch für das Urteil und die Akte.

15 II. Die Revision wendet sich mit Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, den Klägerinnen stehe kein Unterlassungsanspruch zu, weil sie keine Benutzungsmarke in der Form einer abstrakten Farbmarke an dem Farbton "CIELAB 86.17, 1.56, 41.82" für Schokoladenhasen erworben hätten.

16 1. Der auf Wiederholungsgefahr gestützte und in die Zukunft gerichtete Unterlassungsanspruch aus § 14 Abs. 5 Satz 1 MarkenG besteht nur, wenn die beanstandeten Handlungen sowohl nach dem zur Zeit der beanstandeten Handlung geltenden Recht als auch nach dem zur Zeit der Revisionsentscheidung geltenden Recht rechtsverletzend waren. Nach dem Zeitpunkt der beanstandeten Handlungen im Jahr 2018 ist das im Streitfall maßgebliche Recht durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2015/2436 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2015 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken vom 11. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2357) mit Wirkung ab 14. Januar 2019 novelliert worden. Die Vorschrift des § 4 Nr. 2 MarkenG über die Entstehung des Markenschutzes durch Benutzung ist dabei nicht geändert worden. Die Änderungen in § 14 Abs. 2 MarkenG nF sind für die Entscheidung im Streitfall ohne Bedeutung (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2019 - I ZR 195/17, GRUR 2019, 522 Rn. 12 = WRP 2019, 749 - SAM; zu den vergleichbaren Änderungen des § 9 MarkenG vgl. BGH, Beschluss vom 14. Februar 2019 - I ZB 34/17, GRUR 2019, 1058 Rn. 15 = WRP 2019, 1316 - KNEIPP).

17 2. Nach § 4 Nr. 2 MarkenG entsteht Markenschutz durch die Benutzung eines Zeichens im geschäftlichen Verkehr, soweit das Zeichen innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Marke Verkehrsgeltung erworben hat. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass auch an einem Zeichen, das in einer Farbe oder einer Farbkombination ohne konkrete Konturen besteht, die Rechte einer Benutzungsmarke nach § 4 Nr.

2 MarkenG erworben werden können, wenn die allgemeinen Kriterien der Markenfähigkeit gegeben sind (§ 3 MarkenG; dazu B II 3) und für das Zeichen durch Benutzung Verkehrsgeltung erlangt worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 19. Februar 2009 - I ZR 195/06, BGHZ 180, 77 Rn. 22 - UHU, mwN; dazu B II 4).

18 3. Nach § 3 Abs. 2 MarkenG sind bestimmte Zeichen dem Markenschutz nicht zugänglich. Diese Vorschrift steht dem Erwerb einer Benutzungsmarke an dem Lindt-Goldton nicht entgegen.

19 a) Nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 MarkenG in der bis zum 13. Januar 2019 geltenden Fassung (aF) sind Zeichen vom Markenschutz ausgeschlossen, die ausschließlich aus einer Form bestehen, die durch die Art der Ware selbst bedingt ist (Nr. 1), zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist (Nr. 2) oder der Ware einen wesentlichen Wert verleiht (Nr. 3). Die Neufassung dieser Vorschrift erweitert die Ausschlussgründe auf Zeichen, die - neben Formen - ausschließlich aus "anderen charakteristischen Merkmalen" bestehen. Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob die Neufassung im Streitfall anwendbar ist.

20 b) Nach § 3 Abs. 2 MarkenG nF wäre im Streitfall zu prüfen, ob ein Schutzausschließungsgrund gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 MarkenG nF vorliegt. Farben (oder Farbzusammenstellungen) können charakteristische Merkmale eines Zeichens im Sinne dieser Vorschrift darstellen (vgl. Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl., § 3 Rn. 100; Hacker, GRUR 2019, 113, 115). Die Neufassung der Vorschrift findet auf den Streitfall jedoch keine Anwendung.

21 aa) Eine Übergangsregelung betreffend die Frage der Anwendbarkeit der erweiterten Schutzausschließungsgründe des § 3 Abs. 2 MarkenG nF auf vor dem 14. Januar 2019 bestehende Markenrechte fehlt (vgl. Hacker in Ströbele/ Hacker/Thiering aaO § 3 Rn. 157). In § 158 Abs. 7 MarkenG nF ist lediglich geregelt, dass die neuen absoluten Schutzhindernisse gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 9 bis 12 MarkenG nF auf vor dem 14. Januar 2019 angemeldete Marken keine Anwendung finden (vgl. Hacker, GRUR 2019, 113, 115).

22 bb) Eine Rückwirkung der "andere charakteristische Merkmale" betreffenden Ausschlussgründe des § 3 Abs. 2 MarkenG nF auf vor der Rechtsänderung angemeldete und eingetragene oder kraft Verkehrsgeltung erworbene Marken kommt jedoch nach allgemeinen Grundsätzen nicht in Betracht.

23 (1) Die Bestimmung des § 3 Abs. 2 MarkenG nF dient der Umsetzung von Art. 4 Abs. 1 Buchst. e der Richtlinie (EU) 2015/2436 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken und ist auch insoweit unionsrechtskonform auszulegen, als sie Benutzungsmarken nach § 4 Nr. 2 MarkenG erfasst, deren Schutz ausschließlich nationalen Regeln folgt (vgl. BGH, Urteil vom 11. Juli 2002 - I ZR 35/00, GRUR 2002, 1053, 1065 Rn. 38 = WRP 2002, 1273 - Aspirin; Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering aaO § 4 Rn. 2). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union sind materiellrechtliche Vorschriften, um die Beachtung der Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes zu gewährleisten, so auszulegen, dass sie für vor ihrem Inkrafttreten eingetretene Sachverhalte nur gelten, soweit aus ihrem Wortlaut, ihrer Zielsetzung oder ihrem Aufbau eindeutig hervorgeht, dass ihnen eine solche Wirkung beizumessen ist (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2011 - C-4/10 und C-27/10, Slg. 2011, I-6131 = GRUR 2011, 926 Rn. 26 - Bureau national interprofessionnel du Cognac). Für die Art. 4 Abs. 1 Buchst. e Ziffer iii der Richtlinie (EU) 2015/2436 entsprechende Regelung des Art. 7 Abs. 1 Buchst. e Ziffer iii der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 über die Unionsmarke in der Fassung der Änderungsverordnung (EU) 2015/2424 hat der Gerichtshof der Europäischen Union in Anwendung dieser allgemeinen Grundsätze entschieden, diese Vorschrift sei dahin auszulegen, dass sie nicht für Marken gilt, die vor dem Inkrafttreten dieser Verordnung in geänderter Fassung eingetragen wurden (vgl. EuGH, Urteil vom 14. März 2019 - C-21/18, GRUR 2019, 513 Rn. 30 bis 33 = WRP 2019, 717 - Textilis [MANHATTAN]). Die Vorschrift des § 3 Abs. 2 MarkenG nF ist danach ebenfalls nicht auf Marken anzuwenden, die vor dem Inkrafttreten dieser Vorschrift am 14. Januar 2019 eingetragen worden sind (vgl. BPatG, Beschluss vom 17. Juli 2019 - 28 W [pat] 504/16, juris Rn. 13; Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering aaO § 3 Rn. 157; BeckOK.Markenrecht/Kur, 25. Edition [Stand 1. April 2021], § 3 MarkenG Rn. 70; Hacker, GRUR 2019, 113, 115).

24 (2) Der Umstand, dass Art. 4 Abs. 1 Buchst. e der Richtlinie (EU) 2015/2436 gemäß ihrem Art. 56 Abs. 1 bereits am 12. Januar 2016 in Kraft getreten ist, erfordert keine andere Beurteilung.

25 Die Umsetzungsfrist für die Neufassung von § 3 Abs. 2 MarkenG lief gemäß Art. 54 Abs. 1 Unterabsatz 1 Satz 1 der Richtlinie (EU) 2015/2436 bis zum 14. Januar 2019. Vor Ablauf der in einer Richtlinie festgelegten Umsetzungsfrist kommt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie nicht in Betracht (vgl. EuGH, Urteil vom 3. März 1994 - C-316/93, Slg. 1994, I-763 = EuZW 1994, 441 Rn. 16 - Vaneetveld).

26 Während des Laufs der Umsetzungsfrist haben die Mitgliedstaaten lediglich den Erlass von Vorschriften zu unterlassen, die geeignet sind, die Erreichung des in der Richtlinie vorgeschriebenen Ziels ernstlich zu

gefährden (vgl. EuGH, Urteil vom 4. Juli 2006 - C-212/04, Slg. 2006, I-6057 = NJW 2006, 2465 Rn. 121 - Adeneler u.a.). Darüber hinaus müssen es die nationalen Gerichte ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens einer Richtlinie soweit wie möglich unterlassen, das innerstaatliche Recht auf eine Weise auszulegen, die die Erreichung des mit der Richtlinie verfolgten Ziels nach Ablauf der Umsetzungsfrist ernsthaft gefährden würde (vgl. EuGH, NJW 2006, 2465 Rn. 123 - Adeneler u.a.; BGH, Urteil vom 26. Juni 2012 - XI ZR 316/11, NJW 2012, 2873 Rn. 27 mwN). Sie sind zu einer richtlinienkonformen Auslegung bereits bestehender Rechtsvorschriften zwar berechtigt (vgl. BGH, Urteil vom 5. Februar 1998 - I ZR 211/95, BGHZ 138, 55, 59 f. [juris Rn. 43] - Testpreis-Angebot), aber nicht verpflichtet (vgl. EuGH, NJW 2006, 2465 Rn.115 und 123 - Adeneler u.a.; BGH, Urteil vom 3.März 2011 - I ZR 167/09, GRUR 2011, 747 Rn. 23 = WRP 2011, 1054 - Kreditkartenübersendung).

27 Im Streitfall geht es nicht um eine - auch vor Ablauf der Umsetzungsfrist grundsätzlich mögliche - richtlinienkonforme Auslegung bereits bestehender nationaler Rechtsvorschriften, sondern um eine zur Umsetzung der Richtlinie erst noch zu schaffende Rechtsvorschrift. Vor Ablauf der Umsetzungsfrist hätte die Eintragung einer Marke danach nicht - entgegen dem Wortlaut von § 3 Abs. 2 MarkenG aF - unter Berufung auf die zukünftig erweiterten Schutzausschließungsgründe des § 3 Abs. 2 MarkenG nF abgelehnt werden können. Ebenso wenig kann der Markenschutz nach Inkrafttreten des neuen Schutzhindernisses rückwirkend mit der Begründung entfallen, die Änderung sei zum Anmeldezeitpunkt bereits im Unionsrecht angelegt gewesen (zweifelnd BeckOK.Markenrecht/Kur aaO § 3 MarkenG Rn. 70.2). Das stellte eine nicht gerechtfertigte Verletzung der Eigentumsgarantie dar und wäre mit den Grundsätzen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit nicht vereinbar.

28 (3) Diese Maßstäbe gelangen unabhängig davon zur Anwendung, ob es sich um eingetragene Marken (§ 4 Nr. 1 MarkenG) oder nicht eingetragene Marken (§ 4 Nr. 2 und 3 MarkenG) handelt. Das Markengesetz geht von der Gleichwertigkeit aller in § 4 MarkenG genannten Markenformen aus. Eine von den Klägerinnen behauptete Benutzungsmarke (§ 4 Nr. 2 MarkenG) genießt denselben Schutz wie eine Registermarke (§ 4 Nr. 1 MarkenG), sofern die in § 4 Nr. 2 MarkenG genannten Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. Ekey in Ekey/Bender/Fuchs-Wissemann, Markenrecht, 4. Aufl., §4 MarkenG Rn.30; Fezer, MarkenR, 4. Aufl., § 4 MarkenG Rn. 1). Sie ist als Immaterialgüterrecht ebenso durch die Eigentumsgarantie geschützt wie die Registermarke (vgl. Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 17 EU-Grundrechtecharta und Art. 1 Abs. 1 des Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention).

29 cc) Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist § 3 Abs. 2 MarkenG nF im Streitfall nicht deswegen anwendbar, weil bei Benutzungsmarken jeweils (erneut) zu prüfen wäre, ob das Zeichen (noch) markenfähig ist, und sich das anwendbare materielle Recht deshalb nach dem Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz richtete.

30 (1) Nach § 4 Nr. 2 MarkenG entsteht der Markenschutz durch die Benutzung eines Zeichens im geschäftlichen Verkehr, soweit das Zeichen innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Marke Verkehrsgeltung erworben hat. Der Schutz entsteht in dem Umfang und zu dem Zeitpunkt des Erwerbs der Verkehrsgeltung innerhalb der beteiligten Verkehrskreise (vgl. BGHZ 180, 77 Rn. 22 - UHU; Ekey in Ekey/Bender/Fuchs-Wissemann aaO § 4 MarkenG Rn. 27). Dementsprechend ist gemäß § 6 Abs. 3 Fall 1 MarkenG für die Bestimmung des Zeitrangs einer Benutzungsmarke im Sinne von § 4 Nr. 2 MarkenG der Zeitpunkt maßgeblich, zu dem das Recht erworben wurde. Die von den Klägerinnen behauptete Benutzungsmarke hätten diese unter Berücksichtigung des Verkehrsgutachtens aus September 2018 jedenfalls vor dem 14. Januar 2019 und damit vor der Neuregelung von § 3 Abs. 2 MarkenG kraft Verkehrsgeltung erworben. Dieser Zeitpunkt ist für die Frage des anwendbaren Rechts maßgeblich (vgl. BeckOK.Markenrecht/Weiler aaO § 4 MarkenG Rn. 28). Dass die behauptete Verkehrsgeltung des beanspruchten Goldtons nachfolgend entfallen und erst unter der Geltung des § 3 Abs. 2 MarkenG nF (neu) erworben worden wäre, wird von der Beklagten nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich.

31 (2) Der Umstand, dass eine Benutzungsmarke ihre Verkehrsgeltung (wieder) verlieren oder sich - ebenso wie eine registrierte Marke (vgl. § 49 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) - zu einer gebräuchlichen Warenbezeichnung entwickeln kann (vgl. auch Fezer aaO § 4 MarkenG Rn. 220), bedeutet nicht, dass auch ihre Markenfähigkeit jeweils erneut zu prüfen wäre und eine Gesetzesänderung nachträglich zum Verlust der Markenfähigkeit einer bereits erworbenen und - kraft andauernder Verkehrsgeltung im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung - weiterhin bestehenden Benutzungsmarke führen würde. Einer Marke, die vor dem Inkrafttreten einer Neuregelung - sei es durch Eintragung, sei es durch Benutzung - Schutz erlangt hat, kann dieser Schutz durch eine Neuregelung grundsätzlich nicht entzogen werden. Eine Benutzungsmarke kann ihren Schutz zwar verlieren, wenn sie ihre Verkehrsgeltung verliert; auch eine Registermarke kann den Schutz verlieren, wenn sie mangels rechtserhaltender Benutzung gelöscht wird. Dabei handelt es sich aber um Regelungen für den Verlust oder die Entziehung des Schutzes, die bereits bei Erlangung des Schutzes bestanden.

32 c) Nach der danach im Streitfall anwendbaren Vorschrift des § 3 Abs. 2 MarkenG aF kommt eine Schutzausschließung der von den Klägerinnen geltend gemachten Benutzungsmarke nicht in Betracht. Die Ausschlussgründe der Vorschrift des § 3 Abs. 2 MarkenG aF beschränken sich auf Formmarken. Die Klägerinnen beanspruchen aber eine abstrakte Farbmarke.

33 4. Die Klägerinnen haben unter Berücksichtigung der von ihnen vorgelegten Verkehrsbefragung (Anlage K 26) nachgewiesen, dass der von ihnen beanspruchte Goldton des Lindt-Goldhasen innerhalb der beteiligten Verkehrskreise im Sinne von § 4 Nr. 2 MarkenG als Marke Verkehrsgeltung für Schokoladenhasen erlangt hat. Dass die Verkehrsgeltung im maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung entfallen gewesen wäre, haben die Beklagten nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich.

34 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, der goldene Farbton des Lindt-Goldhasen habe für die Ware Schokoladenhasen keine Verkehrsgeltung erlangt. Das Gutachten gemäß Anlage K 26 trage dem Umstand nicht Rechnung, dass die Klägerinnen die goldene Farbe nicht für Schokoladenhasen generell verwendeten, sondern lediglich für ein sehr bekanntes und erfolgreiches Produkt, dessen Gestaltung dem Verkehr bekannt sei. Der Goldton werde nicht als Hausfarbe für verschiedene von den Klägerinnen vertriebene Schokoladenhasen verwendet. Die Zuordnung der goldenen Farbe bei Schokoladenhasen zu einem bestimmten Unternehmen gemäß dem Gutachten könne allein aufgrund der Verwendung für ein bestimmtes, dem Verkehr in seiner Gestaltung bekanntes Produkt erfolgt sein, nicht aufgrund einer Verwendung der Farbe durch die Klägerinnen für Schokoladenhasen generell. Verkehrsgeltung könne aber nur angenommen werden, wenn der Verkehr in dem Goldton der Lindt-Goldhasen auch dann einen Herkunftshinweis auf die Klägerinnen sehe, wenn es sich bei einem in Goldfolie eingewickelten Schokoladenhasen aufgrund seiner sonstigen Gestaltungsmerkmale ersichtlich nicht um den bekannten Lindt-Goldhasen handele. Das sei nicht der Fall. Da dem Verkehr nicht nur die Farbe, sondern auch die sonstige Gestaltung der Lindt-Goldhasen bekannt sei, werde er in Goldfolie gewickelte Hasen, die ansonsten gänzlich anders aussähen als die Lindt-Goldhasen, sogar eher nicht dem "Unternehmen Lindt" zuordnen. Dieses Verkehrsverständnis könne der Senat selbst feststellen. Die vermeintliche Zuordnung der goldenen Farbe zum "Unternehmen Lindt" bei Schokoladenhasen durch den Verkehr beruhe allein auf der außergewöhnlichen Bekanntheit des Lindt-Goldhasen und begründe keine Verkehrsgeltung der Farbe des Goldhasen für jede Form in entsprechender Goldfolie eingewickelter Schokoladenhasen. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

35 b) Verkehrsgeltung im Sinne von § 4 Nr. 2 MarkenG setzt voraus, dass ein jedenfalls nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise in dem Zeichen einen Hinweis auf die Herkunft der damit gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen aus einem bestimmten Unternehmen sieht (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2008 - I ZR 190/05, GRUR 2008, 917 Rn. 38 = WRP 2008, 1319 - EROS, mwN). Das notwendige Maß an Verkehrsgeltung eines Zeichens kann nicht in der Weise festgelegt werden, dass einem prozentmäßig bestimmten Anteil der angesprochenen Verkehrskreise bekannt sein müsse, dass das Zeichen für bestimmte Waren oder Dienstleistungen auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen hinweist. Zu berücksichtigen sind vielmehr die Umstände des Einzelfalls (vgl. BGH, Urteil vom 4. September 2003 - I ZR 23/01, BGHZ 156, 126, 134 f. [juris Rn. 31] - Farbmarkenverletzung I, mwN; zur Verkehrsdurchsetzung vgl. EuGH, Urteil vom 19. Juni 2014 - C-217/13, C-218/13, GRUR 2014, 776 Rn. 70 = WRP 2014, 940 - Oberbank u.a. [Farbmarke Rot]; BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2014 - I ZB 61/13, GRUR 2015, 581 Rn. 42 f. = WRP 2015, 726 - Langenscheidt-Gelb).

36 Bei Farbzeichen gehört dazu insbesondere der Umstand, dass die Allgemeinheit angesichts der geringen Zahl der tatsächlich verfügbaren Farben ein Interesse daran hat, dass der Bestand an verfügbaren Farben nicht mit wenigen Markenrechten erschöpft wird. Für die Anerkennung einer Benutzungsmarke an einem Zeichen, das in einer Farbe ohne räumliche Begrenzung besteht, ist deshalb grundsätzlich ein höherer Grad an Verkehrsgeltung zu fordern als bei normal kennzeichnungskräftigen Zeichen, bei denen kein besonderes Freihalteinteresse gegeben ist (BGHZ 156, 126, 135 [juris Rn. 32] - Farbmarkenverletzung I; Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering aaO § 4 Rn. 50; zur Verkehrsdurchsetzung vgl. BGH, Urteil vom 28. August 2003 - I ZR 257/00, BGHZ 156, 112, 125 [juris Rn. 42] - Kinder I).

37 Für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung in den beteiligten Verkehrskreisen gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG wird im Regelfall ein 50% übersteigender Zuordnungsgrad ausreichen (vgl. BGH, GRUR 2015, 581 Rn. 41 - Langenscheidt-Gelb; BGH, Beschluss vom 9. Juli 2015 - I ZB 65/13, GRUR 2015, 1012 Rn. 34 f. = WRP 2015, 1108 - Nivea-Blau). Da der erforderliche Zuordnungsgrad für eine Verkehrsgeltung innerhalb beteiligter Verkehrskreise im Sinne von § 4 Nr. 2 MarkenG niedriger liegen kann als bei der Verkehrsdurchsetzung (vgl. Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering aaO § 4 Rn. 47 und § 8 Rn. 665), genügt ein Zuordnungsgrad von über 50% erst recht für eine Verkehrsgeltung gemäß § 4 Nr. 2 MarkenG.

38 c) Die Klägerinnen haben zur Verkehrsgeltung des beanspruchten Goldtons des Lindt-Goldhasen eine "Verkehrsbefragung zur Bekanntheit und Verkehrsdurchsetzung der Farbe Gold im Zusammenhang mit

Schokoladenhasen" aus September 2018 vorgelegt (Anlage K 26), in deren Rahmen den Befragten eine Farbkarte mit einem Goldton vorgelegt worden ist. Nach dem Ergebnis der Befragung ist 91,7% aller Befragten die gezeigte Farbe Gold im Zusammenhang mit Schokoladenhasen bekannt (Bekanntheitsgrad). 75,8% aller Befragten sind der Auffassung, die Farbe weise im Zusammenhang mit Schokoladenhasen auf ein ganz bestimmtes Unternehmen hin (Kennzeichnungsgrad). 72,3% aller Befragten ordnen die gezeigte Farbe Gold im Zusammenhang mit Schokoladenhasen spontan dem Unternehmen der Klägerinnen zu; 2,3% aller Befragten haben andere Unternehmen genannt. Der sich daraus ergebende Zuordnungsgrad von 70% (vgl. zum Abzug von Fehlzuordnungen BGH, Urteil vom 20. September 2007 - I ZR 94/04, GRUR 2007, 1066 Rn. 36 = WRP 2007, 1466 - Kinderzeit) übersteigt die Schwelle von 50% deutlich, die für die Verkehrsdurchsetzung von Farbmarken gefordert wird (vgl. BGH, GRUR 2015, 1012 Rn. 34 f. - Nivea-Blau) und für die Verkehrsgeltung einer abstrakten Farbmarke erst recht ausreicht.

39 d) Die Verkehrsgeltung des Goldtons kann entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht deshalb abgelehnt werden, weil der Zuordnungsgrad des Goldtons zum Unternehmen der Klägerinnen allein auf der außerordentlichen Bekanntheit des Lindt-Goldhasen beruhe und keine Verkehrsgeltung der Farbe des Goldhasen für jede Form in entsprechender Goldfolie eingewickelter Schokoladenhasen begründe.

40 aa) Soweit das Berufungsgericht damit im Ergebnis für die Verkehrsgeltung eines Farbzeichens die Nutzung der Farbe als "Hausfarbe" voraussetzen wollte, kann § 4 Nr. 2 MarkenG keine entsprechende Voraussetzung entnommen werden. Der Erwerb von Verkehrsgeltung des beanspruchten Farbzeichens als Marke setzt nur voraus, dass das Zeichen als Hinweis auf die Herkunft eines Produkts dient und nicht - darüber hinaus - als "Hausfarbe" für sämtliche oder zahlreiche Produkte des Unternehmens und damit produktlinienübergreifend verwendet wird (vgl. Alber, IPRB 2021, 4, 5).

41 bb) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt es für die Frage, ob die Voraussetzungen einer Verkehrsgeltung nach § 4 Nr. 2 MarkenG vorliegen, nicht darauf an, ob der Verkehr dann, wenn der Goldton für andere Schokoladenhasen als den bekannten Lindt-Goldhasen verwendet würde, darin einen Herkunftshinweis auf die Klägerinnen sähe. Das ist vielmehr eine Frage der Verwechslungsgefahr, die sich erst im Rahmen der Verletzungsprüfung stellt. Die Entstehung einer Benutzungsmarke setzt allein voraus, dass ein Kennzeichen markenmäßig für konkrete Waren und Dienstleistungen benutzt wird und infolge dieser Benutzung von einem hinreichend großen Teil der Verkehrskreise als Herkunftshinweis wahrgenommen wird (vgl. Alber, IPRB 2021, 4, 5). Das vorgelegte Gutachten belegt, dass der beanspruchte Goldton diese Voraussetzungen erfüllt.

42 cc) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts spricht gegen eine Verkehrsgeltung des Goldtons auch nicht, dass er zusammen mit ebenfalls verkehrsbekannten Gestaltungselementen des "Lindt-Goldhasen" (sitzender Hase, rotes Halsband mit goldenem Glöckchen, Bemalung und Aufschrift "Lindt GOLD-HASE") eingesetzt wird.

43 (1) Die markenmäßige Verwendung einer abstrakten Farbe erfordert nicht notwendig deren Benutzung in Alleinstellung. Ein Zeichen kann infolge der Benutzung als Teil einer komplexen Kennzeichnung oder in Verbindung mit anderen Zeichen Verkehrsgeltung erlangen (zur Unterscheidungskraft aufgrund von Verkehrsdurchsetzung vgl. EuGH, Urteil vom 7. Juli 2005 - C-353/03, Slg. 2005, I-6135 = GRUR 2005, 763 Rn. 27 und 30 - Nestlé [HAVE A BREAK]; BGH, GRUR 2015, 1012 Rn. 32 - Nivea-Blau, mwN; vgl. auch BGH, Beschluss vom 21. Februar 2008 - I ZB 24/05, GRUR 2008, 710 Rn. 39 = WRP 2008, 1087 - VISAGE; BGH, GRUR 2015, 581 Rn. 31 und 47 - Langenscheidt-Gelb; BGH, Beschluss vom 21. Juli 2016 - I ZB 52/15, BGHZ 211, 268 Rn. 38 - Sparkassen-Rot). Etwas anderes gilt nur, wenn die Farbe durch herkömmliche Herkunftshinweise in den Hintergrund gedrängt wird (vgl. BGH, GRUR 2015, 1012 Rn. 32 - Nivea-Blau). Davon kann bei einem Zuordnungsgrad von 70% allein aufgrund des abstrakten Farbzeichens nicht ausgegangen werden.

44 (2) Das Landgericht hat zudem zutreffend darauf hingewiesen, dass zwar aus der Bekanntheit von in einer bestimmten Farbe gestalteten Produkten nicht notwendig folgt, dass die Produktaufmachung in gleichem Umfang als Herkunftshinweis aufgefasst wird. Gleichwohl kann aus dem Umstand, dass - wie hier - ein erheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise den beanspruchten Goldton isoliert einem bestimmten Unternehmen zuordnet, grundsätzlich auf die Bekanntheit der Farbe auch als Herkunftshinweis geschlossen werden (vgl. BGH, GRUR 2015, 1012 Rn. 34 - Nivea-Blau, mwN).

45 dd) In der Sache hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft auf den "Marktführereffekt" abgestellt, wonach ein Zeichen nur deshalb einem bestimmten Unternehmen zugeordnet worden sein soll, weil es sich dabei um den Marktführer handele (vgl. Pflüger, GRUR 2017, 992, 1003; Pflüger/Dobel in Hasselblatt, Münchner Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Aufl., § 9 Rn. 36). Bei Zeichen, die aus konturlosen Farben bestehen, kann ein solcher Markführereffekt nicht entstehen, wenn - wie hier - zunächst die Bekanntheit des Zeichens im untersuchungsgegenständlichen Markt ermittelt wird (hier: der beanspruchte Goldton im

Zusammenhang mit Schokoladenhasen), um im Anschluss herauszufinden, ob das jeweilige Zeichen als Hinweis auf "ein bestimmtes" oder "mehrere unterschiedliche" oder "gar kein" Unternehmen angesehen wird (vgl. dazu auch BGHZ 211, 268 Rn. 43 - Sparkassen-Rot; DPMA, Richtlinie Markenanmeldungen vom 1. August 2018 in der Fassung vom 1. September 2020, Teil 2 XVII 7, S. 62 f.). Bei Farbmarkenuntersuchungen gibt es nur einen einzigen Stimulus, der die Assoziation der Befragten beeinflusst, nämlich die gezeigte Farbe selbst (Pflüger, GRUR 2017, 992, 1003). Die Befragten müssen die Farbe von sich aus erkennen und einem Unternehmen zuordnen. Das wird nur dann der Marktführer auf dem betreffenden Gebiet der Waren und Dienstleistungen sein, wenn dieses Unternehmen für die Befragten eine so starke (Farb-)Marktposition erlangt hat, dass sie in diesem Bereich zur Assoziation "Farbe = Unternehmen/Marktführer" führt (vgl. Pflüger, GRUR 2017, 992, 1003).

46 Dem steht nicht entgegen, dass es bei Gestaltungselementen, die eine Ware ihrer Gattung nach beschreiben oder die solchen Merkmalen ähnlich sind, naheliegt, dass der Verkehr diese Merkmale mit dem marktstärksten Anbieter in Verbindung bringt, ohne darin einen Herkunftshinweis zu erblicken (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juli 2010 - I ZR 57/08, GRUR 2011, 148 Rn. 33 = WRP 2011, 230 - Goldhase II). Diese Voraussetzungen liegen bei Zeichen, die aus konturlosen Farben bestehen, regelmäßig nicht vor. In diesem Sinne hat der Senat im Verfahren "Goldhase I" darauf hingewiesen, dass eine gesteigerte Kennzeichnungskraft des in Goldfolie eingewickelten Hasen in der durch die Klagemarke geschützten Form nicht deshalb verneint werden könne, weil es wegen der Bekanntheit des Produkts "Lindt-Goldhase" nicht fern liege, dass ein erheblicher Teil der Befragten den gezeigten Hasen dem Unternehmen der Klägerinnen zugeordnet habe, weil ihnen dieses Unternehmen als Produzent derartiger Osterhasen aus Schokolade als erstes eingefallen sei (vgl. BGH, Urteil vom 26. Oktober 2006 - I ZR 37/04, BGHZ 169, 295 Rn. 25 - Goldhase I). Soweit die Revisionserwiderung in diesem Zusammenhang darauf abstellt, das Berufungsgericht habe der Sache nach in der Farbgebung der Hasen ein beschreibendes Element gesehen, kann dem Berufungsurteil eine entsprechende Feststellung nicht entnommen werden. Das Berufungsgericht konnte der goldenen Farbe lediglich keinen Herkunftshinweis entnehmen.

47 e) Aus dem Umstand, dass mehr als 50% der Befragten den von den Klägerinnen beanspruchten Goldton für Schokoladenhasen nur einem bestimmten Unternehmen zuordnen, folgt außerdem, dass die Farbe dem überwiegenden Teil des Publikums nicht nur bekannt ist, sondern von diesen Verkehrskreisen auch als Herkunftshinweis aufgefasst wird (zur Verkehrsdurchsetzung einer dreidimensionalen Marke vgl. BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2007 - I ZB 22/04, GRUR 2008, 510 Rn. 25 = WRP 2008, 791 - Milchschnitte; zur Verkehrsdurchsetzung einer abstrakten Farbmarke vgl. BGH, GRUR 2015, 1012 Rn. 34 - Nivea-Blau).

48 5. Für das Revisionsverfahren ist davon auszugehen, dass beide Klägerinnen Inhaberinnen der Benutzungsmarke sind.

49 a) Inhaber der Benutzungsmarke ist derjenige, zu dessen Gunsten die Verkehrsgeltung erworben wurde (Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering aaO § 4 Rn. 61 mwN). Benutzen mehrere Unternehmen eine Kennzeichnung und sehen die beteiligten Verkehrskreise diese Unternehmen als eine wirtschaftliche Einheit oder als Mitglieder eines Konzerns an, kann kraft Verkehrsgeltung die Benutzungsmarke für jedes der Unternehmen entstehen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2001 - I ZR 168/99, GRUR 2002, 616, 617 f. [juris Rn. 37] = WRP 2002, 544 - Verbandsausstattung; zum Ausstattungsschutz nach § 25 WZG vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 1961 - I ZR 115/59, BGHZ 34, 299, 308 f. [juris Rn. 50] - Almglocke; Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering aaO § 4 Rn. 63; Ekey in Ekey/Bender/Fuchs-Wissemann aaO §4 MarkenG Rn. 100 und 103; BeckOK.Markenrecht/Weiler aaO § 4 MarkenG Rn. 128 f.).

50 b) Das Berufungsgericht hat - aus seiner Sicht folgerichtig - keine Feststellungen dazu getroffen, ob beide Klägerinnen die streitgegenständliche Farbe benutzt haben. Zweifel daran könnten insofern aufkommen, als die Klägerin zu 2 die in der Schweiz ansässige Konzernobergesellschaft und die Klägerin zu 1 die für die Herstellung und den Vertrieb in Deutschland verantwortliche deutsche Tochtergesellschaft ist. Bei dieser Konstellation könnte es naheliegen, dass sich die relevanten Benutzungshandlungen auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland auf die Klägerin zu 1 beschränken (vgl. Alber, IPRB 2020, 32, 33) und allein diese vom Verkehr als Inhaberin der Kontrollverantwortung hinsichtlich der gekennzeichneten Produkte aufgefasst wird (vgl. Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl., § 4 Rn. 27).

51 C. Danach ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden, weil sie nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

52 D. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

53 I. Im wiedereröffneten Berufungsverfahren wird das Berufungsgericht prüfen müssen, ob die Voraussetzungen eines der Verletzungstatbestände von § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 MarkenG nF (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 MarkenG aF) erfüllt sind. Gegebenenfalls müssen auch Feststellungen zur Inhaberschaft der Benutzungsmarke getroffen werden.

54 II. Soweit das Berufungsgericht im angegriffenen Urteil eine markenmäßige Benutzung der goldenen Farbe durch die Beklagte abgelehnt hat, hält diese Beurteilung einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

55 1. Eine markenmäßige Benutzung oder - was dem entspricht - eine Verwendung als Marke setzt voraus, dass die beanstandete Bezeichnung im Rahmen des Produktoder Leistungsabsatzes jedenfalls auch der Unterscheidung der Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer dient (zu § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG aF vgl. BGH, Urteil vom 10. November 2016 - I ZR 191/15, GRUR 2017, 730 Rn. 21 = WRP 2017, 811 - Sierpinski-Dreieck, mwN).

56 2. Die Annahme des Berufungsgerichts, allein in der großflächigen Benutzung der goldenen Farbe für die Hasen der Beklagten liege keine markenmäßige Benutzung, ist von der rechtsfehlerhaften Ablehnung der Verkehrsgeltung des Lindt-Goldtons als Marke beeinflusst.

57 a) Ausgehend von dem im Rahmen der Verkehrsbefragung (Anlage K 26) festgestellten Zuordnungsgrad von 70% kann eine markenmäßige Benutzung nicht ohne Weiteres verneint werden.

58 aa) Eine Farbe als solche wird zwar in der Regel nicht zur Kennzeichnung der Herkunft der Ware aus einem bestimmten Unternehmen, sondern nur als Gestaltungsmittel verwendet. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kommt aber in Betracht, wenn der Verkehr aufgrund von Kennzeichnungsgewohnheiten auf dem in Rede stehenden Warengebiet an die Verwendung von Farben als Kennzeichnungsmittel gewöhnt ist oder wenn die Farbe im Rahmen aller sonstigen Elemente in einer Weise hervortritt, dass die angesprochenen Verkehrskreise sie als Produktkennzeichen verstehen (vgl. BGH, GRUR 2015, 1012 Rn. 24 - Nivea-Blau, mwN).

59 bb) Der Bundesgerichtshof hat im Fall von dreidimensionalen Marken bei einem 50% übersteigenden Durchsetzungsgrad (das entspricht dem Zuordnungsgrad, vgl. BGH, Beschluss vom 2. April 2009 - I ZB 94/06, GRUR 2009, 954 Rn. 27 bis 29 = WRP 2009, 1250 - Kinder III, mwN; Beschluss vom 17. Oktober 2013 - I ZB 65/12, GRUR 2014, 483 Rn. 36 = WRP 2014, 438 - test; Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering aaO § 8 Rn. 845) eine markenmäßige Benutzung angenommen und diese Grundsätze auf abstrakte Farbmarken übertragen (zur Verkehrsdurchsetzung vgl. BGH, GRUR 2015, 1012 Rn. 34 - Nivea-Blau). Aus dem Umstand, dass ein erheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise das "Lindt-Gold" für Schokoladenhasen dem Unternehmen der Klägerinnen zuordnet, kann danach grundsätzlich auf die Bekanntheit der Farbe auch als Herkunftshinweis geschlossen werden (vgl. BGH, GRUR 2015, 1012 Rn. 34 - Nivea-Blau; vgl. auch BGH, Urteil vom 7. Oktober 2004 - I ZR 91/02, GRUR 2005, 427, 428 f. [juris Rn. 19 f.] = WRP 2005, 616 - Lila-Schokolade; Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering aaO § 8 Rn. 714). Die von der Revisionserwiderung für maßgeblich erachteten Kennzeichnungsgewohnheiten bei Schokoladenhasen ergeben sich dabei letztlich aus der nachgewiesenen Verkehrsgeltung, die das Ergebnis der Gewöhnung des Verkehrs ist, bei Waren der in Rede stehenden Art - hier: Schokoladenhasen - in der von den Klägerinnen beanspruchten abstrakten Farbmarke einen Herkunftshinweis zu sehen (vgl. BGH, GRUR 2005, 427, 428 f. [juris Rn. 19] - Lila-Schokolade; vgl. auch BGH, Urteil vom 23. September 2015 - I ZR 78/14, GRUR 2015, 1201 Rn. 93 = WRP 2015, 1487 - Sparkassen-Rot/Santander-Rot).

60 cc) Auf ein entsprechendes Verständnis mit Blick auf die markenmäßige Benutzung des angegriffenen Kennzeichens kann allerdings nur geschlossen werden, wenn in den herkunftshinweisenden Merkmalen Übereinstimmungen oder hinreichende Ähnlichkeiten bestehen (vgl. BGH, Urteil vom 25. Oktober 2007 - I ZR 18/05, GRUR 2008, 505 Rn. 16 = WRP 2008, 797 - TUC-Salzcracker; zu verkehrsdurchgesetzten dreidimensionalen Marken vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 2007 - I ZR 22/04, BGHZ 171, 89 Rn. 31 - Pralinenform; Urteil vom 21. Oktober 2015 - I ZR 23/14, GRUR 2016, 197 Rn. 33 = WRP 2016, 199 - Bounty). Zudem muss die Farbe auch in der angegriffenen Verwendungsform ein wesentliches, durch herkömmliche Herkunftshinweise nicht in den Hintergrund gedrängtes Gestaltungsmittel sein (vgl. BGH, GRUR 2005, 427, 429 [juris Rn. 19] - Lila-Schokolade; BGH, Urteil vom 18. September 2014 - I ZR 228/12, GRUR 2014, 1101 Rn. 32 = WRP 2014, 1314 - Gelbe Wörterbücher).

61 b) Das Berufungsgericht hat zur Ähnlichkeit der Zeichen keine Feststellungen getroffen. Zu der Frage, ob der Goldton ein wesentliches Gestaltungsmittel der Produkte der Beklagten ist, hat es lediglich ausgeführt, die goldene Farbe werde großflächig benutzt. Die insoweit bislang fehlenden Feststellungen wird das Berufungsgericht im wiedereröffneten Berufungsverfahren nachholen müssen (vgl. dazu BGH, GRUR 2005, 427, 429 [juris Rn. 21] - Lila-Schokolade).