



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 38/13

Verkündet am:
8. Januar 2014
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Probiotik

MarkenG § 26 Abs. 3

- a) Wird eine Wortmarke dergestalt benutzt, dass das Wortzeichen graphisch oder farblich gestaltet wird oder bildliche Elemente hinzugefügt werden, ist für die Prüfung der rechtserhaltenden Benutzung gemäß § 26 Abs. 3 MarkenG maßgeblich, ob diese weiteren Elemente einen Bezug zur Funktion der Marke als Herkunftshinweis haben oder lediglich allgemeine Sachangaben oder werbliche Hervorhebungsmittel sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Marken auf der Produktverpackung in der Praxis regelmäßig nicht isoliert verwendet werden, sondern dem Verkehr häufig verbunden mit weiteren Angaben, Zeichen, Aufmachungen und Farben entgegentreten.
- b) Ist eine Bezeichnung aus zwei Wortzeichen gebildet, die jeweils für sich genommen und eindeutig räumlich zugeordnet mit dem Zusatz ® versehen und zudem durch ein Pluszeichen im Sinne einer gleichwertigen Aufzählung verbunden sind (hier: "PRAEBIOTIK® + PROBIOTIK®"), bestehen deutliche Anhaltspunkte für die Annahme, dass der Verkehr in der benutzten Form zwei voneinander zu unterscheidende Zeichen sieht.

BGH, Urteil vom 8. Januar 2014 - I ZR 38/13 - OLG München
LG München I

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Januar 2014 durch die Richter Prof. Dr. Büscher, Pokrant, Dr. Kirchhoff, Dr. Koch und Dr. Löffler

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 29. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 17. Januar 2013 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 Klägerin vertreibt Lebensmittel, insbesondere solche für Säuglinge und Kleinkinder. Die Beklagte gehört zum H.-Konzern, der ebenfalls solche Produkte herstellt und vertreibt.

Die Beklagte ist Inhaberin der am 4. Juli 1996 unter anderem für die Waren

- Milchprodukte, insbesondere Joghurt, Trinkjoghurt, Dickmilch, Kefir,
- Milchpulver für Nahrungszwecke,
- Präparate für die Zubereitung von Getränken

eingetragenen deutschen Wortmarke Probiotik (Nr. 396 20 358). Sie ist ferner Inhaberin der am 11. Oktober 1996 für die Waren

- 3 -

- Diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, insbesondere Nahrungsergänzungsmittel,
- Diätetische Lebensmittel für medizinische Zwecke,
- Präparate für die Gesundheitspflege

eingetragen deutschen Wortmarke Praebiotik (Nr. 396 18 494).

2

Die Klägerin begehrt die Löschung dieser Marken und hat dazu vorgebracht, diese seien nicht rechtserhaltend benutzt worden. Hilfsweise hat die Klägerin geltend gemacht, die Marken seien verfallen, weil sie zur gebräuchlichen Bezeichnung der Waren, für die sie eingetragen seien, geworden seien.

3

Die Beklagte ist dem entgegengetreten. Sie hat geltend gemacht, die angegriffenen Marken durch die nachfolgend wiedergegebenen Aufmachungen rechtserhaltend verwandt zu haben:

Anlage B 27



Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach § 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



Anlage B 15



Anlage B 16



Anlage B 17



Anlage B 18



Anlage B 21

Hypoallergene Anfangsnahrung

PRE HA HA-Plus

HiPP

Hypoallergene Anfangsnahrung

HA-Plus

Probiotik*

PRE HA

von Geburt an

500g

Produkteigenschaften

- ✓ allergenarm
- ✓ glatteis (B. Glaxo)
- ✓ mit langkettigen, mehrfach ungesättigten Fettsäuren (LCP)
- ✓ Lactose als einziges Kohlenhydrat

Anwendung

HiPP PRE HA ist die ideale erste Nahrung für Ihr Baby. Sie enthält alle wichtigen Nährstoffe, die Ihr Baby für sein Wachstum und seine Entwicklung benötigt. Sie ist leicht verdaulich und wird von Ihrem Baby gut aufgenommen. Sie enthält auch Probiotika, die die Verdauung Ihres Babys unterstützen.

Wichtige Hinweise

Bitte lesen Sie die Packungsanweisung und die Gebrauchsanweisung sorgfältig durch. Wenn Sie Fragen haben, wenden Sie sich an Ihren Arzt oder Apotheker.

Anlage B 22

Hypoallergene Anfangsnahrung

HA1 HA-Plus

HiPP

Hypoallergene Anfangsnahrung

HA-Plus

Probiotik*

HA1

von Geburt an

500g

Produkteigenschaften

- ✓ allergenarm
- ✓ gut bekömmlich
- ✓ allergenarm abgestuft
- ✓ mit langkettigen, mehrfach ungesättigten Fettsäuren (LCP)
- ✓ nach dem Stillen geeignet

Anwendung

HiPP HA1 ist die ideale zweite Nahrung für Ihr Baby. Sie enthält alle wichtigen Nährstoffe, die Ihr Baby für sein Wachstum und seine Entwicklung benötigt. Sie ist leicht verdaulich und wird von Ihrem Baby gut aufgenommen. Sie enthält auch Probiotika, die die Verdauung Ihres Babys unterstützen.

Wichtige Hinweise

Bitte lesen Sie die Packungsanweisung und die Gebrauchsanweisung sorgfältig durch. Wenn Sie Fragen haben, wenden Sie sich an Ihren Arzt oder Apotheker.

Anlage B 23

Hypoallergene Folgenahrung

HA2 HA-Plus

HiPP

Hypoallergene Folgenahrung

HA-Plus

Probiotik*

HA2

nach 6. Monat

500g

Produkteigenschaften

- ✓ allergenarm
- ✓ mit Eisen angereichert
- ✓ probiotisch
- ✓ mit langkettigen, mehrfach ungesättigten Fettsäuren (LCP)
- ✓ Lactose als einziges Kohlenhydrat
- ✓ Lactose als einziges Kohlenhydrat

Anwendung

HiPP HA2 ist die ideale dritte Nahrung für Ihr Baby. Sie enthält alle wichtigen Nährstoffe, die Ihr Baby für sein Wachstum und seine Entwicklung benötigt. Sie ist leicht verdaulich und wird von Ihrem Baby gut aufgenommen. Sie enthält auch Probiotika, die die Verdauung Ihres Babys unterstützen.

Wichtige Hinweise

Bitte lesen Sie die Packungsanweisung und die Gebrauchsanweisung sorgfältig durch. Wenn Sie Fragen haben, wenden Sie sich an Ihren Arzt oder Apotheker.

Anlage B 24

Hypoallergene Folgenahrung

HA3 HA-Plus

HiPP

Hypoallergene Folgenahrung

HA-Plus

Probiotik*

HA3

ab 10. Monat

500g

Produkteigenschaften

- ✓ allergenarm
- ✓ probiotisch
- ✓ mit langkettigen, mehrfach ungesättigten Fettsäuren (LCP)
- ✓ Lactose als einziges Kohlenhydrat
- ✓ Lactose als einziges Kohlenhydrat

Anwendung

HiPP HA3 ist die ideale vierte Nahrung für Ihr Baby. Sie enthält alle wichtigen Nährstoffe, die Ihr Baby für sein Wachstum und seine Entwicklung benötigt. Sie ist leicht verdaulich und wird von Ihrem Baby gut aufgenommen. Sie enthält auch Probiotika, die die Verdauung Ihres Babys unterstützen.

Wichtige Hinweise

Bitte lesen Sie die Packungsanweisung und die Gebrauchsanweisung sorgfältig durch. Wenn Sie Fragen haben, wenden Sie sich an Ihren Arzt oder Apotheker.

Anlage B 6 = B 19



Folgemilch Plus
PRAEBIOTIK* + PROBIOTIK*

2
nach 6. Monat

Hipp

Folgemilch Plus
PRAEBIOTIK* + PROBIOTIK*

2
nach 6. Monat

600 g

- + mit natürlichen Milchsäurekulturen
- + Praebiotik* zur Unterstützung einer gesunden Darmflora
- ✓ mit Eisen angereichert
- ✓ gut sättigend-ideal für das Gläschenkost-Alter

Hipp Milchbox – zur sicheren Aufbewahrung Ihrer Hipp Milchmahlungen.

Zu bestellen unter www.hipp.de/Milchbox

Produkteigenschaften

- ✓ entwickelt nach dem Vorbild Muttermilch
- ✓ mit präbiotischen Ballaststoffen GOS* nach dem Vorbild der Muttermilch (*Galactooligosaccharide aus Milch)
- ✓ mit natürlichen Milchsäurekulturen, die ursprünglich aus Muttermilch gewonnen wurden und abhängig von der Ernährungs- und Lebensweise in Muttermilch enthalten sein können
- ✓ stuhlauffördernd
- ✓ sorgt für eine gesunde Darmflora
- ✓ mit wertvollen Nähr- und Aufbaustoffen
- ✓ sättigend und gut bekömmlich
- ✓ mit Eisen angereichert (lt. DLR-VO)
- ✓ glutenfrei (lt. Gesetz)

Muttermilch ist in den ersten Lebensmonaten das Beste für Ihr Baby, denn sie liefert alles, was es für eine gesunde Entwicklung braucht. Sie enthält bekömmliches Eiweiß und wichtige Nährstoffe, die exakt auf die Bedürfnisse Ihres Babys abgestimmt sind. Da das Immunsystem des Babys im ersten Lebensjahr noch nicht vollständig entwickelt ist, unterstützt Muttermilch die noch schwache Abwehr, indem sie durch natürliche probiotische Milchsäurekulturen und präbiotische Ballaststoffe für eine intakte Darmflora sorgt. Die positiven Kulturen regulieren die Verdauung und unterstützen Babys Abwehr. Damit erfüllen sie eine wichtige Schutzfunktion, von der gestillte Babys profitieren.

Die einzigartige Kombination aus Probiotik* und Praebiotik*

- + Hipp 2 Plus enthält nach dem Vorbild Muttermilch natürliche Milchsäurekulturen und präbiotische Ballaststoffe (Galactooligosaccharide aus Milch), die täglich getrunken eine gesunde Darmflora fördern. Eine gesunde Darmflora leistet einen wichtigen Beitrag zur Stärkung der Abwehrkräfte.
- + Hipp 2 Plus liefert wertvolle, lebenswichtige, mehrfach ungesättigte Fettsäuren, die vom Körper nicht selbst hergestellt werden können und besonders wichtig für Wachstum und Entwicklung sind.
- + Die jahrzehntelange Erfahrung der Hipp Ernährungswissenschaft und die neuesten Erkenntnisse führender Experten aus dem Bereich Muttermilchernährung sorgen dafür, dass Hipp Plus Milchmahlungen in ihrer Wirkweise dem Vorbild Muttermilch möglichst nahe kommen und das enthalten, was für Ihr Baby nach dem 6. Monat neben Gläschenkost wichtig ist.

Anwendung

- Ausschließliches Stillen in den ersten sechs Monaten ist ideal für Ihr Baby. Wie jede Folgemilch, sollte Hipp 2 Plus nicht in den ersten sechs Monaten als Muttermilchersatz verwendet werden, sondern grundsätzlich erst nach sechs Monaten als Bestandteil einer gemischten Ernährung. Die individuellen Wachstums- und Entwicklungsbedürfnisse Ihres Babys können es erforderlich machen, Folgemahlungen als Teil einer Mischkost bereits zu einem früheren Zeitpunkt in den Speiseplan Ihres Babys einzuführen. Bitte lassen Sie sich von Ihrem Kinderarzt beraten.
- Hipp 2 Plus kann nach dem 6. Monat im Anschluss an das Stillen, Hipp 1 Plus oder jede andere Aufgabenernährung gegeben werden.
- Sie können problemlos von Ihrer bisherigen Hipp 2 oder jeder anderen Folgemilch auf Hipp 2 Plus umstellen.
- Ab dem 10. Monat bietet Hipp 3 Plus wertvolle Energie für Tage voller Entdeckungen mit dem Probiotic-Plus für eine starke Abwehr.

vergrößerter Ausschnitt der Anlage



Die einzigartige Kombination aus Probiotik* und Praebiotik*

- HIPP 2 Plus enthält nach dem Vorbild Muttermilch natürliche Milchsäurekulturen und praebiotische Ballaststoffe (Galactooligosaccharide aus Milch), die täglich getrunken eine gesunde Darmflora fördern. Eine gesunde Darmflora leistet einen wichtigen Beitrag zur Stärkung der Abwehrkräfte.
- HIPP 2 Plus liefert wertvolle, lebenswichtige, mehrfach ungesättigte Fettsäuren, die vom Körper nicht selbst hergestellt werden können und besonders wichtig für Wachstum und Entwicklung sind.
- Die jahrzehntelange Erfahrung der HIPP Ernährungswissenschaft und die neuesten Erkenntnisse führender Experten aus dem Bereich Muttermilchernährung sorgen dafür, dass HIPP Plus Milchmahlungen in ihrer Wirkweise dem Vorbild Muttermilch möglichst nahe kommen und das enthalten, was für ihr Baby nach dem 6. Monat neben Gläschenkost wichtig ist.

Anwendung

Anlage B 7 = B 20



HIPP Milchbox –
zur sicheren Aufbewahrung Ihrer
HIPP Milchmahlungen.

Zu bestellen unter
www.hipp.de/Milchbox

Produkteigenschaften

- entwickelt nach dem Vorbild Muttermilch
- mit praebiotischen Ballaststoffen (GOS) nach dem Vorbild der Muttermilch (*Galactooligosaccharide aus Milch)
- mit natürlichen Milchsäurekulturen, die ursprünglich aus Muttermilch gewonnen wurden und abhängig von der Ernährungs- und Lebensweise in Muttermilch enthalten sein können
- stuhlauffördernd
- sorgt für eine gesunde Darmflora
- wertvolle Energie in der Wachstumsphase
- altersgerecht sättigend
- mit hohem Vitamingehalt
- glutenfrei (lt. Gesetz)

Muttermilch ist in den ersten Lebensmonaten das Beste für ihr Baby, denn sie liefert alles, was es für eine gesunde Entwicklung braucht. Sie enthält bekömmliches Eiweiß und wichtige Nährstoffe, die exakt auf die Bedürfnisse Ihres Babys abgestimmt sind. Da das Immunsystem des Babys im ersten Lebensjahr noch nicht vollständig entwickelt ist, unterstützt Muttermilch die noch schwache Abwehr, indem sie durch natürliche probiotische Milchsäurekulturen und praebiotische Ballaststoffe für eine intakte Darmflora sorgt. Die positiven Kulturen regulieren die Verdauung und unterstützen Babys Abwehr. Damit erfüllen sie eine wichtige Schutzfunktion, von der gestillte Babys profitieren.

Die einzigartige Kombination aus Probiotik* und Praebiotik*

- HIPP 3 Plus enthält nach dem Vorbild Muttermilch natürliche Milchsäurekulturen und praebiotische Ballaststoffe (Galactooligosaccharide aus Milch), die täglich getrunken eine gesunde Darmflora fördern. Eine gesunde Darmflora leistet einen wichtigen Beitrag zur Stärkung der Abwehrkräfte.
- HIPP 3 Plus liefert wertvolle Energie und gemäß DGE/HQ wichtiger Vitamine, Mineral- und Nährstoffe für ein gesundes Wachstum.
- HIPP 3 Plus ist altersgerecht sättigend und eignet sich gut als sättigende Abendmahlzeit bis ins Kindergartenalter.
- Die jahrzehntelange Erfahrung der HIPP Ernährungswissenschaft und die neuesten Erkenntnisse führender Experten aus dem Bereich Muttermilchernährung sorgen dafür, dass HIPP Plus Milchmahlungen in ihrer Wirkweise dem Vorbild Muttermilch möglichst nahe kommen und das enthalten, was für ihr Baby nach dem 6. Monat neben Gläschenkost wichtig ist.

Anwendung

- Ausschließliches Stillen in den ersten sechs Monaten ist ideal für ihr Baby. Wie jede Folgemilch, sollte HIPP 3 Plus nicht in den ersten sechs Monaten als Muttermilchersatz verwendet werden, sondern grundsätzlich erst ab dem 10. Monat als Bestandteil einer gemischten Kost. Die individuellen Wachstums- und Ernährungsbedürfnisse Ihres Babys können es erforderlich machen, Folgemilch als Teil einer Mischkost bereits zum Ende des 6. Monats oder ggf. zu einem früheren Zeitpunkt in den Speiseplan Ihres Babys einzuführen. Hierfür eignet sich die HIPP 2 Plus. Bitte lassen Sie sich von Ihrem Kinderarzt beraten.
- Wie empfohlen HIPP 3 Plus ab dem 10. Monat bei Ausschluss der HIPP 2 Plus oder jeder anderen Folgemilch.

vergrößerter Ausschnitt der Anlage

+ PROBIOTIK*

**+ mit natürlichen
Milchsäurekulturen**

**+ Praebiotik* zur
Unterstützung einer
gesunden Darmflora**

**Die einzigartige Kombination aus
Probiotik* und Praebiotik***

- + HIPP 3 Plus enthält nach dem Vorbild Muttermilch natürliche Milchsäurekulturen und praebiotische Ballaststoffe (Galactooligosaccharide aus Milch), die täglich getrunken eine gesunde Darmflora fördern. Eine gesunde Darmflora leistet einen wichtigen Beitrag zur Stärkung der Abwehrkräfte.**
- + HIPP 3 Plus liefert wertvolle Energie und gemäß Diät-VO wichtige Vitamine, Mineral- und Nährstoffe für ein gesundes Wachstum.**
- + HIPP 3 Plus ist altersgerecht sättigend und eignet sich gut als sättigende Abendmahlzeit bis ins Kindergartenalter.**
- + Die jahrzehntelange Erfahrung der Hipp Ernährungswissenschaft und die neuesten Erkenntnisse führender Experten aus dem Bereich Muttermilchernährung sorgen dafür, dass HIPP Plus Milchnahrungen in ihrer Wirkweise dem Vorbild Muttermilch möglichst nahe kommen und das enthalten, was für Ihr Baby nach dem 6. Monat neben Gläschenkost wichtig ist.**

Anlage B 8 = B 25

[illegible]

vergrößerter Ausschnitt der Anlage



+ PROBIOTIK*

- + allergenarm**
- + mit natürlichen Milchsäurekulturen**
- + Praebiotik* zur Unterstützung einer gesunden Darmflora**

Allergienarme Ernährung mit der einzigartigen Kombination aus Probiotik* und Praebiotik*

- +** HIPP HA Plus Folgemahrungen eignen sich zur Fortsetzung der allergienarmen Ernährung im Gläschenbest-Alter. Das allergienarme Eiweiß in HIPP HA Plus Folgemahrungen ist besonders mild im Geschmack und verbindet damit eine allergienarme Ernährung mit den wachsenden Geschmacksbedürfnissen älterer Säuglinge.
- +** HIPP HA Plus Folgemahrungen enthalten nach dem Vorbild Muttermilch natürliche Milchsäurekulturen und präbiotische Ballaststoffe (Galactooligosaccharide), die täglich getrunken eine gesunde Darmflora fördern. Eine gesunde Darmflora leistet einen wichtigen Beitrag zur Stärkung der Abwehrkräfte.
- +** Die jahrzehntelange Erfahrung der HIPP Ernährungswissenschaft und die neuesten Erkenntnisse führender Experten aus dem Bereich Muttermilchernährung sorgen dafür, dass HIPP HA Plus Milchmahrungen in ihrer Wirkweise dem Vorbild Muttermilch möglichst nahe kommen und das enthalten, was für Ihr Baby nach dem 6. Monat neben Gläschenkost wichtig ist.

Anwendung

* Ausschließlich Stillen in den ersten sechs Monaten ist ideal für Ihr Baby. Wie jede Folgemahrung sollte HIPP HA 2 Plus nicht in

Anlage B 9 = B 26

HA-Folgemahrung

HA3 HA-Plus

PRAEBIOTIK* + PROBIOTIK*

Inhalt: Zwei Einzelverpackungen. Die Ware bleibt bis zum Gebrauch sicher und schädlich verpackt.



HA-Folgemahrung

HA-Plus

PRAEBIOTIK* + PROBIOTIK*



HA3

ab 10. Monat

500g

- + allergenarm**
- + mit natürlichen Milchsäurekulturen**
- + Praebiotik* zur Unterstützung einer gesunden Darmflora**
- ✓ wertvolle Energie in der Wachstumsphase**
- ✓ altersgerecht sättigend**

Problem: Sie auch unseren allergienarmen Bio-Getreidebrei Peles Röhre

Produkteigenschaften

- ✓ entwickelt nach dem Vorbild Muttermilch
- ✓ allergenarm
- ✓ mit präbiotischen Ballaststoffen (GOS)* nach dem Vorbild der Muttermilch
- ✓ mit natürlichen Milchsäurekulturen, die ursprünglich aus Muttermilch gewonnen worden und abhängig von der Verdauungs- und Lebensweise in Muttermilch enthalten sein können
- ✓ sorgt für eine gesunde Darmflora
- ✓ reichhaltig an Eisen
- ✓ mit wertvollen Nähr- und Aminosäuren
- ✓ wertvolle Energie in der Wachstumsphase
- ✓ besonders gut sättigend
- ✓ glutenfrei (s. Gesetz)

* Galactooligosaccharide

Muttermilch ist für Babys in den ersten vier bis sechs Lebensmonaten der beste Schutz gegen Allergien. Außerdem liefert Muttermilch alles, was Ihr Baby für eine gesunde Entwicklung braucht. Sie enthält eiweißreiches Eiweiß und wichtige Kohlenhydrate, die auch auf die Verdauung Ihres Babys abgestimmt sind. Da das Immunsystem des Babys im ersten Lebensjahr noch nicht vollständig entwickelt ist, unterstützt Muttermilch die noch schwache Abwehr, indem sie durch natürliche probiotische Milchsäurekulturen und präbiotische Ballaststoffe für eine lokale Immunabwehr sorgt. Die positiven Bakterien regulieren die Verdauung und unterstützen Babys Abwehr. Damit erfüllen sie eine wichtige Schutzfunktion, von der gesunde Babys profitieren.

Allergienarme Ernährung mit der einzigartigen Kombination aus Probiotik* und Praebiotik*

- +** HIPP HA Plus Folgemahrungen eignen sich zur Fortsetzung der allergienarmen Ernährung im Gläschenbest-Alter. Das allergienarme Eiweiß in HIPP HA Plus Folgemahrungen ist besonders mild im Geschmack und verbindet damit eine allergienarme Ernährung mit den wachsenden Geschmacksbedürfnissen älterer Säuglinge. HIPP HA 2 Plus ist damit eine weitere, kindgerechte Ergänzung, indem sie schon klein und dadurch besonders gut sättigend.
- +** HIPP HA Plus Folgemahrungen enthalten nach dem Vorbild Muttermilch natürliche Milchsäurekulturen und präbiotische Ballaststoffe (Galactooligosaccharide), die täglich getrunken eine gesunde Darmflora fördern. Eine gesunde Darmflora leistet einen wichtigen Beitrag zur Stärkung der Abwehrkräfte.
- +** Die jahrzehntelange Erfahrung der HIPP Ernährungswissenschaft und die neuesten Erkenntnisse führender Experten aus dem Bereich Muttermilchernährung sorgen dafür, dass HIPP HA Plus Milchmahrungen in ihrer Wirkweise dem Vorbild Muttermilch möglichst nahe kommen und das enthalten, was für Ihr Baby nach dem 6. Monat neben Gläschenkost wichtig ist.

Anwendung

* Ausschließlich Stillen in den ersten sechs Monaten ist ideal für Ihr Baby. Wie jede Folgemahrung sollte HIPP HA 2 Plus nicht in den ersten sechs Monaten als Muttermilchersatz verwendet werden, sondern grundsätzlich erst ab dem 10. Monat ab Beibehaltung einer gemischten Still- und Flaschenfütterung. HIPP HA Plus Folgemahrungen in ihrer Wirkweise dem Vorbild Muttermilch möglichst nahe kommen und das enthalten, was für Ihr Baby nach dem 6. Monat neben Gläschenkost wichtig ist.

* Wie empfohlen HIPP HA 2 Plus ab dem 10. Monat in Kombination mit HIPP HA 1 Plus oder jeder anderen HA-Folgemahrung

vergrößerter Ausschnitt der Anlage

+ PROBIOTIK®

- + **allergenarm**
- + **mit natürlichen Milchsäurekulturen**
- + **Praebiotik® zur Unterstützung einer gesunden Darmflora**

Allergenarme Ernährung mit der einzigartigen Kombination aus Probiotik® und Praebiotik®

- + HIPP HA Plus Folgenahrungen eignen sich zur Fortsetzung der allergenarmen Ernährung im Gläschenkost-Altstadium. Das allergenarme Eiweiß in HIPP HA Plus Folgenahrungen ist besonders mild im Geschmack und verbindet damit eine allergenarme Ernährung mit den wachsenden Geschmacksbedürfnissen älterer Säuglinge. HIPP HA 3 Plus ist durch einen hohen Anteil allergenarmer Stärke zudem schön sämig und dadurch besonders gut sättigend.
- + HIPP HA Plus Folgenahrungen enthalten nach dem Vorbild Muttermilch natürliche Milchsäurekulturen und präbiotische Ballaststoffe (Galactooligosaccharide), die täglich getrunken eine gesunde Darmflora fördern. Eine gesunde Darmflora leistet einen wichtigen Beitrag zur Stärkung der Abwehrkräfte.
- + Die jahrzehntelange Erfahrung der HIPP Ernährungswissenschaft und die neuesten Erkenntnisse führender Experten aus dem Bereich Muttermilchernährung sorgen dafür, dass HIPP HA Plus Milchnahrungen in ihrer Wirkweise dem Vorbild Muttermilch möglichst nahe kommen und das enthalten, was für Ihr Baby nach dem 6. Monat neben Gläschenkost wichtig ist.

Anwendung

4 Die Klägerin hat, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, beantragt, die Beklagte zu verurteilen, gegenüber dem Deutschen Patent- und Markenamt in die Löschung folgender Marken einzuwilligen:

1. DE 396 20 358 - Probiotik
für folgende Waren:
 - Milchprodukte, insbesondere Joghurt, Trinkjoghurt, Dickmilch, Kefir,
 - Milchpulver für Nahrungszwecke,
 - Präparate für die Zubereitung von Getränken
2. DE 396 18 494 - Praebiotik
für folgende Waren:
 - Diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, insbesondere Nahrungsergänzungsmittel,
 - Diätetische Lebensmittel für medizinische Zwecke,
 - Präparate für die Gesundheitspflege.

5 Das Landgericht hat der ursprünglich noch auf weitere Waren bezogenen Löschungsklage stattgegeben. Die dagegen von der Beklagten beschränkt auf

die genannten Waren eingelegte Berufung ist erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung in Bezug auf die genannten Waren weiter.

Entscheidungsgründe:

6 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Voraussetzungen für eine
Löschung der angegriffenen Marken wegen Verfalls lägen vor, weil die Marken
nicht rechtserhaltend benutzt worden seien. Dazu hat es ausgeführt:

7 Die Marke Probiotik sei nicht durch die von der Beklagten vorgetragenen
Kennzeichnungen von Milchbrei rechtserhaltend benutzt worden, weil Milchbrei
nicht unter die eingetragenen Waren gefasst werden könne. Die von der Be-
klagten im Übrigen vorgetragenen Verwendungsformen würden wegen ihrer
graphischen Gestaltung den kennzeichnenden Charakter der beiden angegrif-
fenen Marken ändern und seien deshalb gemäß § 26 Abs. 3 MarkenG nicht als
rechtserhaltend anzusehen. Soweit die Marken auf der Schmalseite der vorge-
legten Produktverpackungen verwendet worden seien, liege schon keine mar-
kenmäßige Benutzung, sondern die Bezeichnung eines Inhaltsstoffes vor.

8 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision hat Erfolg. Sie führt
zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an
das Berufungsgericht.

9 1. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Klägerin stehe ein Anspruch
auf Einwilligung in die Löschung der Marke Probiotik nach § 49 Abs. 1, § 55
Abs. 1 und 2 Nr. 1 MarkenG zu, weil die angegriffene Marke nicht rechtserhal-
tend benutzt worden sei, hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

10 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Marke Probiotik sei nicht durch die von der Beklagten vorgetragenen Verwendungen zur Kennzeichnung von Milchbrei rechtserhaltend benutzt worden. Die mit Zustimmung der Beklagten durch ein konzernverbundenes Unternehmen angebotenen Breie könnten zwar Milchpulver enthalten, seien aber nach dem Verkehrsverständnis weder Milchpulver noch ein Milchprodukt. Dementsprechend werde Milchbrei in der alphabetischen Liste der Waren und Dienstleistungen gemäß § 19 MarkenV in der bis zum 31. Dezember 2012 gültigen Fassung der Klasse 30 und nicht - wie Milchprodukte - der Klasse 29 zugeordnet.

11 Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Das Berufungsgericht ist von einem zu engen Verständnis des Begriffs der rechtserhaltenden Benutzung ausgegangen.

12 aa) Die rechtserhaltende Benutzung einer Marke im Sinne von § 26 Abs. 1 MarkenG erfordert, dass die Marke in üblicher und sinnvoller Weise für die Ware verwendet wird, für die sie eingetragen ist (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juli 2005 - I ZR 293/02, GRUR 2005, 1047, 1049 = WRP 2005, 1527 - OTTO; Urteil vom 18. Dezember 2008 - I ZR 200/06, GRUR 2009, 772 Rn. 39 = WRP 2009, 971 - Augsburger Puppenkiste; Urteil vom 14. April 2011 - I ZR 41/08, GRUR 2011, 623 Rn. 23 = WRP 2011, 886 - Peek & Cloppenburg II; Urteil vom 5. Dezember 2012 - I ZR 135/11, GRUR 2013, 725 Rn. 13 = WRP 2013, 1034 - Duff Beer). Allerdings ist die Markeneintragung im Löschungsverfahren wegen Verfalls nach §§ 49, 55 MarkenG nicht auf die Waren oder Dienstleistungen zu beschränken, für die die Marke tatsächlich benutzt worden ist. Die gebotene wirtschaftliche Betrachtungsweise und das berechtigte Interesse des Zeicheninhabers, in seiner geschäftlichen Bewegungsfreiheit nicht über Gebühr eingeengt zu werden, rechtfertigen es vielmehr, darüber hinaus auch die Waren im Warenverzeichnis zu belassen, die nach der Verkehrsauffassung gemeinhin zum gleichen Warenbereich gehören. Dadurch wird ein sachgerechter Ausgleich erzielt zwischen dem Interesse des Markeninhabers,

in seiner geschäftlichen Bewegungsfreiheit nicht über Gebühr eingeengt zu werden, und dem Interesse an der Freihaltung des Registers von Marken, die für einen Teil der Waren und Dienstleistungen nicht benutzt werden (BGH, Urteil vom 17. Mai 2001 - I ZR 187/98, GRUR 2002, 59, 62 = WRP 2001, 1211 - ISCO; Urteil vom 10. April 2008 - I ZR 167/05, GRUR 2009, 60 Rn. 32 f. = WRP 2008, 1544 - LOTTOCARD; Urteil vom 5. Dezember 2012 - I ZR 85/11, GRUR 2013, 833 Rn. 61 = WRP 2013, 1038 - Culinaria/Villa Culinaria). Zum gleichen Warenbereich in diesem Sinne gehören gemeinhin Waren, die in ihren Eigenschaften und ihrer Zweckbestimmung weitgehend übereinstimmen (BGH, Urteil vom 13. Juli 1989 - I ZR 157/87, GRUR 1990, 39, 40 f. - Taurus; Urteil vom 21. April 1994 - I ZR 291/91, GRUR 1994, 512, 515 = WRP 1994, 621 - Simmenthal; BGH, GRUR 2013, 833 Rn. 61 - Culinaria/Villa Culinaria).

13 bb) Das Berufungsgericht ist bei seiner Beurteilung nicht von diesen Grundsätzen ausgegangen. Es hat nicht geprüft, ob sich eine rechtserhaltende Benutzung daraus ergibt, dass die von der Beklagten vertriebenen Breiprodukte zumindest zum gleichen Warenbereich gehören, weil sie nach der Verkehrsauffassung wegen ihrer Eigenschaften und ihrer Zweckbestimmung weitgehend mit den im Warenverzeichnis der angegriffenen Marke angegebenen Waren übereinstimmen. Dazu bestand im Streitfall jedoch Anlass. Die Beklagte hat hierzu vorgetragen, dass es sich bei den vertriebenen Produkten um milchhaltige Pulver zur Zubereitung von Brei handelt, die zu einem erheblichen Prozentsatz aus Magermilchpulver bestehen und die deshalb nach der Verkehrsauffassung unter die Begriffe "Milchpulver" und "Milchprodukt" fallen.

14 Eine Prüfung unter diesem Gesichtspunkt konnte im Streitfall auch nicht deshalb unterbleiben, weil das Berufungsgericht eine Übereinstimmung der benutzten Ware "Milchbrei" mit der eingetragenen Ware "Milchprodukte" mit dem weiteren Argument abgelehnt hat, die Ware "Milchbrei" sei in der alphabetischen Liste der Waren gemäß § 19 MarkenV in der bis zum 31. Dezember 2012 gültigen Fassung der Klasse 30 und nicht - wie Milchprodukte - der Klas-

se 29 zugeordnet. Der Schutzbereich einer Marke wird nicht durch die Klassifikation bestimmt (vgl. Kirschneck in Ströbele/Hacker, Markengesetz, 10. Aufl., § 32 MarkenG Rn. 82). Zudem schließen sich die Oberbegriffe der amtlichen Klasseneinteilung untereinander nicht notwendig aus, sondern überschneiden sich teilweise. Die klassenmäßige Einteilung hat somit nur indizielle Bedeutung für die Beurteilung der Art der Ware oder Dienstleistung und ist dementsprechend bei der Subsumtion der benutzten unter die eingetragenen Waren und Dienstleistungen allenfalls unterstützend heranzuziehen (vgl. Schalk in Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Medienrecht, 2. Aufl., § 26 MarkenG Rn. 31; Ströbele in Ströbele/Hacker aaO § 26 Rn. 187).

15 b) Die Revision wendet sich auch erfolgreich gegen die weitere Annahme des Berufungsgerichts, die Marke Probiotik sei nicht durch die Verwendungen auf den Produkten "Hipp Anfangsmilch Plus Probiotik[®]" (Anlagen B 15, B 16) "Hipp Folgemilch Plus Probiotik[®]" (Anlagen B 17, B 18), "Hipp Hypoallergene Anfangsnahrung HA-Plus Probiotik[®]" (Anlagen B 21, B 22) und "Hipp Hypoallergene Folgenahrung HA-Plus Probiotik[®]" (Anlagen B 23, B 24) rechtserhaltend benutzt worden.

16 aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, in diesen Verwendungsformen liege die Benutzung in einer von der Eintragung abweichenden, den kennzeichnenden Charakter der Marke verändernden Form im Sinne von § 26 Abs. 3 Satz 1 MarkenG. Der Wortmarke Probiotik komme allenfalls äußerst geringe Kennzeichnungskraft zu, weil sie sich zumindest in hohem Maße an die beschreibenden Begriffe "Probiotikum/Probiotika" und "probiotisch" anlehne. Aus diesem Grund träten die graphischen Elemente der farblichen Gestaltung, des Bogens über dem Schriftzug und der Krümmung des gesamten Zeichens für die angesprochenen Verkehrskreise nicht so weit zurück, dass sie gegenüber dem Wortbestandteil keinerlei mitprägenden Charakter hätten. Deswegen messe der Verkehr den beiden Verwendungsformen einen im Verhältnis zur

angegriffenen Marke eigenständigen Charakter zu und sehe in ihnen nicht dieselbe Marke wie in dem eingetragenen Zeichen.

17 bb) Diese Beurteilung hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Beurteilung, ob eine abweichende Benutzung den kennzeichnenden Charakter der Marke verändert, ist zwar grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten und im Revisionsverfahren nur eingeschränkt, insbesondere auf zutreffende Rechtsanwendung und die Beachtung der allgemeinen Lebenserfahrung, überprüfbar (BGH, GRUR 2013, 725 Rn. 16 - Duff Beer, mwN). Im Streitfall hat das Berufungsgericht aber insoweit einen zu engen rechtlichen Maßstab der Prüfung nach § 26 Abs. 3 Satz 1 MarkenG zugrunde gelegt.

18 (1) Wird die Marke in einer von der Eintragung abweichenden Form benutzt, liegt eine rechtserhaltende Benutzung nach § 26 Abs. 3 Satz 1 MarkenG nur vor, wenn die Abweichungen den kennzeichnenden Charakter der Marke nicht verändern. Das ist dann der Fall, wenn der Verkehr das abweichend benutzte Zeichen gerade bei Wahrnehmung der Unterschiede dem Gesamteindruck nach noch mit der eingetragenen Marke gleichsetzt, das heißt in der benutzten Form noch dieselbe Marke sieht (vgl. BGH, GRUR 2009, 772 Rn. 39 - Augsburger Puppenkiste; BGH, Urteil vom 19. November 2009 - I ZR 142/07, GRUR 2010, 729 Rn. 17 = WRP 2010, 1046 - MIXI; BGH, GRUR 2011, 623 Rn. 55 - Peek & Cloppenburg II; GRUR 2013, 725 Rn. 13 - Duff Beer). Wird eine Wortmarke dergestalt benutzt, dass das Wortzeichen graphisch oder farblich gestaltet wird oder bildliche Elemente hinzugefügt werden, ist zu berücksichtigen, dass Marken in der Praxis regelmäßig nicht isoliert verwendet werden, sondern dem Verkehr häufig verbunden mit weiteren Angaben, Zeichen, Aufmachungen und Farben entgegentreten. Es ist deshalb zu prüfen, ob diese weiteren Elemente einen Bezug zur Funktion der Marke als Herkunftshinweis haben oder lediglich allgemeine Sachangaben oder werbliche Hervorhebungsmittel sind (vgl. Ströbele in Ströbele/Hacker aaO § 26 Rn. 125 ff.). So werden graphische und farbliche Hinzufügungen und Gestaltungen nicht selten einen

lediglich dekorativen, verzierenden Charakter haben, denen der Verkehr keine Bedeutung für den kennzeichnenden Charakter der eingetragenen Marke und der benutzten Form beimisst (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Juli 1998 - I ZB 7/96, GRUR 1998, 167, 168 = WRP 1998, 1083 - Karolus-Magnus; Beschluss vom 30. März 2000 - I ZB 41/97, GRUR 2000, 1038, 1039 = WRP 2000, 1161 - Kornkammer; BGH, GRUR 2010, 729 Rn. 21 - MIXI; GRUR 2013, 725 Rn. 19 - Duff Beer).

19 (2) Das Berufungsurteil lässt nicht erkennen, dass das Berufungsgericht diese im Streitfall maßgebenden Grundsätze berücksichtigt hat. Es hat insbesondere nicht geprüft, ob es sich bei den dem Markenwort hinzugefügten graphischen Elementen und der farblichen Gestaltung nicht lediglich um dekorative Ausstattungsmerkmale handelt.

20 c) Das Berufungsgericht hat eine rechtserhaltende Benutzung auch im Hinblick auf die Verwendung der Marke Probiotik innerhalb der graphisch gestalteten Bezeichnung "PRAEBIOTIK® + PROBIOTIK®" auf den Produkten "Hipp Folgemilch Plus PRAEBIOTIK® + PROBIOTIK®" (Anlagen B 6/B 19, B 7/B 20) und "Hipp HA-Folgenahrung HA-Plus PRAEBIOTIK® + PROBIOTIK®" (Anlagen B 8/B 25, B 9/B 26) verneint. Auch diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

21 aa) Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, auch insoweit begründe die besondere graphische Gestaltung einen eigenständigen kennzeichnenden Charakter, hat es wiederum nicht geprüft, ob es sich bei den dem Markenwort hinzugefügten graphischen Elementen und der farblichen Gestaltung nicht lediglich um dekorative Ausstattungsmerkmale handelt (vgl. dazu Rn. 18).

22 bb) Das Berufungsgericht ist darüber hinaus davon ausgegangen, die einheitliche farbliche Gestaltung der beiden Wortbestandteile und die sie verklammernde orangefarbene Wellenlinie führe dazu, dass der Verkehr die ge-

samte Darstellung als ein einheitliches Zeichen auffasse, dessen Wortbestandteile PRAEBIOTIK und PROBIOTIK lauteten. Selbst wenn diesen (allein-)prägender Charakter zukäme, führe der zweite Wortbestandteil PRAEBIOTIK, der in der eingetragenen Marke keine Entsprechung finde, dazu, dass der Verkehr diesen nicht außer Acht lasse und in der Gesamtgestaltung keine Benutzung der Marke Probiotik sehe. Auch gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision mit Erfolg.

23 (1) Zur rechtserhaltenden Benutzung einer Marke reicht auch deren Verwendung als Zweitmarke aus. Es muss deshalb immer dann, wenn zur Kennzeichnung einer Ware zwei Zeichen verwendet werden, geprüft werden, ob der Verkehr darin ein aus zwei Teilen bestehendes zusammengesetztes Zeichen erblickt oder aber keinen einheitlichen Herkunftshinweis, sondern zwei voneinander zu unterscheidende Zeichen sieht (BGH, Urteil vom 8. Februar 2007 - I ZR 71/04, GRUR 2007, 592 Rn. 13 = WRP 2007, 958 - bodo Blue Night; BGH, GRUR 2010, 729 Rn. 17 - MIXI).

24 (2) Die Revision rügt mit Erfolg, dass das Berufungsgericht bei der Annahme eines Gesamtzeichens außer Acht gelassen hat, dass die Begriffe PRAEBIOTIK und PROBIOTIK in der verwendeten Form durch ein Pluszeichen verbunden und zudem beide Worte jeweils für sich genommen mit einem ®-Symbol gekennzeichnet sind.

25 Der Verkehr entnimmt der Beifügung des Zusatzes ® zu einem Zeichen regelmäßig den Hinweis, dass es eine Marke genau diesen Inhalts gibt (vgl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 1989 - I ZR 1/88, GRUR 1990, 364, 366 - Baelz; Urteil vom 26. Februar 2009 - I ZR 219/06, GRUR 2009, 888 Rn. 15 = WRP 2009, 1080 - Thermoroll; Urteil vom 10. Januar 2013 - I ZR 84/09, GRUR 2013, 840 Rn. 35 = WRP 2013, 1039 - PROTI II). Dadurch, dass hier beide Wortzeichen jeweils für sich genommen und eindeutig räumlich zugeordnet mit dem Zusatz ® versehen und zudem durch ein Pluszeichen im Sinne einer gleichwer-

tigen Aufzählung verbunden sind, bestehen im Streitfall deutliche Anhaltspunkte für die Annahme, dass der Verkehr in der benutzten Form zwei voneinander zu unterscheidende Zeichen sieht.

26 d) Mit Erfolg wendet sich die Revision ferner gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Verwendung der nicht bildlich gestalteten Bezeichnung "PRAEBIOTIK® + PROBIOTIK®" auf der Schmalseite der Produktpackungen "Hipp Folgemilch Plus PRAEBIOTIK® + PROBIOTIK®" (Anlagen B 19, B 20) und "Hipp HA-Folgenahrung HA-Plus PRAEBIOTIK® + PROBIOTIK®" (Anlagen B 25/B 26) sei bereits nicht markenmäßig erfolgt.

27 aa) Auf den Schmalseiten der Produktpackungen heißt es durch eine Unterlegung mit einem blauen Balken hervorgehoben:

Die einzigartige Kombination aus Probiotik® und Praebiotik®
sowie

Allergenarme Ernährung mit der einzigartigen Kombination aus Probiotik® und Praebiotik®.

28 bb) Der Beurteilung des Berufungsgerichts, darin liege keine markenmäßige Verwendung der Marke Probiotik, kann aus Rechtsgründen nicht beigetreten werden.

29 Der Annahme einer rein beschreibenden Verwendung der Bezeichnung Probiotik steht bereits entgegen, dass der Verkehr der Beifügung des Zusatzes ® zu einem Zeichen regelmäßig den Hinweis entnimmt, dass es eine Marke diesen Inhalts gibt (dazu Rn. 25). Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts ist es auch fernliegend, dass der Verkehr in dem Zusatz allenfalls einen Hinweis auf den Markenschutz des Inhaltsstoffs, nicht aber (auch) darauf sieht, dass Probiotik als Herkunftshinweis für die Ware Folgenahrung oder Folgemilch verwendet wird. Die Bezeichnung "PRAEBIOTIK® + PROBIOTIK®" tritt dem Verkehr auf den jeweiligen Produktverpackungen nicht lediglich auf der

Schmalseite entgegen, sondern bereits blickfangmäßig hervorgehoben auf der Schauseite. Dass die Verwendung auf der Schauseite nicht markenmäßig in Bezug auf das Produkt erfolgt, ist weder vom Berufungsgericht festgestellt noch sonst ersichtlich. Der Verkehr wird dadurch in seiner Wahrnehmung beeinflusst und wird die fragliche Verwendung auf der Schmalseite derselben Packung als einen Herkunftshinweis verstehen, der sich zumindest auch auf das Produkt insgesamt bezieht. Dem steht auch der auf der Schmalseite hergestellte Bezug auf inhaltliche Komponenten des Produkts nicht entgegen. Ein Bezug auf das Produkt als solches ergibt sich vielmehr daraus, dass der Verkehr der Packungsgestaltung insgesamt unschwer entnehmen kann, dass das Produkt maßgeblich aus den mit den Bezeichnungen Probiotik® und Praebiotik® markenmäßig gekennzeichneten inhaltlichen Komponenten besteht und damit auch die betriebliche Herkunft des Kombinations-Produkts selbst gekennzeichnet wird.

30 e) Die Revision wendet sich auch mit Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, es spreche gegen eine markenmäßige Benutzung der unter II 1 b) und c) behandelten Verwendungsformen, dass die Beklagte bei der Rechnungsstellung Milchbrei mit Probiotik bezeichnet, sich dagegen bei den übrigen Waren auf die anderen auf den Packungen befindlichen Bezeichnungen beschränkt. Es ist für eine rechtserhaltende Benutzung gemäß § 26 MarkenG ausreichend, wenn die Marke auf Produktverpackungen markenmäßig benutzt wird. Eine zusätzliche markenmäßige Verwendung auch in Rechnungen ist nicht erforderlich.

31 2. Das Berufungsgericht hat auch die rechtserhaltende Benutzung der Marke Praebiotik verneint und insoweit auf seine Begründung in Bezug auf die Marke Probiotik Bezug genommen. Aus den vorstehenden Gründen kann mithin auch diese Beurteilung keinen Bestand haben.

32 3. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen zu den weiteren Voraussetzungen der rechtserhaltenden Benutzung, insbesondere zu der Frage getroffen, ob die von der Beklagten vertriebenen Anfangs- und Folgemilchprodukte sowie die Anfangs- und Folgenahrung zum gleichen Warenbereich gehören, für die die angegriffenen Marken registriert sind. Dies ist zugunsten der Beklagten im Revisionsverfahren zu unterstellen. Entsprechendes gilt für den Gesichtspunkt der markenmäßigen Verwendung der angegriffenen Marken auf den Schauseiten der vorgelegten Packungen.

33 III. Auf die Revision der Beklagten ist danach das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 und 3 ZPO).

34 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

35 1. Das Berufungsgericht wird die fehlenden Feststellungen zur rechtserhaltenden Benutzung der angegriffenen Marken zu treffen haben.

36 Soweit das Berufungsgericht eine Übereinstimmung der benutzten Ware "Milchbrei" mit der eingetragenen Ware "Milchprodukte" auch mit dem Argument abgelehnt hat, die Ware "Milchbrei" sei in der alphabetischen Liste der Waren gemäß § 19 MarkenV in der bis zum 31. Dezember 2012 geltenden Fassung der Klasse 30 und nicht - wie Milchprodukte - der Klasse 29 zugeordnet, ist für die Auslegung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses nicht die im Dezember 2012 geltende Klassifikation, sondern die Klassifizierung im Zeitpunkt der Eintragung der betroffenen Marke heranzuziehen (vgl. Ströbele in Ströbele/Hacker aaO § 26 Rn. 187; Schalk in Büscher/Dittmer/Schiwy aaO, § 26 MarkenG Rn. 31).

- 37 2. Sollten die Marken nicht wegen mangelnder Benutzung nach § 49 Abs. 1 MarkenG verfallen sein, wird das Berufungsgericht weiter die notwendigen Feststellungen zum hilfsweise geltend gemachten Löschungsgrund des § 49 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zu treffen haben.

Büscher

Pokrant

Kirchhoff

Koch

Löffler

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 20.12.2011 - 33 O 14128/10 -

OLG München, Entscheidung vom 17.01.2013 - 29 U 307/12 -