
Datum: 21.07.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 61/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0721.4U61.09.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 13 O 177/08

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 04. Februar 2009 verkündete Urteil der 13. Zivilkammer – Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Bochum wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Kläger bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe

A.

Der Kläger ist Inhaber der deutschen Wortmarke DE 301 #####1 "Nikolaus G", die unter anderem für die Waren "Weißweine" eingetragen ist. Unter der Bezeichnung Nikolaus G bietet der Kläger ausweislich der erstinstanzlich überreichten Etiketten und der Preisliste einen Riesling Qualitätswein Trocken an.

1

2

3

4

Der Beklagte betreibt einen Weinversand. Er vertreibt einen Riesling Qualitätswein Trocken unter der Bezeichnung "O". Auf einem gelben Etikett, welches für diesen Weißwein verwendet wird, ist mit roter Farbe ein Nikolauskopf abgebildet, ferner befindet sich darüber die Beschriftung "geerntet am 06.Dezember 2007". Unter dem Nikolauskopf befindet sich in Druckbuchstaben abgebildet die Bezeichnung "O", darunter der Zusatz "2007, Riesling - Trocken". Insofern wird auf das Originaletikett – wie folgt - und die Weinliste des Beklagten Bezug genommen:

Der Kläger hat gemeint, der Beklagte verletze mit der Bezeichnung O sein Markenrecht. Es bestehe Warenidentität. Der Zusatz "G" werde bei seiner Marke nicht als unterscheidungskräftiger Kennzeichenbestandteil wahrgenommen. Dies gelte auch für den Zusatz "Sankt" in der vom Beklagten benutzten Bezeichnung. 5

Der Kläger hat beantragt, 6

den Beklagten zu verurteilen, 7

I. 1. es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Wiederholungsfall bis zu 2 Jahren, zu unterlassen, im Bereich der Bundesrepublik Deutschland ohne Zustimmung des Klägers das Zeichen O im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit Weißweinen zu benutzen, insbesondere das vorstehend bezeichnete Zeichen auf Weißweinflaschen oder sonstigen Behältnissen für Weißwein oder ihrer Aufmachung oder Verpackung anzubringen, unter dem vorstehend bezeichneten Zeichen Weißwein anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen, einzuführen oder auszuführen und schließlich das vorstehend bezeichnete Zeichen in Geschäftspapieren oder in der Werbung zu benutzen. 8

2. dem Kläger Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der unter vorstehend zu I.1. beschriebenen Erzeugnisse zu erteilen, insbesondere unter Angabe der Namen und Anschriften der Hersteller, der Lieferanten und deren Vorbesitzer, der gewerblichen Abnehmer und Auftraggeber sowie unter Angabe der Mengen der ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Erzeugnisse; 9

3. dem Kläger über den Umfang der vorstehend zu I. 1. bezeichneten Handlungen Rechnung zu legen, und zwar unter der Angabe des unter der Kennzeichnung "O" mit Weißweinen erzielten Umsatzes sowie unter Angabe des Umfangs der betriebenen Werbung, aufgeschlüsselt nach Kalendervierteljahren, Bundesländern und Werbeträgern; 10

II. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger allen Schaden zu erstatten, der ihm aus den vorstehenden unter I.1. bezeichneten Handlungen entstanden ist und künftig entstehen wird. 11

Der Beklagte hat beantragt, 12

die Klage abzuweisen. 13

Er hat eine Verwechselungsgefahr in Abrede gestellt und u. a. darauf verwiesen, dass O ein Allgemeinbegriff sei. Mit dieser Bezeichnung kennzeichne er Weine, deren Trauben am 06.12. gelesen worden seien. Dazu hat sich der Beklagte auf einen entsprechenden Zeitungsartikel und ein Foto bezogen, das einen Nikolaus bei der Lese zeigt. 14

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil es eine Verwechselungsgefahr verneint hat. Es hat gemeint, der Verkehr achte besonders auf die Zusätze "G" und "Sankt", da Nikolaus eine gebräuchliche Bezeichnung darstelle. Das nachgestellte "G" sei im Schriftbild und auch in phonetischer Hinsicht so auffällig, dass es zusammen mit Nikolaus den Gesamteindruck präge. Damit sei eine Verwechselungsgefahr ausgeschlossen. Das gelte umso mehr, als der Beklagte den Zusatz "Sankt" verwende. Das von dem Beklagten benutzte Etikett weise durch den über der Bezeichnung "Sankt Nikolaus" angebrachten roten Nikolauskopf und den in roter Schrift gehaltenen Hinweis "geerntet am 06.12.2007" deutlich darauf hin, dass die Bezeichnung eine Anspielung auf den Tag der Ernte sei. Zudem sei die farbliche Gestaltung der beiderseitigen Etiketten völlig unterschiedlich.

Der Kläger greift das Urteil mit der Berufung an, mit der er seine erstinstanzlichen Anträge weiter verfolgt. Er äußert Zweifel an der Richtigkeit der Tatsachenfeststellung und verweist auf seinen Tatbestandsberichtigungsantrag vom 16.03.2009, den das Landgericht durch Beschluss vom 03.04.2009 zurückgewiesen hat. Der Kläger betont, dass der Beklagte keinen Beweis dafür angetreten habe, dass er auch andere Weine außer dem Wein Riesling Qualitätswein Trocken unter der angegriffenen Bezeichnung anbietet. Die unzutreffende Feststellung des Landgerichts habe dazu geführt, dass es nicht von einer völligen Warenidentität ausgegangen sei. Der Kläger rügt sodann eine Rechtsverletzung, da das Landgericht zu Unrecht eine Verwechselungsgefahr verneint habe. Er meint mit näheren Ausführungen, wegen der Identität der Waren und der großen Ähnlichkeit der Zeichen bestehe in hohem Maße eine Verwechselungsgefahr. Auszugehen sei bei den durchschnittlichen Weinen als den angebotenen Waren von der Masse der weniger fachkundigen Verbraucher. Insoweit komme es auf die Sicht des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers an. Die zu berücksichtigende Wechselwirkung zwischen der Warenähnlichkeit, der Zeichenähnlichkeit und der Kennzeichnungskraft der geltend gemachten Marke führe dazu, dass bei der hier gegebenen Warenidentität ein wesentlich deutlicherer Abstand der Zeichen selbst erforderlich sei, um eine Verwechselungsgefahr auszuschließen, als bei einem größeren Warenabstand. Hier sei von einer erheblichen Zeichenähnlichkeit auszugehen. Beide Zeichen stimmten vollständig in dem Wortbestandteil Nikolaus überein, der bei beiden Zeichen quantitativ deutlich überwiege. Deshalb werde dieser Wortbestandteil den Erinnerungseindruck maßgeblich bestimmen. Prägender Teil der beiden Zeichen sei jeweils der Zeichenteil "Nikolaus". Der Zusatz "G" trete in der klägerischen Marke zurück. Gleiches gelte für den in erster Linie beschreibenden Bestandteil "Sankt" als gebräuchlicher Namenszusatz in der Bezeichnung des Beklagten. Daher bestehe eine völlige Übereinstimmung zwischen den jeweils prägenden Zeichenbestandteilen. Das reiche bereits aus, um eine Verwechselungsgefahr zu bejahen. Der Kläger wendet sich dabei gegen die Annahme des Landgerichts, es komme auf die konkrete Darstellung der klägerischen Wortmarke an. Lediglich auf Seiten des Verletzers komme es auf das Zeichen in der Gestalt an, in der es tatsächlich benutzt werde. Der Kläger ist der Meinung, dass das Zeichen des Beklagten den Schutzbereich seiner Marke verletze. Es sei von einer normalen Kennzeichnungskraft seiner Marke auszugehen. Anders als dies vom Landgericht angenommen worden sei, stelle die Bezeichnung "Nikolaus" für Wein keine gebräuchliche Bezeichnung dar. Es sei von einer unmittelbaren Verwechselungsgefahr auszugehen, da die mit dem Zeichen des Beklagten gekennzeichnete Ware als vom klägerischen Unternehmen stammend aufgefasst würde. Das Zeichen des Beklagten werde in kennzeichenmäßiger Weise und nicht nur beschreibend für den Erntetag benutzt.

16

Der Kläger beantragt,

17

18

das angefochtene Urteil abzuändern und entsprechend den erstinstanzlichen Anträgen zu erkennen.	
Der Beklagte beantragt,	19
die Berufung zurückzuweisen.	20
Er hat in der Sache nicht mehr erwidert.	21
Wegen der weitern Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	22
B.	23
Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet.	24
Er kann von dem Beklagten nicht aus §§ 14 Abs.5; Abs.2 Nr.2 MarkenG wegen der Verwendung der Bezeichnung "O" die geltend gemachte Unterlassung verlangen.	25
I.	26
Zunächst kann schon nicht, wie im Senatstermin im Einzelnen erörtert worden ist, angenommen werden, dass der Beklagte die Bezeichnung O im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG "benutzt" hat.	27
Nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und dem BMW-Urteil des EuGH (GRUR Int. 1999, 438) hat der BGH eine markenmäßige Benutzung verlangt, also eine Benutzung in dem Sinne, dass der Verkehr in dem angegriffenen Zeichen einen Herkunftshinweis sieht. Das ist nicht der Fall, wenn ein Zeichen nur als beschreibende Angabe Verwendung findet, als schmückendes Beiwerk oder bloßer Zierrat. Der Senat hat so in einem Fall (Urt. v. 17.10.2006, Az. 4 U 101/06) einen markenmäßigen Gebrauch verneint, in dem ein Bäcker in N sein Brot "L" genannt hatte. Auf dem Brot selbst war diese Bezeichnung nicht angebracht, sondern auf Schildern am Regal, auf dem das Brot lag. Der Senat hat in dieser Kennzeichnung keine Herkunftsfunktion erblickt, sondern angenommen, dass es dabei nur um ein Unterscheidungsmerkmal für die verschiedenen Brotsorten des Münsteraner Bäckers ging. Eine bloße dekorative Verwendung von Namen bekannter Persönlichkeiten als schmückendes Beiwerk zur Ware stellt keine markenmäßige Benutzung dar. Gleiches gilt, wenn solche Namen berühmter Persönlichkeiten nur als Bestellzeichen oder als Sortenbezeichnung verwandt werden, ohne zugleich Herkunfts- oder Identifizierungsfunktion zu erfüllen.	28
Vergleichbar verhält es sich im vorliegenden Streitfall. Auf dem Etikett des Beklagten findet sich der Hinweis "Heinz C – Weinversand" mit anschließender Adressenangabe. Der Verbraucher weiß also durch diese Bezeichnung um die Herkunft der Flasche. Demgegenüber wird mit der Bezeichnung "O" nur der am 06.12.2007 geerntete Riesling trocken Qualitätswein bezeichnet. Damit dient die Bezeichnung nur der Unterscheidung der Waren. Das wird besonders daran deutlich, dass nach dem unwiderlegten Vortrag des Beklagten die Bezeichnung "O" ausschließlich für den genannten Wein benutzt wird. Es ist also nicht so, dass der Beklagte versucht, möglichst viele Produkte mit einer Marke O zu versehen. Schaut man sich darüber hinaus die Preisliste des Beklagten an, ist ebenfalls klar, von wem der Wein stammt. Denn die Preisliste weist den Beklagten als Versender des Weines aus. Wiederum wird die Bezeichnung "O" nur als Unterscheidungskriterium genutzt, um eine bestimmte Ware zu bezeichnen, wobei im Vordergrund ersichtlich das	29

"Ernteereignis" steht, das sich dadurch auszeichnet, dass die Weintrauben konkret am Nikolaustag, dem 06.12. des Jahres, geerntet werden.

II.

Jedenfalls und unabhängig davon besteht auch keine Verwechslungsgefahr.

Nach § 14 Abs.2 Nr.2 MarkenG ist es Dritten untersagt, ohne Zustimmung des Markeninhabers im geschäftlichen Verkehr ein Zeichen zu benutzen, wenn wegen der Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke und der Ähnlichkeit der durch die Marke und das Zeichen erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht. Hiernach kommt es entscheidend darauf an, ob durch die im Streit stehende Benutzung des Zeichens bei den in Betracht kommenden Verkehrskreisen eine Verwechslung oder Irreführung eintreten kann. Bei den maßgeblichen Verkehrskreisen kommt es auf die Sicht des normal informierten, angemessenen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers im Bereich der einschlägigen Waren an (vgl. EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736; Ingerl/Rohnke, MarkenG, 2. Aufl. 2003, § 14 Rn. 280). Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist alsdann unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht zu ziehenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Zeichen und der Ähnlichkeit der mit ihnen gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen sowie der Kennzeichnungskraft der geschützten Marke, so dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Zeichen oder durch eine erhöhte Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (st. Rspr.; Ekey in Ekey/Klippel/Bender Markenrecht, 2008, § 14 Rn. 162.; Ingerl/ Rohnke , MarkenG, § 14 Rn. 267, 272).

Zwischen den beiderseitigen "Zeichen" besteht hinsichtlich des Zeichenteiles "Nikolaus" vorliegend zwar Übereinstimmung. Jedoch ergibt sich aus der vorzunehmenden Gesamtschau der beiden Zeichen, insbesondere im Hinblick auf das nachgestellte "G" bei dem Zeichen "Nikolaus G" und das vorangestellte "Sankt" bei "O", gerade auch vor dem Hintergrund des Sinngehalts der beiden Bezeichnungen keine Verwechslungsgefahr.

Dabei ist zunächst von einem ausnehmend hohen Grad an Warenähnlichkeit auszugehen, der an eine Identität heranreicht, da es eigentlich nur noch die unterschiedlichen Lagen gibt, die als Unterscheidungsmerkmal angeführt werden könnten. Es handelt sich in beiden Fällen um Weißweine der Rebsorte Riesling. Die Klagemarke hat eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft. "Nikolaus" ist zwar ein gebräuchlicher Name. Es geht hier aber nicht um die Bezeichnung eines Menschen, sondern um die Kennzeichnung von Wein mit dem Namen Nikolaus. Das ist keineswegs üblich. Das Merkmal der Zeichenähnlichkeit und die abschließende Würdigung im Rahmen der angesprochenen Wechselwirkung rechtfertigen nicht die Annahme einer Verwechslungsgefahr.

Durch das nachgestellte "G" erhält die Klagemarke "Nikolaus G" insgesamt einen Namenscharakter, wobei der Vorname "Nikolaus" ist und der Nachname mit dem Buchstaben "G" abgekürzt ist. Nach dem Gesamteindruck prägt das Gesamtzeichen keineswegs nur der Vorname, sondern gleichermaßen das "G" als Abkürzung des Nachnamens. Einzelbuchstaben als Abkürzungen von Familiennamen tragen nämlich zum Gesamteindruck der Marke wesentlich bei. Dem steht nicht entgegen, dass der Vorname hier ausgeschrieben und demzufolge mit mehreren Buchstaben angegeben ist, wohingegen der Nachname nur mit einem Buchstaben abgekürzt erscheint. Wenn eine Mehrwortmarke sowohl einen Vornamen als auch einen Familiennamen als Zeichenbestandteile enthält, ist zur Feststellung

des Gesamteindrucks der Marke die prägende Wirkung des Vornamens und des Familiennamens zu berücksichtigen (vgl. BGH GRUR 2000, 233, 235 - RAUSCH/ ELFI RAUSCH; Fezer, MarkenG, 4. Aufl. 2009, § 14 Rn. 553). Da Einzelbuchstaben als Abkürzungen von Familiennamen zu verstehen sind, tragen diese zum Gesamteindruck der Marke wesentlich bei. Auch in phonetischer Hinsicht kann man das "G" keineswegs unter den Tisch fallen lassen, zumal davon auszugehen ist, dass die Klagemarke isoliert ohne diesen Buchstaben nur mit "Nikolaus" schwerlich eintragungsfähig wäre.

Bei der vom Beklagten benutzten Bezeichnung sind in gleicher Weise sowohl der Bestandteil "Nikolaus" als auch der Wortbestandteil "Sankt" prägend. Im Gegensatz zur Rechtsauffassung des Klägers kommt "Sankt" nämlich hier eine wesentliche Bedeutung zu. Es wird gerade auf den Heiligen Nikolaus abgestellt. Dies wird durch den dargestellten Nikolauskopf und den Hinweis auf den 06.12.2007 im vorgelegten Etikett, an hervorgehobener Stelle und unübersehbar in rot, noch verstärkt. Es handelt sich um den Nikolaustag, an dem die Trauben gelesen worden sind. Es geht also in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht um einen Wein, der dem Festtag des heiligen Nikolaus zugeordnet wird. 36

Bei der Abwägung bestehen ein hoher Grad an Warenähnlichkeit, eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft und ein nur sehr geringer Grad an Zeichenähnlichkeit. Letzterer wiegt so schwer, dass eine Verwechslungsgefahr in der Gesamtbetrachtung zu verneinen ist. Keineswegs ist es, wie der Kläger meint, so, dass sich allein "Nikolaus" als Schlüsselwort verfestigt und erinnerlich bleibt. Vielmehr erkennt der angesprochene Verkehr die mangelnde Identifikationsfunktion der Bezeichnung und evident auch den Umstand, dass als Ereignis der Erntetag des Weines angesprochen ist, während bei der Klagemarke die Namensfunktion im Vordergrund steht. 37

III. 38

Demgemäß scheiden in der Folge auch die geltend gemachten Nebenansprüche in Bezug auf Auskunftserteilung und Schadensersatzfeststellung aus. 39

IV. 40

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 I, 708 Nr. 10 ZPO. 41

Die Zulassung der Revision ist nicht veranlasst, § 543 ZPO. 42