
Datum: 01.06.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-4 U 224/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:0601:I4U224.09.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 10 O 75/09

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 10. November 2009 verkündete Urteil der I. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld wird zu-rückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

A.

Der Kläger verlangt von dem Beklagten die Kosten für eine anwaltliche Abmahnung vom 03.02.2009 (= Anl. K 3) in Höhe von 1.376,83 € . Der Kläger, der Inhaber der Wort-/Bildmarke "pornofreunde" für die Dienstleistungsklassen 35, 41 (Leitklasse) und 42 (wie Anl. K 6) ist, hat vom Beklagten wegen einer WerbeE-Mail vom 27.01.2009 für die Veranstaltung "Pornofreunde 2.0 ft. DJ T1" (Anl. K 2) die Unterlassung der Verwendung der Kennzeichnung "Pornofreunde" für Party- und Eventveranstaltungen verlangt. Der Beklagte gab daraufhin unter dem 12.02.2009 eine Unterlassungserklärung (wie Anl. K 4) ab, ohne jedoch die geltend gemachten Anwaltskosten zu erstatten. Der Kläger nahm diese mit Schreiben vom 03.04.2009 (Anl. K 5) an.

1

2

3

Der Kläger hat gegen den Beklagten einen entsprechenden Vollstreckungsbescheid vom 23.06.2009 erwirkt, gegen den der Beklagte fristgerecht Widerspruch eingelegt hat.

Der Kläger hat die Aufrechterhaltung des Vollstreckungsbescheids beantragt, der Beklagte die Aufhebung des Vollstreckungsbescheids und die Klageabweisung.

Wegen des näheren Sachverhalts in erster Instanz wird gemäß § 540 I ZPO auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (S. 2 bis 4) Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, mit der Begründung, dass eine Verletzung der geschützten Wort-/Bildmarke des Klägers nicht festzustellen sei. Ein identisches Zeichen i.S.v. § 14 II Nr. 1 MarkenG sei nicht verwandt worden. Auch liege keine Verletzungshandlung nach § 14 II Nr. 2 MarkenG vor. Eine Verwechslungsgefahr sei insoweit nicht ersichtlich.

Hinsichtlich der Begründung im Einzelnen wird auf die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils (S. 5 f.) verwiesen.

Der Kläger wehrt sich hiergegen mit seiner Berufung. Er meint, der Begriff "pornofreunde" sei für die eingetragenen Waren- und Dienstleistungsklassen nicht nur beschreibend. Er führe auch bereits seit dem Jahr 2005 unter dem Begriff "pornofreunde" u.a. Musikveranstaltungen, Live-Veranstaltungen, Partys und Events durch. Er habe sich mit seiner so genannten Partyreihe einen guten Ruf in der gesamten Partyszene in Deutschland erworben. Es liege eine eindeutige Verwechslungsgefahr vor. Er, der Kläger, sei bis zu der Rechtsverletzung durch den Beklagten der einzige Veranstalter von Partys gewesen, der in Diskotheken Veranstaltungen mit dem Namen "pornofreunde" durchgeführt habe. Seine Partyreihe sei bundesweit bekannt, habe einen guten Ruf und werde sehr stark besucht. Der Beklagte habe den geschützten Markennamen sowohl in identischer Form (ohne Zusätze) im Rahmen der streitgegenständlichen E-Mail als auch in verwechslungsfähiger Form (mit textlichem Zusatz) zur Kennzeichnung von Waren- und Dienstleistungen im geschäftlichen Verkehr verwandt. Dabei gehe das Landgericht auch fehlerhaft davon aus, dass das Worтеlement "pornofreunde" seiner Marke im Gegensatz zur graphischen Gestaltung der Wort-/Bildmarke, nämlich der Farbgestaltung in Orange und der hinzugefügten Brille, keine prägende Bedeutung habe. Dem Wortteil komme insoweit die höhere Kennzeichnungskraft zu. Die beteiligten Verkehrskreise achteten nicht auf die rein dekorativen Bildelemente der Marke, sondern auf ihren Wortbestandteil. Das Worтеlement "pornofreunde" stehe bei seiner Marke eindeutig im Vordergrund. Die bildliche Darstellung trete dahinter zurück. Das Worтеlement sei zumindest mit einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft versehen. Der Beklagte habe durch die Verwendung des zugunsten des Klägers geschützten Markennamens seinen guten Ruf und den seiner Partyreihe für seine eigenen Belange auszunutzen versucht. Die bildlichen Elemente träten auch in der E-Mail des Beklagten hinter dem Wortbestandteil "pornofreunde" zurück. Dadurch, dass der Beklagte seine Party unter dem Begriff "pornofreunde 2.0 ft. DJ T1" veranstaltet habe, beziehe er sich durch diese Zusätze noch mehr und verstärkt auf den Begriff "pornofreunde". Weiterhin habe das Landgericht verkannt, dass seine Abmahnung auch auf wettbewerbsrechtliche Ansprüche gestützt worden sei. Es liege einerseits eine unlautere Ausnutzung des guten Rufs gem. § 6 II Nr. 4 UWG und andererseits durch das Weglocken der Partybesucher durch die Verwendung des Begriffs "pornofreunde" eine Behinderung i.S.v. § 4 Nr. 10 UWG vor. Ferner sei der Beklagte wegen Nichtbenennung jedenfalls eines Gesellschafters seiner GbR mit vollständigem Namen wegen Verstoßes gegen § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 6 I Nr. 2 TMG abgemahnt worden.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils den Vollstreckungsbescheid vom 19.06.2009¹ aufrechtzuerhalten.

Der Beklagte beantragt, 12

die Berufung zurückzuweisen. 13

Er verteidigt das Urteil mit näheren Ausführungen. Er meint, der Begriff "pornofreunde" habe 14
einen bloß beschreibenden Charakter und eine sehr geringe Kennzeichnungskraft hinsichtlich
der geschützten Wort-/Bildmarke. Entscheidend für den Gesamteindruck sei die
orangefarbene Sonnenbrille. Die von ihm gewählte grafische Darstellung für die
Veranstaltung "pornofreunde 2.0 ft. DJ T1" enthalte keine grafischen Elemente, die mit der
Wort-/Bildmarke des Klägers verwechselt werden könnten. Das rein beschreibende Wort
könne durch die Kombination mit der Grafik und Eintragung als Wort-/Bildmarke nicht den
Schutzzumfang einer reinen Wortmarke beanspruchen. Eine Verwechslungsgefahr zwischen
der von ihm geführten Veranstaltung und den Veranstaltungen, die der Kläger durchführe, sei
nicht gegeben. Es werde nochmals bestritten, dass der Kläger mit seiner orangefarbenen
Wort-/Bildmarke einen Bekanntheitsgrad erreicht habe, der die Annahme einer gesteigerten
Kennzeichnungskraft begründen könne. Zu bestreiten sei ferner, dass er, der Beklagte, von
dem angeblichen guten Ruf des Klägers und dessen angeblichen, bis dato nicht
nachgewiesenen zahlreichen bundesweiten Partys, Kenntnis gehabt habe.

B. 15

Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet. Er kann von dem Beklagten nicht aus 16
§§ 683 S. 1, 677, 670 BGB die Zahlung der streitgegenständlichen Abmahnkosten von
1.376,83 € verlangen. Die Abmahnung vom 03.02.2009 entsprach nicht dem Willen des
Beklagten, da sie in Bezug auf die beanstandete Markenverletzung nicht berechtigt war.

I. 1. 17

Ein Unterlassungsanspruch besteht zunächst nicht aus § 14 II Nr. 1 MarkenG. Ein 18
identisches Zeichen hat der Beklagte schon deshalb nicht benutzt, weil der Beklagte in der
fraglichen Mail gerade auch die grafischen Elemente der geschützten Wort-/Bildmarke, so die
Zeichengestaltung, die Schreibweise in orange und den Brillenbestandteil nicht verwendet
hat.

2. 19

Ebenso wenig ist ein Anspruch aus § 14 II Nr. 2 MarkenG begründet. Nach dieser Regelung 20
ist es Dritten untersagt, ohne Zustimmung des Inhabers der Marke im geschäftlichen Verkehr
ein Zeichen zu benutzen, wenn wegen der Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke und der
Ähnlichkeit der hiervon erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr
von Verwechslungen besteht.

a) 21

Zugunsten des Klägers besteht insoweit Markenschutz. Er ist Inhaber der deutschen Wort- 22
-/Bildmarke 30565102.2 "pornofreunde". Eine irgendwie geartete Erlaubnis zur Nutzung der
Marke durch den Beklagten bestand nicht.

b) 23

24

Eine Verwechslungsgefahr ist indes zu verneinen.

Die Beurteilung der Verletzungsgefahr ist 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 älteren 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 (BGH GRUR 2008, – Interconnect/T-InterConnect; NJW-RR 2009, 536 - Schuhpark). Bei dieser umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist auf den durch die Zeichen hervorgerufenen Gesamteindruck abzustellen, wobei insbesondere ihre unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind (EuGH GRUR 2007, 700 – Limoncello).

25

Die Unterscheidungskraft der Wort-/Bildmarke "pornofreunde" mit der dargestellten (undurchsichtig wirkenden oder dunklen) Brille erweist sich auch in Bezug auf die Organisation und Durchführung von Liveveranstaltungen etc. als gering. Das Worтеlement hat insoweit bereits nur überwiegend beschreibenden Charakter. Es werden schlicht "Freunde" des "Pornos" angesprochen. Der Begriff weist auf eine Freundschaft zu einer bestimmten Vorliebe hin und ist im Hinblick auf diese bloße Verknüpfung kaum anders zu werten als ein Sportsfreund, Kunstfreund oder ein Fan, z.B. ein Filmfan, für jedwedes andere Interessengebiet. Man interessiert sich hierfür, mag es gut finden, im Streitfall eben den Bereich der Pornographie. Der Kunstfreund besucht Ausstellungen und Museen. Der Filmfan geht etwa ins Kino. Ein Pornofreund mag Pornographie konsumieren, wie auch immer sie ihm dargeboten wird, so auch im Zusammenhang mit dem Besuch einer Unterhaltungs- oder Liveveranstaltung, die pornographische Inhalte oder Anknüpfungen beinhalten kann. Insofern verweist der Begriff überwiegend beschreibend über die angesprochenen Menschen auf das weite Spektrum der Pornographieangebote. Es kann zwar aus zwei mehr oder weniger beschreibenden Begriffen auch ein einprägsamer Kombinationsbegriff entstehen, der als solcher wiederum eine individuelle Eigenart aufweist. Diesem kommt damit aus Sicht des Verkehrs ausreichende Unterscheidungskraft im Hinblick auf die Herkunft der geschützten Dienstleistungen aus einem bestimmten Unternehmen zu (vgl. BGH GRUR 2008, 1108, 1111 – Haus & Grund III). Hier stellt sich der Begriff "pornofreund" auch in Verbindung mit der Brille aber keineswegs als besonders kreativ, ungewöhnlich und einprägsam in diesem Sinne dar. Er hat insgesamt im Hinblick auf die geschützten Dienstleistungen nur eine unterdurchschnittliche Kennzeichnungskraft.

26

Was die Überschneidung der Dienstleistungen angeht, ist nahezu von einer Identität auszugehen. Maßgeblich ist insoweit die Eintragung. Auf die konkrete Nutzung der Marke durch den Kläger kommt es nicht an. Der Schutzzumfang der Klagemarke (insbes. Klasse 41) umfasst gerade auch die Organisation und Durchführung von Live-Veranstaltungen, Shows etc., die der Beklagte ebenfalls bewirbt und durchführt.

27

Die Zeichenähnlichkeit ist alsdann wiederum nur sehr gering. Zu beachten ist, dass der Begriff "pornofreunde" eben nicht als reine Wortmarke geschützt ist. Es besteht insoweit, zumal der Wortbestandteil weithin nur beschreibend ist, kein Elementenschutz.

28

Die beiderseitigen Darstellungen unterscheiden sich gravierend. Bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit ist der jeweilige Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Zeichen zu berücksichtigen. Es mag durchaus sein, dass unter Umständen ein oder mehrere Bestandteile einer komplexen Marke für den durch die Marke im Gedächtnis der

29

angesprochenen Verkehrskreise hervorgerufenen Gesamteindruck prägend sein können (EuGH GRUR 2005, 1042 – Thomson Life; BGH GRUR 2005, 326 – il Padrone/Il Portone). Vorliegend aber handelt es sich weder um einen derart komplexe Marke, noch ist der textliche Teil, den die Beklagte genutzt hat, in erster Linie allein prägend. Auch mag es im Einzelfall sein, dass die beteiligten Verkehrskreise in häufigen Fällen nicht auf das dekorative Bildelement und die Farbgebung, sondern eher auf den Textbestandteil achten. Angesichts des flachen Begriffs der "pornofreunde" sind im Streitfall als mitprägend aber gleichfalls die grafischen Bestandteile (insbesondere die Brille) anzusehen. Die Bildelemente können insofern keineswegs in durchschlagender Weise ausgeblendet werden.

Schon der textliche Teil in der Darstellung des Beklagten gerade auch unter Hervorhebung eines "DJ T1", dabei also unter Nutzung eines abweichenden Eigennamens, wird unterscheidungskräftig und anders genutzt. Vor allem findet sich dort gerade auch nicht die mit charakterisierende Brille, die den Bildbestandteil der Marke des Klägers ausmacht. Abgesehen davon gibt es eine andere Schreibweise und keine Verwendung der Leuchtfarbe orange. Die Personen beim Beklagten sind, auch wenn diese teilweise eine Sonnenbrille tragen mögen, konkret und in persona dargestellt, nicht entsprechen nur symbolhaft wie die Brille in der Klagemarke. Die Bezeichnung "Pornofreunde 2.0 ft. DJ T1" ist zudem mit einem geschwungenen Ornament unterlegt. Optisch und gestalterisch sind die beiderseitigen Gestaltungen insoweit grundlegend verschieden. Dies gilt letztlich auch für die isolierte Bezeichnung in der angegriffenen Mail unter "Referenzen Pornofreunde vom Jahr 2008", wo die mitprägenden Bildelemente der Klagemarke wiederum nicht wiedergegeben sind. 30

So weichen Text und Gesamtbild der Darstellungen deutlich voneinander ab. Da die Marke des Klägers in Bezug auf den Textbestandteil maßgeblich auch nur an eine beschreibende Angabe angelehnt ist, ist der Schutzzumfang insoweit eng zu bemessen. Andernfalls würde die beschreibende Angabe letztlich selbst markenrechtlichen Schutz bekommen (vgl. BGH GRUR 2003, 963 – AntiVir/AntiVirus). Der Kläger kann den Begriff "pornofreunde" als solchen nicht für sich monopolisieren. Da überdies nicht feststellbar ist, dass der Kläger mit seinen Veranstaltungen (und vermeintlichen Kongressen und Symposien) allgemein bekannt ist und einen wie auch immer "guten Ruf" genießt, kann schließlich auch nicht zugrunde gelegt werden, dass der Verkehr irgendwelche organisatorischen oder wirtschaftlichen Verflechtungen zwischen den Parteien, wenn auch nur mittelbarer Art, vermutet. 31

Mangels Verwechslungsgefahr scheiden markenrechtliche Unterlassungsansprüche insoweit aus. 32

II. 1. 33

Was die neu geltend gemachten Ansprüche aus §§ 8 I, III Nr. 1; 3; 6 II Nr. 4 UWG und § 4 Nr. 10 UWG angeht, ist schon festzustellen, dass diese nicht Gegenstand der Abmahnung waren. Diese können nunmehr nicht nachträglich die Berechtigung der Abmahnung begründen. Entsprechende Verstöße wurden überhaupt nicht abgemahnt. Überdies dürften, was letztlich dahinstehen kann, die Voraussetzungen dieser Verstoßnormen nicht nachgewiesen sein. 34

2. 35

Soweit der Kläger ferner auf einen Verstoß gegen §§ 4 Nr. 11 UWG i.V.m. 6 I Nr. 2 TMG zurückkommt, ist zunächst zwar zu konstatieren, dass dieser auch mit der Abmahnung vom 03.02.2009 geltend gemacht war (dort S. 2 f.). Dieser ist aber für die Kostenrechnung des Klägers letztlich nicht von Belang. Die Unterwerfung ist – nach der insoweit vorgelegten Anl. 36

K 4 - nur hinsichtlich des vermeintlich markenrechtlichen Verstoßes erfolgt. Mit der Annahme vom 03.04.2009 (Anl. K 5) wurde auch mitnichten beanstandet, dass man sich wegen des TMG-Verstoßes nicht auch unterworfen habe. Dieser Verstoß wurde, soweit ersichtlich, nicht weiter verfolgt. Jedenfalls hat der Kläger selbst die Höhe des Streitwertwerts von 30.000,- € allein aus der angeblichen Markenrechtsverletzung hergeleitet. Selbst die Klageschrift im vorliegenden Verfahren erwähnt einen Verstoß nach dem TMG nicht. Hieraus hat der Kläger die Kostenansprüche selbst nicht hergeleitet. Die hier streitgegenständlichen Rechtsanwaltskosten beruhen ausweislich gerade auch der Klageschrift (vgl. insbes. S. 3) allein auf der beanstandeten Markenverletzung. Ein etwaiger Verstoß gegen das TMG kann die streitgegenständliche Kostenforderung nicht mehr rechtfertigen.

III. 37

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 I, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 38