
Datum: 27.03.1998
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 137/97
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1998:0327.6U137.97.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 10/97
Normen: MarkenG §§ 4, 14, 15, 132, 153; WZG §§ 24, 31
Leitsätze:

1. Die unter anderem für Personenkraftwagen eingetragene Bildmarke: pp. ist verwechslungsfähig mit der gleichfalls zur Kennzeichnung von Personenkraftwagen genutzten eingetragenen Bildmarke: pp. 2. Zur Frage der Verwirkung markenrechtlicher Ansprüche bei Neuzutritt eines weltweit agierenden ausländischen Unternehmens auf dem deutschen Markt.

Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

1.) Die Berufung der Beklagten gegen das am 10.6.1997 verkündete Urteil des Landgerichts Köln - 31 O 10/97 - wird zurückgewiesen. 2.) Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen. Hiervon ausgenommen sind die Kosten ihrer Streithelferin, die diese selbst zu tragen hat. 3.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann jedoch die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in nachbenannter Höhe abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit jeweils in derselben Höhe leistet. Es ist Sicherheit in folgender Höhe zu leisten bzw. sind folgende Beträge zu hinterlegen: Bei Vollstreckung des Anspruches auf a) Unterlassung: 5.000.000,00 DM; b) Kostenerstattung: 152.000,00 DM. Der Beklagten wird auf ihren Antrag nachgelassen, die Sicherheiten auch durch Gestellung einer unbedingten, unbedingten und unwiderruflichen selbstschuldnerischen Bürgschaft einer Deutschen Großbank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse zu erbringen. 4.) Die Beschwer der Beklagten wird auf

Tatbestand

- 1
- 2 Die Klägerin ist eine in Deutschland weithin bekannte Herstellerin von Personenkraftwagen. Sie gehört zu dem weltweit tätigen amerikanischen Konzern General Motors Corporation und vertreibt ihre Fahrzeuge im In- und Ausland.
- 3 Die in Korea ansässige Streithelferin der Beklagten (*im Folgenden: "Streithelferin"*) stellt ebenfalls Personenkraftwagen her. Die von ihr produzierten und mit einem noch näher zu beschreibenden Emblem auf dem Kühlergrill ausgestatteten Pkw werden weltweit in verschiedenen Ländern vertrieben, und zwar seit einiger Zeit auch in Deutschland. Die seit dem Jahre 1995 wirtschaftlich tätige Beklagte ist die Vertriebsgesellschaft ihrer Streithelferin für Deutschland.
- 4 Die Klägerin begehrt aus Marken- und Wettbewerbsrecht die Unterlassung der Verwendung des Emblems auf dem Kühlergrill und in der Werbung. Die Parteien streiten im wesentlichen über die Frage der Verwechslungsgefahr und einer Verwirkung etwaiger Ansprüche der Klägerin. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:
- 5 Die Klägerin ist Inhaberin u.a. der Bildmarke 1157264, die mit Priorität zum 20.5.1989 eingetragen worden ist. Diese Marke, der verschiedene Vorläufer vorangegangen sind und deren Eintrag durch die mit der Klageschrift als Anlage K 11 vorgelegte Ablichtung (Bl.18) belegt ist, hat folgendes Aussehen:
- 6 Die Streithelferin trat in Deutschland erstmals im Jahre 1991, und zwar auf der Internationalen Automobilausstellung (IAA) in Frankfurt, auf. Im Jahre 1993 stellte sie auf der IAA ihr Fahrzeug vom Typ "Musso" vor. Das Fahrzeug, bei dem es sich um einen geländegerechten Personenwagen handelt, ist - wie dies bei allen seit dem Jahre 1992 von der Streithelferin hergestellten Fahrzeugen der Fall ist - mit dem streitigen Emblem ausgestattet. Wegen der Einzelheiten der Ausgestaltung des Emblems und seiner Verwendung bei dem Fahrzeug "Musso" wird auf den von der Klägerin als Anlage K 12 vorgelegten Prospekt Bezug genommen. Der "Musso" ist mit einem in Lizenz gebauten Motor des deutschen Herstellers Mercedes-Benz ausgestattet. Hierauf weist die Beklagte in der Werbung im Zusammenhang mit dem angegriffenen Zeichen durch den Zusatz "Motoren-Lizenz Mercedes-Benz" hin wie dies z.B. in dem als Anlage K 13 von der Klägerin vorgelegten Folder der Fall ist.
- 7 Die Streithelferin ist Inhaberin u.a. der ebenfalls im Jahre 1993, nämlich am 1.9.1993, mit Priorität bereits zum 10.7.1991 eingetragenen deutschen Bildmarke Nr. 2043832, wegen deren Ausgestaltung auf die von der Klägerin als Anlage K 20 zur Klageschrift vorgelegte Kopie der Eintragung verwiesen wird (Bl.22) und die am 15.10.1993 bekanntgemacht worden ist.
- 8 Mit Schreiben vom 31.1.1994, wegen dessen Einzelheiten auf die von der Klägerin als Anlage K 17 vorgelegte Kopie Bezug genommen wird (Bl.19), mahnte die Klägerin die Streithelferin ab. Nachdem diese bis auf einen Zwischenbescheid ihres Patentanwaltes nicht reagiert hatte, wiederholte die Klägerin ihre Abmahnung - wiederum erfolglos - mit Schreiben vom 22.8.1994, wegen dessen Wortlautes auf die Anlage K 19 (Bl.21) verwiesen wird.

Im Jahre 1995 trat sodann erstmals die Beklagte, die damals mit dem Aufbau einer Vertriebsorganisation für Deutschland begonnen hatte, auf der IAA für die Streithelferin auf. Seit Anfang des Jahres 1996 werden die Fahrzeuge der Streithelferin nach Deutschland ausgeliefert. Nachdem die Beklagte im Herbst 1996 eine überregionale Werbeaktion u.a. durch Inserate in der "Welt am Sonntag" durchgeführt hatte, hat die Klägerin mit Schreiben vom 29.10.1996 ein weiteres Mal vergeblich abgemahnt und sodann am 6.1.1997 die Klageschrift eingereicht.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, es bestehe Verwechslungsgefahr zwischen ihrer Marke und der angegriffenen Verwendung des Emblems, weswegen die Beklagte zu deren Unterlassung verpflichtet sei. 10

Sie hat b e a n t r a g t, 11

die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000 DM zu unterlassen, 12

Motorfahrzeuge mit dem nachstehend auf Seite 6 dieses Urteils wiedergegebenen Emblem, das auf dem Kühler angebracht ist, anzubieten und/oder zu bewerben und/oder in den Verkehr zu bringen, 13

und/oder 14

Motorfahrzeuge mit der nachstehend auf Seite 7 dieses Urteils wiedergegebenen Emblemgestaltung zu bewerben. 15

##blob##nbsp; 16

Die Beklagte und ihre Streithelferin haben b e a n t r a g t, 17

die Klage abzuweisen. 18

Sie haben die Verwechslungsgefahr in Abrede gestellt und - zutreffend - darauf verwiesen, daß weder die Klägerin gegen die Anmeldung und Eintragung der Marke der Streithelferin noch die Klägerin oder ihre Muttergesellschaft gegen die wirtschaftlichen Aktivitäten der Streithelferin im Ausland vorgegangen sind. 19

Das L a n d g e r i c h t hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt und ausgeführt, die Zeichen seien hochgradig ähnlich und unmittelbar, aber auch mittelbar verwechslungsfähig. Wegen der Ähnlichkeit der Marken liege durch den erwähnten Hinweis "Motoren-Lizenz Mercedes Benz" sogar die Interpretation nahe, es werde der Motor in Lizenz von Mercedes-Benz und die Karosserie in Lizenz der Klägerin gebaut. 20

Zur Begründung ihrer B e r u f u n g gegen dieses Urteil führen die Beklagte und ihre Streithelferin aus: 21

Es bestehe keine Verwechslungsgefahr. Die Zeichen seien so verschieden, daß die Verkehrskreise nicht das eine für das andere halten würden. Insoweit sei mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des EuGH eine "ernsthafte Verwechslungsgefahr" zu fordern. Hierfür seien indes der in der Marke der Klägerin enthaltene Blitz und die elipsenförmigen Kreise in dem von ihnen verwendeten Zeichen voneinander zu verschieden. Zudem sei der Verkehr wegen der geringen Größe der Embleme gewöhnt, auf kleinere Unterschiede zu achten. Außerdem sei der Verkehr daran gewöhnt, daß ihm derartige Logos immer in Verbindung mit 22

dem Firmennamen begegneten. Hilfsweise beantragen sie in diesem Zusammenhang, die auf Bl.177 dargestellten Fragen gem. Art. 177 EGV dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Auch die Voraussetzungen einer mittelbaren Verwechslungsgefahr bestünden nicht, weil ihre Marke nicht als eine Abwandlung der Klägermarke empfunden werde. 23

Die klägerische Marke sei zwar bekannt, aber nicht berühmt. Die Klägerin habe auch im Ausland die Koexistenz der Marken hingenommen, die bislang nicht zu Verwechslungen geführt habe. 24

Jedenfalls sei Verwirkung eingetreten, weil die Klägerin zwischen August 1994 und Oktober 1996 die Sache auf sich habe beruhen lassen. Die Klägerin sei nach der Markeneintragung im Jahre 1993 nicht gehindert gewesen, ihre vermeintlichen Rechte durchzusetzen. Daß sie das nicht versucht habe, hätten sie dahin verstehen können und dürfen, daß der Vorwurf einer Markenverletzung nicht erhoben werde. Sie hätten auch gutgläubig gehandelt, weil sie, die Streithelferin, vor der Einführung ihres neuen Zeichens im Jahre 1991 weltweit ermittelt habe, ob das Zeichen Rechte Dritter verletze. Von Bedeutung sei auch, daß die Klägerin als weltweit tätiges Unternehmen ihre Aktivitäten im Ausland jahrelang hingenommen habe. 25

Die Beklagte und ihre Streithelferin, die auch einen Vollstreckungsschutzantrag gem. § 712 ZPO stellen, stellen in der Sache den A n t r a g, 26

das Urteil des Landgerichts Köln vom 10.6.1997 - 31 O 10/97 - abzuändern ("aufzuheben") und die Klage abzuweisen. 27

Die Klägerin b e a n t r a g t, 28

die Berufung zurückzuweisen. 29

Sie beruft sich im Berufungsverfahren erstmals auch auf § 16 Abs.1 UWG a.F.(besondere Geschäftsbezeichnung) bzw. § 15 MarkenG. 30

Zur Entstehung ihrer Ansprüche stützt die Klägerin sich auf ein als Anlage BE 1 vorgelegtes Rechtsgutachten des früheren Richters am BGH Prof.Dr.T.. 31

Das Gutachten kommt zu dem Ergebnis einer unmittelbaren Verwechslungsgefahr, die ohne Verkehrsbefragung festgestellt werden könne: Es liege eine zumindest durch Benutzung hohe Kennzeichnungskraft der Klägermarke, Identität der Waren und darüberhinaus sogar hohe Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Zeichen vor. Letzteres wird ausführlich damit begründet, daß erfahrungsgemäß nach nur flüchtiger Wahrnehmung des Klägerzeichens die Übereinstimmungen eher haften bleiben als die Abweichungen, wobei der Flüchtigkeit deswegen hier besondere Bedeutung zukomme, weil das Zeichen in der Regel im fließenden Verkehr wahrgenommen werde. Von Bedeutung sei in diesem Zusammenhang, daß beide Zeichen übereinstimmend einen Kreis aufwiesen, der waagrecht an beiden Seiten durch eine Linienführung durchbrochen werde, so daß die Durchbrechungen deutlich hervorträten. 32

Zur Verwirkung trägt die Klägerin vor: 33

Schon nachdem sie auf die Veröffentlichung der Marke im Januar 1994 reagiert habe, habe die Beklagte bzw. die Streithelferin gewußt, daß sie in der Verwendung der Marke eine Verletzung ihrer Rechte sehe. Zudem habe die Beklagte keinen schützenswerten Besitzstand aufgebaut, weil sie erst in der 2.Jahreshälfte 1995 damit begonnen habe, ein Vertriebsnetz in 34

Deutschland aufzubauen. Tatsächlich sei ausweislich des als Anlage B 1 vorgelegten Werbeplanes in Deutschland erst im letzten Drittel des Jahres 1996 mit der Werbung begonnen worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes wird auf die gewechselten Schriftsätze und die vorgelegten Anlagen Bezug genommen, die - abgesehen von dem nachgelassenen Schriftsatz der Klägerin vom 18.2.1998 und den weiteren Schriftsätzen der Parteien vom 24.2. und 9.3.1998 - sämtlich Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren. 35

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 36

Die Berufung ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg. 37

Das angegriffene Zeichen ist mit der oben beschriebenen Marke der Klägerin verwechslungsfähig und der hieraus resultierende Unterlassungsanspruch ist nicht verwirkt. 38

A 39

Der geltendgemachte Unterlassungsanspruch ist - zunächst ungeachtet der Frage der Verwirkung - aus §§ 4 Ziff.1, 14 Abs.2 Ziff.2, Abs.5, 152, 153 Abs.1 MarkenG, 15 Abs.1, 24 Abs.1, 31 WZG begründet. 40

Der Unterlassungsanspruch setzt, weil das klägerische Zeichen bereits vor Inkrafttreten des Markengesetzes am 1.1.1995 eingetragen war, gem. §§ 152, 153 Abs.1 MarkenG voraus, daß sowohl die einschlägigen Bestimmungen des Markengesetzes als auch diejenigen des früheren Warenzeichengesetzes erfüllt sind. Dies ist indes der Fall. 41

I 42

Das angegriffene Zeichen ist zunächst im Sinne des § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG mit dem angeführten Zeichen der Klägerin verwechslungsfähig. 43

Es entspricht - wie der BGH wiederholt, z.B. in seiner Entscheidung vom 29.9.1994 (GRUR 95,50 f "Indorektal/Indohexal"), mit Nachweisen ausgeführt hat - gefestigter Rechtsprechung, daß die Beurteilung der Verwechslungsgefahr nicht nur durch die Ähnlichkeit der verwendeten Bezeichnungen, sondern auch durch die Kennzeichnungskraft der zu schützenden Bezeichnung und durch die Warennähe der bezeichneten Produkte bestimmt wird. 44

Dieser bereits zum früheren Recht des Warenzeichengesetzes entwickelte Grundsatz gilt im Anwendungsbereich des Markengesetzes fort, weil der Begriff der Verwechslungsgefahr insofern durch das Markenrecht eine Änderung nicht erfahren hat. Dies hat der BGH inzwischen entschieden (GRUR 95,216,219 - "Oxygenol II") und bedarf auch deswegen keiner näheren Ausführungen, weil die Parteien selbst hiervon ausgehen. 45

Es besteht in Anwendung dieses Grundsatzes die Gefahr der unmittelbaren Verwechslung beider Zeichen, nämlich die Gefahr, daß der Verkehr das angegriffene Zeichen für dasjenige der Klägerin halten wird. Diese Gefahr ergibt sich aus dem Umstand, daß das klägerische Zeichen eine überdurchschnittliche Kennzeichnungskraft aufweist und beide Zeichen für identische Waren verwendet werden und sich in erheblichem Maße ähnlich sind. Diese Feststellungen, die der Senat selber treffen kann, weil seine Mitglieder zu den angesprochenen Verkehrskreisen zählen, machen die Herbeiführung einer Vorabentscheidung des EuGH zur Frage des zugrundezulegenden Aufmerksamkeitsgrades 46

der betroffenen Verkehrskreise nicht erforderlich.

Das Zeichen der Klägerin ist von gesteigerter Kennzeichnungskraft.

47

Von Hause aus kommt ihm allerdings nur durchschnittliche Kennzeichnungskraft zu. Das Zeichen wird bei der gebotenen Gesamtbetrachtung von einer waagerechten einmal gezackten Linie geprägt, die nach rechts und links eine kreisförmige Umrandung überschreitet. Es weist damit weder durch seine Form noch durch seine Größe Besonderheiten auf, die ihm schon aus sich heraus im Vergleich zu den auf dem Markt befindlichen Emblemen für Motorfahrzeuge eine gesteigerte Kennzeichnungskraft verleihen würden. Andererseits bestehen auch nicht etwa - was die Beklagte und die Streithelferin auch nicht behaupten - Gesichtspunkte für die Annahme, das Zeichen erreiche von Hause aus noch nicht einmal durchschnittliche Kennzeichnungskraft.

48

Diese anfangs nur durchschnittliche Kennzeichnungskraft ist infolge der Benutzungshäufigkeit gesteigert. Das gilt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, daß das Zeichen der Klägerin erst mit Priorität zum 20.5.1989 und dasjenige der Streithelferin mit Priorität bereits zum 10.7.1991 eingetragen worden ist. Es trifft allerdings zu, daß maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Verwechslungsfähigkeit und damit auch der Kennzeichnungskraft derjenige der ersten Kollision der Marken, hier also der 10.7.1991, ist. In diesem Zeitpunkt war indes die Kennzeichnungskraft der klägerischen Marke durch die zwischenzeitliche Benutzung deutlich gesteigert. Es ist davon auszugehen, daß in den gut 2 Jahren, die vom Prioritätszeitpunkt der Klägermarke am 20.5.1989 bis zum Kollisionszeitpunkt am 10.7. 1991 vergangen sind, mindestens 700.000 Fahrzeuge mit dem klägerischen Emblem in Deutschland zugelassen worden sind. Das ergibt sich aus dem unbestritten gebliebenen Vortrag der Klägerin, wonach in den Kalenderjahren 1995 und 1996 Neufahrzeuge in einer Größenordnung von jeweils 570.000 Stück in Deutschland zugelassen worden sind. Denn auch unter Berücksichtigung der Wachstumsraten der Branche in den vergangenen Jahren ist ausgeschlossen, daß die Klägerin in dem fraglichen Zeitraum von knapp 26 Monaten in Deutschland noch weniger als 700.000 Fahrzeuge und damit etwa nur halb so viele Fahrzeuge umgesetzt haben könnte wie in den Jahren 1995 und 1996. Es kommt hinzu, daß die Klägerin nach dem eigenen Vortrag der Beklagten und ihrer Streithelferin in deren Schriftsatz vom 26.1.1998 das Klagezeichen tatsächlich schon seit 1978 benutzt. Im übrigen ergibt sich aus dem von der Beklagten und ihrer Streithelferin als Anlage B 21 vorgelegten Auszug aus dem Buch "Marks of Excellence", daß die vorangegangenen Bildzeichen der Klägerin zum Teil der jetzt von ihr verwendeten Marke sehr ähneln. Insbesondere stellt sich das Klägerzeichen als bloße - geringfügige - Abwandlung des unmittelbar vorher verwendeten Zeichens dar. Diese Umstände haben bereits bis zum Kollisionszeitpunkt zu einer deutlichen Steigerung der Kennzeichnungskraft der streitgegenständlichen klägerischen Marke geführt. Schon die Teilnahme von 700.000 Fahrzeugen am Straßenverkehr führt dazu, daß der Verkehr die Marke wahrnimmt und wiedererkennt. Es kommen die Auswirkungen der diesen Umsätzen entsprechenden Werbemaßnahmen sowie der soeben angesprochene Umstand hinzu, daß sich die Marke für den Verkehr als bloße Abwandlung einer schon früher genutzten Kennzeichnung leichter einprägte als eine ganz neue Marke. Entgegen der Auffassung der Beklagten und ihrer Streithelferin vermag der Senat diese Feststellungen über die gesteigerte Kennzeichnungskraft durch Bekanntheit der Marke ohne Einholung eines demoskopischen Gutachtens zu treffen. Die von der Beklagten und ihrer Streithelferin angeführte Auffassung von Klaka in Althammer, Ströbele, Klaka, Markengesetz, § 4, RZ 17 betrifft die Frage der Entstehung einer Marke gem. § 4 Ziff.2 MarkenG durch Verkehrsgeltung und damit nicht die vorliegende Fallkonstellation.

49

Die aus den vorstehenden Gründen bereits im Kollisionszeitpunkt eingetretene Steigerung der von Hause aus gegebenen durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Klägermarke, die im übrigen bis heute erhalten geblieben ist oder sich sogar noch gesteigert hat, wird auch nicht etwa dadurch wieder reduziert oder gar ausgeglichen, daß andere ähnliche Zeichen auf dem Markt benutzt würden, die die Kennzeichnungskraft schwächen könnten. Die Beklagten und ihre Streithelferin führen selbst keine einzige Marke mit der Behauptung an, diese schwäche die Kennzeichnungskraft der Klägermarke. Ihr diesbezüglicher Vortrag besagt lediglich, daß der Verkehr wegen der beschränkten Größe der Embleme und wiederkehrender Grundformen wie insbesondere der runden Umrandung daran gewöhnt sei, auf die Unterschiede der Ausgestaltung der einzelnen Marken besonders zu achten. Abgesehen davon weist aber auch keines der von Beklagtenseite mit den Anlagen B 18 und B 19 in diesem Zusammenhang angeführten Zeichen Übereinstimmungen mit dem Klagezeichen auf, die dessen Kennzeichnungskraft schwächen könnten. Bis auf das "Nissan"-Zeichen ist keines der dort aufgeführten Embleme so ausgestaltet, daß es einerseits eine Umrandung aufweist und diese andererseits durch die übrige Gestaltung des Zeichens überschritten wird. Auch im übrigen unterscheiden sich diese Zeichen - was offenkundig ist - völlig von der Klägermarke. Das Zeichen Nissan führt deswegen nicht zu einer Schwächung der Klägermarke, weil sein nicht kreisförmiger Teil sich ebenfalls grundlegend von der Klägermarke unterscheidet. Dies wird ohne weiteres daraus deutlich, daß er als rechteckige Fläche mit der Aufschrift "Nissan" gehalten ist und damit keine Übereinstimmung mit der gezackten Linie aufweist, die das Klägerzeichen bestimmt. Auch die von der Klägerin selbst in der Klageschrift angesprochenen Marken haben - unabhängig von ihrer teilweise geringen Bekanntheit in Deutschland - nicht zu einer Schwächung der Klägermarke führen können. So ist das Zeichen "HYUNDAY" nicht kreisförmig, sondern durch ein Oval eingefasst. Überdies wird diese Umrandung auch nicht durchbrochen. Letzteres gilt auch für das Emblem der VEB Sachsenring Automobilwerke Zwickau, bei dem hinzukommt, daß es zwar auch eine gezackte Linie aufweist, diese aber nicht waagerecht und auch der Form nach anders gestaltet verläuft. Letzteres gilt erst Recht für das in Deutschland durch eine IR-Marke geschützte Emblem von "MINSKY MOTORNY ZAVOD", das in keiner Weise an eine gezackte Linie erinnert, wie sie das Klagezeichen aufweist.	50
War nach dem vorstehenden die Kennzeichnungskraft des klägerischen Zeichens bereits im Kollisionszeitpunkt überdurchschnittlich hoch, so kommt der für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr maßgebliche Umstand hinzu, daß die beiden Marken für identische Waren, nämlich beide für Personenkraftfahrzeuge, verwendet werden.	51
Darüberhinaus sind beide Zeichen schließlich auch von einer nicht geringen Ähnlichkeit.	52
Die angegriffene Marke wird von 2 ovalen Linien geprägt, die versetzt übereinander angeordnet sind und nach rechts und links eine kreisförmige Umrandung übersteigen. Schon damit werden wesentliche Merkmale der Klägermarke übernommen und eine erhebliche Ähnlichkeit begründet. Der Beklagten und ihrer Streithelferin ist zwar einzuräumen, daß die beiden ovalen Ringe in ihrer Form sich - für sich genommen - von den beiden Zacken der Linie, die das Zeichen der Klägerin prägt, unterscheiden. Dies steht aber der - sogar erheblichen - Ähnlichkeit beider Zeichen, die diese bei der gebotenen Gesamtsicht aufweisen, nicht entgegen. Das ergibt sich zunächst aus dem Umstand, daß die Ringe in derselben Weise zueinander angeordnet sind wie die beiden Zacken der Linie in dem klägerischen Zeichen. Beide Linienführungen bestehen nämlich darin, daß jeweils die eine Hälfte seitlich versetzt oberhalb bzw. unterhalb der anderen Hälfte angebracht ist. Dabei ändert es an der schon auf diese Weise hervorgerufenen erheblichen Ähnlichkeit nichts, daß das klägerische Zeichen - abgesehen von der Umrandung - aus einer durchgehenden	53

gezackten Linie besteht, während das angegriffene Zeichen die beschriebenen beiden elipsenförmigen Ringe aufweist. Denn durch die soeben angesprochene Verbindung dieser Ringe und ihre Anordnung zueinander wird gerade der Eindruck derjenigen gezackten Form erreicht, die das klägerische Zeichen aufweist. Das macht indes die erhebliche Ähnlichkeit aus, weil sich die Erinnerung erfahrungsgemäß gerade an der Form und Linienführung eines Zeichens festmacht.

Die so hervorgerufene Ähnlichkeit wird noch dadurch nachhaltig verstärkt, daß diese beiden versetzt angeordneten Ringe ihrerseits über die runde Umrandung des Zeichens hinausragen. Denn auch in diesem Element gleichen sie wiederum dem Zeichen der Klägerin, das ebenfalls über seine kreisförmige Begrenzung hinausragt. Dabei ist es ohne Bedeutung, daß die gezackte Linie bei dem Klägerzeichen - jedenfalls in der eingetragenen Form - die Umrandung durchbricht, während bei dem angegriffenen Zeichen die Ringe die Umrandung überlagern. Denn dieser geringfügige Unterschied ändert - wenn er von dem Betrachter überhaupt wahrgenommen wird - an der aus den vorstehenden Gründen bestehenden erheblichen Ähnlichkeit der Marken nichts. Es mag so ein gewisser plastischer Effekt hervorgerufen werden, gleichwohl bleibt das Zeichen damit demjenigen der Klägerin auch wegen der Übereinstimmung der Überschreitung der Umrandung ähnlich.

54

Auch bei der gebotenen Gesamtbetrachtung des angegriffenen Zeichens sind die vorhandenen Unterschiede zu dem Klägerzeichen nicht zu verkennen, die vor allem bei einer unmittelbaren Gegenüberstellung beider Zeichen auffällig werden. Diese insbesondere in der Verwendung der ovalen Ringe liegenden Unterschiede vermögen indes an der erheblichen Ähnlichkeit nichts zu ändern. Der geltendgemachte Anspruch setzt nicht eine Identität der Zeichen, sondern deren Ähnlichkeit voraus. Diese Ähnlichkeit besteht aus den vorstehenden Gründen indes ungeachtet des Umstandes, daß in dem angegriffenen Zeichen anstelle der beiden Teile der gezackten Linie zwei ovale Ringe verwendet werden. Denn die für den optischen Eindruck maßgebliche Linienführung ist gleichwohl dieselbe. Dem steht nicht etwa entgegen, daß sich bei dem Klägerzeichen die oben angeordnete Hälfte der gezackten Linie auf der linken Seite befindet, während der obere Ring in dem angegriffenen Zeichen rechts angeordnet ist. Denn dieser Unterschied führt lediglich zu einer Spiegelverkehrung des hervorgerufenen Eindrucks und ist damit völlig unauffällig.

55

Ebenso bewirkt die Unterschiedlichkeit der verwendeten Formen entgegen der Auffassung der Beklagten und ihrer Streithelferin eine Beseitigung der - sogar großen - Ähnlichkeit nicht. Es mag sein, daß die weiche Form der beiden ovalen Ringe im Gegensatz zu der geraden und kantigen und nach Auffassung der Beklagtenseite sogar aggressiv wirkenden Form der gezackten Linie steht. Auch dieser Unterschied, ohne den - zumindest nahezu - Identität der Zeichen bestünde, ist aber jedenfalls nicht so groß, daß er die erhebliche Ähnlichkeit beseitigen könnte, die - wie schon mehrfach angesprochen worden ist - in der Übereinstimmung der Linienführung und Übertragung der Umrandung besteht.

56

Angesichts dessen, daß dem Klägerzeichen eine überdurchschnittliche Kennzeichnungskraft zukommt, das angegriffene Zeichen und das Klägerzeichen für die identischen Waren benutzt werden und schließlich die beschriebene erhebliche Ähnlichkeit zwischen beiden Zeichen besteht, ist die Gefahr von unmittelbaren Verwechslungen der Zeichen begründet. Es ist nämlich zu befürchten, daß der Verkehr wegen dieser Umstände bei der Wahrnehmung des angegriffenen Zeichens annehmen wird, es handele sich um das Klägerzeichen. Das gilt umso eher, als die Zeichen dem Verkehr regelmäßig nicht, und schon gar nicht - wie es auf S.40 der Berufungsbegründung bildlich dargestellt ist - isoliert, nebeneinander gegenüberstehen. Der Verkehr wird vielmehr mit der Marke der Streithelferin

57

auf einem Pkw oder in der Werbung konfrontiert werden und dabei nicht zugleich auch das Klägerzeichen sehen. In dieser Situation wird er sich eher an Gemeinsamkeiten als an die - wenigen - oben erörterten Unterschiede erinnern, weswegen umso eher die Gefahr besteht, daß das angegriffene Zeichen für dasjenige der Klägerin gehalten wird.

Das gilt schließlich auch ungeachtet des von Beklagtenseite weiter angeführten Umstandes, daß das Zeichen regelmäßig und auch in den beiden im vorliegenden Verfahren angegriffenen Begehungsformen in der Weise verwendet wird, daß in einer gewissen räumlichen Nähe auch die Herstellerbezeichnung SSangYong aufgeführt ist. Denn es ist nicht gewährleistet, daß der Verkehr immer zusätzlich auch diese Kennzeichnung wahrnimmt und als Herstellerbezeichnung erkennt und so vor Verwechslungen geschützt ist. 58

Vor diesem Hintergrund kann dahinstehen, ob - wie es das Landgericht angenommen hat - darüberhinaus auch eine mittelbare Verwechslungsgefahr besteht. Dies erscheint indes zweifelhaft. Diejenigen Verkehrskreise, die die vorhandenen Unterschiede der Marken wahrnehmen, werden kaum annehmen, daß die Klägerin auf diese Weise ihre Marke abgewandelt habe oder es sich bei der Markeninhaberin um ein mit der Klägerin verbundenes Unternehmen handle, zumal die bewußte Verwendung abgewandelter Marken durch dasselbe oder durch miteinander kooperierende Unternehmen im Kfz-Bereich unüblich ist. 59

Das Verfahren gibt auch keinen Anlaß, gem. Art.177 EGV eine Vorabentscheidung des EuGH über die von der Beklagten und ihrer Streithelferin mit dem Ziel einer Vorlage an den EuGH aufgeworfenen Fragen herbeizuführen. Dies scheidet schon deswegen aus, weil materielles EG-Recht durch das Verfahren nicht berührt ist. Es geht nicht um Fragen des freien Warenverkehrs innerhalb von Mitgliedsländern der EG, sondern um die Frage, ob die außerhalb Europas ansässige koreanische Streithelferin und die deutsche Beklagte in Deutschland auf ihren nicht in Europa produzierten und daher aus einem Drittland importierten Fahrzeugen und in der Werbung für diese Fahrzeuge das angegriffene Zeichen verwenden dürfen. Dies berührt ungeachtet der Frage, inwieweit die deutschen Normen auch in Fällen ohne EG-Bezug im Lichte des europäischen Rechts auszulegen sind, den freien Warenverkehr innerhalb von Mitgliedsländern der EG nicht. 60

Ungeachtet dessen stellen sich die von Beklagtenseite aufgeworfenen Fragen auch der Sache nach nicht. Die Verwechslungsgefahr besteht deswegen, weil - von den übrigen Kriterien abgesehen - die Zeichen die beschriebene erhebliche Ähnlichkeit aufweisen. Diese führt dazu, daß Verwechslungen nur dann ausgeschlossen sind, wenn sämtliche Mitglieder der angesprochenen Verkehrskreise, also alle potentiellen Autokäufer in Deutschland, wenn sie das Emblem sehen, dieses sorgfältig betrachten und dabei aus der Erinnerung auf Unterschiede zu dem Klägerzeichen achten. Eine derartig sorgfältige Betrachtungsweise kann indes nicht zugrundegelegt werden. Dies wäre zum einen völlig lebensfremd. Das ergibt schon aus der allgemeinen Reizüberflutung im täglichen Leben, die eine selektive und unterschiedlich intensive Wahrnehmung einzelner Eindrücke auch von Emblemen wie dem streitgegenständlichen notwendig macht und bewirkt. Es kommt hinzu, daß das Emblem - worauf die Klägerin mit Recht hinweist - nicht selten im fließenden Verkehr und damit nur für sehr kurze Zeit wahrgenommen wird. Auch diese Situation ist entgegen der Auffassung der Beklagten und ihrer Streithelferin zu berücksichtigen, weil der Verkehr eben auch dann getäuscht werden kann, wenn er das Zeichen zwar nur kurze Zeit und möglicherweise in Bewegung, aber eben doch ausreichend lange gesehen hat, um seine Ausgestaltung wahrzunehmen. Zum anderen würde das Verlangen einer sorgfältigen und ins einzelne gehenden Betrachtungsweise zu der von dem Gesetzgeber nicht gewollten Konsequenz 61

führen, daß nur noch nahezu identische Zeichen unter den Schutz der Vorschrift des § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG fielen, weil bei einer derart gründlichen Betrachtung die weitaus meisten Abweichungen auffallen müssen. Schließlich ergibt sich aus der Vorschrift nicht, daß ein Verbraucher, der - unbewußt oder auch bewußt - ein Zeichen nur oberflächlich wahrnimmt, nicht vor Verwechslungen geschützt sein soll.

II 62

Aus den vorstehenden Gründen ist nicht nur der Verbotstatbestand des § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG, sondern ebenfalls der nach früherem Recht bestehende und aufgrund der Überleitungsvorschrift des § 153 Abs.1 MarkenG auch im vorliegenden Verfahren noch zusätzlich maßgebliche Verbotstatbestand der §§ 15 Abs.1, 24 Abs.1, 31 WZG erfüllt. Das bedarf keiner näheren Begründung, weil - wie oben bereits dargelegt worden ist - die soeben für die Feststellung der Verwechslungsgefahr herangezogenen Kriterien auch nach altem Recht zugrunde zu legen waren und die gem. § 5 Abs.3 und 4 WZG zusätzlich erforderliche Warengleichartigkeit angesichts der sogar bestehenden Warenidentität ohne weiteres gegeben ist. 63

B 64

Der mithin durch die Verwendung des Emblems entstandene Unterlassungsanspruch ist auch nicht verwirkt, sondern besteht noch heute. 65

Zunächst ist der Verwirkungstatbestand des § 21 Abs.1 MarkenG ersichtlich nicht erfüllt. Die Klägerin hat nach dem Zutritt der auf die beanstandete Weise gekennzeichneten Fahrzeuge auf den deutschen Markt die Benutzung der Marke nicht 5 Jahre lang geduldet. Aber auch nach den gem. § 21 Abs.4 MarkenG zusätzlich zu beachtenden - im alten und neuen Recht übereinstimmenden - allgemeinen Grundsätzen ist Verwirkung nicht eingetreten. 66

Die Verwirkung von markenrechtlichen Unterlassungsansprüchen setzt zunächst voraus, daß der Verletzer durch eine länger andauernde, redliche und ungestörte Benutzung einer Bezeichnung einen Zustand geschaffen hat, der für ihn einen beachtlichen Wert darstellt (vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 19. Aufl., Einl. UWG RZ 431 m.w.N.). Bereits an dieser Voraussetzung fehlt es. Die Beklagte hat bis zur am 20.1.1997 durch Zustellung der Klageschrift erfolgten Klageerhebung auf dem hierfür maßgeblichen deutschen Markt keine Position erlangt, die einen derartigen wirtschaftlichen Wert darstellen würde. Sie hat erst einige Monate zuvor, nämlich im Jahre 1996, mit der Auslieferung der ersten Fahrzeuge begonnen. Diese kurze Zeitspanne stellt bereits keine lange andauernde Benutzung im vorstehend dargestellten Sinne dar, die eine Verwirkung rechtfertigen könnte. Das gilt auch dann, wenn man einen gewissen zeitlichen Vorlauf in die Berechnung einbezieht, den die Einführung eines neuen Produktes benötigt. Überdies kann nicht festgestellt werden, daß die Beklagte, die Umsatzzahlen nicht mitgeteilt hat, in dieser Zeit Umsätze in einem Ausmaß getätigt hätte, die einem schützenswerten wirtschaftlichen Wert entsprechen. Sie selbst führt im Rahmen des Antrages gem. § 712 ZPO an, daß eine Vollstreckung des Urteils einer "Marktzugangsvereitelung" gleichkomme. Vor diesem Hintergrund kann die Frage dahinstehen, ob die Beklagte und ihre Streithelferin allein deswegen, weil die Klägerin gegen die Eintragung der Marke nicht vorgegangen ist und nach ihrer - immerhin wiederholten - Abmahnung vom 22.8.1994 weitere Maßnahmen bis zur Auslieferung der ersten Fahrzeuge im Jahre 1996 zurückgestellt hat, redlicherweise annehmen konnten, die Klägerin werde ihre Rechte nicht geltend machen. 67

Die Voraussetzungen der Verwirkung sind schließlich auch nicht mit Rücksicht auf den Umstand eingetreten, daß die Marken der Parteien sich auch in anderen Ländern gegenüberstehen, in denen die Streithelferin bereits seit dem Jahre 1992 mit Fahrzeugen auf dem Markt sein mag, die das Emblem aufweisen. Für die Frage, ob ein im Rahmen der Verwirkung beachtlicher Besitzstand geschaffen wurde, kann allerdings die Geltung einer im Ausland seit langem verbreiteten und bedeutenden Marke nicht völlig unberücksichtigt bleiben (BGH GRUR 66,427,431 - "Prince Albert"; Baumbach/Hefermehl a.a.O., RZ 433 m.w.N.). Es ist aber schon zweifelhaft, ob die angegriffene Bezeichnung in diesem Sinne im Ausland lange verbreitet und vor allem bedeutend ist. Das kann indes dahinstehen. Denn jedenfalls besteht auch bei Einbeziehung der Tätigkeiten der Streithelferin im Ausland ein schutzwürdiger Besitzstand für den deutschen Markt nicht. Denn die Berücksichtigung einer etwa bestehenden ausländischen Markengeltung kann nur dazu dienen, die Schutzwürdigkeit eines im Inland bereits bestehenden Besitzstandes, der für sich allein zur Begründung der Verwirkung nicht ganz ausreichen würde, anzuerkennen. Sie kann indessen nicht dazu führen, den Transfer eines nur im Ausland bestehenden Besitzstandes auf den inländischen Markt zu ermöglichen, wo Besitzstand noch überhaupt nicht oder nur in völlig unbedeutendem Umfang besteht. Dies liefe nämlich auf einen mit dem Gedanken der Verwirkung nicht zu vereinbarenden Schutz bereits des Aufbaus eines Besitzstandes hinaus. Die ausländische Geltung eines Zeichens kann daher, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen, zwar dazu dienen, einen im Inland bereits geschaffenen, für sich allein aber noch nicht im Sinne des Verwirkungstatbestandes schutzwürdigen Besitzstand sozusagen aufzufüllen, sie ersetzt aber die vollständige Schaffung eines Besitzstandes im Inland nicht. Aus diesen Gründen vermag auch eine etwa im Ausland mit dem angegriffenen Emblem bereits erreichte wirtschaftliche Position die Verwirkung nicht zu begründen, weil es - wie bereits dargelegt worden ist - an der Schaffung eines nennenswerten Besitzstandes im Inland fehlt.

- C 69
- Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs.1, 101 Abs.1 ZPO. 70
- Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 71
- Die Voraussetzungen des § 712 Abs.1 ZPO für die beantragte Einräumung der Befugnis zur Abwendung der Zwangsvollstreckung liegen nicht vor. Auch Unterlassungsansprüche sind für vorläufig vollstreckbar zu erklären, obwohl ihre Befolgung ihrer Natur nach unwiederbringliche Nachteile mit sich bringt, die darin liegen, daß eine unterlassene wirtschaftliche Betätigung in demselben Zeitraum nicht mehr nachgeholt werden kann. § 712 ZPO erfaßt aus diesem Grunde nur Fälle, die über die bei der Vollstreckung von Unterlassungstiteln üblichen Nachteile hinausgehen. Derartige Nachteile liegen indes nicht vor. 72
- Angesichts des Umstandes, daß die Beklagte, die selbst von einer drohenden Vereitelung des Marktzuganges spricht, einen nennenswerten wirtschaftlichen Besitzstand in Deutschland noch nicht aufgebaut hat, stellt die Vollstreckung nicht einen nicht zu ersetzenden Nachteil dar, zumal es der Beklagten nicht unmöglich ist, die Fahrzeuge hier in Deutschland mit einem abgewandelten Emblem auf den Markt zu bringen. 73
- Letzteres ist mit Rücksicht auf den Umstand auch zumutbar, daß zum einen die nunmehr von 2 Gerichten bestätigte Verwechslungsgefahr aus den dargelegten Gründen eindeutig ist und zum anderen der Klägerin nicht zugemutet werden kann, mit der Vollstreckung ihrer bestehenden Ansprüche bis zur Rechtskraft des Urteils zuzuwarten und so eine entstehende Marktverwirrung hinzunehmen. 74

Die gemäß § 546 Abs.2 ZPO festzusetzende Beschwer der Beklagten entspricht dem Wert ihres Unterliegens im Rechtsstreit.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 5.000.000,00 DM.

76