

---

**Datum:** 09.11.2001  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 6. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 6 U 62/01  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2001:1109.6U62.01.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Köln, 84 O 69/01

---

**Tenor:**

Die Berufung der Klägerin gegen das am 08.02.2001 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 84 O 69/01 - wird zurückgewiesen. Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu tragen. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 15.000,00 DM abwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in derselben Höhe leistet. Den Parteien wird nachgelassen, die von ihnen zu stellenden Sicherheiten jeweils in Form der unbedingten, unbefristeten, unwiderruflichen, selbstschuldnerischen Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse zu erbringen. Die mit diesem Urteil für die Klägerin verbundene Beschwer wird auf 100.000,00 DM festgesetzt.

---

**Tatbestand**

1

Die Klägerin ist Herausgeberin eines seit 1993 unter dem Titel F. erscheinenden Nachrichtenmagazins. Zu ihren Gunsten ist die mit Priorität zum 04.08.1993 u.a. für "Druckerei- und Verlagserzeugnisse, insbesondere Magazine" geschützte Wortmarke F. ... eingetragen. Sie ist außerdem Inhaberin der am 12.08.1999 u.a. für "Druckereierzeugnisse, Druckschriften, Zeitschriften" angemeldeten und am 22.10.1999 eingetragenen Wortmarke "Im F.: Onkologie" ... sowie zahlreicher weiterer, die Bestandteile "F." oder "Im F." aufweisender Marken, hinsichtlich deren Einzelheiten auf die als Anlage BK 2 zur Berufungsbegründung vorgelegte Auflistung sowie die Anlagen BK 16 ff Bezug genommen wird.

2

Die Beklagte verlegt seit Dezember 1999 die Zeitschrift "Im F. Onkologie", hinsichtlich deren äußeren Erscheinungsbildes, insbesondere der Titelgestaltung, auf die zu den Akten gereichten Originalexemplare verwiesen wird. Die Zeitschrift "Im F. Onkologie" richtet sich im wesentlichen an Ärzte, darunter namentlich solche der Fachrichtung Onkologie, denen sie ganz überwiegend unentgeltlich zugeschickt wird.

Unter Hinweis u.a. auf ihre vorbezeichneten Marken "F." ... und "im F.:Onkologie" ... nimmt die Klägerin die Beklagte im vorliegenden Verfahren auf Unterlassung in Anspruch, den letztgenannten Titel zur Bezeichnung einer Druckschrift und/oder einer Internetpublikation zu gebrauchen.

Der hier zu beurteilenden Auseinandersetzung zwischen den Parteien ist ein vor dem Landgericht und Oberlandesgericht München ( 17 HKO 13690/98 LG München I; 6 U 1774/99 OLG München) geführter Rechtsstreit vorausgegangen, in dem die Klägerin der sodann mit der Beklagten verschmolzenen MMV GmbH verbieten lassen wollte, den von dieser für ein Heft aus der nunmehr von der Beklagten herausgegebenen Zeitschriftenreihe verwendeten Titel "F. Onkologie" wie aus der Anlage K 2 ersichtlich zu gebrauchen. Das Landgericht München I wies diese Klage ab; in dem auf die Berufung der Klägerin hin beim Oberlandesgericht München am 12.08.1999 durchgeführten Termin zur mündlichen Verhandlung gab die MMV GmbH auf Anraten des Senats eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung ab. Hinsichtlich der näheren Einzelheiten wird auf die als Anlage K 10 zur Klageschrift vorgelegte Fotokopie des Protokolls über die mündliche Verhandlung vom 12.08.1999 beim Oberlandesgericht München verwiesen. In einem der Abgabe dieser Erklärung vorangegangenen Vergleichsgespräch hatte der Prozessbevollmächtigte der MMV GmbH angesprochen, dass er seiner Mandantin bei einem negativen Ausgang des Rechtsstreits die Nutzung der Titel "Im F. Onkologie" oder "Im F.: Onkologie" empfehlen werde. Nachdem der Senat zu erkennen gegeben hatte, dass er hinsichtlich der erwähnten Titel eine Verwechslungsgefahr in bezug auf den Magazintitel F. der Klägerin nicht sehe, erklärte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin, vor dem Abschluss eines die Verwendung dieser Titel gestattenden Vergleichs zunächst noch Rücksprache mit seiner Mandantin nehmen zu müssen. Noch am selben Tage wurde sodann von der Klägerin die eingangs erwähnte Marke "Im F. Onkologie" zur Eintragung angemeldet.

Die Klägerin hat vorgetragen, die Eintragung der letztgenannten Marke sei allein zur weiteren Absicherung ihrer in bezug auf ihre übrigen Marken durch die Verwendung auch des streitbefangenen Titels beeinträchtigten Rechtspositionen erfolgt. Sie könne, so hat die Klägerin geltend gemacht, nunmehr sowohl aus der Klagemarke "Im F.: Onkologie" gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG als auch aus dem bekannten Stammbestandteil "F." bzw. der berühmten Marke F. gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG, im übrigen aber auch aus ihren in bezug auf den Magazintitel F. bestehenden Rechten von der Beklagten Unterlassung des Titelgebrauchs verlangen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

es bei Meidung eines Ordnungsgeldes von 5,00 DM bis 500.000,00 DM,

an dessen Stelle bei Uneinbringlichkeit eine Ordnungshaft bis zu 6 Monaten

tritt, oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollziehen am Geschäfts-

4

5

6

7

8

9

10

11

12

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| führer, für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu unterlassen,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |    |
| im geschäftlichen Verkehr die Titel "Im F. Onkologie" sowie "Im F.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 13 |
| Onkologie" in allen Schreibweisen, Kombinationen und Darstellungsformen                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 14 |
| für Ton-, Daten-, Bildträger, persönliche Druckschriften und/oder                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 15 |
| Publikationen sowie für alle Medien zu benutzen und/oder durch Dritte                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 16 |
| benutzen zu lassen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 17 |
| Die Beklagte hat beantragt,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 18 |
| die Klage abzuweisen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 19 |
| Die Beklagte hat den Standpunkt vertreten, dass die Klägerin aus der Marke "Im F.:<br>Onkologie" keine Ansprüche herleiten könne, weil bereits die Anmeldung dieser Marke aus<br>näher dargestellten Gründen als rechtsmissbräuchlich einzuordnen sei. Im übrigen begründe<br>der Gebrauch ihres Zeitschriftentitels weder hinsichtlich des Titels F. noch hinsichtlich der<br>sonstigen Klagemarken die Gefahr von Verwechslungen; auch die Voraussetzungen des<br>Schutzes der bekannten oder berühmten Marke lägen nicht vor.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 20 |
| Mit Urteil vom 08.02.2001, auf welches zur näheren Sachdarstellung Bezug genommen wird,<br>hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Aus der Marke "Im F.: Onkologie", so hat das<br>Landgericht zur Begründung seiner Entscheidung im wesentlichen ausgeführt, könne die<br>Klägerin das Unterlassungspetition nicht herleiten, weil die Anmeldung dieses Zeichens als<br>unzulässige Behinderung missbräuchlich gewesen sei und ihrerseits gegen § 1 UWG<br>verstoßen habe. Aus dem Titel F. könne die Klägerin ebenfalls nicht mit Erfolg gegen die<br>Verwendung der angegriffenen Bezeichnung vorgehen, weil insoweit keine<br>Verwechslungsgefahr bestehe.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 21 |
| Gegen dieses ihr am 13.02.2001 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 12.03.2001 Berufung<br>eingelegt, die sie - nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 11.05.2001 -<br>mit einem am 10.05.2001 eingegangenen Schriftsatz begründet hat.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 22 |
| Zu Unrecht, so führt die ihr erstinstanzliches Vorbringen im übrigen wiederholende und<br>vertiefende Klägerin in Begründung ihres Rechtsmittels aus, habe das Landgericht in der<br>Anmeldung der Marke "Im F.: Onkologie" eine unzulässige Behinderung der Beklagten<br>gesehen. Mangels eines auf Seiten der Beklagten in bezug auf diese Bezeichnung<br>bestehenden schutzwürdigen Besitzstandes, der aus von der Klägerin näher dargestellten<br>Erwägungen die (Vor-)Benutzung dieses Titels voraussetze, könne weder die<br>Markenanmeldung, noch die Geltendmachung des auf diese Marke gestützten<br>Unterlassungsanspruchs als anstößig bzw. unlauter qualifiziert werden. Im übrigen könne sie,<br>die Klägerin, das Unterlassungsbegehren aber auch mit Erfolg auf die Marke F. ... u.a.<br>stützen. Insoweit lägen, was die Klägerin unter Hinweis auf zwei in ihrem Auftrag erstellter,<br>als Anlagen BK 4 (= K18) und BK 5 vorgelegter Gutachten der Infratest Burke<br>Rechtsforschung näher erläutert, entgegen der Ansicht des Landgericht die Voraussetzungen<br>einer Verwechslungsgefahr vor. Die Bezeichnung bzw. der Zeichenbestandteil "F." könne<br>aber auch Bekanntheit, sogar Berühmtheit für sich in Anspruch nehmen, so dass sich der<br>Unterlassungsanspruch aus von der Klägerin im einzelnen ausgeführten Erwägungen auch<br>aus § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG ergebe. | 23 |

|                                                                                               |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Die Klägerin beantragt,                                                                       |    |
| das am 08.02.2001 verkündete Urteil des Landgerichts Köln abzuändern                          | 25 |
| und die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines Ordnungsgeldes                          | 26 |
| von 5,00 DM bis 500.000,00 DM, an dessen Stelle im Falle der Unein-                           | 27 |
| bringlichkeit eine Ordnungshaft bis zu 6 Monaten tritt, oder einer                            | 28 |
| Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen am Geschäftsführer,                          | 29 |
| für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu unterlassen,                                            | 30 |
| im geschäftlichen Verkehr den Titel "Im F. Onkologie" und/oder                                | 31 |
| Im F. Onkologie" wie nachstehend - verkleinert - wiedergegeben                                | 32 |
| für eine Druckschrift und/oder eine Internetpublikation zu benutzen und/                      | 33 |
| oder benutzen zu lassen:                                                                      | 34 |
| und/oder                                                                                      | 35 |
| Die Beklagte beantragt,                                                                       | 36 |
| die Berufung zurückzuweisen.                                                                  | 37 |
| Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil, in dem das Landgericht zutreffend einen      | 38 |
| Anspruch aus der Klagemarke "Im F.: Onkologie" versagt habe, weil sich die                    |    |
| Markenanmeldung unter dem Gesichtspunkt der Behinderung als sittenwidrig darstelle. Diese     |    |
| Wertung halte den mit der Berufung vorgebrachten Angriffen in jeder Hinsicht stand, wobei -   |    |
| was die Beklagte näher ausführt - insbesondere auch eine Vorbenutzung ihres Titels nicht zu   |    |
| fordern sei. Ansprüche aus anderen Marken der Klägerin unter dem Gesichtspunkt des § 14       |    |
| Abs. 2 Nr. 2 MarkenG scheiterten daran, dass aus von der Beklagten näher erläuterten          |    |
| Gründen eine Verwechslungsgefahr nicht bestehe. Im Ergebnis Gleiches gelte, soweit die        |    |
| Klägerin für ihre Zeichen Bekanntheitsschutz in Anspruch nehmen wolle. Auch wenn man die      |    |
| Bestimmung des § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG im Bereich der hier gegebenen Ähnlichkeit der        |    |
| betroffenen Waren- bzw. Dienstleistung anwenden wolle, könne keine Rede davon sein, dass      |    |
| im übrigen die Voraussetzungen der in dieser Vorschrift formulierten Unlauterkeitsmerkmale    |    |
| vorlägen.                                                                                     |    |
| Hinsichtlich der näheren Einzelheiten im Vorbringen der Parteien wird auf ihre in beiden      | 39 |
| Instanzen gewechselten Schriftsätze samt Anlagen sowie ihre in der mündlichen                 |    |
| Verhandlung vor dem Senat am 17.08.2001 protokollierten Erklärungen Bezug genommen.           |    |
| <b>E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e</b>                                                  | 40 |
| Die in formeller Hinsicht einwandfreie und insgesamt zulässige Berufung hat in der Sache      | 41 |
| keinen Erfolg. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen, mit welcher     |    |
| die Klägerin das Verbot begehrt, dass die Beklagte die Bezeichnungen "...´Im F. Onkologie`    |    |
| sowie ´Im F. Onkologie" u.a. für Druckschriften benutzt und/oder durch Dritte benutzen lässt. |    |
| Der Klägerin steht ein solcher Unterlassungsanspruch auch in der nunmehr formulierten         |    |
| engeren und konkret an die vermeintliche Verletzungsform ausgerichteten Antragsfassung        |    |

unter keinem der von ihr ausdrücklich geltend gemachten oder nach ihrem sonstigen Vortrag als einschlägig in Betracht zu ziehenden rechtlichen Gesichtspunkte zu.

I.

42

Soweit die Klägerin den Unterlassungsanspruch auf die Marke "Im F.: Onkologie" gründen will, vermag sie damit nicht durchzudringen. Allerdings liegen insoweit angesichts der hochgradigen Ähnlichkeit der Marken sowie der Identität der Waren, für welche die zu vergleichenden Kennzeichen jeweils eingetragen bzw. verwendet sind, die Voraussetzungen des in § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG formulierten Verletzungstatbestandes der Verwechslungsgefahr vor. Zu Recht hat jedoch das Landgericht der Klägerin die Geltendmachung der in bezug auf die Marke "Im F.: Onkologie" erlangten Rechtsstellung als unzulässige Rechtsausübung bzw. rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB) versagt. Bei dem Verbot der unzulässigen Rechtsausübung handelt es sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz. Schon zum früheren Warenzeichenrecht war anerkannt, dass die Berufung auf eine nur formale Rechtsstellung als Inhaber eines Kennzeichenrechts den Grundsätzen von Treu und Glauben widerspricht und daher rechtsmissbräuchlich ist. Dies gilt unverändert auch im Markenrecht (vgl. BGH GRUR 2001, 242/244 -"Classe E"-; ders. GRUR 1998, 1034/1036 -"Makalu"-; ders. GRUR 1998, 412/414 -"Analgin"-; ders. WRP 1995, 96/101 -"NEUTREX"-; ders. GRUR 1980, 110/111 -"TORCH" -). Als unzulässiger Missbrauch einer formalen zeichenrechtlichen Rechtsstellung ist es von der Rechtsprechung u.a. erachtet worden, wenn schon der Erwerb des Zeichenrechts selbst unter wettbewerbsrechtlich zu missbilligenden oder sonst sittenwidrigen Umständen herbeigeführt worden ist. Eine derartige, als Ausnutzung einer formalen Rechtsstellung anzusehende missbräuchliche Vorgehensweise kann vorliegen, wenn sie ohne sachlich gerechtfertigten Grund zur Erreichung einer dem Kennzeichenrecht fremden und regelmäßig zu missbilligenden Zielsetzung erfolgt, die auf eine unlautere Behinderung eines Zeichenbenutzers und auf eine Übernahme oder jedenfalls eine Störung dessen schutzwürdigen Besitzstandes hinausläuft (vgl. BGH GRUR 1984, 210/211 -"AROSTAR"-; ders. GRUR 1980, 110/111 -"TORCH"- m.w.N.). Auch ohne das Bestehen eines derartigen Besitzstandes auf Seiten des Zeichenbenutzers kann das wettbewerbslich Verwerfliche der Ausnutzung einer formalen zeichenrechtlichen Position auch darin liegen, dass der Zeicheninhaber die mit der Eintragung einer Marke entstehende, an sich unbedenkliche und wettbewerbsneutrale Sperrwirkung zweckfremd als Mittel des Wettbewerbskampfes einsetzt (vgl. BGH GRUR 1998, 1034/1036 f -"Makalu"-; ders. GRUR 1998, 412/414 -"Analgin"- jeweils m.w.N.). Nach diesen Grundsätzen spricht alles dafür, bereits den Erwerb, jedenfalls aber die Ausübung der in bezug auf die Marke "Im F.: Onkologie" bestehenden formalen Rechtsstellung durch die Klägerin als rechtsmissbräuchlich zu beurteilen. Schon der situative Hintergrund, vor dem die Markenanmeldung erfolgte, lässt an der Redlichkeit zweifeln: Unstreitig wurde im Termin zur mündlichen Verhandlung bei dem OLG München am 12.08.1999 von der Beklagten das Thema einer Freizeichnung des Titels "Im F. Onkologie" durch die Klägerin aufgebracht, wobei der dortige Senat zum Ausdruck brachte, dass seiner Auffassung nach gegen diesen Titel aus den Klagezeichen "F." keine markenrechtlichen Bedenken vorzubringen seien. Unstreitig ist ebenfalls, dass der Prozessbevollmächtigte der Klägerin sich ohne Rücksprache mit seiner Mandantin, der Klägerin, nicht in der Lage sah, eine derartige Freizeichnung vorzunehmen. Anstatt der Beklagten nach Rücksprache mit der Klägerin eine definitive Antwort auf den Wunsch nach Freizeichnung zu erteilen, hat die Klägerin noch am selben Tag, nämlich am 12.08.1999, die fragliche Bezeichnung "Im F.: Onkologie" zusammen mit weiteren Zeichen "Im F.:...." zur Eintragung angemeldet. Diese anderen Zeichen passen indessen von ihrem Konzept her nicht zu der hier fraglichen Bezeichnung: Neben der streitbefangenen Marke wurden am 12.08.1999 angemeldet: "Im F.: Europa"; "Im F.: Fakten";

43

"Im F.: Fakten, Fakten, Fakten"; "Im F.: Kliniken im Test". Auch wenn bei letzterem Zeichen ein Bezug zum Gesundheitswesen besteht, liegt dies doch außerhalb des hier betroffenen Bezugs auf eine ganz bestimmte medizinische und therapeutische Fachrichtung. Gleiches gilt mit Blick auf die bereits am 10.07.1999 angemeldeten "Im F.:....." -Zeichen, die sämtlich keinerlei Bezug zu der hier in Frage stehenden Kombination aufweisen ("Im F.: Erfolg"; "Im F.: Europa"; "Im F.: Finanzen"; "Im F.: Internet"; "Im F.: Medien"; "Im F.: Money"; "Im F.: TV"; "Im F.: USA"). Danach stellt es sich so dar, dass die Klägerin die streitbefangene Bezeichnung in eine bereits bestehende, jedoch nicht "passende" Zeichenserie integrierte, um der Beklagten zuvorzukommen und dieser gegenüber eine anderweitig nicht erreichbare Absicherung der Marke/des Titels "F." durchsetzen zu können. Danach dient aber die Anmeldung der Marke "Im F.: Onkologie" im wesentlichen der Verteidigung bzw. Verbesserung der in bezug auf ein drittes Zeichen bestehenden, anderweitig nicht zu erlangenden Rechtsposition und nicht etwa dem spezifisch markenrechtlichen Interesse, hinsichtlich des konkret angemeldeten Zeichens eine zeichenrechtliche Rechtsstellung zu erlangen. Das streitbefangene Zeichen ist lediglich zur Erlangung einer formalen Rechtsposition angemeldet worden, die als solche nicht "mit Leben erfüllt" werden sollte und die ausschließlich, jedenfalls aber im wesentlichen dazu dienen sollte, die Beklagte vom titelmäßigen Gebrauch des Wortes "F." in Verbindung mit anderen Begriffen schlechthin abzuhalten. Das stellt sich als eine den Zwecken des Markenrechts fremde, missbilligenswerte Erlangung einer nur formalen Rechtsposition in bezug auf das streitbefangene Zeichen dar. Eine abweichende Beurteilung ergibt sich dabei auch nicht etwa daraus, dass die Klägerin mit der Eintragung des hier in Frage stehenden Zeichens "Im F.: Onkologie" einer in bezug auf ihr prioritätsälteres Zeichen "F." bestehenden Verwechslungsgefahr Rechnung tragen würde. Allerdings trifft es im Ansatz zu, dass das Verhalten der Klägerin sich dann in einem anderen Lichte darstellte, wenn es seinen Grund in der Wahrung bestehender Rechte bzw. in der berechtigten Rechtsverteidigung fände, was der Fall wäre, wenn sie aufgrund ihres prioritätsälteren Kennzeichens "F." einen Unterlassungsanspruch beispielsweise wegen der Verwechslungsfähigkeit der Bezeichnung "Im F. Onkologie" hätte. Denn aus dem Umstand allein, dass die Klägerin ihr dann berechtigtes Ziel nicht auf dem Wege der (vorbeugenden) Unterlassungsklage, sondern in anderer Weise durch markenrechtlich zulässige Anmeldung und Eintragung der in Frage stehenden Kennzeichnung verfolgt, kann ihr der Vorwurf eines sittenwidrigen Verhaltens nicht gemacht werden. Als Missbrauch verwerflich kann die Ausnutzung eines formalen Rechts nur dann angesehen werden, wenn sie zur Erreichung eines nicht zu billigenden, in anderer rechtlich einwandfreier Weise nicht zu verwirklichenden Zwecks erfolgt (BGH GRUR 1984, 210/211 -"AROSTAR"-). Da die Klägerin aus den im nachfolgenden noch aufzuzeigenden Gründen aus ihrem Zeichen "F." indessen nicht mit Erfolg gegen die Verwendung der Bezeichnung "Im F. Onkologie" durch die Beklagte einschreiten kann, lässt sich auch aus diesem Gesichtspunkt kein Argument für einen der Zeichenanmeldung zugrundeliegenden berechtigten, nicht lediglich markenfremden Zwecken entsprechenden aner kennenswerten Beweggrund herleiten. An der dargestellten Bewertung, dass die Klägerin das Zeichen "Im F.: Onkologie" nur wegen der Erlangung einer formalen zeichenrechtlichen Stellung angemeldet hat, um eine anderweitig nicht zu verwirklichende Rechtsposition in bezug auf ihr Kennzeichen "F." durchsetzen zu können, ändert auch der Umstand nichts, dass hinsichtlich der hier in Frage stehenden Marke die Benutzungsschonfrist noch läuft, so dass die Klägerin sich noch entscheiden kann, ob sie die Marke in Benutzung nimmt. Diese Option stellt sich in der vorliegend zu beurteilenden Situation als in hohem Maße theoretisch und fernliegend dar. Denn die Marke "passt" nicht in die bereits existierende Zeichenserie der Klägerin "Im F.:.....". Dass die Klägerin in der Vergangenheit sich bereits - beispielsweise im Zusammenhang mit "Sonderheften" oder Beilagen - mit Themen befasst hat, die den kennzeichenmäßigen Gebrauch von "Im F.:....." in Verbindung mit einem medizinischen und/oder therapeutischen

Fachgebiet (z.B.: Dermatologie, Gynakologie, Pädiatrie u.s.w.) zumindest nahe legen, ist nicht ersichtlich. Soweit die Klägerin vorbringt, sie habe die Marke bereits in Benutzung genommen, überzeugt das nicht. Denn die von ihr angeführte auf S. 155 des Heftes Nr. 48 von F. (vgl. Anlage K21) ersichtliche Verwendungsform, ausweislich der einige statistische Angabe in einem, in den Artikel "Chance gegen Metastasen" platzierten "Kasten" unter der Überschrift "Im F.: Onkologie" veröffentlicht sind, stellt keinen zeichenmäßigen Gebrauch der hier in Frage stehenden Marke dar. In der beschriebenen Situation, in der ein Gebrauch des Zeichens fern liegt und in der im übrigen alles dafür spricht, dass die Anmeldung der Marke und die damit erwirkte Ausschließlichkeitwirkung hauptsächlich, wenn nicht sogar ausschließlich der andernfalls nicht zu bewerkstellenden Verteidigung eines dritten Zeichens dient, wäre es daher Sache der Klägerin gewesen, konkrete Anhaltspunkte dafür vorzutragen, aus denen auf eine Benutzungsabsicht der Marke geschlossen werden könnte. Derartige Anhaltspunkte hat die Klägerin jedoch nicht vorgebracht, obwohl die Beklagte die fehlende Benutzungsabsicht eingewandt hat (vgl. Bl. 153/154 d.A.). Aus diesem Grund erübrigte sich auch ein Hinweis des Senats, um der Klägerin Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag zu geben. Soweit die Klägerin schließlich einwendet, die Anwendung der dargestellten Grundsätze des Rechtsmissbrauches im Streitfall scheitere daran, dass die Beklagte die in Frage stehende Bezeichnung im Zeitpunkt der Markenanmeldung noch nicht in Benutzung genommen habe, vermag das ebenfalls nicht zu überzeugen. Dabei kann es offen bleiben, ob eine derartige Vorbenutzung überhaupt erforderlich ist, um den Missbrauchseinwand zu begründen. Denn im Streitfall liegt jedenfalls eine der Vorbenutzung sachlich vergleichbare Fallkonstellation vor. Die Beklagte hat nämlich im Termin zur mündlichen Verhandlung bei dem OLG München deutlich zu erkennen gegeben, dass sie die Absicht hat, die Bezeichnung "Im F. Onkologie" zu verwenden, so dass die Klägerin jedenfalls mit der Benutzungsaufnahme rechnen musste. Es macht aber keinen sachlichen Unterschied, ob eine als Marke angemeldete Bezeichnung durch einen Dritten bereits in (Vor-)Benutzung ist oder ob eine solche Benutzung im Zeitpunkt der Markenanmeldung ernsthaft bevorsteht.

II. 44

Aus der mit Priorität zum 04.08.1993 u.a. für "Druckerei- und Verlagserzeugnisse, insbesondere Magazine, Zeitschriften, Zeitungen" eingetragenen Wortmarke ... F. kann die Klägerin das Unterlassungsbegehren ebenfalls nicht herleiten. 45

1. 46

Ein Unterlassungsanspruch aus § 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG scheitert an der fehlenden Verwechslungsgefahr. Ob bei einander gegenüberstehenden Zeichen die Gefahr einer Verwechslung besteht, ist nach deren jeweiligem Gesamteindruck festzustellen. Dabei kommt es auf die Nähe der in Betracht zu ziehenden Waren, auf die Kennzeichnungskraft der Klagemarke sowie auf das Maß der Ähnlichkeit der zu vergleichenden Kennzeichnungen an, wobei zwischen diesen die Verwechslungsgefahr bestimmenden Faktoren eine Wechselwirkung dergestalt besteht, dass der Ähnlichkeitsgrad um so geringer sein kann, je größer die Kennzeichnungskraft und/oder die Warennähe ist, während umgekehrt ein höherer Ähnlichkeitsgrad erforderlich ist, wenn die Kennzeichnungskraft der Klagemarke nur schwach und/oder der Warenabstand größer ist. Bei der dargestellten Prüfung ist auf den Gesamteindruck der jeweiligen Kennzeichnung und nicht auf einzelne Zeichenbestandteile abzustellen. Ein Elementenschutz einzelner Bestandteile kommt grundsätzlich nicht in Betracht, eine zergliedernde, semantische Betrachtungsweise ist grundsätzlich unzulässig (vgl. BGH GRUR 2000, 875/876 -"Davidoff"-; ders. WRP 2000, 529/531 -"ARD-1"-; ders. 47

GRUR 1999, 735/736 -"Monoflam/Polyflam"- m.w.N.). Das schließt es allerdings nicht aus, einem einzelnen Zeichenbestandteil unter Umständen eine besondere, das gesamte Zeichen prägende Kennzeichnungskraft beizumessen, so dass bei Übereinstimmung der Bezeichnungen in dem jeweils prägenden Bestandteil die Gefahr einer Verwechslung der beiden Gesamtbezeichnungen bestehen kann (vgl. BGH WRP 1999, 189/191 - "Tour de culture" -). Nach diesen Grundsätzen lässt sich im Streitfall die Gefahr von Verwechslungen nicht bejahen.

Grundlage der Prüfung der Verwechslungsgefahr ist vorliegend die Gegenüberstellung einerseits der Klagemarke "F." sowie andererseits des Gesamttitels "Im F. Onkologie". Der Bestandteil "F." ist für diesen Titel nicht prägend. Er ist vielmehr in seiner beschreibenden Funktion als "Brennpunkt" gebraucht, was ungeachtet der "lateinischen" Schreibweise (mit "c") gilt. Denn das angesprochene Fachpublikum der Ärzte und der Medizinstudenten ist des Lateinischen jedenfalls in einem solchen Maße kundig, dass die Schreibweise mit "c" nicht etwa als etwas Besonderes, Phantasievolles gesehen, sondern als die lateinische Herkunft des fremdsprachigen, als solcher beschreibenden Begriffs "F." signalisierende Schreibweise erkannt wird. Der Begriff "Onkologie" ist im Titel der Fachzeitschrift Beklagten überdies derart hervorgehoben, dass sich dieser dem Verkehr als der eigentlich kennzeichnende Teil einprägt. Auch wenn die beiden Zeichen für ähnliche Waren (Verlagserzeugnisse/Magazine/Zeitschriften) verwendet werden und der Klagemarke aufgrund intensiver Benutzung eine auf einen überdurchschnittlichen Grad gesteigerte Kennzeichnungskraft zuzumessen ist, ist vor diesem Hintergrund die Gefahr von Verwechslungen in allen in Betracht zu ziehenden Varianten ausgeschlossen: Die Gefahr unmittelbarer Verwechslungen scheidet angesichts der Verschiedenheit der zu vergleichenden Bezeichnungen aus. Gleiches gilt für die Gefahr mittelbarer Verwechslungen. Dass ein mehr als nur unbeachtlicher Teil des Verkehrs die Vorstellung entwickeln könnte, es handle sich um denselben Verlag zuzurechnende verschiedene Bezeichnungen, liegt fern. Bei dem Verlagsprodukt der Beklagten handelt es sich um eine medizinische Fachzeitschrift, die sich vorn vorneherein nur an einen über fachliches Spezialwissen bereits verfügendes oder an dessen Erwerb interessiertes Fachpublikum wendet. Es geht dabei um die Vermittlung eines speziellen, an die Vorkenntnisse der Adressaten appellierenden und solche voraussetzenden Standes aktueller wissenschaftlichen Erkenntnisse. Die Klägerin wendet sich demgegenüber mit ihrem mit F. gekennzeichneten Verlagsprodukt an das breite Publikum, dem - auch soweit medizinische Themen betroffen sind - wissenschaftliche Erkenntnisse in möglichst verständlicher Weise nahegebracht werden sollen, ohne dass es dafür eines fachspezifischen Vorverständnisses bedarf. Die von der Klägerin behauptete Qualität ihres Magazins besteht gerade in der populärwissenschaftlichen Aufbereitung fachspezifischer wissenschaftlicher Themen, um so eine möglichst breite Leserschaft erreichen und informieren zu können. Vor diesem Hintergrund liegt aber die Annahme fern, dass der Verlag der Klägerin eine ausgesprochene Fachzeitschrift, die sich im Bereich eines wissenschaftlichen Gebiets (Medizin) ganz überwiegend an ein dort bereits über weiter spezialisiertes Fachwissen verfügendes Publikum wendet, unter der eben diesen Fachbezug signalisierenden Bezeichnung "Im F. Onkologie" in den Verkehr bringt. Auch scheidet eine mittelbare Verwechslungsgefahr unter dem Aspekt des Serienzeichens aus. Denn es ist nicht ersichtlich, dass der Verkehr in "F."/"F." den Stammbestandteil einer Zeichenserie erblickt. Zum einen hat die Klägerin nicht dargelegt, dass und in welchem Maß sie ihre "Im F.:...." Zeichen oder F. in Verbindung mit anderen Bezeichnungen im Verkehr in Benutzung genommen hat. Zum anderen spricht aber auch der beschreibende Charakter des Begriffs "F." im Titel der Beklagten dagegen, dass der Verkehr in ihm ein dem Stamm der Klagezeichen "wesensgleiches" Element sieht, und den Titel deshalb dem gleichen Zeicheninhaber zuordnet. Vor dem dargestellten Hintergrund des ganz erheblich

verschiedenen Charakters der einerseits unter dem Klagezeichen in den Verkehr gebrachten Verlagserzeugnisse und andererseits der Publikation, für welche die Beklagte den angegriffenen Titel verwendet, ist auch die Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne ausgeschlossen. Die von der Klägerin vorgelegten IPSOS-Gutachten stehen dieser Wertung nicht entgegen. Dabei kann es dahinstehen, inwiefern die von der Beklagten vorgebrachten Bedenken gegen die "Neutralität" des Gutachters sowie die Fragestellung berechtigt sind. Das bedarf deshalb nicht der Entscheidung, weil die Methode der Befragung keine Ergebnisse ermittelt, die repräsentativ sind und daher den Schluss auf eine innerhalb eines relevanten Teils der Adressaten gegebene Verwechslungsgefahr zulassen. Denn da die Befragungen telefonisch durchgeführt wurden, können sie allenfalls eine Auskunft über die durch den Klang der Bezeichnungen hervorgerufenen (Fehl-)Vorstellungen geben. Diese Situation, in der die Zeichen durch den Verkehr nur aufgrund des akustischen Eindrucks beurteilt werden, entspricht jedoch nicht der repräsentativen Wahrnehmungssituation. Nur ein äußerst geringer Teil des Verkehrs wird den Bezeichnungen der Parteien ausschließlich "klanglich" begegnen. In aller Regel werden die Zeitschriften einschließlich ihrer Titelgestaltung vielmehr (auch) optisch wahrgenommen, so dass - wie aufgezeigt - eine Verwechslungsgefahr ausscheidet. Die Befragungen spiegeln daher nur die Vorstellungen eines kleinen Teils der angesprochenen Adressaten wider, der für die rechtlichen Beurteilung vernachlässigt werden kann. Der Senat sieht sich dabei auch nicht veranlasst, das von der Klägerin im Termin zur mündlichen Verhandlung zur behaupteten Verwechslungsgefahr zu Beweis Zwecken beantragte demoskopische Sachverständigengutachten einzuholen, sondern ist in der Lage, die Verwechslungsgefahr aus eigener Sachkunde und Lebenserfahrung zu beurteilen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es nicht ausgeschlossen, dass der Tatrichter die Vorstellung der beteiligten Verkehrskreise aufgrund eigener Sachkunde und Lebenserfahrung hinreichend zuverlässig beurteilen kann, sofern - namentlich bei Gegenständen des allgemeinen Bedarfs - die Anschauungen des unbefangenen Durchschnittsadressaten zu ermitteln sind und die Richter des zur Entscheidung berufenen Spruchkörpers selbst diesem Personenkreis angehören. Die Möglichkeit einer solchen Feststellung kraft eigener, auf der Zugehörigkeit zum angesprochenen Verkehrskreis beruhenden Sachkunde und Erfahrung wird auch nicht von vornherein dadurch ausgeschlossen, dass die Klagepartei für eine abweichende Verkehrsauffassung ihrerseits Beweis angeboten hat. Die auf eigener Sachkunde beruhende Feststellung, dass kein rechtlich in Betracht kommender Teil des Verkehrs getäuscht werden kann, findet ihre Grenze dort, wo Umstände vorliegen, die eine solche Feststellung als bedenklich erscheinen lassen könnten. Solche Umstände können sich u.a. aus einem vorgelegten Parteigutachten oder daraus ergeben, dass die Richter sich allenfalls im Randbereich der angesprochenen Verkehrskreise fühlen (vgl. BGH GRUR 1992, 406/407 - "Beschädigte Verpackung" -; GK/Jacobs, Vor § 13 - D - Rdn. 369 m.w.N.). Sich danach etwa einstellende Zweifel an der eigenen Sachkunde und Lebenserfahrung müssen das Gericht veranlassen, den Beweisanträgen nachzugehen und die verfügbaren Beweismittel auszuschöpfen. Im Streitfall bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, die Anlass für Zweifel bieten, dass der erkennende Senat die Verwechslungsgefahr hinsichtlich eines mehr als unbeachtlichen Teils des angesprochenen Verkehrs aus eigener Lebenserfahrung verneinen kann. Die Mitglieder des erkennenden Senats gehören ebenso wie diejenigen der erstinstanzlich entscheidenden Kammer zu den angesprochenen Verkehrskreisen. Dem steht es nicht entgegen, dass sich die Publikation der Beklagten an Ärzte/Onkologen wendet. Denn die hier zu treffende Beurteilung appelliert nicht etwa an ein bestimmtes ärztliches oder fachärztliches Spezialwissen, sondern an das allgemeine Sprachverständnis und die generell aus dem Umgang mit Magazinen, Zeitschriften und Fachzeitschriften gewonnene Lebenserfahrung. Dass Ärzte und Onkologen in diesem Bereich ein abweichendes Verständnis des allgemeinen Sprachgebrauchs und/oder einen abweichenden Umgang mit

Sprache entwickelt hätten und ferner über besondere Erfahrungen aus dem Umgang mit Magazinen, Zeitschriften und Fachzeitschriften verfügten, lässt sich weder dem Vortrag der Klägerin noch dem Sachverhalt im übrigen entnehmen. Dass weiter auch die von der Klägerin vorgelegten demoskopischen Befragungen keine Zweifel an der Beurteilungskompetenz des Senats tragen, die Verwechslungsgefahr bei einem rechtlich relevanten Teil des Verkehrs aus eigener Lebenserfahrung und Sachkunde zu verneinen, geht bereits aus den obigen Ausführungen hervor.

2. 49

Auch aus § 14 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 5 MarkenG ergibt sich der Unterlassungsanspruch nicht. Es kann offen bleiben, ob § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG auch für die Fälle gilt, in denen es um die Benutzung von Marken für identische oder ähnliche Waren geht (vgl. BGH GRUR 2000, 875/878 f - "Davidoff"-). Denn jedenfalls liegen die sonstigen Voraussetzungen des in der genannten Bestimmung formulierten Unterlassungstatbestandes nicht vor. Unstreitig ist dabei allerdings, dass es sich bei der Klagemarke um ein im Inland bekanntes Zeichen handelt. Indessen sind die Anforderungen der in § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG geregelten Unlauterkeitstatbestände nicht erfüllt. 50

a) 51

Der Tatbestand der Rufausbeutung ("Ausnutzung der Wertschätzung") greift nicht. Der gute Ruf und die Wertschätzung der Klagemarke F. bzw. der unter ihr in den Verkehr gebrachten Publikation der Klägerin ergibt sich aus der allgemeinverständlichen Aufbereitung komplexer Themen und der Breite der gebotenen Information. Dass das F.-Magazin der Klägerin darüber hinaus in bezug auf die Aktualität und/oder Sorgfalt der Recherche einen Ruf genießt, der für andere Zeitschriften nicht ebenso gilt und daher nicht selbstverständlich ist, lässt sich dem Vorbringen der Klägerin oder dem sonstigen Sachverhalt nicht entnehmen. Ein Ruftransfer auf die unter dem Titel "Im F. Onkologie" in den Verkehr gebrachte Fachpublikation der Beklagten, die gerade nicht von der Allgemeinverständlichkeit und Breite der Information und Themen lebt, sondern davon, dass für einen über spezialisiertes Eingangswissen verfügenden Adressatenkreis eine Übersicht über den aktuellen Stand der fachwissenschaftlichen Erkenntnisse gegeben wird, ist danach nicht ersichtlich. 52

b) 53

Im Ergebnis Gleiches gilt hinsichtlich des Unlauterkeitstatbestands der Beeinträchtigung des Rufs bzw. der Wertschätzung. Dass die unter dem angegriffenen Titel angebotene Fachzeitschrift der Art und dem Erscheinungsbild nach in irgendeiner Weise dem Ruf der Klagemarke abträglich sein könnte, ist nicht erkennbar. 54

c) 55

Entsprechendes ergibt sich, soweit eine Ausbeutung oder eine Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft der Klagemarke in Rede steht. Die Verwendung des Begriffs "F." im Titel der Beklagten ist derart deutlich an eine beschreibende Angabe angelehnt und tritt gegenüber "Onkologie" so stark in den Hintergrund, dass es fern liegt, dass der Verkehr wegen der Bekanntheit der Marke "F." der Klägerin auf die Publikation der Beklagten aufmerksam wird. Die im übrigen für eine Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft ("Verwässerung") erforderliche "Greifbarkeit" der Beeinträchtigung (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 14 Rdn. 509 m.w.N.) ist ebenfalls nicht ersichtlich. 56

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| III.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |    |
| Soweit die Klägerin das Unterlassungsbegehren - gestützt auf den für ihr Magazin verwandten Titel F. - aus den §§ 15 Abs. 2 und Abs. 3 MarkenG herleiten will, vermag sie auch damit nicht durchzudringen. Dieser Titelschutz scheitert aus den bereits unter I. 2 und 3 dargelegten Gründen, die hier entsprechend gelten.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 58 |
| IV.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 59 |
| Aus § 1 UWG lässt sich das Unterlassungspetition ebenfalls nicht herleiten. Für die Anwendbarkeit des § 1 UWG bleibt nur Raum, soweit Unlauterkeitstatbestände betroffen sind, die außerhalb des von § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG erfassten Regelungsbereichs liegen (vgl. BGH GRUR 1999, 161/162 -"MAC Dog" -). Dabei kann es dahinstehen, ob der von der Klägerin für ihre Bezeichnung "F." beanspruchte Schutz der berühmten Marke außerhalb von § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG noch denkbar ist. Jedenfalls aber sind aus den bereits zu § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG aufgeführten Gründen die Voraussetzungen eines solchen Schutzes nicht erfüllt. Dass die Klägerin in irgendeiner Weise durch den Titel der Beklagten wettbewerblich unlauter behindert würde, kann weder ihrem Vortrag, noch dem Sachverhalt im übrigen entnommen werden. | 60 |
| V.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 61 |
| Die §§ 12 BGB, 37 Abs. 2 HGB scheiden als Anspruchsgrundlage schließlich ebenfalls aus, weil der Titelgebrauch durch die Beklagte nicht die Gefahr einer Zuordnungsverwirrung mit der Firma der Klägerin bzw. dem darin enthaltenen Bestandteil "F." begründet bzw. die Klägerin nicht in ihrem an der Firma bestehenden Rechten verletzt wird.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 62 |
| Die Kostenfolge ergibt sich aus den §§ 269 Abs. 3, 97 Abs. 1 ZPO.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 63 |
| Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 64 |
| Die gemäß § 546 Abs. 2 ZPO festzusetzende Beschwer orientiert sich am Wert des Unterlassungsbegehrens, mit dem die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit unterliegt.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 65 |
| Streitwert: 100.000,00 DM.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 66 |