
Datum: 12.12.2003
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 87/03
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2003:1212.6U87.03.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 81 O 212/02

Tenor:

1.) Die Berufung der Klägerin gegen das am 6.6.2003 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 81 O 212/02 - wird zurückgewiesen.

2.) Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

3.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann jedoch die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 120 % der zu vollstreckenden Summe abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in derselben Höhe leistet.

Die Parteien können die Sicherheiten durch eine schriftliche, unwiderrufliche, unbedingte und unbefristete Bürgschaft eines im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstitutes leisten.

4.) Die Revision wird nicht zugelassen.

B e g r ü n d u n g:

1

I

2

Die Mitglieder der Klägerin, einer Genossenschaft, sind Versicherungsvermittler, die nicht an einzelne Versicherungsgesellschaften gebunden sind und für sich in Anspruch nehmen, ihre Kunden fair zu beraten. Sie sind zum Teil Inhaber von Wort- oder Wort/Bildmarken, die sie zur Kennzeichnung ihrer Dienstleistungen verwenden, und die - wie beispielsweise "FairRat"; "Fairkonsens" und "FairSicherungsladen" - überwiegend mit der Silbe "Fair" beginnen. Die Klägerin selbst ist Inhaberin zum einen einer Anzahl von Wortmarken der beschriebenen Art (z.B. "Fairsicherung"; "Fair sorgung"; FAIRGLEICH") und zum anderen der nachfolgend bildlich wiedergegebenen Wort/Bildmarken:

a. Nr. xxxxxxxx: 4

b. Nr. xxxxxxxx: 5

Der Beklagte bietet - ohne Mitglied der Klägerin zu sein - unter der Bezeichnung "Fair Solutions e.K." Versicherungs- und Finanzdienstleistungen an. Er verfügt über die Internetdomain "www.fairsolutions.org" und ist Inhaber der für Versicherungs- und Finanzdienstleistungen eingetragenen nachstehend wiedergegebenen Marke Nr. 30161352 "Fair solutions": 6

(Die bildlichen Darstellungen sind aus technischen Gründen nicht möglich) 7

Die Klägerin verlangt - gestützt auf ihre eigenen sowie in Prozessstandschaft auf Marken ihrer Mitglieder - die Unterlassung der firmen- oder markenmäßigen Benutzung von Fair solutions sowie die Einwilligung in die Löschung der erwähnten Marke. Wegen der Identität des Bestandteiles "fair", der nicht beschreibend sei, bestehe Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG. Ergänzend beruft sie sich für ihr Unterlassungsbegehren auf § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt der wettbewerblich unlauteren Annäherung an ein wertvolles Kennzeichen. 8

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes wird hinsichtlich der von der Klägerin angeführten Marken auf die Anlagen K 3 bis K 5 sowie im übrigen auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil verwiesen. 9

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, der übereinstimmende Zeichenbestandteil "fair" werde nicht kennzeichenmäßig, sondern als adjektivische Beschreibung von "Solutions" gebraucht, zudem stelle die Verwendung des Plurals in der angegriffenen Kennzeichnung einen erheblichen Unterschied dar. Aus diesen Gründen bestehe eine markenrechtliche Verwechslungsgefahr nicht und liege auch eine unlautere Anlehnung an die klägerische Bezeichnung nicht vor. 10

Zur Begründung ihrer Berufung, mit der sie ihre erstinstanzlich gestellten Anträge weiterverfolgt, trägt die Klägerin vor, im Berufungsverfahren müsse u.a. zugrundegelegt werden, dass der Bestandteil "fair" ihrer Marken für sich genommen kennzeichnungskräftig sei, nachdem das Landgericht dies unterstellt habe. 11

Demgegenüber sei der Bestandteil "solutions" in dem angegriffenen Zeichen wegen der bekannten Bedeutung "Lösungen" nicht schutzfähig. Deswegen und weil bei ihren Marken das Bildelement zurücktrete, stünden sich "fair" und "fair" gegenüber. Die angegriffene Bezeichnung werde auch namensmäßig und nicht beschreibend verwendet und so vom Verkehr verstanden. Ihr stehe markenrechtlicher Schutz nicht nur wegen unmittelbarer Verwechslungsgefahr, sondern auch unter dem Gesichtspunkt des Serienzeichens und 12

wegen bestehender Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne zu.

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil.	13
II	14
Die Berufung ist zulässig, aber nicht begründet. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Die geltendgemachten Ansprüche bestehen weder unter marken- noch unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten.	15
Die Voraussetzungen des § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG liegen nicht vor, eine markenrechtliche Verwechslungsgefahr besteht nicht.	16
Die Prüfung der Frage, ob bei einander gegenüberstehenden Marken die Gefahr einer Verwechslung besteht, ist auf der Grundlage des jeweiligen Gesamteindrucks der in Frage stehenden Marken vorzunehmen. Ob danach eine Verwechslungsgefahr begründet ist, ist unter Berücksichtigung der Nähe der in Betracht zu ziehenden Waren und/oder Dienstleistungen, für welche die zu vergleichenden Zeichen geschützt oder verwendet sind, sowie der Kennzeichnungskraft der Klagemarke und nach der Ähnlichkeit der zu beurteilenden Zeichen zu entscheiden, wobei die genannten, die Verwechslungsgefahr bestimmenden Faktoren in einer Wechselbeziehung dergestalt miteinander stehen, dass der Ähnlichkeitsgrad umso geringer sein kann, je größer die Kennzeichnungskraft und/oder die Warennähe ist, während umgekehrt ein höherer Ähnlichkeitsgrad erforderlich ist, wenn die Kennzeichnungskraft der Marke nur schwach und/oder der Warenabstand größer ist (vgl. BGH GRUR 2003, 963,964 - "AntiVir/AntiVirus" - GRUR 2000, 875/876 - "Davidoff"-; ders. WRP 1998, 755/757 - "nitrangin"-; EuGH GRUR 1998, 387 - "Springende Raubkatze"-). Bei alledem ist nicht auf den Standpunkt eines "flüchtigen", dem angesprochenen Verkehr zugehörigen Adressaten der Zeichen abzustellen, sondern auf denjenigen eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Adressaten der betroffenen Art von Waren oder Dienstleistungen. Der Grundsatz, dass Ausgangspunkt der auf der Grundlage der dargestellten Determinanten zu beurteilenden Verwechslungsgefahr der durch die jeweiligen Marken vermittelte Gesamteindruck ist, schließt es dabei allerdings nicht aus, dass einem einzelnen Zeichenbestandteil unter Umständen eine besondere, den Gesamteindruck des Zeichens prägende Kraft beizumessen ist und dass deshalb bei Übereinstimmung der Zeichen in dem jeweils prägenden Bestandteil die Gefahr von Verwechslungen zu bejahen sein kann (BGH WRP 1999, 189/191 - "Tour de culture"-; ders. GRUR 1996, 200/201 - "Innovadiclophlont"-). Dabei dürfen jedoch die übrigen Zeichenbestandteile nicht völlig außer Acht gelassen bzw. "abgespalten" und die Prüfung allein auf das prägende Element reduziert werden; denn es besteht kein Erfahrungssatz, der die Annahme rechtfertigte, einzelne Bestandteile eines Zeichens würden vom Verkehr nicht zur Kenntnis genommen (BGH GRUR 1996, 774/775 - "falke-run/LE RUN"-).	17
Ausgehend von diesen Kriterien besteht eine Verwechslungsgefahr trotz des in den Klagemarken und der angegriffenen Bezeichnung übereinstimmenden Zeichenelementes "Fair" nicht. Die beiden vorstehend bildlich wiedergegebenen Wort/Bildmarken der Klägerin weisen nur geringe Kennzeichnungskraft auf. Der in beiden Marken enthaltene Bestandteil "fair" ist für eine Vermittlung von Versicherungen ausschließlich beschreibender und nicht kennzeichnender Art. Die angesprochenen potenziellen Versicherungskunden der Klägerin bzw. ihrer Mitglieder werden das Zeichenelement "Fair" als englischsprachigen Begriff und dementsprechend im Sinne von "anständig", "aufrichtig", "auf den anderen Rücksicht nehmend" und "die Regeln beachtend" auffassen. Das folgt ohne weiteres aus dem Umstand, dass der so verstandene englischsprachige Begriff, für den es eine erschöpfende	18

Übersetzung in ein einziges deutsches Wort nicht gibt, seit langem ein allgemein bekannter Bestandteil der deutschen Sprache und damit im deutschen Sprachraum ebenso geläufig wie die gebräuchlichen deutschen Worte ist. Zudem macht es auch Sinn, die angebotene Dienstleistung so verstanden als "fair" zu bezeichnen, weil damit eine besondere Qualität der Vermittlung und insbesondere der damit verbundenen Beratung bei der Auswahl der Versicherung zum Ausdruck gebracht wird. Ohne Erfolg beruft sich die Klägerin hierzu auf den Umstand, dass das englischsprachige Wort auch noch andere adjektivische Bedeutungen wie "schön", "hübsch" und "nett" habe und als Substantiv auch "Messe", "Jahrmarkt" oder "Kirmes" bedeute. Diese Bedeutungen sind zunächst - trotz ihrer von der Klägerin nachgewiesenen lexikalischen Existenz - im deutschen Sprachraum weitgehend unbekannt. Das können die Mitglieder des Senats als Zugehörige der angesprochenen Verkehrskreise selbst beurteilen. Überdies wird jeder der wenigen an der Vermittlung einer Versicherung Interessierten, denen eine der erwähnten entlegenen Bedeutungen von "fair" geläufig ist, jedenfalls auch die gängige Bedeutung im oben näher beschriebenen Sinne kennen, in der das Wort Bestandteil der deutschen Sprache geworden ist. Auch diese wenigen Interessenten werden die Angabe im Sinne von "anständig" auffassen. Denn der Verbraucher wird unter mehreren ihm bekannten Bedeutungen des Fremdwortes diejenige wählen, durch die der Begriff einen Sinn ergibt. Auch der mehrere Bedeutungen von "fair" kennende Kunde wird daher annehmen, das unter der Bezeichnung "fair" auftretende Unternehmen wolle sich angesichts des teilweise schlechten Rufs von Versicherungsunternehmen von solchen Versicherungen und Versicherungsvermittlern positiv absetzen, die ihre Kunden nicht interessengerecht über die Vor- und Nachteile und insbesondere etwaige Risiken der einzelnen Angebote informierten, sich also ihnen gegenüber unfair verhielten. Die Annahme, dass ein Versicherungskunde angesichts der klägerischen Marken trotz dieser sich anbietenden Bedeutung den Begriff "fair" für sich mit "Jahrmarkt" oder einem der anderen in Betracht kommenden Sinngehalte übersetzen könnte, scheidet ersichtlich aus.

Die vorstehende Wertung steht entgegen der Auffassung der Klägerin nicht im Widerspruch zu der Entscheidung "EASYBANK" des EUGH (GRUR Int 2001,756,758). Der EUGH hat die Bezeichnung EASYBANK nicht als rein beschreibend angesehen, weil sie sich nur auf das Bankinstitut als solches beziehe und einen konkreten Hinweis auf die Modalitäten einer konkreten Dienstleistung oder auf andere Einzelheiten der Abwicklung von Bankgeschäften nicht enthalte (a.a.O. Erwägungsgründe 29 f). Demgegenüber bringt "fair" als Bezeichnung für eine Versicherungsvermittlung aus den dargelegten Gründen konkret zum Ausdruck, dass der einzelne Vermittler bei seiner Tätigkeit für den Kunden dessen Belange im oben beschriebenen Sinne fair berücksichtigen werde. 19

Schließlich sieht sich der Senat an seiner Wertung auch durch die Entscheidung des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt (HABM) vom 8.11.2002, die von der Klägerin als Gemeinschaftsmarke angemeldete Wortmarke FAIR gem. Art 40 Abs.1 GMV zur Veröffentlichung zuzulassen, nicht gehindert. Zum einen steht einer Berücksichtigung dieses Umstandes bereits die Bestimmung des § 531 Abs.2 ZPO entgegen. Die Klägerin hat nicht vorgetragen, dass sie im Sinne des § 531 Abs.2 Ziff.3 ZPO - die anderen Alternativen der Bestimmung sind ersichtlich auch nicht erfüllt - unverschuldet daran gehindert gewesen sei, diese von ihr selbst herbeigeführte Entscheidung bereits in erster Instanz vorzulegen. Zum anderen ist das auf die Gemeinschaftsmarke anwendbare, in der GMV kodifizierte Recht (auch) zum Anmeldeverfahren autonom und damit von den nationalen Bestimmungen unabhängig (vgl. von Kapff in HK-Markenrecht, GMV Art.1 Rn. 36). So haben umgekehrt auch nationale Voreintragungen für die Eintragung einer Gemeinschaftsmarke keine Bindungswirkung (vgl. Bender in HK-Markenrecht, GMV Art.7 Rn.165). Es kommt hinzu, dass 20

das Verfahren noch nicht abgeschlossen ist und der Eintragungsantrag auf Bemerkungen Dritter im Sinne des Art. 41 GMV auch wegen des absoluten Eintragungshindernisses der beschreibenden Angabe gem. Art.7 Abs.1 lit c GMV noch abgelehnt werden kann.

Die grafischen Elemente beider Marken, begründen nur eine geringe Kennzeichnungskraft. Es handelt sich in beiden Fällen im wesentlichen lediglich um ungewöhnliche Schreibweisen bzw. grafische Darstellungen des Wortes "fair", die damit eher den Sinngehalt des beschreibenden Begriffes betonen als durch bildliche Besonderheiten die Aufmerksamkeit des Betrachters von dem Begriff "fair" abzulenken und sich dem Betrachter so herkunftshinweisend einzuprägen. Die bildlichen Elemente mögen dazu ausgereicht haben, bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Marken das Eintragungshindernis des § 8 Abs.2 Ziff.2 MarkenG zu überwinden, eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft bewirken sie indes nicht. 21

Die aus diesen Gründen von Hause aus geringe Kennzeichnungskraft beider Marken ist auch nicht durch intensiven Gebrauch gesteigert. Die Klägerin trägt selbst nicht vor, dass sie eine dieser Marken in einem Umfang genutzt habe, der zu einer nennenswerten Steigerung ihrer Kennzeichnungskraft geführt hätte. Die angeblich bundesweit verbreitete Nutzung anderer Marken durch ihre Mitglieder vermag der Klägerin insoweit nicht zugute zu kommen, weil jene Marken lediglich in dem rein beschreibenden Bestandteil "fair" mit den Wort/Bildmarken der Klägerin übereinstimmen. 22

Neben der Kennzeichnungskraft ist auch die Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Zeichen sehr gering. Beide Wort/Bildzeichen der Klägerin weisen nur geringe Übereinstimmungen mit der angegriffenen Bezeichnung "fair solutions" auf. Entgegen der Auffassung der Klägerin sind die Zeichen bei der Ähnlichkeitsprüfung in ihrer Gesamtheit, und nicht jeweils reduziert auf den Bestandteil "fair" in Betracht zu ziehen. 23

Insbesondere werden sie nicht nach den eingangs dargelegten Grundsätzen durch das - auch in der Verwendung durch die Beklagte - rein beschreibende Wortelement "Fair" geprägt. Ein zusammengesetztes Zeichen kann nicht von einem Bestandteil geprägt werden, der ausschließlich beschreibender Natur ist, solange er sich nicht im Sinne des § 8 Abs.3 MarkenG im Verkehr durchgesetzt hat (BGH WRP 03,1431, 1434 - "Kinder"; Senat MMR 02,170 - "Viag Interkom"; GRUR -RR 02,130,132 - "Im Focus Onkologie"). Anderenfalls würde entgegen der gesetzlichen Wertung des § 8 Abs.2 Ziff.2 MarkenG auf diesem Wege Markenschutz für eine rein beschreibende, nicht verkehrsdurchgesetzte Angabe begründet. Das beschreibende Wortzeichen "fair" hat sich für Versicherungen bzw. die Vermittlung von Versicherungsverträgen nicht im Verkehr als Hinweis auf die Klägerin oder ihre Mitglieder durchgesetzt. Das nimmt die Klägerin selbst nicht für sich in Anspruch. Im übrigen ergibt sich aus ihrem Vortrag auch nicht, dass das isolierte Zeichen "Fair" den für die Verkehrsdurchsetzung erforderlichen Bekanntheitsgrad erreicht hätte. Der Umstand, dass die Mitglieder der Klägerin nach ihrer Behauptung bundesweit flächendeckend tätig sind, belegt dies nicht, zumal sie dabei ihre oben beschriebenen zusammengesetzten Marken und daher "fair" gerade nicht in Alleinstellung benutzen. 24

Die Zeichen stimmen ausschließlich in dem beschreibende Element "fair" überein, während irgendwelche Ähnlichkeiten im übrigen, also zwischen den grafischen Darstellungen und der Angabe "solutions", ersichtlich nicht bestehen. Es kommt hinzu, dass der Verkehr sich bei der angegriffenen Bezeichnung "fair solutions" als herkunftshinweisend eher an "solutions" orientieren wird, weil nicht jeder Interessent weiß, dass dieser in Deutschland nicht häufig gebrauchte englischsprachige Begriff für "Lösungen" steht. 25

Sind damit sowohl die Kennzeichnungskraft der klägerischen Wort/Bildmarken als auch die Ähnlichkeit zwischen diesen und der angegriffenen Bezeichnung nur sehr gering, so kann eine Verwechslungsgefahr auch angesichts der bestehenden Branchenidentität, die das Landgericht im übrigen entgegen der Auffassung der Klägerin nicht unberücksichtigt gelassen hat, nach den eingangs wiedergegebenen Grundsätzen nicht festgestellt werden.	
Dasselbe gilt hinsichtlich sämtlicher übrigen Marken, aus denen die Klägerin einzeln oder - zur Begründung eines Serienzeichens - in ihrer Gesamtheit vorgeht.	27
Dabei scheidet eine Verwechslungsgefahr hinsichtlich all derjenigen Marken von vorneherein aus, in denen auf die schon von der Kammer beschriebene Weise durch die Verwendung der Silbe "Fair" anstelle des deutschen "Ver" (wie z.B. in "Fairsicherung") ein gewisser Wortwitz erzielt wird, weil ein solches Wortspiel in der Bezeichnung "fair solutions" gerade nicht liegt. Aber auch hinsichtlich sämtlicher übrigen Marken der Klägerin oder ihrer Mitglieder, aus denen sie in Prozessstandschaft vorgeht, besteht eine markenrechtliche Verwechslungsgefahr nicht. Das ergibt sich aus den vorstehenden Gründen. All diese Marken enthalten zwar das Element "fair", dieses wird jedoch durchweg beschreibend verwendet. Es ergibt sich auch für keine der Marken, soweit diese überhaupt für dieselbe oder ähnliche Dienstleistungen eingetragen sind, eine von Hause aus oder durch Benutzung gesteigerte Kennzeichnungskraft. Schließlich wird keine dieser Marken aus den dargelegten Gründen durch "fair" geprägt und besteht daher nur eine ganz geringe Ähnlichkeit, weswegen eine Verwechslungsgefahr nicht besteht.	28
Das gilt schließlich auch, soweit die Klägerin sich auf ein Serienzeichen "fair" beruft. Denn ein solches besteht schon aus Rechtsgründen nicht, so dass offen bleiben kann, ob die Voraussetzungen eines Serienzeichens im übrigen erfüllt wären. Das Serienzeichen könnte nur durch den Bestandteil "fair" begründet sein, der jedoch in den einzelnen Zeichen, soweit diese für die Vermittlung von Versicherungsverträgen verwendet werden, rein beschreibender Natur ist. Indes können Zeichenbestandteile, die nicht eigenständig kennzeichnen, sondern nur die Art der Ware oder Dienstleistung beschreiben, für sich genommen nicht den Stammbestandteil einer Zeichenserie darstellen, solange sie sich nicht im Verkehr durchgesetzt haben (vgl. BGH a.a.O. "Kinder", S.1435). Der Begriff "fair" hat sich aber - wie bereits dargelegt - nicht für die Vermittlung von Versicherungsleistungen im Verkehr durchgesetzt.	29
Aus diesen Gründen scheidet auch die von der Klägerin noch angeführte Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne aus: die übereinstimmende Verwendung der beschreibenden Angabe "fair" lässt den Verkehr nicht erwarten, dass zwischen den Beteiligten irgendwelche wirtschaftlichen Verbindungen bestünden, die den Beklagten zur Benutzung der Angabe berechtigten.	30
Scheiden damit markenrechtliche Ansprüche aus § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG aus, so kann die Klage auch nicht mit Erfolg auf § 1 UWG gestützt werden. Es ist nicht ersichtlich, dass in der Benutzung des angegriffenen Zeichens durch den Beklagten ein überschießender Unrechtsgehalt liegen könnte, der - die Voraussetzungen unterstellt - durch die in Betracht kommenden markenrechtlichen Ansprüche nicht erfasst würde. Der gute Ruf der Kennzeichnungen der Klägerin und ihrer Mitglieder wird durch § 14 Abs.2 Ziff.2 und 3 MarkenG geschützt, dessen Voraussetzungen indes nicht vorliegen.	31
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs.1 ZPO.	32
Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO.	33

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die der Entscheidung zugrundeliegenden Rechtsfragen sind höchstrichterlich geklärt. Die Anwendung dieser Rechtsfragen auf den vorliegenden Einzelfall hat nicht im Sinne des § 543 Abs.2 Ziff.1 ZPO grundsätzliche Bedeutung. Ebenso ist aus diesem Grunde eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes weder zur Fortbildung des Rechts noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 543 Abs.2 Ziff.2 ZPO). Das gilt auch bezüglich der Frage, ob eine reine Wortmarke "fair" für Versicherungsleistungen eintragungsfähig wäre. 34

Streitwert für das Berufungsverfahren: 50.000 EUR.

35