
Datum: 19.05.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 186/09
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:0519.6U186.09.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 89/09
Normen: MarkenG § 14 Abs. 2 Nr. 2

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 05.11.2009 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 31 O 89/09 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten können die Vollstreckung des Unterlassungsanspruches durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in der gleichen Höhe leistet. Die Sicherheitsleistung beträgt 100.000,00 Euro.

Die Vollstreckung des Kostenerstattungsanspruches können die Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

1

I.

2

Die Klägerin vertreibt unter der für sie eingetragenen Marke "pjur" Massage- und Körpergleitmittel sowie kosmetische Produkte. Die Beklagte zu 1. bot unter der Internetadresse: [www."puremassageoil.com"](http://www.puremassageoil.com) Massageöle an. Auf der Homepage warb sie unter der Bezeichnung "pure massageoil" für ihre Produkte. Zudem verwandte sie auf den Massageölfflaschen das Wort "pure". Der Beklagte zu 2. ist Geschäftsführer der Beklagten zu 1. Der Beklagte zu 3. ist Inhaber der Domain "puremassageoil.com".

3

Im vorangegangenen Verfügungsverfahren hat das Landgericht dem Antrag der Klägerin auf Unterlassung der Verwendung der Bezeichnung "pure", "pure massageoil" sowie "puremassageoil.com" in der nachstehend wiedergegebenen Form und auf Herausgabe der verletzenden Ware zum Zwecke der Vernichtung stattgegeben.

4

(Bild/Grafik nur in Originalentscheidung vorhanden)

5

Die dagegen gerichtete Berufung ist vor dem Senat ohne Erfolg geblieben.

6

In dem jetzt anhängigen Verfahren zur Hauptsache hat die Klägerin ergänzend die Feststellung einer Schadenersatzpflicht der Beklagten beantragt. Das Landgericht hat der Klage antragsgemäß stattgegeben.

7

Gegen das Urteil haben die Beklagten Berufung eingelegt und beantragt, das Urteil des Landgerichts abzuändern und die Klage abzuweisen. Sie vertreten die Ansicht, das Vorgehen der Klägerin sei rechtsmissbräuchlich. Sie habe sich das Zeichen "pjur" als Marke schützen lassen, um es zweckfremd als Marke einzusetzen und um gegen die Verwendung an sich freihaltebedürftiger Zeichen vorzugehen.

8

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil und beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

9

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen, die sämtlich – ebenso wie die beigezogene Akte Az. 6 U 40/09 – Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

10

II.

11

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

12

1. Das Landgericht ist – wie schon im vorausgegangenen Verfügungsverfahren – zutreffend davon ausgegangen, dass der Klägerin ein Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte gemäß §§ 14 II Nr. 2, V, VII MarkenG zusteht.

13

a) Die Beklagte zu 1. verwendet das Zeichen "pure" markenmäßig, denn das Zeichen dient aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise dazu, im Rahmen des Produktabsatzes Waren der Beklagten zu 1. von denen anderer Hersteller zu unterscheiden. Im Hinblick auf die Verwendung des Zeichens "pure" auf den Produktflaschen der Beklagten zu 1. folgt dies daraus, dass das Zeichen in geschwungener Schrift und in hervorgehobener Stellung zu sehen ist, während der Inhalt der Flaschen (das Massageöl) sowie die "Geschmacksrichtung" in neutraler Schrift und kleiner gehalten sind. Für den Verbraucher wird "pure" somit als Hinweis auf die Herkunft der Produkte und nicht etwa als beschreibende Angabe angesehen.

14

Auch das Zeichen "pure massageoil" im Internetauftritt wird markenmäßig verwendet. Dies folgt aus dem (, das sich hinter dem Zeichen "pure" befindet, aber auch aus der exponierten Stellung des Zeichens am linken oberen Teil der Homepage. Eine beschreibende oder dekorative Verwendung liegt aus Sicht der maßgeblichen Verkehrskreise hier fern. Schließlich werden die angebotenen Produkte auch durch den Domainnamen mittelbar gekennzeichnet, so dass auch insoweit eine kennzeichnende Verwendung gegeben ist (vgl. Hacker in Ströbele/Hacker, 9. Aufl. 2009, § 14 Rn. 158).

b) Zwischen der klägerischen Marke "pjur" und dem Zeichen der Beklagten zu 1. besteht unmittelbare Verwechslungsgefahr. Der Senat hält im Ergebnis an seiner im Verfügungsverfahren dargelegten Auffassung fest. 15

aa) Die Prüfung der Verwechslungsgefahr erfordert nach st. Rspr. des EuGH und des BGH eine umfassende Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, wobei eine Wechselbeziehung zwischen den in Betracht zu ziehenden Faktoren besteht, insbesondere der Identität oder Ähnlichkeit der Marken und der Identität oder Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren sowie der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke. Dabei kann ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Zeichen oder durch eine erhöhte Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden und umgekehrt (vgl. BGH GRUR 2010, 235 Tz. 15 – AIDA/AIDU; GRUR 2008, 505 Tz. 18 – TUC-Salzcracker; BGHZ 156, 112, 120 f – Kinder I). Bei der umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist auf den durch die Zeichen hervorgerufenen Gesamteindruck abzustellen, wobei insbesondere ihre unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind (vgl. u.a. EuGH GRUR Int. 2007, 1009 Tz. 33 – Il Ponte Financiarica). 16

bb) Die Zeichenähnlichkeit kann in klanglicher, schriftbildlicher oder begrifflicher Hinsicht bestehen. Grundsätzlich genügt es für die Annahme einer Verwechslungsgefahr, wenn in einer dieser Richtungen ausreichende Übereinstimmungen bestehen (BGH GRUR 2006, 60 Tz. 17 – coccodrillo; BGH GRUR 2006, 859, 860 Tz. 17 – Malteserkreuz). 17

Zwischen der Marke der Klägerin "pjur" und dem von der Beklagten zu 1 verwendeten Zeichen "pure" besteht klangliche und begriffliche Identität, denn es ist davon auszugehen, dass die angesprochenen Verbraucherkreise das Verletzerzeichen "englisch" aussprechen. Das ergibt sich zum einen daraus, dass das englische Wort "pure" zu dem für das deutsche Publikum weithin geläufigen Grundwortschatz gehört und zum anderen daraus, dass eine buchstabengetreue Aussprache des Wortes "pure" befremdlich klingt. Im Hinblick auf das Schriftbild kann von einer zumindest geringen Ähnlichkeit ausgegangen werden. Auch wenn das Verletzerzeichen die ungewöhnliche Buchstabenkombination "pj" nicht enthält, stimmen beide Zeichen doch dahingehend überein, dass sie aus vier Buchstaben bestehen, von denen drei identisch sind, und dass sie mit dem Buchstaben "p" beginnen. 18

cc) Nach nochmaliger Überprüfung ist der Senat der Ansicht, dass der Klagemarke "pjur" von Haus aus eine zumindest schwach durchschnittliche Kennzeichnungskraft zukommt, denn der Begriff als solcher ist für Massageöle unterscheidungskräftig. Jegliche Unterscheidungskraft fehlt einem Begriff nur, wenn er einen so engen beschreibenden Bezug zu den angemeldeten Waren aufweist, dass der Verkehr ohne weiteres und ohne Unklarheiten den beschreibenden Begriffsinhalt als solchen erfasst und deshalb in dem Zeichen kein Unterscheidungsmittel für die Herkunft der Waren sieht (BGH WRP 2009, Rn. 10 – Deutschland Card). Dieser unmittelbar beschreibende Bezug kommt dem Wort "pjur" nicht zu. Vielmehr ergeben sich für den Verbraucher nur beschreibende Anklänge und diese auch erst nach mehreren gedanklichen Zwischenschritten. Er muss zunächst – was 19

insbesondere bei der visuellen Wahrnehmung des Zeichens nicht selbstverständlich ist - die Marke "pjur" mit dem englischen Wort "pure" assoziieren und ihm die deutsche Übersetzung des englischen Wortes mit "pur, rein" bekannt sein. Hinzu kommt die begriffliche Unschärfe und Unbestimmtheit, die die Bezeichnung "pur" in Bezug auf Massageöle hat (vgl. auch BGH GRUR 2008, 254, 257 - the home store). Es ist nicht erkennbar, welche Eigenschaften einem "puren Massageöl" zukommen sollen. Hier von einem fremdsprachigen Begriffsverständnis auszugehen, um einen diffus beschreibenden Bedeutungsgehalt zu gewinnen, drängt sich nicht auf.

dd) Angesichts der von der Klägerin vorgetragenen umfangreichen Bewerbung der Marke in Zeitschriften und auf Messen hat sich die schwach durchschnittliche Kennzeichnungskraft inzwischen zu einer jedenfalls glatt durchschnittlichen Kennzeichnungskraft gesteigert. Nachdem die Beklagten das entsprechende Klagevorbringen mit Nichtwissen bestritten hatten (vgl. Bl. 227 f), hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 25.09.2009 weiteren Belegmaterial vorgelegt. Unstreitig war "pjur Aqua" eines der Produkte, welche die Stiftung Warentest unter dem 14.12.2007 einem Vergleich verschiedener Gleitmittel unterzogen hat (Bl. 306 f.). In dem Bestseller "Feuchtgebiete" ist "pjur" einschlägig zitiert und die Bild-Zeitung hat die Passage am 20.08.2008 ihren Lesern vorgestellt (Bl. 32 d.A.). "pjur Original" war eines der in der Zeitschrift "fit for fun" getesteten Öle (Bl. 264 f.). 20

ee) Aufgrund der Warenidentität, der inzwischen erreichten durchschnittlichen Kennzeichnungskraft und der Zeichenidentität in klanglicher und begrifflicher Hinsicht ist das Vorliegen einer unmittelbaren Verwechslungsgefahr zu bejahen. 21

ff) Besteht Verwechslungsgefahr zwischen der Marke "pjur" und dem Zeichen "pure", dann kann für die Verwendung der Zeichens "pure massageoil" und der Internetadresse "puremassageoil.com" nichts anders gelten, da der beschreibende Begriff "massageoil" bzw. die Top-Level Domain ".com" hinter "pure" völlig zurücktreten. 22

c) Die Antragstellerin zu 1. kann sich auch nicht auf die Schutzschranke des § 23 Nr. 2 MarkenG berufen, da sie das Zeichen "pure" nicht beschreibend verwendet. Auch insoweit wird auf die Ausführungen im einstweiligen Verfügungsverfahren Bezug genommen. Hier hat der Senat ausgeführt 23

"Gegen eine beschreibende Verwendung spricht vor allem das prominente Herausstellen der Bezeichnung "pure" auf der Ware und das Fehlen eines anderen Zeichens auf der Etikettierung der Ware, das der Verkehr als Marke verstehen könnte. 24

Ebenso wenig stellt die Benutzung der Internetadresse "puremassageoil.com" eine beschreibende Verwendung dar, denn in der konkreten streitgegenständlichen Verwendungsform versteht der Verkehr die Internetadresse ausschließlich dahingehend, dass durch sie die angebotenen Waren gekennzeichnet werden." 25

Daran ist festzuhalten. In den auf S. 3 dieses Urteils abgebildeten Verwendungsformen wird die Bezeichnung "Pure" ersichtlich als Dachmarke genutzt. Das bestätigt sich, wenn Pure-neutral "Der Klassiker von Pure" genannt wird (vgl. S. 4 oben). Mit der – freihaltebedürftigen – Beschreibung eines Massageöls hat das nichts zu tun. 26

d) Der Senat kann der Ansicht der Beklagten, die Klägerin handele mit ihrer Klageerhebung rechtsmissbräuchlich, nicht folgen. Unabhängig davon, ob der Einwand, der Markeninhaber verstoße mit der Eintragung der Marke gegen § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG, unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB im Verletzungsverfahren geltend gemacht werden kann, fehlt 27

es an Anhaltspunkten für ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen der Klägerin. Sie verwendet ihre Marke vielmehr – wie es ihr als Rechtsinhaberin zusteht – als Herkunftshinweis. Dass sie sich gegen die Verwendung verwechslungsfähiger Zeichen durch Dritte verteidigt, ist ebenfalls Teil der ihr zukommenden Rechtsposition. Es kann daher keine Rede davon sein, dass sie ihre formale Rechtsstellung als Markeninhaberin ausnutzt, um Dritte unangemessen zu behindern. Im Gegensatz zu der von den Beklagten zitierten Entscheidung des BGH "EROS" (GRUR 2008, 917) kann eine etwaige Behinderungsabsicht nicht festgestellt werden. In dem Fall "EROS" war eine langjährige enge und gleichberechtigte Zusammenarbeit zwischen den Parteien beendet worden und in diesem Zeitpunkt hatte eine der Parteien das bisher genutzte Zeichen als Marke angemeldet, um die andere Partei am Vertrieb unter dieser Bezeichnung zu hindern. So liegt der Fall hier nicht. Vielmehr geht die Klägerin schlicht aus ihrer Marke vor, um ihre Rechtsstellung zu verteidigen. Soweit vom Schutzbereich ihrer Marke auch freihaltebedürftige Begriffe erfasst werden, bietet das Gesetz mit der Regelung des § 23 Nr. 2 MarkenG einen angemessenen Ausgleich. Liegen deren Voraussetzungen nicht vor und sind auch keine sonstigen Anhaltspunkte für eine Behinderung ersichtlich, kann von einem Rechtsmissbrauch keine Rede sein. Diese Auffassung liegt auch dem Beschluss des DPMA vom 12.02.2010 (Register-Nr.: 303 40797 – S 30/09) zugrunde, mit dem es den Löschungsantrag der Beklagten zurückgewiesen hat.

2. Zur Erteilung der Auskunft ist die Beklagte zu 1. gemäß § 19 MarkenG, § 242 BGB verpflichtet. 28

3. Der Zahlungsanspruch in Höhe von 1.374, 00 Euro für die Kosten des Abschlusschreibens sowie der gemäß Tenor zu III festgestellte Schadenersatzanspruch ergeben sich aus § 14 Abs. 6 MarkenG. 29

4. Für sämtliche Ansprüche haften neben der Beklagten zu 1. auch deren Geschäftsführer, der Beklagte zu 2., sowie der Inhaber der Domain "puremassageoil.com", der Beklagte zu 3. Insbesondere haftet Letztgenannter als Domaininhaber für die Verletzungshandlung unmittelbar als Teilnehmer und somit auch für den Schadenersatzanspruch. Hinsichtlich der Verwendung des Domainnamens "puremassageoil" folgt seine für eine Teilnehmerhaftung erforderliche Kenntnis von der Rechtsverletzung denotwendig aus seiner Stellung als Inhaber der Domain. Im Hinblick auf den Inhalt der Homepage besteht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass der Beklagte zu 3. als Domaininhaber auch Kenntnis von den Inhalten hatte, die sich auf seiner Seite befanden. Anders als der Betreiber einer Internetauktionsplattform, auf der eine Vielzahl von Dritten Inhalte einstellt, spricht die Lebenserfahrung dafür, dass der Inhaber einer Domain deren Inhalt kennt. Anhaltspunkte dafür, dass diese tatsächliche Vermutung nicht zutrifft, hat die Beklagte zu 3. nicht vorgetragen. 30

5. Die Kosten sind nach § 97 I ZPO dem Beklagten aufzuerlegen. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 31

Die Revision wird nicht zugelassen. Es fehlt an einer grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache sowie an dem Erfordernis der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nrn. 2, 3 ZPO). Die maßgeblichen Rechtsfragen sind durch die angeführte höchstrichterliche Rechtsprechung hinreichend geklärt oder nicht von grundsätzlicher Bedeutung. 32
