
Datum: 08.10.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 27/10
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:1008.6U27.10.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 84 O 76/09
Normen: MarkenG § 14 Abs. 2 Nr. 2

Tenor:

1.) Auf die Berufung der Beklagten wird das am 3.2.2010 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 84 O 76/09 – abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

2.) Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen hat die Klägerin zu tragen.

3.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

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

B e g r ü n d u n g	1
I.	2
Wegen des Sachverhalts wird gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.	3
Im Berufungsverfahren verfolgen die Beklagten ihr Ziel der Klageabweisung weiter. Sie wiederholen und vertiefen ihr erstinstanzliches Vorbringen zur Frage der Verwechslungsgefahr, die Beklagten zu 1), 3) und 4) rügen zudem die fehlende Vollmacht des für die Klägerin als Prozessbevollmächtigter auftretenden Rechtsanwalts	4
Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. In der mündlichen Verhandlung hat Rechtsanwalt ... vorgetragen, kurzfristig zur Vorlage einer schriftlichen Vollmacht der österreichischen Klägerin nicht in der Lage zu sein. Nachdem er daraufhin gemäß § 89 Abs. 1 Satz 1 einstweilig als Prozessbevollmächtigter zugelassen worden war, hat Rechtsanwalt ... innerhalb der ihm hierfür gesetzten Frist Vollmachten der Klägerin vorgelegt.	5
II.	6
Die Berufung ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.	7
1.	8
Im Ergebnis ohne Erfolg rügen die Beklagten zu 1), 3) und 4) allerdings die fehlende Vollmacht des für die Klägerin als Bevollmächtigter auftretenden Rechtsanwaltes Dieser hat innerhalb der ihm hierfür gesetzten Frist eine Prozessvollmacht des in das Handelsregister eingetragenen Geschäftsführers der Klägerin, Herrn N A, sowie mit der Behauptung, dieser sei „gewerberechtlich verantwortlicher Geschäftsführer“ eine weitere Vollmacht von Herrn B L zu den Akten gereicht. Damit steht die wirksame Bevollmächtigung von Rechtsanwalt ... durch die Klägerin fest, ohne dass es darauf ankäme, welcher der beiden Geschäftsführer zur Mandatserteilung befugt war.	9
2.	10
Der Senat hat sich mit der in erster Instanz streitigen Frage, ob die Klägerin die Klagemarke, die aus der Anlage K 1 ersichtliche international registrierte Wort-Bildmarke „HOT“, im Sinne des § 25 HGB hinreichend benutzt hat, nicht zu befassen. Die Schutzrechtsschranke ist durch § 25 Abs. 2 S. 1 MarkenG als Einrede ausgestaltet. Nachdem die Beklagten zu 1), 3) und 4) diese Einrede in erster Instanz erhoben hatten, hat die Kammer den Zeugen I. vernommen, der Benutzungshandlungen der Klägerin im Einzelnen bekundet hat, und seiner Entscheidung eine ausreichende Benutzung der Marke zugrundegelegt. Im Berufungsverfahren stellen die Beklagten die hinreichende Benutzung nicht mehr in Abrede, angesichts dessen ist davon auszugehen, dass sie die Einrede nicht aufrechterhalten.	11
3.	12
Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß sowohl zur Unterlassung, als auch nach den weiter geltend gemachten Annexanträgen verurteilt und dabei angenommen, zwischen	13

den sich gegenüberstehenden Zeichen bestehe im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG Verwechslungsgefahr. Dem vermag der Senat sich nicht anzuschließen. Insbesondere kann der Auffassung der Kammer nicht gefolgt werden, der Verkehr fasse in der angegriffenen Produktausstattung „HOT“ als selbständiges Zeichen auf, weswegen die Bezeichnungen „HOT“ und „HOT“ in ihrer geringfügig unterschiedlichen Schreibweise einander gegenüber stünden. Das angegriffene Zeichen besteht auch aus der Angabe „FRAGRANCE“ und ist in seiner Gesamtheit der Klagemarke gegenüber zu stellen. Die Berücksichtigung dieses Umstandes muss zur Abweisung der Klage führen.

Die Prüfung der Frage, ob bei einander gegenüberstehenden Marken die Gefahr einer Verwechslung besteht, ist – wie die Kammer zutreffend ihrer Entscheidung zugrundegelegt hat - 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, für die 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 (ständige Rechtsprechung, vgl. z.B. BGH GRUR 07, 1066, 1067 f – „Kinderzeit“; GRUR 05, 523 f – „MEY/Ella May“; GRUR 05, 419, 422, - „Räucherkatze“; GRUR 05, 326 - „il Padone/Il Portone“; GRUR 02,1067 f - „DKV/OKV“; GRUR 02,809,811 - „FRÜHSTÜCKS-DRINK I“; GRUR 02,814 f - „Festspielhaus“; GRUR 00, 875/876 – „Davidoff“; WRP 98,755/757 – „Nitrangin I“; EuGH GRUR Int 00,899 - „Marca/Adidas“; GRUR 1998, 387 - „Springende Raubkatze“). Dabei 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. 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 (vgl. z.B. BGH GRUR 06, 859 f – „Malteserkreuz“; GRUR 06, 60 Rdz. 17 – „coccodrillo“; GRUR 02,626,628 - „IMS“; WRP 99,189,191 – „Tour de culture“; GRUR 96, 200 f – „Innovadiclophlont“; GRUR 96,198 f - „Springende Raubkatze“). 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 f – „falke-run/LE RUN“-). Bei Anwendung dieser Grundsätze ist die Verwechslungsgefahr zu verneinen.

a) 15

Die Kennzeichnungskraft der klägerischen IR-Marke ist gering. 16

Dass das Klagezeichen als Wort-/Bildmarke überhaupt kennzeichnungskräftig im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist, ergibt sich aus Rechtsgründen bereits aus dem Umstand, dass das Zeichen so als Marke eingetragen ist. Die Eintragung einer Marke entwickelt eine 17

Bindungswirkung für das Verletzungsgericht, dem es nicht gestattet ist, sich über diese Eintragung hinweg zu setzen (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 9. Aufl., § 14 Rz. 18 ff. m. w. N.).

Die Auffassung der Beklagten, der klägerischen Wort-/Bildmarke komme überhaupt nur mit Blick auf die Umrandung der drei Großbuchstaben HOT Kennzeichnungskraft zu, trifft nicht zu. Dabei kann dahinstehen, ob den Beklagten gefolgt werden könnte, wenn der Wortbestandteil „HOT“ - wie diese meinen - rein beschreibender Natur wäre. Der Senat vermag nämlich nicht festzustellen, dass dem Wort „HOT“ für die hier in Rede stehenden Parfums eine ausschließlich beschreibende Wirkung zukommt. Bei „HOT“ handelt es sich um ein Wort nicht der deutschen, sondern der englischen Sprache. Auch ein Begriff aus einer fremden Sprache kann allerdings rein beschreibend sein, nämlich dann, wenn er von den inländischen Abnehmerkreisen trotz seiner Fremdsprachigkeit ausschließlich als Beschreibung des Produktes verstanden wird. Ein solches Verkehrsverständnis vermag der Senat jedoch – wie bereits die Kammer – seiner Entscheidung nicht zugrunde zu legen. Abnehmer der für die Klägerin in Lizenz vertriebenen Kosmetik-Pflege-Produkte sind die allgemeinen Verbraucherkreise. Diese werden – das ist der Klägerin einzuräumen – den Begriffen „HOT“ von seinem Wortsinn her richtig mit „heiß“ in die deutsche Sprache übersetzen. Sie werden auch wissen, dass – zumindest in der Jugendsprache – der Begriff „HOT“, ebenso wie „heiß“, auch weitergehend für „attraktiv, aufregend, spannend“ verwendet wird. Der so verstandene Begriff „HOT“ erschöpft sich damit aber nicht in einer beschreibenden Wiedergabe der angebotenen Parfums. Ein Parfum wird durch die vorstehenden Adjektive nicht, jedenfalls nicht erschöpfend, beschrieben. Der Verkehr wird insbesondere keine konkrete Vorstellung über besondere Eigenschaften der unter dieser Marke vertriebenen Parfums, Seifen, Kosmetika etc. mit der Bezeichnung „HOT“ verbinden. Die Abnehmer, die „HOT“ überhaupt die beschriebene, über den ursprünglichen Wortsinn „heiß“ hinausgehende Bedeutung beimessen, entwickeln damit jedenfalls keine Vorstellung von bestimmten, von allen Nutzern übereinstimmend empfundenen Besonderheiten, die auf diese Weise beschrieben würden, sondern allenfalls jeweils subjektiv ganz unterschiedliche Vorstellungen über die Art des mit „HOT“ bezeichneten Parfums, was für die Annahme einer rein beschreibenden Natur des Begriffes nicht ausreichen kann.

Die der klägerischen Wort/Bildmarke mithin in ihrer Gesamtheit zukommende Kennzeichnungskraft ist von Hause aus angesichts des Umstandes allerdings gering, dass den Parfümeriewaren durch die Bezeichnung eine bestimmte anregende Dufrichtung zugeschrieben wird. Dass die Marke in besonderem Umfange genutzt und ihre Kennzeichnungskraft so gesteigert worden wäre, ist dem Vortrag der Klägerin nicht zu entnehmen.

b) 20

Demgegenüber besteht eine hohe Warenähnlichkeit. Die Klagemarke ist u. a. eingetragen für „Parfüms“, die beanstandeten Bezeichnungen werden benutzt für „Eau de Toilette“. Bei beiden Produkten handelt es sich um Duftwässer, die lediglich in ihrer Konzentration unterschieden sind. Dass Eau de Toilette gegenüber Parfum zu deutlich niedrigeren Preisen gehandelt wird, ändert an der hohen Ähnlichkeit beider Produkte nichts.

c) 22

Die Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Zeichen ist gering. 23

24

Bei der Frage der Ähnlichkeit der Zeichen sind sowohl die Klagemarke, als auch die angegriffenen Bezeichnungen im Ausgangspunkt jeweils in ihrer Gesamtheit in Betracht zu ziehen. Danach stehen sich die Wort/Bildmarke „HOT“, wie sie aus der Anlage K 1 ersichtlich ist, einerseits und die Bezeichnung „HOT FRAGRANCES“ andererseits gegenüber. Entgegen der Auffassung der Kammer stellen nach der maßgeblichen Auffassung des Verkehrs die Worte „HOT“ und „FRAGRANCES“ nicht zwei selbstständige, sondern ein einheitliches Zeichen dar:

Der Verbraucher - bzw. auch die Verbraucherin, die eines der angebotenen Produkte für einen Mann zu Geschenkzwecken erwerben will - sieht in den vier zum Gegenstand der Klage gemachten Verletzungsformen jeweils oben an der Verpackung die Angabe „ULRIC DE VARENS“. Diese Angabe wird er/sie als Herstellerangabe auffassen, zumal er/sie in der Unterzeile noch die Angabe „PARIS“ findet. Damit erwartet der Verbraucher von den übrigen auf der Verpackung befindlichen Zeichen keine weiteren Herstellerangaben, sondern ausschließlich Marken, also Hinweise darauf, dass das so bezeichnete Produkt eben von dem – hier sogar namentlich bekannten – Hersteller stamme. Als derartige Zeichen kommen die rein beschreibenden Angaben „EAU DE TOILETTE FOR MEN“ und die Angaben über die Verpackungsgröße im unteren Bereich nicht in Betracht. Wohl aber wird der Verkehr demgegenüber die übrigen hervorgehobenen Angaben als Marke – und zwar als eine einzige Marke – auffassen. Er wird also insbesondere den Worten „HOT FRAGRANCES“ eine derartige Markenfunktion zuweisen. Beide Worte stehen in Großbuchstaben und Fettdruck im Blickfang der Ausstattung. Es handelt sich auch bei dem zweiten Wort („FRAGRANCES“) um ein Fremdwort. Dieses und seine Bedeutung („Duft, Wohlgeruch“) werden die Abnehmerkreise schon in wesentlich geringerem Umfang kennen, als der Begriff „HOT“ in den deutschen Verbraucherkreisen eine Bedeutung hat. Die Verbraucher werden deswegen auch diesem Wort „FRAGRANCES“ die Funktion eines Hinweises auf den Hersteller beimessen.

25

Das hat auch die Kammer zutreffend so gesehen (Urteil Seite 14), dann aber angenommen, der Verkehr werde diesen Begriff als ein weiteres eigenständiges Zeichen auffassen. Das ist aus der Sicht des Senates eine fernliegende Auffassung, die der Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden kann. So ist zum einen von vorn herein zwar denkbar, aber eher die Ausnahme, dass ein und dieselbe Ware mit zwei selbstständigen Zeichen bezeichnet wird, und zum anderen kennt der Verkehr gerade auch zusammengesetzte Zeichen, also solche, die – wenn sie Wortzeichen sind – eben nicht aus einem, sondern aus zwei (oder sogar noch mehr) Worten bestehen. Dass ein solches zusammengesetztes Zeichen hier verwendet worden ist, ist für den Verkehr auch deswegen naheliegend, weil beide Begriffe unmittelbar untereinander angeordnet sind, in der verwendeten großen Schreibweise auch gar nicht nebeneinander gepasst hätten und einzige Trennung die recht unauffällige vertikale Angabe „FOR MEN“ darstellt. Dass diese Aufmachung bei den Abnehmerkreisen die Idee hervorrufen könnte, es handele sich um ein Produkt, das wahlweise als „HOT“ und ebenso als „FRAGRANCES“ bezeichnet werden könne, kann nicht angenommen werden.

26

Der Klägerin mag einzuräumen sein, dass der Verkehr die klägerische Wort/Bildmarke auf ihren Wortbestandteil „HOT“ zurückführen wird. Es stehen sich dann die Zeichen „HOT“ und „HOT FRAGRANCES“ gegenüber. Die Ähnlichkeit der so wahrgenommenen Zeichen ist gering. Die angesprochenen Verkehrskreise nehmen bei dem angegriffenen Zeichen den Bestandteil „FRAGRANCES“ auch wahr. Einen Anlass, dass Zeichen etwa durch „HOT“ geprägt anzusehen, besteht nicht. Im Gegenteil käme eine Prägung des angegriffenen Zeichens allenfalls durch den (weitgehend unbekannten) Begriff „FRAGRANCES“ in Frage, weil eben das Element „HOT“ aus den schon beschriebenen Umständen einen

27

beschreibenden Anklang hat.

Es kann auch nicht angenommen werden, dass der Zeichenbestandteil „HOT“ das angegriffene Gesamtzeichen zwar nicht präge, ihm jedoch im Sinne der Entscheidung „THOMSON LIFE“ des EuGH (GRUR 2005, 1042) eine selbstständig kennzeichnende Stellung zukomme. Auf der Grundlage der angesprochenen Entscheidung des EuGH kommt einem Zeichenelement eine selbstständig kennzeichnende Stellung zu, wenn durch dieses Element die ältere in Rede stehende Marke identisch übernommen worden ist, diese ältere Marke normal kennzeichnungskräftig ist und die von den sich gegenüber stehenden Zeichen (- Bestandteilen) erfassten Waren identisch sind. Danach kann die Klage auch nicht im Hinblick auf eine selbstständig kennzeichnende Funktion von „HOT“ in der angegriffenen Bezeichnung Erfolg haben. In dieser Bezeichnung ist zwar die ältere Klagemarke identisch enthalten, und es mag auch die hohe Warenähnlichkeit zwischen Eau de Toilette und Parfüm für die Annahme der selbstständig kennzeichnenden Stellung als ausreichend anzusehen sein. Der Verkehr hat aber keinerlei Anlass, dem lediglich schwach kennzeichnungskräftigen Zeichen „HOT“ in der angegriffenen Bezeichnung eine selbstständig kennzeichnende Stellung beizumessen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung des BGH (GRUR 2006, 859, Rz 21 – „Malteserkreuz“; GRUR 2008, 258, Rz 35 – „INTERCONNECT/T-InterConnect“) im Einzelfall zwar auch lediglich schwach kennzeichnungskräftige Elemente für sich genommen eine selbstständig kennzeichnende Stellung in dem angegriffenen Zeichen aufweisen können. Dies ist insbesondere angenommen worden für den Fall, dass es sich bei dem verbleibenden Kennzeichenteil um eine Unternehmensbezeichnung handelt (a. a. O. „Malteserkreuz“) bzw. dann, wenn der Inhaber einer Markenserie ein zusammengesetztes Zeichen benutzt, das den bekannten Bestandteil seiner Markenserie mit einem weiteren Bestandteil kombiniert, der mit einem anderen nicht oder weniger bekannten Kennzeichen übereinstimmt (vgl. BGH a. a. O. INTERCONNECT/T-InterConnect). So liegt der Streitfall aber nicht: Der Verkehr erkennt die Angabe „ULRIC DE VARENS“ als Angabe der Herstellerbezeichnung. Für ihn kommt daher weder die Angabe „HOT“ noch die Angabe „FRAGRANCE“ als (weitere) Herstellerangabe in Betracht. Ebenso liegt die Annahme völlig fern, dass der Verkehr den Bestandteil "FRAGRANCE" etwa als Serienzeichen der Beklagten ansehen könnte. Der Senat sieht hierzu von weiteren Ausführungen ab, nachdem die Klägerin selbst nicht angeführt hat, es liege eine Fallgestaltung vor, in der ausnahmsweise von einer selbstständig kennzeichnenden Funktion eines nicht prägenden Zeichenbestandteiles ausgegangen werden könne.

d) 29

Danach ist die Gefahr von Verwechslungen i. S. d. § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zu verneinen. Bei schwacher Kennzeichnungskraft der Klagemarke und ebenso geringer Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Zeichen wird es allein wegen der hohen Ähnlichkeit der angebotenen Waren weder zu unmittelbaren, noch zu mittelbaren Verwechslungen im Sinne der Vorschrift kommen. 30

4. 31

Liegen damit die Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruches (und damit auch der Annexansprüche) nicht vor, so kommt es auf die Frage der in erster Instanz von den Beklagten eingewandten Verwirkung nicht an. An einer solchen würde die Klage im Übrigen nicht scheitern, weil die von den Beklagten angeführte Marktbeobachtungspflicht grundsätzlich nicht besteht und es für die Annahme einer Verwirkung auch an hinreichendem Vortrag sowohl zum redlich erworbenen Besitzstand als auch zum Zeitraum der redlichen und 32

ungestörten Benutzung fehlt.

III. 33

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs.1 ZPO. 34

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 35

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gemäß § 543 ZPO liegen nicht vor. Die 36
der Entscheidung zugrunde liegenden Rechtsfragen sind höchstrichterlich geklärt, die
Rechtssache hat danach weder grundsätzliche Bedeutung, noch ist eine Entscheidung des
Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts erforderlich.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf 300.000,00 € festgesetzt. 37
Nachdem die Klägerin bereits in der lediglich gegen die Beklagte zu 1) gerichteten
Klageschrift einen Streitwert von 150.000,00 € angegeben hat, schätzt der Senat ihr
Interesse an der Durchsetzung der streitgegenständlichen Ansprüche nunmehr auch gegen
die Beklagten zu 2) – 4) auf insgesamt 300.000,00 €.