
Datum: 14.10.2016
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 26/16
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2016:1014.6U26.16.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 84 O 176/15

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 13.01.2016 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 84 O 176/15 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden den Beklagten auferlegt.

Dieses Urteil und das des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung ihrerseits Sicherheit leistet. Die Höhe der zu leistenden Sicherheit beträgt bezüglich des Unterlassungsanspruchs 30.000,00 €, bezüglich des Auskunftsanspruchs 10.000,00 € und im Übrigen für die Beklagten 110 % des aufgrund der Urteile vollstreckbaren Betrages und für die Klägerin 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

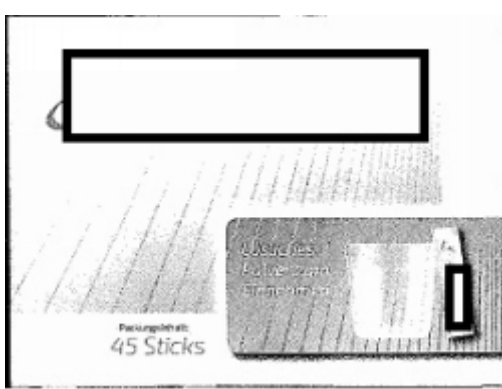
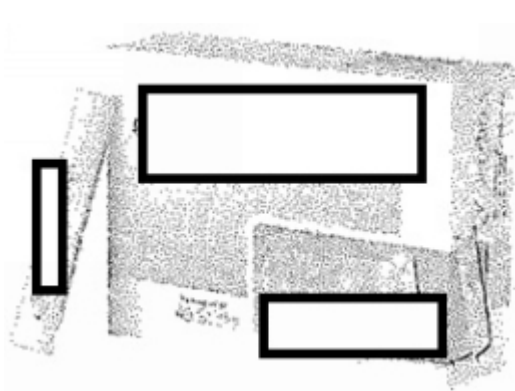
I.

Die Klägerin vertreibt seit März 2014 unter der Bezeichnung „T“ ein auf dem Inhaltsstoff Glucomannan basierendes Abmagerungspräparat in Pulverform, in Einzeldosen portioniert in länglichen Tütchen, in Umverpackungen verschiedener Größe, u.a. in folgender Ausstattung:

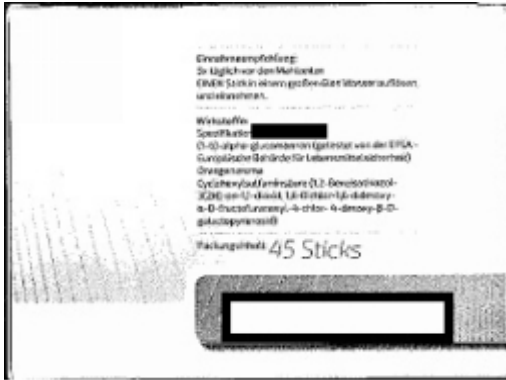
1

2

3



4



5



6

Die Klägerin ist Inhaberin der Wort-/Bildmarke T, beim DPMA im Juli 2014 angemeldet und seit September 2014 eingetragen, u.a. für medizinische Abmagerungspräparate und Nahrungsergänzungsmittel.

7

Die Beklagte zu 1), deren Geschäftsführer die Beklagten zu 2) bis 4) sind bzw. waren, hat nach Anmeldung der o.a. Marke begonnen, unter der Bezeichnung „C T2“ ebenfalls ein Abmagerungspräparat in Pulverform mit dem Inhaltsstoff Glucomannan zu vertreiben, in Einzelportionen verpackt in länglichen Tütchen, in der folgenden Ausstattung:

8



9

Die Klägerin, die die sich gegenüberstehenden Kennzeichnungen für verwechslungsfähig hält, hat mit der vorliegenden Klage Ansprüche auf Unterlassung, Auskunft sowie Feststellung der Schadensersatzverpflichtung geltend gemacht, gestützt in erster Linie auf ihre Marke, in zweiter Linie auf §§ 5, 15 MarkenG.

10

Die Beklagten haben das Fehlen einer markenmäßigen Benutzung sowie einen ausschließlich beschreibenden Charakter der Angabe „TTs“ eingewandt. Die sich gegenüber stehenden Kennzeichnungen seien nicht verwechslungsfähig. Außerdem greife der Ausnahmetatbestand des § 23 Nr. 2 MarkenG.

11

Mit Urteil vom 13.01.2016, auf das wegen der weiteren Einzelheiten gemäß § 540 Abs. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat das Landgericht der Klage stattgegeben.	12
Mit ihrer Berufung halten die Beklagten unter Wiederholung und Vertiefung des erstinstanzlichen Vorbringens zur fehlenden Verwechslungsgefahr und § 23 MarkenG ihr Begehren auf Abweisung der Klage aufrecht. Sie rügen zudem die erstinstanzliche Kostenentscheidung.	13
Die Klägerin verteidigt die angefochtene Entscheidung.	14
II.	15
Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.	16
1. Die Klägerin hat einen Anspruch gegen die Beklagte zu 1) auf Unterlassung der Nutzung des Kennzeichens „T2“ aus § 14 Abs. 5 MarkenG. Die Beklagte zu 1) hat das Zeichen entgegen § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG benutzt. Die Wiederholungsgefahr folgt aus der bereits vorgenommenen Verletzungshandlung.	17
a) Die Beklagte zu 1) hat das Zeichen markenmäßig, im Rahmen des Produktabsatzes jedenfalls auch als Herkunftshinweis benutzt, zur Unterscheidung der Ware von der anderer Unternehmer und nicht nur als produktbeschreibende Angabe. Die Produkte der Beklagten werden zwar regelmäßig unter der Marke C2 mit jeweils einem die Ware beschreibenden Zusatz veräußert:	18
- Fettblocker	19
- Grüner-Kaffee-Extrakt	20
- T Müsli	21
- Darmflora Balance	22
- T Spaghetti	23
- T Cookie	24
- Sättigungskapseln	25
- Kohlenhydratblocker,	26
der Zusatz „T2“ fällt jedoch aus diesem Rahmen. „T2“ ist kein nach den Regeln der deutschen Grammatik zusammengesetztes sinnvolles Hauptwort, sondern ein aus zwei englischen Wörtern (T = schlank und Ts = Stöcke) regelwidrig zusammengeschriebenes Phantasiewort, das weder in der deutschen noch in der englischen Sprache mit einem konkreten Inhalt belegt ist. Selbst wenn unterstellen würde, dass der angesprochene Durchschnittsverbraucher die beiden englischen Begriffe ohne weiteres erkennt und versteht, ist „T2“ – anders als „T Müsli“, „T Spaghetti“ und „T Cookie“ – als Warenangabe für ein bestimmtes Schlankheitsprodukt ungeeignet, was bei einer Bezeichnung als „T T“ auch augenfällig geworden wäre: Der unmittelbar an den Begriff „T“ angefügte Zusatz „T“ beschreibt – im Gegensatz zu „Müsli“, „Spaghetti“ und „Cookie“ – gerade nicht das Produkt als solches, sondern allenfalls seine Verpackung. T = Stöcke steht in keinem erkennbaren Sinnzusammenhang mit einem Präparat zur Gewichtsbekämpfung.	27

b)	Zwischen der Marke der Klägerin und dem Zeichen der Beklagten zu 1) besteht Verwechslungsgefahr in dem Sinne, dass das Zeichen	28
	„T2“	29
	gedanklich mit der Marke	30
	T	31
	in Verbindung gebracht wird.	32
	Ob eine Verwechslungsgefahr i.S.d. § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG 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 zueinander 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. Die Prüfung der Verwechslungsgefahr ist grundsätzlich nicht bezüglich einzelner Zeichenelemente, sondern auf der Grundlage des jeweiligen Gesamteindrucks der infrage stehenden Zeichen vorzunehmen (ständige Rechtsprechung, s. Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl., § 14 Rn. 431, m.v.N.).	33
aa)	Die Marke der Klägerin ist eingetragen und hat daher zumindest eine schwache Kennzeichnungskraft.	34
bb)	Es besteht Warenidentität.	35
cc)	Die sich gegenüberstehenden Zeichen sind nach dem maßgeblichen Gesamteindruck nahezu identisch.	36
(1)	Prägend bei der Wort-Bildmarke der Klägerin ist der Wortteil "T", eine Phantasiebezeichnung, die in Deutschland für ein Präparat zur Gewichtsreduktion nicht rein beschreibend ist.	37
	Entgegen der vom Landgericht Berlin in den Verfahren 15 O 529/14 und 15 O 184/15 mit Beschluss vom 02.12.2014 sowie Urteilen vom 03.03.2015 und 24.11.2014 vertretenen Ansicht hat die Marke keinen nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ausschließlich schutzunfähigen Wortbestandteil.	38
	Nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sind Marken von der Eintragung ausgeschlossen, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geographischen Herkunft, der Zeit der Herstellung der Waren oder der Erbringung der Dienstleistungen oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dienen können. Beschreibende Angaben sind von der Eintragung ausgeschlossen, weil keinem Gewerbetreibenden ein Monopol auf solche Angaben gewährt werden darf, die seine Konkurrenten im redlichen Wettbewerb benötigen, und die diesen daher freigehalten werden müssen (vgl. Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl., § 8 Rn. 198; Fezer, Markenrecht, § 8 Rn. 382). Wortneubildungen kann beschreibender Charakter zukommen, wenn sie aus zwei unmittelbar beschreibenden Komponenten gebildet sind und auch die Kombination ihrerseits beschreibend bleibt. Bei fremdsprachigen Bezeichnungen ist maßgeblich, ob die	39

Bezeichnung von den inländischen Verkehrskreisen als beschreibende Angabe erkannt wird, wobei indiziell berücksichtigt werden kann, ob das Wort in einem Land, aus dessen Amtssprache es stammt, als beschreibende Angabe in einem Lexika auftaucht (s. Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl., § 8, Rn. 209, 212). Ob eine Bezeichnung als eine Beschaffenheitsangabe zu verstehen ist, beurteilt sich nach der Auffassung der Verkehrskreise, die als Abnehmer des Produkts in Betracht kommen, d.h. hier nach der Auffassung der durchschnittlichen Verbraucher, zu denen auch die Mitglieder des Senats zählen. Die Schlussfolgerung, die Bezeichnung beschreibe ausschließlich die Produktbeschaffenheit, muss sich für den Verbraucher ohne weiteres ergeben. Schon deshalb sind Wörter, die im Verkehr als Fantasienamen aufgefasst werden, im allgemeinen eintragungsfähig. Das gilt insbesondere auch für Begriffe, die erst mithilfe einer besonderen gedanklichen Überlegung als eine Beschaffenheitsangabe aufgefasst werden können (s. Fezer, Markenrecht, 4. Aufl., § 8 Rn. 379).

Den Begriff „T“ gibt es im Englischen so nicht, er ist insbesondere in keinem Lexikon zu finden. Wörtlich übersetzt bedeutet die Wortneuschöpfung „Schlankstäbe“, eine eher sinnlose Bezeichnung, bei der der angesprochene Verkehr jedenfalls nicht sofort und ohne weiteres Nachdenken einen konkreten und direkten Bezug zu Abmagerungspräparaten oder Nahrungsergänzungsmitteln herstellt, sondern eher an ein Trainingsgerät (wie z.B. den Flexi-Bar) denken wird.

40

Der Begriff „T“ dürfte dem Verkehr zwar als beschreibende Angabe u.a. im Zusammenhang mit Abnehmprodukten (TFast pp.) geläufig sein, aber auch im Zusammenhang mit Kleidung (T Fit).

Der Begriff „Ts“ ist für ein Mittel zur Gewichtsreduzierung als solches nicht beschreibend, er steht hierzu nicht einmal in einem sinnvollen Zusammenhang. Als beschreibende Angabe wird „Ts“ eher in Bezug auf Schlagzeug-Zubehör (DrumT), Tabakwaren (Zigaretten-T), Internetzubehör

(USB-Stick, Internet-Stick), Süßwaren/Knabberartikel (z.B. „Mikado T“; „Griesson Choko T“; „Funny-frisch-T“; „Huober Brezel Bio T“; „Candy-Lipstick“; „Haribo Bella Stixx“; „DOK Kaugummi T mit Raucheffect“; Kaugummi T von Night“) erkannt. In Zusammenhang mit „T“ könnte „Ts“ als rein beschreibend daher z.B. für kalorienreduzierte Salzstangen angesehen werden oder für besonders dünne DrumT oder besonders dünne Zigaretten (im Internet werden z.B. „GIZEH Filter T T 6mm“ angeboten), oder auch für einige der vom LG Berlin im Urteil vom 03.03.2015 auf Seite 7 angeführten Produkte („Gehstock T Stick“, „Super-T-Stick-USB“). Für das hier infrage stehende Produkt dient der Wortbestandteil „T“ dagegen allenfalls zur Beschreibung seiner Verpackung. Der beschreibende Inhalt eines Wortes kann sich zwar nicht nur auf das Produkt selbst beziehen, sondern das Wort kann auch die Verpackung oder Umhüllung der Ware beschreiben (s. Fezer, Markenrecht, 4. Aufl., § 8 Rn. 381), in dem vorliegenden, aus zwei englischen Wörtern

zusammengesetzten, ungewöhnlichen Phantasiebegriff „T“ wird der Teilbestandteil „Ts“ jedoch nicht ohne weiteres und ohne Unklarheiten als beschreibende Angabe erkannt. Es erfordert vielmehr neben – nicht allgemein voraussetzenden – Englischkenntnissen erst einer gewissen Überlegung, „T“ als rein produktbezogene Sachaussage zu interpretieren. Dann allerdings wird auch der mit der Kombination aus Inhalt und Verpackung spielende Witz und Doppelsinn der Wortneubildung erkennbar. „T“ ist als Kennzeichen für ein in schmalen Tütchen verpacktes Schlankheitsmittel durchaus originell und aufgrund der Alliteration einprägsam.

Im Übrigen ist vorliegend für die Wortneuschöpfung aber auch kein Freihaltebedürfnis bezogen auf die konkreten Produkte erkennbar.

41

(2) Das Bildelement kann neben dem Wortteil außer Betracht bleiben, weil die angesprochenen Verkehrskreise sich bei Wort-Bildmarken in der Regel - so auch hier - zur Individualisierung des Anbieters allein den Wortbestandteil merken und im Erinnerungseindruck nur auf diesen abstellen. An das rein dekorative Bildelement mit seinen geschwungenen Linien und der Andeutung einer menschlichen Figur, das sich in ähnlicher Form bei vielen Light-Produkten der Lebensmittelbranche findet, z.B. bei

42

B 	O 	Q 
--	--	--

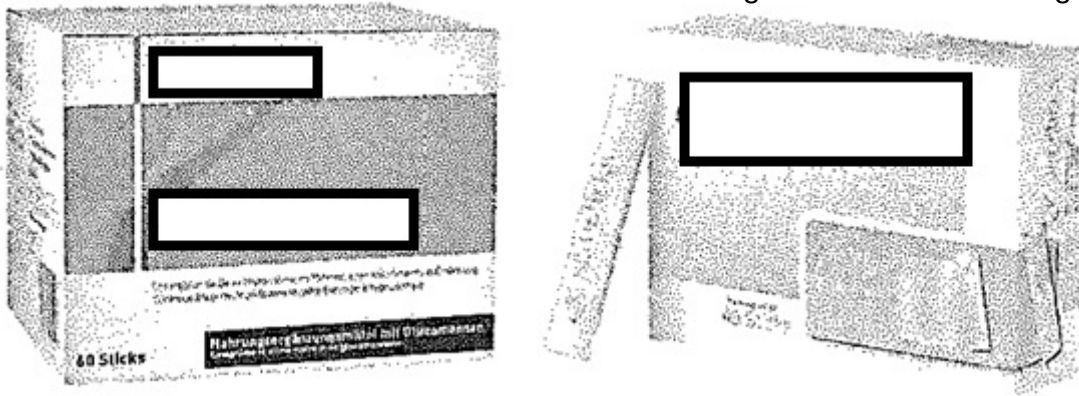
43

44

bleibt in der Erinnerung nicht haften.

(3) Der Wortbestandteil „T“ ist in der Aussprache identisch mit T2, was bereits genügt, um eine hohen Zeichenähnlichkeit zu bejahen. Aber auch in ihrem Sinngehalt sind die beiden Zeichen identisch. Im Schriftbild unterscheiden sie sich nur durch die Verwendung von Großbuchstaben. 45

dd) Nach dem Gesamteindruck, insbesondere bezüglich des dominierenden Wortes „T“, besteht aufgrund der Warenidentität die Gefahr, dass der Verbraucher davon ausgeht, die Beklagte zu 1) vertreibe das Präparat der Klägerin bzw. zwischen den Parteien bestünden Lizenz- oder gesellschaftsrechtliche Beziehungen, die es der Beklagten zu 1) erlauben würden, eine nahezu identische Produktbezeichnung zu verwenden. Die zusätzliche Verwendung der Marke C führt insoweit aus dem Irreführungstatbestand nicht hinaus, auch nicht das Fehlen des Bildelements der Wort-Bildmarke, zumal sich auf der Verpackung der Beklagten ebenfalls zwei geschwungene Linien finden. Der Durchschnittsverbraucher nimmt eine Marke regelmäßig als Ganzes wahr und achtet nicht auf die verschiedenen Einzelheiten. Außerdem bietet sich ihm nur selten die Möglichkeit, verschiedene Marken unmittelbar miteinander zu vergleichen, so dass er sich insbesondere bei Waren, die - wie die vorliegenden - „auf Sicht“ gekauft werden, auf das unvollkommene Bild verlassen muss, dass er von ihnen im Gedächtnis behalten hat. Die Beklagte zu 1) nimmt im Übrigen nicht nur mit der Phantasiebezeichnung „T2“, sondern auch mit der gesamten Aufmachung erkennbar auf 46



47

48

2. Die Beklagten zu 2) bis 4) haften für das Verhalten der Beklagten zu 1) nach den Grundsätzen zur Eigenhaftung der Repräsentanten. Einwendungen gegen die Ausführungen des Landgerichts hierzu werden mit der Berufung nicht erhoben. 49

3. Auf § 23 Nr. 2 MarkenG, der die freie Verwendbarkeit beschreibender Angaben sichert, können sich die Beklagten schon deshalb nicht berufen, weil das Zeichen in seinem Wortbestandteil für das Produkt nicht hinreichend beschreibend ist. Das Zeichen „T“ ist nicht geeignet, als Angabe über die Eigenschaften der von den Parteien vertriebenen Ware als solche zu dienen. 50

4. Die Annexansprüche auf Auskunft und Rechnungslegung, § 19 MarkenG, §§ 242, 259 BGB, sowie auf Schadensersatzfeststellung, § 14 Abs. 6 MarkenG i.V.m. § 256 ZPO, folgen dem Unterlassungsanspruch. 51

5. Die erstinstanzliche Kostenentscheidung ist nicht zu beanstanden. Die Klägerin hat mit der Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform in der mündlichen Verhandlung am 52

09.12.2015 lediglich ihren Antrag klargestellt, entsprechend dem sich aus der Klageschrift eindeutig ergebenden Begehren. Eine Teilklagerücknahme war damit nicht verbunden.

III. 53

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 100 Abs. 4 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 54

Der Schriftsatz der Beklagten vom 05.10.2016 gibt weder Veranlassung, den Verkündungstermin zu verschieben und eine weitere Schriftsatznachlassfrist einzuräumen, noch die Revision zuzulassen. Das Ergebnis der Akteneinsicht beim DPMA ist für das vorliegende Verfahren ohne Belang. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. 55

Das Urteil betrifft die tatrichterliche Übertragung allgemein anerkannter Auslegungs- und Rechtsanwendungsgrundsätze auf einen Einzelfall. 56

Gegenstandswert für das Berufungsverfahren: 50.000,00 € 57