-Abschrift-

Eingegangen
19. Jan. 2011
Rechtsanwalt Munderloh

Oberlandesgericht Braunschweig

Beschluss

2 U 73/10
9 O 319/10 Landgericht Braunschweig

In dem Rechtsstreit

der **Forest Stewardship Council AC col. Centro**,
Calle Margarita Maza de Juàres Nr. 422, MEX 68000 Oaxaca/Mexico,

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte Pauly & Partner, Kurt-Schumacher-Straße 16, 53113 Bonn,
Geschäftszeichen: so-ro 128/10

gegen

den unter der **Firma Eurobinia handelnden Herrn Gerriet Harms**,
Einsteinstraße 17, 26133 Oldenburg,

Beklagter und Berufungsbeklagter,

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt Rainer Munderloh, Gottorpstraße 6, 26122 Oldenburg,
Geschäftszeichen: 173/09yr

weist der 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Braunschweig durch die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Weber-Petras als Vorsitzende sowie die Richter am Oberlandesgericht Herborg und Dr. Redant am 12. Januar 2011
darauf hin :

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Braunschweig vom 24.09.2010 gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen

und

2. den Streitwert für die Berufungsinstanz und den für die erste Instanz unter Abänderung der erstinstanzlichen Streitwertfestsetzung auf 65.000,00 € festzusetzen.

Gründe:

I.

Die Berufung hat keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO). Sie hat keine Gesichtspunkte aufgezeigt, die zu einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage führen würden.

1. Die Berufungsbegründung missversteht die Rechtsprechung des EuGH (Urt. v. 12.06.2002 - C 533/06 zitiert bei Juris = GRUR 2008, 698 Tz. 45 - O2/Hutchison) zur parallelen Anwendung von Markenrecht und Lauterkeitsrecht. Indem das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung darauf abstellt, dass der Inhaber einer Marke nicht dazu berechtigt ist, die Benutzung eines mit der Marke identischen oder ihr ähnlichen Zeichens durch einen Dritten in einer vergleichenden Werbung zu verbieten, die sämtliche Zulässigkeitsvoraussetzungen der vergleichenden Werbung i.S. von Art. 4 der

Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung erfüllt (zu Art. 3a Abs. 1 der Richtlinie 84/450/EWG), folgt es damit nicht nur der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. dazu exemplarisch ausdrücklich Urt. v. 04.02.2010 - I ZR 51/08 zitiert bei Juris Rdnr. 41 = GRUR 2010, 835-838 "Power Ball"), sondern beachtet auch die Rechtsprechung des EuGH und setzt zugleich den Erwägungsgrund 15 der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung (WerbeRL = Richtlinie 84/450/EWG und 97/55/EG, inzwischen in kodifizierter Form neu verkündet als Richtlinie 2006/114/EG) rechtsfehlerfrei um, wonach eben eine Marke nicht verletzt wird, wenn sie im Rahmen einer vergleichenden Werbung verwendet wird, die den Kriterien des Art. 4 WerbeRL (=§ 6 Abs. 2 UWG) genügt.

Diesem Richtlinienverständnis folgend sind die Zulässigkeitskriterien einer vergleichenden Werbung in § 6 Abs. 2 UWG als besondere Erlaubnistatbestände anzusehen, wenn eine vergleichende Werbung in das Ausschließlichkeitsrecht des Markeninhabers eingreift. Hieraus folgt, dass die Voraussetzungen der markenrechtlichen Verletzungstatbestände in § 14 Abs. 2 MarkenG, Art. 9 Abs. 1 GMV und die in § 6 Abs. 2 UWG genannten Kriterien nebeneinander zu prüfen und inhaltlich aufeinander abzustimmen sind. Erfüllt mithin eine vergleichende Werbung die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 UWG, ist der Identitätsschutz gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, Art 9 Abs. 1 a GMV eingeschränkt, selbst wenn eine Markenverletzung vorliegt (EuGH aaO Rdnr. 51). Dieses ist gerechtfertigt durch die gesetzgeberische Wertung, dass das Interesse der Werbenden und der Werbeadressaten, durch den Vergleich informiert zu werden, vorrangig ist. Keine Einschränkung erfährt der Verwechselungsschutz gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, Art 9 Abs. 1 b GMV, weil der Begriff der Verwechselungsgefahr in § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, Art 9 Abs. 1 b GMV und in § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG im gleichen Sinne auszulegen ist (EuGH aaO Rdnr. 49) mit der Folge, dass bei derart gegebener Verwechselungsgefahr kein Fall der zulässigen vergleichenden Werbung vorliegt und somit eine solche auch nicht den Markenschutz beschränken kann. Betrifft die vergleichende Werbung eine bekannte Marke, ist bei der Anwendung des § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG, Art 9 Abs. 1 c GMV zu berücksichtigen, dass der Begriff der unlauteren Ausnutzung im

gleichen Sinne zu verstehen ist (EuGH, Urt. v. 18.06.2009 - C 487/07 = GRUR 2009, 756 Rdnr. 77. - L`Oréal/Bellure) wie in § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG, woraus sich ergibt, dass bei einem unlauteren Ausnutzen keine zulässige vergleichende Werbung vorliegt, die den Anspruch aus § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG, Art 9 Abs. 1 c GMV beschränken kann.

2. Das Landgericht hat in der angefochtenen Entscheidung, auf die der Senat insoweit zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug nimmt, rechtsfehlerfrei dargelegt, dass die beanstandete Zeichenbenutzung durch den Beklagten eine zulässige vergleichende Werbung darstellt, und hieran anknüpfend zutreffend ausgeführt, dass der Klägerin kein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch zusteht und markenrechtliche Unterlassungsansprüche aus Art 9 Abs. 1 b und c GMV ebenfalls ausscheiden.

Dazu im Einzelnen:

a) Mit den Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung ist davon auszugehen, dass aufgrund der von der Klägerin beanstandeten Zeichenverwendung durch den Beklagten keine Verwechselungsgefahr i.S. der § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG, Art 9 Abs. 1 b GMV gegeben ist. Das gilt auch für die von der Klägerin in der Berufungsbegründung angeführte mittelbare Verwechslungsgefahr. Entgegen ihrer Auffassung reiht sich das angegriffene Zeichen nämlich nicht als ein Serienzeichen ihrer Marke ein, weshalb trotz bestehender Branchenidentität eine Verwechslungsgefahr nicht bejaht werden kann.

Der angesprochene Verkehrkreis, zu dem auch die Mitglieder des Senates gehören, weil sie Produkte aus Holz kaufen und nutzen, wird bei dem Einfügen der Marke der Klägerin in einen rot umrandeten Kreis, der zugleich mit einem roten diagonal nach oben verlaufenden dicken Balken durchkreuzt bzw. durchgestrichen ist, nicht in Betracht ziehen, dass dieses so gestaltete Zeichen von der Klägerin selbst oder von einem mit ihr verbundenen Unternehmen stammt. Die Darstellung greift eine Aufmachung auf, wie sie bei der Gestaltung von Verbotszeichen international gebräuchlich ist. Der angesprochene

Verkehrskreis ist daran gewöhnt und darin geübt, derartige Aufmachungen dahingehend zu deuten, dass das, was in dem Kreis symbolisch abgebildet ist, verboten, nicht erlaubt bzw. zu unterlassen ist. So finden sich auf Flughäfen und in öffentlichen Gebäuden, mithin in Bereichen, wo sich Personen unterschiedlicher sprachlicher Herkunft bewegen, in dieser Art und Weise aufgemachte Hinweisschilder mit z.B. einem stilisierten Handy, einer Zigarette, einem brennenden Streichholz oder einem Hund und signalisieren, dass das Benutzen des Handys, das Rauchen, das Entzünden eines offenen Feuers oder das Mitführen eines Hundes dort verboten bzw. zu unterlassen ist. Angesichts dieses üblichen Gebrauchs wird der angesprochene Verkehrskreis das vom Beklagten in dieser Art und Weise gestaltete Zeichen deshalb auch dahingehend deuten, dass man eine Zertifizierung mit der Marke der Klägerin unterlassen sollte.

Die von der Klägerin in der Berufungsschrift geäußerte Annahme, der Verkehrskreis könne anhand dieses Zeichens zu der Vorstellung gelangen, sie, die Klägerin, führe dieses Zeichen als Ergänzung ihrer Marke bzw. Zertifizierungspraxis, um nunmehr auch solche Produkte zu kennzeichnen, die nicht dem von ihr geforderten Standard genügen, kann sicher ausgeschlossen werden. Gegen eine solche Sichtweise spricht zunächst, dass eine solche Zertifizierungspraxis nicht marktüblich ist und deshalb von einem Verbraucher auch nicht in Betracht gezogen wird. Zudem weiß der angesprochene Verkehrskreis, dass der Produktabsatz über die Herausstellung der Produktvorzüge erreicht wird. Er wird deshalb auch nicht erwarten, dass ein Produktanbieter seine Produkte mit einem "Negativtestat" versieht, was die Klägerin ihrer zur Berufungsbegründung aufgezeigten Zeichendeutung aber zugrunde legt.

Hinzu kommt, dass die Klägerin bei ihren Angriffen gegen die Würdigung des Landgerichts den gesamten Kontext ausblendet, in dem der Beklagte die Marke der Klägerin verwendet. Dieser lässt nämlich unmissverständlich erkennen, dass der Beklagte die Zertifizierungspraxis der Klägerin kategorisch ablehnt und sich von dieser sogar distanziert. Soweit der angesprochene Verkehrskreis die Marke der Klägerin innerhalb dieses Zeichens erkennt, wird er deshalb sowohl aufgrund

der beschriebenen Gestaltung als auch aufgrund des Kontextes zwangsläufig zu der Vorstellung gelangen, dass der Beklagte als Zeichenverwender keinesfalls etwas mit der Klägerin gemeinsam hat noch mit dieser in irgendeiner Form verbunden ist. Allein der Umstand, dass der angesprochene Verkehrskreis über das so gestaltete Zeichen die Marke der Klägerin erkennt und damit sich die Klägerin in Erinnerung ruft, reicht für eine Verwechselungsgefahr nicht aus. Schließlich erfordert eine vergleichende Werbung gerade eine Gegenüberstellung und damit Kenntlichmachung des Bezugobjektes im Vergleich. Deshalb stellt der EUGH in seiner Entscheidung "O2/Hutchison" (aaO. Rdnr. 64) auch heraus, dass es bei der Beurteilung der Verwechselungsgefahr nicht auf die abstrakte Gegenüberstellung, sondern auf den konkreten Kontext der Markennutzung ankommt, der hier - wie dargelegt - jegliche Verwechselungsgefahr ausschließt.

b) Die beanstandete Zeichennutzung stellt sich auch nicht als unlauter i.S. der § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG, Art 9 Abs. 1 c GMV dar.

Mit der Berufungsbegründung ist davon auszugehen, dass hierfür nicht eine Verwechselungsgefahr oder eine Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft vorliegen muss. Der EuGH (Urt. v. 18.06.2009 aaO. = Rdnr. 50 "L`Oréal/Bellure") führt hierzu aus: "*Nach alledem ist auf die fünfte Frage zu antworten, dass Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 89/ 104 dahin auszulegen ist, dass das Vorliegen einer unlauteren Ausnutzung der Unterscheidungskraft oder der Wertschätzung der Marke im Sinne dieser Bestimmung weder das Bestehen einer Verwechslungsgefahr noch die Gefahr einer Beeinträchtigung dieser Unterscheidungskraft oder Wertschätzung oder allgemein des Inhabers der Marke voraussetzt.*" Der markenrechtliche Schutz vor unlauterer Ausnutzung der Marke greift der EuGH-Entscheidung vom 18.06.2009 folgend vielmehr schon dann, wenn der Vorteil, der sich aus der Verwendung eines Zeichens, das einer bekannten Marke ähnlich ist, dadurch erlangt wird, dass sich ein Dritter in den Bereich der Sogwirkung dieser Marke begibt, um von ihrer Anziehungskraft, ihrem Ruf und ihrem Ansehen zu profitieren und um ohne finanzielle Gegenleistung die wirtschaftlichen Anstrengungen des Markeninhabers zur Schaffung und Aufrechterhaltung des Images dieser Marke auszunutzen.

Dieses ist vorliegend in Bezug auf die von der Klägerin beanstandete Werbung des Beklagten nicht gegeben. Der Beklagte nimmt einen kritisierenden Vergleich vor, in dem er gerade nicht vom guten Ruf und Ansehen eines anderen profitieren will. Schließlich verdeutlicht er mit verschiedenen Beispielen, dass der Gütestandard, der mit der Marke der Klägerin angezeigt werden soll, infolge der tatsächlichen Zertifizierungspraxis nicht erreicht wird. Stattdessen hebt er die ökologischen Vorzüge des von ihm verwendeten Holzes hervor. Die Werbung des Beklagten grenzt somit seine Produkte von denen der Klägerin als besser ab und lehnt sich nicht an deren Produktstandard an. Eine unlautere Rufanlehnung ist aber zu verneinen, wenn - wie hier - die Werbung das eigene Produkt als echte Alternative zum fremden Produkt darstellt (BGH, Urt. v. 15.07.2004 - I ZR 37/01 = GRUR 2005, 163, 165 - Aluminiumräder).

Soweit die Klägerin befürchtet, dass durch diesen Vergleich ihr Ruf leiden könne, ist dieses ein zulässiger Reflex der gesetzlich gewollten vergleichenden Werbung und deshalb vom Markeninhaber hinzunehmen. Der Grundsatz der Zulässigkeit der vergleichenden Werbung, den die Richtlinie eben verbindlich vorschreibt, gilt auch für die kritisierende vergleichende Werbung, die dadurch gekennzeichnet ist, dass sie mit einer Beeinträchtigung des im Vergleich schlechter abschneidenden Produktes verbunden ist. Diese Beeinträchtigung ist hinzunehmen. Schließlich soll der Verbraucher über die vergleichende Werbung Informationen über das Produktspektrum erhalten, um sich besser bei der Produktauswahl entscheiden zu können. Sie ist nur dann unzulässig, wenn sie unlauter ist, mithin unnötig herabsetzt oder verunglimpft. Die Rufbeeinträchtigung, die die Klägerin fürchtet, beruht aber ausschließlich darauf, dass der Beklagte auf Schwächen und Fehler ihres Zertifizierungsverfahrens hinweist, die zwischen den Parteien unstreitig sind und den Kern des vom Beklagten vorgenommenen zulässigen Produktvergleiches markieren. Damit ist weder eine unnötige Herabsetzung noch eine Verunglimpfung auszumachen.

II.

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Auch erfordern weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 u. 3 ZPO).

Alle entscheidungsrelevanten Rechtsfragen sind bereits vom EuGH und BGH geklärt worden, werden vom Senat bei der hier zu treffenden Entscheidung beachtet und auf den vorliegenden Einzelfall angewandt.

III.

Bei der Streitwertfestsetzung sind neben dem Streitwert für den Unterlassungsantrag (50.000,00 €) die Streitwerte für den Auskunfts- und den Schadensfeststellungsantrag (je 7.500,00 €) zu berücksichtigen.

IV.

Es besteht binnen **drei Wochen** Gelegenheit zur Stellungnahme oder Berufungsrücknahme.

Dr. Weber-Petras Herborg Dr. Redant