



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 177/02

Verkündet am:
16. Dezember 2004
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Räucherkatze

MarkenG § 5 Abs. 2, § 14 Abs. 2 Nr. 2, § 15 Abs. 2
UWG § 3, § 4 Nr. 9 Buchst. a

- a) Gebäude werden regelmäßig vom Verkehr nur in ihrer technischen Funktion und ästhetischen Gestaltung und nicht als Hinweis auf die Herkunft von Waren oder Dienstleistungen wahrgenommen. Für eine vom Regelfall abweichende Verkehrsauffassung sind besondere Anhaltspunkte erforderlich.
- b) Eine mit Benutzungsaufnahme geschützte besondere Bezeichnung eines Geschäftsbetriebs oder Unternehmens i.S. von § 5 Abs. 2 Satz 1 MarkenG muß über Namensfunktion verfügen.
- c) Der Schutz des Unternehmenskennzeichens nach § 5 Abs. 2, § 15 Abs. 2 MarkenG setzt eine kennzeichenmäßige Verwendung der kollidierenden Bezeichnung voraus.

BGH, Urt. v. 16. Dezember 2004 - I ZR 177/02 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Dezember 2004 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Pokrant, Dr. Büscher, Dr. Schaffert und Dr. Bergmann

für Recht erkannt:

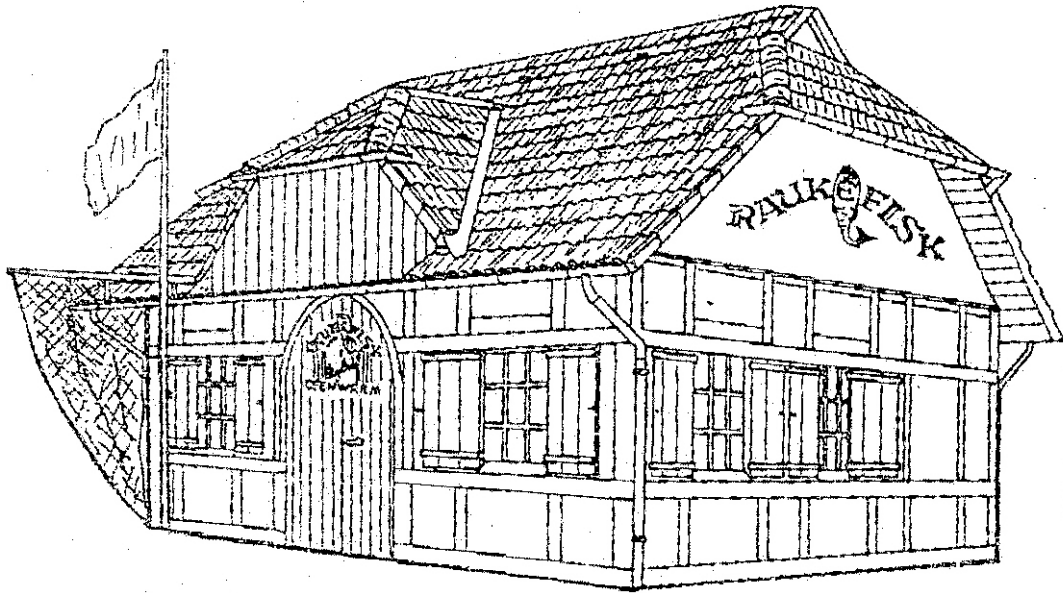
Die Revision gegen das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 28. Mai 2002 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine GmbH, betreibt ein Franchisesystem für die Räucherei und den Verkauf von Fischen. Zu dem Franchisesystem gehört der Fischverkauf in sogenannten "Räucherkatzen", die eine möglichst einheitliche Gestaltung nach den Vorgaben der Klägerin aufweisen.

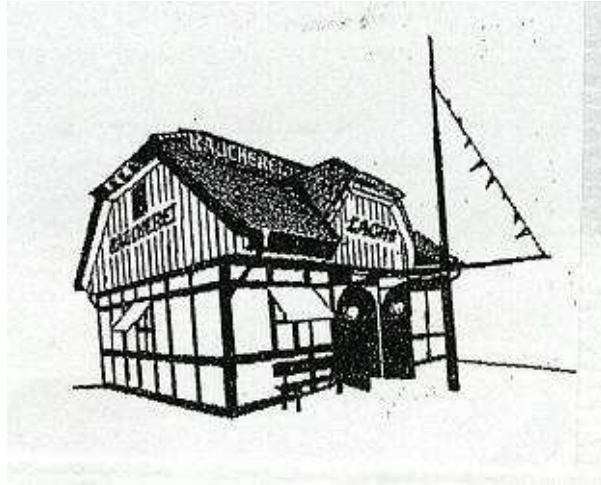
Die Klägerin ist Inhaberin der am 25. März 1987 angemeldeten, für "Fisch, Fischkonserven, Räucherfisch" eingetragenen, nachfolgend wiedergegebenen Wort-/Bildmarke Nr. 111 47 72.



Die Marke greift die bauliche Gestaltung der früheren Verkaufsstätte der Klägerin in D. auf.

Der Beklagte, der dem Franchisesystem der Klägerin angehörte, errichtete auf der Grundlage des Franchisevertrages in W. eine Verkaufsstätte, die in den nachfolgenden Anträgen der Klageschrift zu I 1 a dd und ee wiedergegeben ist.

Seit Januar 1996 verwendet der Beklagte für sein Unternehmen das nachfolgende Logo, das sich an die Form seiner Verkaufsstätte anlehnt:



Nach wechselseitigen Kündigungen stellte das Oberlandesgericht in einer rechtskräftigen Entscheidung vom 29. Juni 1999 die Nichtigkeit des Franchisevertrages der Parteien fest.

Die Klägerin ist der Ansicht, der Beklagte verletze durch die weitere Benutzung der Verkaufsstätte in unveränderter Form und die Verwendung seines Logos ihre Kennzeichenrechte. Sie hat den Beklagten auf Unterlassung der Benutzung, Vernichtung und Entfernung widerrechtlich gekennzeichnete Gegenstände, Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzverpflichtung in Anspruch genommen.

Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten.

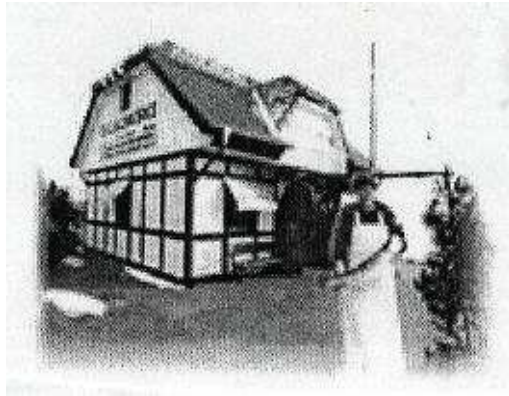
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

In der Berufungsinstanz hat die Klägerin beantragt,

I. den Beklagten zu verurteilen,

1. es zu unterlassen,

a) in einer sogenannten Räucherkatze wie nachfolgend wiedergegeben



(Antrag aus der Klageschrift zu I 1 a bb linkes Bild)



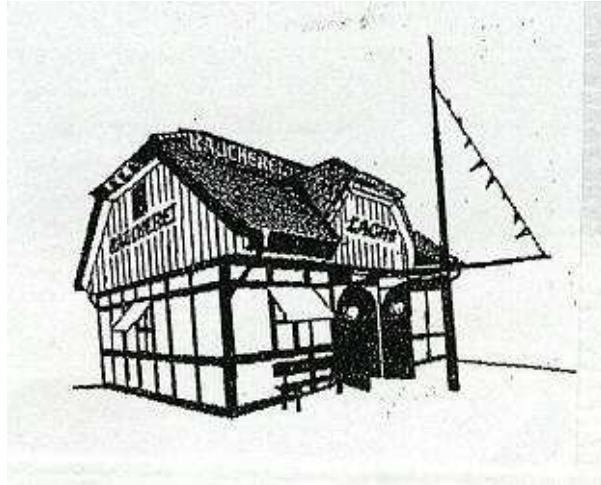
(Antrag aus der Klageschrift zu I 1 a dd)



(Antrag aus der Klageschrift zu I 1 a ee)

eine Fischräucherei zu betreiben, wobei auf der zweiten Abbildung der Altbau gemeint sei;

b) das Bildzeichen



(Antrag aus der Klageschrift zu I 1 a bb - rechtes Bild)

für die Waren "Fisch, Fischkonserven, Räucherfisch" zu verwenden, insbesondere das Zeichen auf diesen Waren oder ihrer Aufmachung oder Verpackung anzubringen, unter dem Zeichen diese Waren anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen und/oder das Zeichen auf Geschäftspapieren oder in der Werbung zu benutzen,

2. die widerrechtlich gekennzeichneten Gegenstände gemäß Nr. 1 b zu vernichten bzw. die auf den Lieferwagen aufgebrauchten Kennzeichen zu beseitigen und die "unter Nr. 1 a aufgeführten Merkmale der Räucherfisch" zu entfernen,
3. der Klägerin Auskunft zu erteilen über Handlungen gemäß vorstehender Nr. 1 und zwar unter Angabe

- der Mengen an hergestellten Fischwaren,
 - der Mengen an verkauften Fischwaren,
 - der Verkaufspreise,
 - des erzielten Umsatzes,
 - des erzielten Gewinns unter detaillierter Aufschlüsselung aller Gestehungskosten,
 - der betriebenen Werbung, aufgeschlüsselt nach Werbeträgern, Auflagenzahl, Verbreitungsgebiet und Verbreitungszeit;
- II. festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet sei, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der ihr aus den unter Nr. I 1 bezeichneten Handlungen ab dem 11. Dezember 1997 entstanden sei und zukünftig entstehen werde.

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit ihrer (vom Berufungsgericht zugelassenen) Revision verfolgt die Klägerin weiterhin eine Verurteilung des Beklagten nach den in der Berufungsinstanz gestellten Anträgen. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die Klageanträge als unbegründet angesehen und dazu ausgeführt:

Die Klageanträge seien zulässig. Den Unterlassungsantrag zu I 1 a habe die Klägerin in der Berufungsverhandlung auf die konkrete Form beschränkt, in der der Beklagte seine Betriebsstätte benutze. Der Beseitigungsantrag zu I 2 sei versehentlich unverändert geblieben. Die sachgerechte Auslegung dieses Antrags ergebe, daß die Klägerin mit den "unter Nr. 1 a angeführten Merkmalen der Räucherkatze" die im Tatbestand des Berufungsurteils angeführten Merkmale gemeint habe.

Die geltend gemachten Ansprüche stünden der Klägerin allerdings weder nach dem Markengesetz noch nach dem UWG zu.

Der gegen die Benutzung der Betriebsstätte des Beklagten gerichtete Unterlassungsanspruch aus § 14 Abs. 2, Abs. 5 MarkenG (Klageantrag zu I 1 a) aufgrund der Marke Nr. 111 47 72 sei nicht gegeben, weil es im Hinblick auf das Geschäftsgebäude des Beklagten bereits an einer zeichenmäßigen Benutzung fehle.

Selbst wenn aber nicht unerhebliche Teile der angesprochenen Verkehrskreise das Gebäude des Beklagten als Kennzeichen auffaßten, fehle es an der nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG erforderlichen Verwechslungsgefahr. Im Streitfall sei von Warenidentität auszugehen. Die durch Benutzung erworbene Kennzeichnungskraft der Klagemarke sei als normal anzusehen. Eine dar-

über hinausgehende Steigerung der Kennzeichnungskraft infolge Benutzung sei nicht gegeben. Die stark beschreibenden Anklänge der Marke schwächten die Kennzeichnungskraft der Klagemarke. Der Annahme einer Verwechslungsgefahr stehe bereits entgegen, daß sich die Wortbestandteile der Vergleichszeichen unterschieden. Die Klagemarke, die nur auf der Grundlage der möglicherweise unvollkommenen Abbildung Anl. K 2 beurteilt werden könne, werde durch den Wortbestandteil "RAUKFISK" oder "RÄUKEFISK" geprägt, der unterscheidungskräftig sei. Demgegenüber weise die angegriffene Gestaltung abweichende Wortbestandteile auf ("Räucherei und Verkauf" und "Räucherei Lachs-Forellen-Aale Direktverkauf"), die als reine Werbeaussagen den Gesamteindruck nicht prägten.

Eine Verwechslungsgefahr sei auch hinsichtlich der Bildbestandteile zu verneinen. Die Klagemarke verfüge wegen beschreibender Anklänge und eines Freihaltebedürfnisses über keinen weiten Schutzbereich. Für die Annahme einer Verwechslungsgefahr fehle es an ausreichenden Übereinstimmungen zwischen der Klagemarke und der angegriffenen Baugestaltung.

Den Unterlassungsanspruch gegen die Benutzung des Gebäudes des Beklagten könne die Klägerin auch nicht auf § 15 MarkenG stützen. Ihr stehe kein Recht an einem Unternehmenskennzeichen nach § 5 Abs. 2 MarkenG zu. Die Baugestaltung sei keine besondere Bezeichnung eines Geschäftsbetriebs, an der ein Recht durch bloße Aufnahme der Benutzung entstehen könnte. Bildsymbolen fehle die für Unternehmenskennzeichen erforderliche Namensfunktion. Erst recht gelte das für die architektonische Gestaltung eines Gebäudes. Verkehrsgeltung hätten die Vertriebsstätten des Franchisesystems der Klägerin nicht erlangt.

Der gegen die Benutzung des Bildzeichens des Beklagten gerichtete Unterlassungsanspruch (Antrag zu I 1 b) sei mangels Verwechslungsgefahr i.S. von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG nicht gegeben. Zwar liege Warenidentität vor. Die Kennzeichnungskraft der Klagemarke sei jedoch eingeschränkt. Zur Verwechslungsgefahr könne auf die Ausführungen zu dem gegen die angegriffene Hausgestaltung gerichteten Unterlassungsanspruch verwiesen werden. Abweichende Gestaltungsmerkmale im Logo gegenüber der Hausgestaltung der Klagemarke führten zu keiner anderen Beurteilung der Verwechslungsgefahr.

Die Unterlassungsansprüche folgten auch nicht aus § 1 UWG a.F. Ergänztender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz komme der Klägerin gegen das Gebäude und das Logo des Beklagten nicht zu.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, daß der Klägerin ein Unterlassungsanspruch gegen die Benutzung der angegriffenen Hausgestaltung weder nach § 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG noch gemäß § 5 Abs. 2, § 15 Abs. 2, Abs. 4 MarkenG zusteht.

a) Eine Verletzung des Rechts der Klägerin an ihrer Wort-/Bildmarke Nr. 111 47 72 ist nur gegeben, wenn die Räucherkatze des Beklagten der Unterscheidung der Waren seines Unternehmens von denen anderer Unternehmen dient. Die Ausübung des Markenrechts ist auf Fälle beschränkt, in denen die Benutzung des Zeichens durch einen Dritten die Funktionen der Marke und insbesondere ihre Hauptfunktion, die Herkunft der Waren gegenüber den Verbrauchern zu gewährleisten, beeinträchtigen kann. Ist dies nicht der Fall, kann

der Inhaber einer Marke die Benutzung einer identischen oder ähnlichen verwechslungsfähigen Bezeichnung nicht verbieten (vgl. zu Art. 5 Abs. 1 MarkenRL: EuGH, Urt. v. 12.11.2002 - Rs. C-206/01, Slg. 2002, I-10273 Tz. 51 ff = GRUR 2003, 55 = WRP 2002, 1415 - Arsenal Football Club plc; zu § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG: BGH, Urt. v. 20.3.2003 - I ZR 60/01, GRUR 2003, 963, 964 = WRP 2003, 1353 - AntiVir/AntiVirus; BGHZ 156, 126, 136 - Farbmarkenverletzung I; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 14 Rdn. 39 a; Hacker in Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl., § 14 Rdn. 61). Das Berufungsgericht hat eine markenmäßige Verwendung der Gestaltung der Räucherkatte des Beklagten verneint. Es hat festgestellt, die angesprochenen Verkehrskreise würden die Räucherkatte des Beklagten nicht als Zeichen zur Unterscheidung der von ihm angebotenen Waren oder Dienstleistungen von solchen anderer Fischräuchereien auffassen. Zwar unterscheidet sich das Gebäude des Beklagten von den in der Region üblichen Häusern. Daraus folge aber nicht, daß der Verkehr die Gestaltung als Kennzeichnungsmittel verstehe. Architektonische Besonderheiten von Gebäuden würden grundsätzlich der Bautechnik oder dem Formwillen von Bauherren oder Architekten zugeordnet und als Gestaltungsmittel eingesetzt. Für geschäftlich genutzte Gebäude gelte nichts anderes. Auch sie würden grundsätzlich nach ihrer technischen Funktion und ihrer ästhetischen Aussage wahrgenommen. Im Hinblick auf die geringe Zahl von 27 über das Inland verteilten Fischräuchereien, die dem Franchisesystem der Klägerin allenfalls angehörten, habe das System der Klägerin die Wahrnehmung des Verkehrs nicht entscheidend beeinflussen können, zumal die einzelnen Bauausführungen beträchtlich voneinander abwichen. Zudem seien die einzelnen Merkmale des Gebäudes des Beklagten, auf die die Klägerin abhebe, wenig geeignet, als Unterscheidungsmittel zu dienen. Diese Feststellungen halten einer revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

Die Beurteilung, ob die angegriffene Gestaltung der Räucherkerze herkunftshinweisend ist und deshalb die Rechte der Klägerin als Markeninhaberin überhaupt verletzen kann, ist in erster Linie Aufgabe des Tatrichters (BGHZ 153, 131, 139 - Abschlußstück). Die Frage einer markenmäßigen Benutzung einer Bezeichnung bestimmt sich nach der Auffassung des Verkehrs und zwar eines durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers (vgl. BGH, Urt. v. 20.12.2001 - I ZR 135/99, GRUR 2002, 812, 813 = WRP 2002, 985 - FRÜHSTÜCKS-DRINK II). Dieser wird, anders als die Revision meint, das Haus, in dem der Beklagte die Fischräucherei betreibt, nicht deshalb als Kennzeichen auffassen, weil der Beklagte es in stilisierter Form als Logo in seiner Werbung verwendet und weil der Verkehr das Haus wiedererkennt, wenn er es sieht. Dadurch wird das Haus selbst nicht zu einem Kennzeichnungsmittel für die in ihm produzierten und vertriebenen Waren. Gegenteiliges folgt auch nicht aus dem Umstand, daß es sich nicht um eine in der Region gebräuchliche Gestaltung eines Gebäudes handelt, sondern seine Form nach Darstellung der Klägerin von ihr speziell entwickelt worden ist. Das Berufungsgericht hat mit Recht festgestellt, daß das Gebäude selbst, auch wenn es geschäftlich genutzt wird, vom Verkehr regelmäßig nur in seiner technischen Funktion und ästhetischen Gestaltung und nicht als Hinweis auf die Herkunft von Waren oder Dienstleistungen wahrgenommen wird. Für eine davon abweichende Verkehrsauffassung aufgrund umfänglicher Benutzung der beanstandeten Hausgestaltung durch die Klägerin oder durch den Beklagten (vgl. hierzu auch BGHZ 156, 126, 137 f. - Farbmarkenverletzung I) hat das Berufungsgericht nichts konkret festgestellt.

b) Der Klägerin steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gegen die Benutzung des Geschäftsgebäudes des Beklagten auch nicht nach § 5 Abs. 2, § 15 Abs. 2, Abs. 4 MarkenG zu.

aa) Die Klägerin hat an der Gestaltung der Räucherkatze kein Unternehmenskennzeichen i.S. von § 5 Abs. 2 Satz 1 MarkenG erworben.

Unter der Geltung des § 16 UWG a.F. entsprach es herrschender Meinung, daß Zeichen als besondere Bezeichnungen eines Erwerbsgeschäfts oder gewerblichen Unternehmens Schutz nach § 16 Abs. 1 UWG a.F. mit Benutzungsaufnahme nur erlangen konnten, wenn sie auch über eine Namensfunktion verfügten, nämlich ebenso wie die Firma das gewerbliche Unternehmen zu benennen, oder als Geschäftsabzeichen nach § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG a.F. Verkehrsgeltung erlangten (BGHZ 8, 387, 389 - Fernsprechnummer; 14, 155, 159 f. - Farina II; BGH, Urt. v. 25.1.1957 - I ZR 158/55, GRUR 1957, 281, 282 = WRP 1957, 180 - karo-as; Urt. v. 27.9.1963 - Ib ZR 27/62, GRUR 1964, 71, 73 = WRP 1964, 60 - Personifizierte Kaffeekanne; vgl. auch BGH, Urt. v. 28.1.1977 - I ZR 109/75, GRUR 1977, 614, 615 - Gebäudefassade; Fezer, GRUR 1976, 647, 648 Anm. zu BGH GRUR 1976, 644 - Kyffhäuser; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 15 Rdn. 143; Großkomm.UWG/Teplitzky, § 16 Rdn. 51; v. Gamm, UWG, 3. Aufl., § 16 Rdn. 33). An dem Erfordernis der Namensfunktion für eine besondere Bezeichnung eines Geschäftsbetriebs oder Unternehmens (§ 5 Abs. 2 Satz 1 MarkenG) ist auch unter der Geltung des Markengesetzes festzuhalten (vgl. Begr. z. Regierungsentwurf BT-Drucks. 12/6581, S. 67; Hacker in Ströbele/Hacker aaO § 5 Rdn. 12; v. Schultz/Gruber, Markenrecht, § 5 Rdn. 11; Goldmann, Der Schutz des Unternehmenskennzeichens, § 3 Rdn. 68; a.A. Fezer aaO § 15 Rdn. 122 a. u. Rdn. 125; Schrickler, GRUR 1998, 310, 312; wohl auch: Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Aufl., § 5 Rdn. 28). Das Erfordernis der namensmäßigen Unterscheidungsfunktion bei Unternehmenskennzeichen i.S. von § 5 Abs. 2 Satz 1 MarkenG ist aufgrund des Entstehungstatbestandes des Rechts gerechtfertigt, für das, anders als für die Marke

kraft Benutzung nach § 4 Nr. 2 MarkenG, deren Entstehungstatbestand Verkehrsgeltung erfordert, die Benutzungsaufnahme im Inland genügen kann. Gegenteiliges ergibt sich, anders als die Revision meint, auch nicht aus dem Umstand, daß der Bundesgerichtshof unter der Geltung des Markengesetzes die originäre Schutzfähigkeit nicht aussprechbarer Buchstabenkombinationen als Unternehmenskennzeichen anerkannt hat (vgl. BGHZ 145, 279 - DB-Immobilienfonds). Dies beruhte auf einem veränderten Verkehrsverständnis, das derartigen Buchstabenkombinationen namensmäßige Unterscheidungsfunktion zuordnet, da das Markengesetz, anders als das Warenzeichengesetz (§ 4 Abs. 2 WZG), einen Schutz nicht aussprechbarer Buchstabenkombinationen als Marke zuläßt (§ 3 Abs. 1 MarkenG) und derartige Zeichen in gesteigertem Umfang tatsächlich als Kennzeichen auch benutzt werden (vgl. BGHZ 145, 279, 282 - DB-Immobilienfonds). Aus dem gewandelten Verkehrsverständnis und der Einheitlichkeit der Kennzeichenrechte läßt sich aber nichts dafür entnehmen, daß Unternehmenskennzeichen i.S. von § 5 Abs. 2 Satz 1 MarkenG nicht über namensmäßige Unterscheidungskraft verfügen müssen. Denn bei der Entstehung des Schutzes für Marken kraft Benutzung nach § 4 Nr. 2 MarkenG und für Unternehmenskennzeichen nach § 5 Abs. 2 Satz 1 MarkenG bestehen, wie vorstehend dargestellt, gerade Unterschiede, die ein Festhalten am Erfordernis namensmäßiger Unterscheidungskraft rechtfertigen.

Über originäre namensmäßige Unterscheidungskraft verfügt die in Rede stehende Gebäudegestaltung nicht. Gegenteiliges macht die Revision nicht geltend und ist auch sonst nicht ersichtlich. Die Voraussetzungen einer Verkehrsgeltung der Gebäudegestaltung der Klägerin i.S. von § 5 Abs. 2 Satz 2 MarkenG hat das Berufungsgericht verfahrensfehlerfrei verneint.

bb) Ein Unterlassungsanspruch der Klägerin nach § 15 Abs. 2, Abs. 4 MarkenG scheidet unabhängig von den vorstehenden Erwägungen auch deshalb aus, weil der Beklagte die angegriffene Gebäudegestaltung nicht kennzeichenmäßig nutzt. Ebenso wie § 14 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG setzt der Schutz des Unternehmenskennzeichens nach § 5 Abs. 2, § 15 Abs. 2, Abs. 4 MarkenG eine kennzeichenmäßige Verwendung der kollidierenden Bezeichnung voraus (vgl. BGHZ 130, 276, 283 - Torres; BGH, Urt. v. 27.9.1995 - I ZR 199/93, GRUR 1996, 68, 70 = WRP 1997, 446 - COTTON LINE; Fezer aaO § 15 Rdn. 117; Ingerl/Rohnke aaO § 15 Rdn. 29; Hacker in Ströbele/Hacker aaO § 15 Rdn. 26 f.; v. Schultz/Gruber aaO § 15 Rdn. 11; zu § 16 UWG a.F. Großkomm.UWG/Teplitzky, § 16 Rdn. 285; weitergehend Goldmann aaO § 15 Rdn. 7 ff.). An einer zeichenmäßigen Benutzung der Gebäudegestaltung durch den Beklagten fehlt es vorliegend ebenfalls. Insoweit gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend (II 1 a).

c) Das Berufungsgericht hat einen Unterlassungsanspruch gegen den Betrieb der in Rede stehenden Fischräucherei des Beklagten wegen vermeidbarer Herkunftstäuschung nach § 1 UWG a.F. verneint. Auch das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

aa) Die Anwendung der Bestimmungen des UWG ist insoweit durch die Vorschriften des Markengesetzes nicht ausgeschlossen. Zwar ist mit dem Inkrafttreten des Markengesetzes an die Stelle verschiedener kennzeichenrechtlicher Regelungen eine umfassende und in sich geschlossene kennzeichenrechtliche Regelung getreten, die im allgemeinen den aus den Generalklauseln hergeleiteten Schutz verdrängt (vgl. BGHZ 149, 191, 195 - shell.de, m.w.N.). Dies gilt jedoch nur, soweit es sich um einen Sachverhalt handelt, der den Anwendungsbereich der markenrechtlichen Vorschriften überhaupt eröffnet (vgl.

BGHZ 153, 131, 146 - Abschlußstück). Davon ist im Streitfall nicht auszugehen, weil der Beklagte die Gestaltung der Räucherkerze nicht kennzeichenmäßig verwendet (vgl. vorstehend II 1 a und b) und deshalb der Anwendungsbereich von § 14 Abs. 2 Nr. 2 und § 15 Abs. 2 MarkenG von vornherein ausgeschlossen ist.

bb) Wettbewerbsrechtliche Ansprüche sind jedoch nicht gegeben.

Auf § 8 Abs. 1 Satz 1, § 3 i.V. mit § 4 Nr. 9 Buchst. a UWG kann die Klägerin den Unterlassungsantrag deshalb nicht mit Erfolg stützen, weil mit der Gestaltung des Gebäudes keine Vorstellung des Verkehrs über die Herkunft der dort vertriebenen Waren oder Dienstleistungen verbunden ist (vgl. Abschnitt II 1 a und II 1 b bb) und es deshalb an der für § 4 Nr. 9 Buchst. a UWG erforderlichen Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft fehlt.

2. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis auch zutreffend einen Unterlassungsanspruch der Klägerin aufgrund der Wort-/Bildmarke Nr. 111 47 72 der Klägerin gegen die Verwendung des Bildzeichens (Logo) des Beklagten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG verneint (Antrag I 1 b).

a) Das Berufungsgericht hat zur Beurteilung der Verwechslungsgefahr ausschließlich auf die Abbildung der Klagemarke in der Anl. K 2 abgestellt. Seine Schwierigkeiten, die genaue Aufschrift auf der Giebelseite des in der Klagemarke abgebildeten Hauses zu erkennen und zudem festzustellen, ob es sich bei diesem um ein Fachwerkhaus handelte, hätte es dadurch beheben können, daß es den übereinstimmenden Vortrag der Parteien berücksichtigt hätte, wonach die auf Seite 11 der Klageschrift angeführte Abbildung die Klagemarke

zeigt. Diese Abbildung gibt sämtliche Merkmale der Klagemarke im einzelnen wieder.

b) Auch bei Zugrundelegung der Marke, wie sie auf Seite 11 der Klageschrift mit sämtlichen Details abgebildet ist, besteht keine Verwechslungsgefahr mit dem Logo des Beklagten.

aa) Nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist es Dritten untersagt, ohne Zustimmung des Markeninhabers im geschäftlichen Verkehr ein Zeichen zu benutzen, wenn wegen der Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke und der Ähnlichkeit der durch die Marke und das Zeichen erfaßten Waren oder Dienstleistungen für den Verkehr die Gefahr von Verwechslungen besteht. Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr i.S. des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen den im Betracht zu ziehenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Zeichen und der Ähnlichkeit der mit ihnen gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen sowie der Kennzeichnungskraft der älteren Marke, so daß ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Zeichen oder durch eine erhöhte Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (vgl. BGH, Urt. v. 29.4.2004 - I ZR 191/01, GRUR 2004, 779, 781 = WRP 2004, 1046 - Zwilling/Zweibrüder; Urt. v. 22.7.2004 - I ZR 204/01, GRUR 2004, 865, 866 = WRP 2004, 1281 - Mustang).

bb) Zwischen den Waren, für die die Klagemarke eingetragen ist (Fisch, Fischkonserven, Räucherfisch), und den Waren, für die der Beklagte sein Bildzeichen verwendet, besteht Warenidentität.

cc) Für das Revisionsverfahren ist zugunsten der Klägerin von einer normalen Kennzeichnungskraft der Klagemarke auszugehen. Den Ausführungen des Berufungsgerichts ist nicht mit ausreichender Deutlichkeit zu entnehmen, daß es - wie die Revision meint - eine nur unterdurchschnittliche Kennzeichnungskraft der Klagemarke seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat. Soweit das Berufungsgericht von einer Schwächung der Kennzeichnungskraft der Klagemarke wegen beschreibender Anklänge des Wortelements "RÄUKEFISK" an Räucherfisch und der naturalistischen Gebäudedarstellung ausgegangen ist, betreffen diese Feststellungen die originäre Kennzeichnungskraft der Klagemarke. Revisionsrechtlich sind diese Feststellungen nicht zu beanstanden. Aufgrund der Benutzung der Klagemarke hat das Berufungsgericht normale Kennzeichnungskraft unterstellt und lediglich eine darüber hinausgehende weitere Steigerung der Kennzeichnungskraft verneint. Von normaler Kennzeichnungskraft der Klagemarke geht aber auch die Revision aus.

dd) Das Berufungsgericht hat die Zeichenähnlichkeit zwischen der Wort-/Bildmarke der Klägerin und dem von dem Beklagten verwandten Bildzeichen (Logo) als zu gering angesehen, um eine Verwechslungsgefahr i.S. von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zu begründen. Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg mit der Begründung, das Berufungsgericht habe bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit nicht in erster Linie auf die Wortbestandteile der Kollisionszeichen abstellen dürfen, sondern hätte in die Prüfung auch die Bildbestandteile einbeziehen müssen.

Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr in bildlicher Hinsicht ist davon auszugehen, daß die Bildbestandteile eines Wort-/Bildzeichens dessen Gesamteindruck mitprägen, sofern es sich nicht nur um eine nichtssagende oder geläufige und nicht ins Gewicht fallende grafische Gestaltung (Verzierung)

handelt (BGH, Urt. v. 22.4.2004 - I ZR 189/01, GRUR 2004, 778, 779 = WRP 2004, 1173 - URLAUB DIREKT). Das Berufungsgericht hat dementsprechend auch die Bildbestandteile in die Prüfung der Zeichenähnlichkeit einbezogen und ist zu Recht von einer nur geringen Zeichenähnlichkeit ausgegangen. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Einzelheiten der Klagemarke, die das Berufungsgericht seiner Entscheidung - verfahrensfehlerhaft - nicht sämtlich zugrunde gelegt hat, weil es sie in der Abbildung (Anl. K 2) nicht genau erkennen konnte.

Die Klagemarke zeigt ein Fachwerkhaus mit der Vorderfront auf der linken Seite mit einer Dachgaube ohne Fenster. Die Seitenansicht mit einem Krüppelwalmdach befindet sich auf der rechten Seite der Klagemarke. Im Dachgeschoß ist deutlich sichtbar die Aufschrift "RÄUKEFISK" angebracht, wobei das "E" von einem stilisierten Fisch umrahmt wird. Auf dem geschlossenen Rundbogentor findet sich die Angabe "RÄUKEFISK OFENWARM". Auf der linken Seite des Bildes ist ein Mast mit einer Fahne und einem Netz dargestellt. Dagegen ist das angegriffene Bildzeichen des Beklagten, das ebenfalls ein Fachwerkhaus mit Krüppelwalmdach und Dachgaube zeigt, seitenverkehrt zu dem auf dem Klagezeichen abgebildeten Haus. Die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Marke der Klägerin jedenfalls mitprägende unterscheidungskräftige Aufschrift "RÄUKEFISK" und der stilisierte Fisch finden sich im Kollisionszeichen nicht, das dagegen zweimal die Aufschrift "RÄUCHEREI" sowie die Angabe "Lachs" zeigt. Das auf dem Bildzeichen des Beklagten wiedergegebene Haus verfügt über Markisen, das Rundbogentor steht offen, vor dem Haus ist eine Bank plaziert und der Mast trägt keine Fahnen, sondern einige Wimpel. Das Fischernetz und die Blenden des in der Marke der Klägerin abgebildeten Hauses fehlen bei dem Bildzeichen des Beklagten. Zudem sind die Kollisionszeichen auch perspektivisch deutlich unterschiedlich gestaltet.

Die Kollisionszeichen weisen danach eine Vielzahl unterschiedlicher Merkmale sowohl hinsichtlich der Wortbestandteile, bei denen sich überhaupt keine Übereinstimmungen finden, als auch hinsichtlich der Bildelemente auf. Die Zeichenähnlichkeit ist deshalb zu gering, um bei normaler Kennzeichnungskraft der Klagemarke selbst bei der gegebenen Warenidentität eine Verwechslungsgefahr zu begründen.

c) Der Klägerin steht der Unterlassungsanspruch auch nicht nach § 3 UWG zu. Neben der markenrechtlichen Vorschrift des § 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG ist eine gegen die markenmäßige Benutzung des Bildzeichens des Beklagten gerichtete Anwendung des § 3 UWG aufgrund der Marke der Klägerin ausgeschlossen (vgl. BGHZ 149, 191, 195 - shell.de, m.w.N.).

3. Die von der Klägerin verfolgten Anträge auf Vernichtung, Beseitigung, Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzverpflichtung sind ebenfalls nicht begründet, weil Rechtsverletzungen des Beklagten nach den Vorschriften des Markengesetzes und unlautere Wettbewerbshandlungen nach § 3 UWG nicht vorliegen.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Ullmann

Pokrant

Büscher

Schaffert

Bergmann