



HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Aktenzeichen: 3 U 169/01

Entscheidung vom 27. Februar 2003

Vorinstanz: LG Hamburg 315 0 953/00 vom 29.03.2001

In dem Rechtsstreit

hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, 3. Zivilsenat, durch die Richter ..., ..., ... nach der am 13. Februar 2003 geschlossenen mündlichen Verhandlung für Recht erkannt:

Tenor:

Die Berufung der Kläger gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 15, vom 29. März 2001 wird zurückgewiesen.

Die Kläger tragen die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

und beschlossen:

Der Streitwert wird für die Rechtsmittelinstanz auf 10.226 ? (20.000 DM) festgesetzt.

Tatbestand:

Die Kläger sind Inhaber der Marke "Elo" für Hunde und deren Züchtung und Haltung. Der Kläger zu 1) ist Vorsitzender des Vereins "EZFG - ELO Zucht- und Forschungsgemeinschaft e. V.", dessen Mitglied früher auch die Beklagte war. In einer Anzeige bot sie "Elo-Eurasier-Welpen" an. Sie soll telephonisch auch "Elo-Welpen" angeboten haben.

Die Kläger sehen darin eine Rechtsverletzung und haben beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung von Ordnungsmitteln zu unterlassen, im Zusammenhang mit der Zucht und/oder dem Verkauf den Namen "Elo" zu verwenden.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das Landgericht, auf dessen Urteil zur Vervollständigung des Tatbestandes Bezug genommen wird, hat die Klage abgewiesen. Hiergegen wenden sich die Kläger mit ihrer Berufung, die sie form- und fristgerecht eingelegt und begründet haben.

Sie stützen sich auf ihr Markenrecht und § 3 UWG und ergänzen und vertiefen ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Sie beantragen,

die Beklagte unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils zu verurteilen, es bei Vermeidung eines Ordnungsgeldes von bis zu 5.000 DM und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr die Bezeichnung "Elo" für von ihr gezüchtete Hunde zu verwenden.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Ergänzend wird auf die vorbereitenden Schriftsätze mit ihren Anlagen und Beweisangeboten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Kläger hat keinen Erfolg.

1. Unterlassungsansprüche aus ihrer Marke stehen den Klägern nicht zu. Der Senat sieht die Dinge im Ergebnis nicht anders als das Landgericht.

a. Das Landgericht hat argumentiert, "Elo" sei in den betroffenen Verkehrskreisen ein Gattungsbegriff für eine Rasse, und den Klägern sei es verwehrt, angesichts des von ihnen initiierten Gebrauchs die Rasseeigenschaft zu bestreiten. Die Beklagte habe "Elo" deshalb nicht kennzeichnend, sondern beschreibend i.S.d. § 23 Nr. 2 MarkenG benutzt.

Es mag sein, dass diese Auffassung nicht in allen Punkten richtig ist. Wenn die Beklagte "Elo" beschreibend für die Rasse benutzt hat, scheidet nach der Rechtsprechung des Senats ein Markenschutz nach § 14 MarkenG aus, ohne dass auf § 23 zurück gegriffen werden muß. Ob das Merkmal der markenmäßigen Benutzung als Schutzvoraussetzung aufrechterhalten werden kann, ist angesichts der jüngsten Rechtsprechung des EuGH (WRP 2002, 1415, insbes. 1419, Ziffer 51 - Arsenal Football Club pic) zweifelhaft, aber nicht entscheidend, weil die zwischen den Parteien umstrittene Tatsache, dass "Elo" eine "Rasse" darstellt, einen Markenschutz nicht ausschließt. Bestimmte Hunde können alle von Züchtervereinen anerkannten Merkmale einer "Rasse" erfüllen, aber trotzdem nur von einem bestimmten Züchter stammen, so dass der Begriff herkunftshinweisend bleibt. Es kommt nicht darauf an, ob "Elo" eine Rasse ist, sondern ob der Begriff so in den allgemeinen Sprachgebrauch eingegangen ist, dass ihm jede Kennzeichnungskraft abgesprochen werden muss und er deshalb nicht als kennzeichnend verstanden werden kann. Das ist ersichtlich nicht der Fall, so dass die Bezeichnung "Elo" die Eignung besitzt, auf Hunde aus der Zucht der Kläger hinzuweisen.

Das ändert im Ergebnis aber nichts, denn nach § 23 Nr. 2 MarkenG kann der Markeninhaber nicht verbieten, "ein mit der Marke ... identisches Zeichen als Angabe über Merkmale oder Eigenschaften von Waren ... zu benutzen". Die Beklagte hat "Elo-Eurasier-Welpen" angeboten, und das heißt, eine Kreuzung des "Elo"-Markenhundes mit einem Eurasier. Damit macht sie eine Angabe über ihre Ware, die sie nicht selbst mit "Elo" kennzeichnet, sondern dahin beschreibt, dass eines der beiden Elterntiere ein "Elo"-Markenhund sei.

b. Anhaltspunkte dafür, daß diese Benutzung im Sinne des § 23 letzter Halbsatz MarkenG gegen die guten Sitten verstößt, fehlen. Zwar ist nach dem jüngsten Vorbringen der Kläger "Elo" keine Rasse, es ist aber jedenfalls ihr Ziel, "Elo" als "tollen Hundetyp" mit bestimmten Merkmalen zu züchten (vgl. Anlage BK 16). Wenn die Beklagte also durch die Bezeichnung "Elo-Eurasier-Welpen" deutlich macht, daß sie einen Hund der Rasse "Eurasier" mit einem "Elo" gekreuzt hat, so gibt sie dem Verkehr damit zu verstehen, dass der

eingekreuzte Markenhund Merkmale besitzt, die dazu berechtigen, seine Art ähnlich wie eine Rasse zu betrachten.

2. Der Verkauf "rein(rassig)er", aber von der Beklagten gezüchteter "Elos" wäre eine kennzeichenmäßige Benutzung für ihre eigene Ware. Wenn die Beklagte (wie die Kläger unter Beweisantritt behaupten) einen solchen Verkauf "zu einem späteren Zeitpunkt" angekündigt hat, besteht auch Begehungsgefahr.

Trotzdem braucht diesem Beweisangebot nicht nachgegangen zu werden. Nach den Umständen liegt das Merkmal "mit Zustimmung" der Kläger im Sinne des § 14 MarkenG vor, denn sie verkaufen ihre Züchtung zur Weiterzucht, und nach ihren von der Beklagten erwähnten und bisher unbestrittenen Angaben gibt es bereits 1600 Exemplare. Wenn sich die Beklagte solche "Elos" besorgt und verpaart, dann tut sie genau das, was mit dem Verkauf solcher Hunde beabsichtigt ist.

Allerdings behaupten die Kläger, die Weitergabe geschehe nur durch sie oder von ihnen legitimierte Dritte und zahlreiche "Elo"-Besitzer seien Vereinsmitglieder. Das muss die Beklagte aber nicht hindern, mittelbar oder unmittelbar von solchen legitimierten Dritten "Elos" zu erwerben. Zwar legen die Kläger 14 Erklärungen von Züchtern vor (Konvolut BK 18), wonach die Weitergabe an ihre Zustimmung gebunden ist. Aber das schließt nicht aus, dass sich andere Besitzer der 1600 Elos nicht in vergleichbarer Form gebunden haben und sich deshalb auf die nach den Umständen konkludent erteilte Zustimmung zur Zucht berufen können.

3. Die Beklagte verwendet den Begriff "Elo" auch nicht irreführend (§ 3 UWG).

a. Die Kläger bestreiten, dass die Angaben der Beklagten in ihrer Anzeige richtig sind, dass sie also in Wahrheit keine "Elo"-Hündin mit einem Eurasierrüden verpaart habe. Die Kläger sind für eine behauptete Irreführung aber darlegungs- und beweispflichtig (Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage, § 3, Rdnr. 120), ihr Bestreiten genügt also nicht. Ihnen kommen auch keine Beweiserleichterungen zugute, denn sie tragen überhaupt keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die sich aus der Anzeige ergebenden Tatsachen falsch sind. Ihr Vortrag ist vielmehr reine Mutmaßung. Selbst wenn das Muttertier nicht "Betsy" ist, bedeutet das nicht, dass es nicht eines der anderen 1600 "Elos" sein kann. Wenn die Beklagte den Besitzer der Hündin nicht preisgeben möchte, folgt daraus nicht, dass es einen solchen nicht gibt. Gerade wenn die Kläger ihre Zustimmung so streng handhaben, wie sie vortragen, kann es gute Gründe für den Besitzer geben, nicht genannt werden zu wollen, was eher dafür sprechen würde, dass die Angabe in der Anzeige richtig ist.

b. Die Beklagte soll am Telefon ihre Hunde als Elo-Welpen angeboten haben, obwohl es nur Elo-Eurasier-Kreuzungen seien. Wie oben unter 2. dargelegt, umfasst der Antrag auch Verhaltensformen, die der Beklagten nicht verboten werden können. Dieser Vorwurf allein trägt ihn nicht, denn er ist umfassender als die behauptete konkrete Verletzungsform, wie sie sich aus der telefonischen Angabe ergeben würde.

Es gibt aber auch keine Möglichkeit, den Antrag auf diese als minus in ihm enthaltene konkrete Verletzungsform zu beschränken, denn die Kläger haben für ihre Behauptung keinen hinreichenden Beweis angeboten.

Laut Klagschrift soll ein Herr A. bezeugen, dass der Ehemann der Beklagten erklärt habe, es handele sich bei den Welpen um einen Wurf, der aus der Verpaarung einer Elo-Hündin mit einem Eurasier-Rüden

hervorgegangen sei. Es fehlt - wie sich bereits ergab - schlüssiger Vortrag und Beweisangebot, dass diese Angabe falsch ist. Wenn in dem späteren Schriftsatz vom 02.02.2001 behauptet wird, der Ehemann habe den Wurf als "Elos" bezeichnet, dann hätten die Kläger zunächst darzulegen, warum sie von ihrer anfänglich wesentlich eingehenderen Darstellung abweichen. So erscheint der eher beiläufig vorgetragene neue Inhalt des Gespräches unsubstantiiert und legt den Verdacht nahe, es solle überhaupt in einer Beweisaufnahme herausgebracht werden, ob der Ehemann der Beklagten so etwas gesagt hat. Das wäre als Ausforschung unzulässig. Deshalb kann hier die Frage offen bleiben, ob Äußerungen ihres Ehemannes die Beklagte überhaupt zu einem Unterlassen verpflichten.

Frau S. soll bezeugen, daß die Beklagte angekündigt habe, dass sie "zu einem späteren Zeitpunkt" Elo-Welpen haben würde. Die Kläger legen nicht dar, dass dies unwahr ist, wie sich bereits oben ergab. In dem späteren Schriftsatz vom 02.02.2001 heißt es, die Beklagte habe die Welpen auch als "Elos" bezeichnet. Hier gilt das gleiche, was zum Beweisangebot des Zeugen A. ausgeführt worden ist. Angesichts des konkreteren Vortrages über das Ferngespräch in der Klageschrift erscheint das Vorbringen nicht hinreichend substantiiert.

Ein Herr S. soll bezeugen, dass die Beklagte den Eindruck erweckt habe, sie sei eine "Elo"-Züchterin. "Eindrücke", die ein Zeuge gehabt haben sollen, beruhen auf dessen subjektiver Wahrnehmung. Daraus folgt kein Sachverhalt, wie ihn die Kläger behaupten. Auch dieses Beweisangebot kann also nur darauf hinauslaufen, in der Beweisaufnahme herauszubringen, was genau die Beklagte am Telefon gesagt hat. Auch das wäre eine unzulässige Ausforschung.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 a. F. und § 543 Abs. 2 n. F. ZPO.

Unterschriften