



HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Aktenzeichen: 5 U 128/03

Entscheidung vom 12. August 2004

In dem Rechtsstreit

...
gegen

...

hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, 5. Zivilsenat, durch die Richter ..., Dr. ..., Dr. ... nach der am 14. Juli 2004 geschlossenen mündlichen Verhandlung für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Hamburg, Kammer 16 für Handelssachen, vom 4.7.2003 abgeändert:

I. Der Beklagten wird es bei Meidung eines Ordnungsgeldes von bis zu ? 250.000.- , ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft, jeweils zu vollziehen am Geschäftsführer der Komplementärin, verboten,
im geschäftlichen Verkehr für eine Spezialausgabe der Zeitschrift "auto, motor und sport" folgenden Titel zu verwenden, wie geschehen in der nachfolgend kopierten Titelleiste

II. Es wird festgestellt, dass die Beklagte der Klägerin allen Schaden zu ersetzen hat, der dieser durch Handlungen gemäß Ziff. I seit dem 4.12.2002 entstanden ist oder noch entstehen wird.

III. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Auskunft über den Umfang der Handlungen gemäß Ziff. I seit dem 4.12.2002 zu erteilen, insbesondere durch Angabe der Vertriebs- und Werbeeinnahmen so gekennzeichnete Zeitschriften, der Auflagenhöhe und der verkauften Auflage.

IV. Von den Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin 1/5, die Beklagte 4/5.

V. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann eine Vollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung von ? 165.000.- abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leistet. Die Klägerin kann eine Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages Sicherheit leistet.

VI. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin verlegt die Zeitschrift "OFF ROAD", die sich mit Geländefahrzeugen befasst. Die Zeitschrift erscheint seit 1978 einmal im Monat und hat eine Auflage von etwas über 100.000 Exemplaren. Die Klägerin hat den Titel "OFF ROAD" in der auf ihrer Zeitschrift verwendeten Schreibweise mit Priorität vom 22.7.1996 auch als Wort/Bildmarke schützen lassen. Die Marke ist u.a. für Druckerei- und Verlagserzeugnisse, insbesondere Bücher und Zeitschriften eingetragen.

Die Beklagte verlegt seit über 55 Jahren die Autozeitschrift "auto, motor und sport". Diese hat eine Auflage von 450.000 Exemplaren und erscheint 14-tägig. Daneben veröffentlicht die Beklagte in regelmäßigen Abständen Sonderpublikationen zu speziellen Auto-Themen. Sowohl für ihre regulären Hefte als auch für die Sonderhefte verwendet die Beklagte seit 40 Jahren ein rechteckiges rotes Logo, auf dem mit weißer Schrift schräg untereinander "auto, motor und sport" steht. Dieses wird in der linken oberen Ecke des Titelblattes angebracht.

Das vorliegende Verfahren betrifft Sonderausgaben von "auto, motor und sport", die sich - wie die Zeitschrift der Klägerin - mit Geländewagen beschäftigen. Die Sonderausgaben werden unter der im Tenor abgebildeten Titelleiste "auto, motor und sport - Off-Road" herausgebracht. Die erste Ausgabe dieser Sonderhefte erschien im Dezember 2002. Wie in der Berufungsinstanz ergänzend vorgetragen und unstreitig ist, sind im Jahr 2003 und im Jahr 2004 jeweils zwei weitere Sonderhefte erschienen.

Die Klägerin ist der Auffassung, dass mit diesen Spezialausgaben der Zeitschrift "auto, motor und sport" wegen Verwendung des Wortes "Off-Road" in der Titelleiste ihre Titel- und Markenrechte an ihrem Zeitschriftentitel "OFF ROAD" verletzt würden. Sie nimmt die Beklagte auf Unterlassung, Schadensersatzfeststellung und Auskunft in Anspruch. Vorangegangen ist ein einstweiliges Verfügungsverfahren in München. Nachdem das Landgericht München die von der Klägerin beantragte einstweilige Verfügung erlassen hatte, ist diese im Berufungsverfahren von dem OLG München wieder aufgehoben worden (Anlagen K 6, K 7). Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Sachvortrags und der in erster Instanz gestellten Anträge wird auf das angefochtene Urteil des Landgerichts Hamburg Bezug genommen. Das Landgericht Hamburg hat die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin.

Die Klägerin hat zunächst ihren Unterlassungsantrag in der Berufungsinstanz dahingehend angekündigt, dass der Beklagten verboten werden sollte,

im geschäftlichen Verkehr für eine Autozeitschrift den Titel und/oder Untertitel "OFF-ROAD" zu verwenden, insbesondere wenn dies wie nachfolgend geschieht... (Abbildung der Titelleiste wie im Tenor des Senatsurteils). Nach Erörterung in der Berufungsverhandlung hat sie ihren Unterlassungsantrag umformuliert und stellt insgesamt ihre Klaganträge nunmehr in der aus dem Tenor dieses Urteils ersichtlichen Fassung. Sie trägt im Wesentlichen vor:

Ihr Titel "OFF ROAD" sei schon von Haus aus normal kennzeichnungsstark und habe durch die lange Benutzung und die führende Stellung im Segment der Geländewagen-Zeitschriften inzwischen den Rang eines bekannten Titels nach §15 Abs.3 MarkenG erreicht. Es bestehe Zeichenähnlichkeit mit dem Titel der Beklagten, da der Verkehr den Bestandteil "auto, motor und sport" wie eine Dachmarke vernachlässigen und weglassen werde. Die graphische Aufmachung in der konkreten Verletzungsform verstärke die Verkürzungsneigung.

Eine nach § 23 Nr.2 MarkenG privilegierte Verwendung läge schon deshalb nicht vor, weil sie kennzeichenmäßig erfolge. Der Verkehr verstehe den Begriff "Off-Road" auch nicht als Bezeichnung für

Geländewagen. Wegen der niedrigen Anforderungen an die Kennzeichnungskraft von Titeln dürfe § 23 Nr.2 MarkenG nur eingreifen, wenn dem Titel jegliche Unterscheidungskraft fehle.

Jedenfalls handele die Beklagte unlauter. Sie verwässere den Titel der Klägerin. Sie sei auch nicht auf eine identische Bezeichnung angewiesen. Zudem hätten bis Dez.2002 zwischen den Parteien Verhandlungen stattgefunden, wonach die Beklagte den Titel der Klägerin habe erwerben wollen. Letzterer Vortrag, der erstmals in der Berufungsinstanz erfolgt ist, ist zwischen den Parteien unstreitig. Dadurch, dass unmittelbar nach Scheitern dieser Verhandlungen die Spezialausgabe "Off-Road" der Zeitschrift "auto, motor und sport" erschienen sei, habe die Beklagte ihre vorvertraglichen Sorgfaltspflichten verletzt (§ 311 BGB).

Soweit die Klägerin sich auf Markenschutz berufen könne, sei sie auch gegen mittelbare Verwechslungsgefahren geschützt. Diese seien hier gleichfalls gegeben.

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil und trägt im Wesentlichen vor:

Der Begriff "Off-Road" sei beschreibend für die gesamte Thematik Geländewagen. Der Titel der Klägerin habe jedenfalls keine starke Kennzeichnungskraft. Ein Anspruch aus § 15 Abs.3 MarkenG sei außerdem mangels unlauterer Ausnutzung der Wertschätzung des klägerischen Titels zu verneinen.

Ein Anspruch aus § 15 Abs.2, 4 MarkenG scheitere daran, dass keine Verwechslungsgefahr bestünde. Die unterschiedliche optische Gestaltung verhindere die Verwechslungsgefahr. Auch sei der Dachtitel "auto, motor und sport" prägend. Eine etwaige Verkürzung auf "Off-Road" würde sich allenfalls zugunsten der Klägerin auswirken. Denn wenn ein Kunde am Kiosk die Zeitschrift "Off-Road" verlangte und die Zeitschrift der Klägerin erhielte, wäre dies zu ihrem Vorteil.

Die Beklagte verwende "Off-Road" auch nicht titelmäßig, sondern nur als Beschreibung des Inhalts ihrer Spezialausgabe. Die beschreibende Verwendung sei nach § 23 Nr.2 MarkenG erlaubt und auch vor dem Hintergrund der gescheiterten Vertragsverhandlungen nicht unlauter.

II.

Die Berufung ist zulässig und begründet.

1. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist die Verwendung des Titels "auto,motor und sport -Off-Road" wie in der im Tenor eingeblendeten Titelleiste für eine Spezialausgabe der Autozeitschrift "auto, motor und sport". Eine selbständige Zeitschrift unter dem Titel "Off-Road" hat die Beklagte nicht herausgebracht. Insoweit besteht weder Wiederholungs- noch Erstbegehungsgefahr. Der ursprüngliche Unterlassungsantrag, der die Verwendung von "Off-Road" als Titel oder Untertitel für eine Autozeitschrift zum Gegenstand hatte und die konkrete Verwendungsform nur beispielhaft benannte - auch in der erstinstanzlich gestellten Fassung - war also zu weit. Der nunmehrigen Einschränkung aufgrund der Erörterung in der mündlichen Verhandlung hat die Beklagte jedenfalls konkludent zugestimmt.

2. Der Unterlassungsantrag der Klägerin ist aus § 15 Abs.2, 4 MarkenG begründet. Denn der Klägerin stehen unstreitig prioritätsbessere Werktitelrechte an ihrem Zeitschriftentitel "OFF ROAD" zu und es besteht Verwechslungsgefahr mit dem Zeitschriftentitel "auto, motor und sport - Off-Road" der Beklagten. Im Einzelnen:

a) Der Unterlassungsanspruch nach den genannten Vorschriften setzt voraus, dass die Beklagte die gesamte Titelleiste einschließlich der Worte "Off-Road" als Titel verwendet, mithin kennzeichenmäßig (BGH GRUR 2000, 71,72 "Szene"). Inhaltsbeschreibende Titel stehen bei Zeitschriften der Annahme einer kennzeichenmäßigen Benutzung nicht entgegen.

Vorliegend kann entgegen der Auffassung der Beklagten kein Zweifel daran bestehen, dass sie auch den Titelbestandteil "Off-Road" titelmäßig verwendet. Der Begriff erscheint zusammen mit dem Titellogo von "auto, motor und sport" als einheitliche Titelleiste am oberen Rand des Heftes, mithin an der Stelle, die dem Verkehr bei Zeitschriften als Anbringungsort des Titels vertraut ist. Von dem Rest des Titelblattes, das auf verschiedene im Heft behandelte Themen hinweist, ist die Titelleiste durch einen roten Streifen getrennt.

Dass auch die Beklagte selbst "Off-Road" als Titelbestandteil ihrer Spezialausgaben zu "auto, motor und sport" versteht, zeigt sich daran, dass die Seiten der Hefte mit dem Logo "auto, motor und sport" und dem Wort "Off-Road" durchpaginiert sind.

b) Die Verwechslungsgefahr wird bei Werktiteln in ständiger Rechtsprechung anhand der drei Parameter Kennzeichnungskraft des verletzten Titels, Titelähnlichkeit und Werknähe bestimmt, die zueinander in Wechselwirkung stehen (BGH GRUR 2002, 176 "Automagazin" m.w.N.). Für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr bei Zeitschriften kommt es ferner auf die Marktverhältnisse, insbesondere Charakter und Erscheinungsbild der Zeitschriften an; Gegenstand, Aufmachung, Erscheinungsweise und Vertriebsform haben ebenfalls Einfluss auf die Verwechslungsgefahr (BGH a.a.O.).

aa) Das Landgericht hat zutreffend eine jedenfalls normale Kennzeichnungskraft des Titels der Klägerin angenommen.

aaa) Dem Titel der Klägerin kam seit Beginn seiner Benutzung in 1978, aber auch heute noch ursprüngliche Unterscheidungskraft zu. Die Rechtsprechung stellt bei Zeitschriftentiteln sehr geringe Anforderungen (BGH a.a.O. "Automagazin", S.177). Der Titel "OFF ROAD" ist aber schon von Haus aus nicht glatt beschreibend für eine Autozeitschrift. Zunächst einmal handelt es sich um einen englischen Begriff, der wörtlich übersetzt soviel wie "abseits der Straße" bedeutet. Nun mag sich diese allgemeine Bedeutung im Verständnis der überwiegenden deutschen Verkehrskreise auf "Motorsport abseits der Straße" verengt haben, nämlich Motorsport mit Geländewagen, aber auch mit Motorrädern. Dennoch steht "offroad" nicht gleichbedeutend für Geländewagen; im Duden findet sich der Begriff "Offroadfahrzeug" für Geländewagen (Anlage B 12). "offroad" in Alleinstellung wird hingegen nicht substantivisch für Geländefahrzeuge verwendet, sondern umschreibt ganz allgemein die Welt des Motorsports außerhalb der Straßen. Darüber besteht zwischen den Parteien auch kein Streit. Es handelt sich also um einen griffigen, anschaulichen Begriff mit beschreibenden Anklängen, ist aber nicht glatt beschreibend für eine Zeitschrift über Geländewagen. Von Haus aus kommt ihm als Zeitschriftentitel für die Thematik Geländewagen eine mindestens schwache bis normale Kennzeichnungskraft zu.

bbb) Durch die langjährige Benutzung des Titels ist die Kennzeichnungskraft jedenfalls inzwischen als normal einzustufen, auch wenn die verkaufte Auflage in absoluten Zahlen nicht hoch ist. Sie liegt jedoch unstrittig in etwa konstant bei etwas über 100.000 Heften. Es kommt hinzu, dass die Klägerin ihr Blatt für den ausschließlichen Themenbereich Geländewagen unbestritten als führend bezeichnet und selbst die Beklagte einräumt, dass es - von ihrem eigenen Spezialheft abgesehen - keine Alternative zur Zeitschrift der Klägerin gäbe (Bl.101). Danach hat der Senat davon auszugehen, dass die Klägerin mit ihrem Titel bislang ohne nennenswerte Konkurrenz in diesem Segment geblieben ist. Auch eine Schwächung des Titels durch ähnliche Zeitschriftentitel ist nicht vorgetragen.

ccc) Ob sogar eine gesteigerte Kennzeichnungskraft des klägerischen Titels anzunehmen ist, erscheint zweifelhaft, kann aber im Ergebnis offen bleiben. Für einen bekannten Titel im Sinne des § 15 Abs.3 MarkenG reicht der Vortrag der Klägerin nicht aus. Selbst wenn man nur auf die Zielgruppe der an der Thematik Geländewagen Interessierten abstellt, dürfte diese schon erheblich größer sein als die Gruppe der Geländewagenfahrer, die die Klägerin für maßgeblich hält. Allein aus der eher mäßigen Auflagenhöhe und der Erscheinungsdauer auf eine Bekanntheit von 30-40 % der angesprochenen Verkehrskreise zu schließen, erscheint nicht hinreichend gesichert. Es müsste spezifizierter zu den Verkehrskreisen und ihrem Anteil an der deutschen Bevölkerung, zu Werbeaufwendungen, Vertriebsarten usw. vorgetragen werden. Indessen kommt es hierauf letztlich nicht an, weil der Senat auch bei lediglich normaler Kennzeichnungskraft des Titels einen Unterlassungsanspruch bejaht (s.sogleich).

b) Für die Frage der Titelähnlichkeit ist von der Gesamtheit der sich gegenüberstehenden Titel "OFF ROAD" und "auto, motor und sport - Off-Road" auszugehen. Diese unterscheiden sich zunächst deutlich durch die Voranstellung der Worte "auto, motor und sport" im Titel der Beklagten. Eine Titelähnlichkeit wäre dennoch zu bejahen, wenn der Gesamteindruck des Titels der Beklagten von "Off-Road" so stark geprägt wird, dass der bekannte Dachtitel "auto, motor und sport" dahinter zurücktritt. Denn dann stünden sich der Titel "OFF

ROAD" und der identische Titelbestandteil "Off-Road" gegenüber, die in der konkreten Verwendungsform allerdings unterschiedlich geschrieben werden (Klägerin nur Großbuchstaben und "OFF" rechtwinklig versetzt zu "ROAD", Beklagte Groß- und Kleinschreibung mit Bindestrich zwischen "Off" und "Road") . Nach Auffassung des Senats besteht jedenfalls für einen rechtlich erheblichen Teil des Verkehrs die Gefahr, dass der Titel der Beklagten in dieser Weise verkürzt und der Dachtitel vernachlässigt wird. Die unterschiedliche Schreibweise ist dagegen nur von untergeordneter Bedeutung.

aa) Der Senat hält die Rechtsprechung zur Prägung von Marken durch Unternehmenskennzeichen oder Stammbestandteile auch bei Zeitschriftentiteln für anwendbar. Nach dieser Rechtsprechung können gerade bekannte Unternehmenskennzeichen als Teil einer Produktkennzeichnung zurücktreten, weil der Verkehr annimmt, dass der Name des Unternehmens zusammen mit verschiedenen Produktbezeichnungen verwendet wird und seine Aufmerksamkeit mehr der eigentlichen Produktbezeichnung zuwendet (grundlegend zum MarkenG BGH GRUR 96,404,406 "Blendax Pep"). Auch ein als Stammbestandteil vielfach benutztes Element kann ebenso wie eine bekannte Herstellerangabe nicht prägend wirken (BGH GRUR 96, 977 "DRANO/ P 3 DRANO" für den Bestandteil "P 3"). Im Bereich des Titelschutzes hat das OLG Köln für zwei Kochbuchreihen entschieden, dass der Verkehr sich an den Titeln der Einzelausgaben orientiere und den zusätzlichen Reihentitel vernachlässige (NJWE-WettbR 2000, 114,116 "Blitzgerichte"). Der Titel "auto, motor und sport" der Beklagten ist ein sehr bekannter Dachtitel. Die Beklagte hat unbestritten vorgetragen und belegt, dass die Zeitschrift 55,5 % der Gesamtbevölkerung bekannt sei (Anlage B 4). Unstreitig ist weiter, dass die Beklagte unter diesem Dachtitel regelmäßig Sonderpublikationen zu verschiedenen Themen herausbringt, die wie ein Logo alle den Dachtitel in der linken oberen Ecke tragen , nämlich z.B.

- "auto, motor und sport - Formel 1"
- "auto, motor und sport - Testjahrbuch"
- "auto, motor und sport - Autokatalog"
- "auto, motor und sport - Sportauto"
- "auto, motor und sport - Gebrauchtwagen"

Der Verkehr ist mithin gewohnt, dass es neben dem regulären Heft Sonderausgaben zu bestimmten Auto-Themen gibt. Für den streitgegenständlichen Titel ist zudem unstreitig, dass er nicht nur einmalig erschienen ist, sondern mehrmals, wenn auch in größeren zeitlichen Abständen. Er hat sich also schon in gewissem Umfang als eigenständige Publikation etabliert. Weitere Hefte sind geplant, wenn auch - wie die Prozessbevollmächtigte der Beklagten im Termin erklärt hat - die Erscheinungsdaten noch nicht feststehen. Wenn aber eine solche Praxis besteht, wird sich der Verkehr - ebenso wie bei Buchreihen - jedenfalls in maßgeblichen Teilen an denjenigen Titelbestandteilen orientieren, die die verschiedenen Sonderausgaben von den regulären Heften "auto, motor und sport" unterscheiden. Hier ist auch die Verkürzungsneigung des Verkehrs in Rechnung zu stellen; gerade bei einem so langen Titel wie "auto, motor und sport- Off-Road" liegt es nahe, dass auf "Off-Road" verkürzt wird. Dies gilt vor allem in der Verwendung als Bestellzeichen, z.B. am Zeitungskiosk. Hier besteht infolge einer Verkürzung des Titels der Beklagten auf "Off-Road" die Gefahr, dass das jeweils andere Heft ausgehändigt wird, zumal die Hefte auch das Gleiche kosten (? 3,80). Der Einwand der Beklagten, dies könne sich zugunsten der Klägerin auswirken, verfängt nicht. Das Kennzeichenrecht schützt nicht nur vor Verwechslungen zu Lasten des Verletzten (Ingerl-Rohnke, MarkenG, 2.Aufl., § 15 Rn.47).

Hinzu kommt, dass der Begriff "Off-Road" sich auch deshalb als besonders einprägsam erweist, weil er im Gegensatz zu der etwas umständlich anmutenden Aufzählung "auto, motor und sport" in prägnanter und griffiger Weise die Thematik Geländewagen allgemein umschreibt, ohne rein beschreibend zu sein (s.o.) . Als englischer Ausdruck vermittelt er zudem ein internationales, sportliches und jugendliches Flair, wie es vielfach dem Selbstverständnis der Verkehrskreise entsprechen dürften, die sich für Geländewagen und damit

zusammenhängende Themen interessieren.

Aber auch in der optischen Gestaltung der Titelleiste der Sonderhefte der Beklagten tritt der Bestandteil "Off-Road" deutlich hervor und wird jedenfalls für einen Teil des Verkehrs in der visuellen Wahrnehmung prägend sein. Denn trotz des bekannten Logos von "auto, motor und sport" in der Signalfarbe rot werden fast 2/3 der Titelleiste von dem Wort "Off-Road" beherrscht, welches in mehrfach größeren Druckbuchstaben geschrieben ist als die Worte "auto, motor und sport".

bb) Davon ausgehend, dass sich maßgebliche Teile des Verkehrs an den übereinstimmenden Bestandteilen "Off-Road" in den Titeln der Parteien orientieren werden, wird die Zeichenähnlichkeit nicht durch die unterschiedliche Schreibweise dieses Begriffs und die sonstige Aufmachung der Zeitschriften der Parteien beseitigt, wie die Beklagte meint. Dabei muss man sich im Ausgangspunkt vergegenwärtigen, dass der Verkehr die Zeitschriften in der Regel nicht im direkten Vergleich nebeneinander sehen wird. Beide Hefte sind im identischen Format gehalten und weisen links oben einen roten Kasten auf, der allerdings beim Heft der Klägerin deutlich kleiner ist. Beide Hefte tragen ihren Titel in großer Blockschrift am oberen Rand. Wenn auch die Schreibweise deutlich unterschiedlich ist, mag manch einer, dem dies auch ohne direkten Vergleich auffällt, denken, dass die jeweils andere Zeitschrift einem optischen "Relaunch" unterzogen worden ist. Zudem gilt in Kennzeichensachen der Erfahrungssatz, dass sich der Verkehr in der undeutlichen Erinnerung eher an die übereinstimmenden Merkmale erinnert als an die unterschiedlichen. Schließlich sind Unterschiede in der Aufmachung der Hefte auch nicht geeignet, die Titelähnlichkeit in klanglicher Hinsicht zu überwinden (s.o.).

c) Die streitgegenständlichen Titel werden für identische Werke, nämlich Zeitschriften, verwendet.

d) Schließlich handelt es sich um Zeitschriften mit identischen Gegenstand, identischem Preis und offenbar auch identischen Vertriebswegen, jedenfalls was den Verkauf im Einzelhandel betrifft. Nicht identisch ist allerdings der Erscheinungsrhythmus. Die Zeitschrift der Klägerin erscheint monatlich, diejenige der Beklagten in größeren Abständen.

Gewichtet man alle für die Verwechslungsgefahr maßgeblichen Umstände, nämlich :

- mindestens normale Kennzeichnungskraft des Titels
- Werkidentität
- Übereinstimmung zwischen Klagtitel und prägendem Teil des Titels der Beklagten
- Übereinstimmung in weiteren Umständen, die die Rechtsprechung für Zeitschriftentitel entwickelt hat,

muss nach Auffassung des Senats Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Zeitschriftentiteln bejaht werden.

4. Die Beklagte kann sich nicht auf § 23 Nr.2 MarkenG berufen. Eine erlaubte beschreibende Benutzung liegt nicht vor.

a) Für Marken ist inzwischen geklärt, dass § 23 MarkenG auch bei kennzeichenmäßiger Verwendung des angegriffenen Zeichens anwendbar ist (BGH WRP 2002, 547, 549 " Gerri/Kerry Spring" ; EUGH v.7.1.2004, Aktz. C 100/02; BGH v.15.1.2004, Aktz. I ZR 121/01, "d-c-fix/ CD-FIX"). Für Werktitel wird Entsprechendes zu gelten haben, da die Kennzeichenrechte im Rahmen des § 23 MarkenG gleich zu behandeln sind (BGH GRUR 99, 992,995 "Big Pack").

b) Da sich "Off-Road" als Bezeichnung für Motorsport im Gelände in Deutschland weitgehend durchgesetzt haben dürfte, wird man die Benutzung als Zeitschriftentitel für eine Zeitschrift über Geländewagen und damit zusammenhängende Themen auch als Angabe über die Merkmale oder Eigenschaften der Zeitschrift im

Sinne des § 23 Nr.2 MarkenG ansehen können.

c) Vorliegend verstößt die Verwendung durch die Beklagte jedoch gegen die guten Sitten. Der Unlauterkeitsvorbehalt des § 23 MarkenG stimmt nicht mit den "guten Sitten" in § 1 UWG a.F. überein - § 3 UWG verwendet den Begriff auch nicht mehr -, sondern ist wie die zugrunde liegende Markenrechtsrichtlinie (Art .6 Abs.1) im Sinne von " anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel" auszulegen, und zwar für alle Kennzeichenarten (BGH GRUR 99,992,995 "Big Pack"; BGH I ZR 121/01 v. 15.1.2004 "d-c-fix/ CD-Fix", S.12).

Ein Indiz für die Unlauterkeit kann die zugleich beschreibende und kennzeichenmäßige Verwendung des verletzten Zeichens sein, wenn die beschreibende Verwendung hinter die kennzeichenmäßige Verwendung zurücktritt (BGH "Gerri/Kerry Spring", S.550). Oben wurde im Zusammenhang mit der Titelähnlichkeit bereits dargestellt, dass die Beklagte den Begriff "Off-Road" in sehr prominenter Form in ihrer Titelleiste verwendet, so dass hier die kennzeichnende Verwendung im Vordergrund steht.

Des weiteren macht die Klägerin zu Recht geltend, dass die Beklagte auf diesen Titel nicht angewiesen ist, um das Thema ihrer Sonderhefte zu bezeichnen. Der Grad der Angewiesenheit kann als Element der Lauterkeitsprüfung bei § 23 Nr.2 MarkenG Berücksichtigung finden (Ingerl-Rohnke a.a.O. , § 23 Rn.60). Der Beklagten stehen zur Beschreibung des Inhalts ihrer Hefte Begriffe wie "Geländewagen", " Allrad", "Offroader" usw. zur Verfügung, wie die Klägerin zu Recht vorträgt. Diese mögen nicht so griffig, prägnant und modern sein wie "Off-Road", andererseits vermag der Senat nicht zu erkennen, dass die Beklagte Anspruch auf den unter Marketing-Gesichtspunkten schlagkräftigsten Titel hat, wenn ein Wettbewerber hieran nicht nur bessere Rechte hat, sondern es sich auch um einen seit vielen Jahren eingeführten Titel handelt. Auch sind die bisherigen Titel der Sonderhefte von "auto, motor und sport" in deutscher Sprache gehalten und rein beschreibender Natur, so dass ein deutscher Titel nicht aus dem bisherigen Rahmen fiel. Der Beklagten ist es zudem auch deshalb zuzumuten, auf einen anderen Titel auszuweichen, weil es sich nicht um ihr Kerngeschäft mit der regulären Zeitschrift "auto, motor und sport" handelt, sondern lediglich um Spezialausgaben, die in größeren Abständen erscheinen.

Schließlich ist aufgrund des neuen Vortrags der Klägerin unstreitig, dass die Beklagte direkt nach Scheitern der Vertragsverhandlungen über eine Übernahme des Titels der Klägerin ihre erste Sonderpublikation mit dem streitgegenständlichen Titel herausgebracht hat. Dieser neue Vortrag kann nach der Rechtsprechung des Senats auch ohne das Vorliegen der Voraussetzungen des § 531 Abs.2 ZPO berücksichtigt werden, wenn die Gegenseite ihn - wie hier - unstreitig stellt und deshalb keine zusätzliche Beweisaufnahme erforderlich wird. Der Beklagten war der Titel der Klägerin also nicht nur bekannt, sondern auch dessen Marktstellung. Sie ist also sehenden Auges und vorsätzlich das Risiko einer Titelkollision eingegangen. Auch dies wirkt sich in der Gesamtwürdigung aller Umstände des vorliegenden Falls zu ihrem Nachteil aus.

5. Der Klägerin steht der Unterlassungsanspruch zusätzlich aus § 14 Abs.2 Nr.2 MarkenG zu.

Die für Zeitschriften eingetragene Wort/Bild Marke "OFF ROAD" schützt die Klägerin auch vor mittelbarer Verwechslungsgefahr durch gedankliches Inverbindungbringen. Dies wird im Titelschutz von Zeitschriften nur in Ausnahmefällen anerkannt, insbesondere für bekannte Titel regelmäßig erscheinender Zeitschriften.(BGH GRUR 2000, 70, 72 "Szene") . Denn Titeln wird regelmäßig keine herkunftshinweisende Funktion beigemessen. Selbst wenn man also der Auffassung des Senats nicht folgen wollte, dass sich jedenfalls Teile des Verkehrs an dem Titelbestandteil "Off-Road" im Titel der Beklagten orientieren werden, wäre der Unterlassungsanspruch der Klägerin kraft der für sie eingetragenen Marke begründet. Die besondere Schreibweise, die als Wort/Bildmarke eingetragen ist, spielt dabei für die Verwechslungsgefahr keine entscheidende Rolle, wie bereits oben ausgeführt wurde. Wenn der Verkehr also den Titel der Beklagten nicht auf "Off-Road" verkürzen sollte, bestünde dennoch die Gefahr, dass er den Titel mit der Marke "OFF ROAD" für Zeitschriftentitel gedanklich in Verbindung bringt, da es sich um identische Waren -Zeitschriften - mit identischer Thematik und teilweise identischem Titel handelt. Es besteht insbesondere die Gefahr, dass der Verkehr die Vorstellung haben könnte, die zwar seit langem eingeführte, aber nicht besonders auflagenstarke Zeitschrift der Klägerin erscheine nunmehr unter dem "Dach" der noch wesentlich älteren, auflagenstärkeren und bekannteren Zeitschrift "auto, motor und sport", um ihre langfristige Existenz in der Medienlandschaft auch in den derzeit wirtschaftlich schwierigen Zeiten zu sichern.

6. Die geltend gemachten Nebenansprüche auf Auskunft und Schadensersatzfeststellung sind nach den §§ 15 Abs.5, 14 Abs.6, 19 MarkenG, 242 BGB begründet. Insoweit besteht zwischen den Parteien auch kein Streit.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf den §§ 92 Abs.1, 269 Abs.3 S.2 ZPO. Die Einschränkung des ursprünglich weiteren Klagantrags ist als teilweise Klagrücknahme zu bewerten, die eine teilweise Kostenbelastung der Klägerin zur Folge hat. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr.10, 711 ZPO.

Gründe für die Zulassung der Revision bestanden nicht, § 543 ZPO. Der Fall hat keine grundsätzliche Bedeutung, sondern wendet gesicherte kennzeichenrechtliche Regeln auf einen Einzelfall an. Auch die Fortbildung des Rechts und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert keine Revisionszulassung. Zwar weicht die vorliegende Entscheidung von derjenigen des OLG München im Verfügungsverfahren ab. Es geht jedoch lediglich um die unterschiedliche Beurteilung eines konkreten Einzelfalls ohne Auswirkungen auf die Einheitlichkeit der kennzeichenrechtlichen Rechtsprechung insgesamt. Außerdem handelt es sich bei dem Urteil des OLG München um eine Entscheidung im Eilverfahren, die in einem Hauptsacheverfahren nochmals überprüft worden wäre, wenn die Klägerin dieses nicht in Hamburg anhängig gemacht hätte.

(Unterschriften)