

Titel:

Verwendung der Wortmarke „Torjägerkanone“ für den Verkauf eines Fußballpokals in Form einer Kanone

Normenketten:

MarkenG § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, § 25 Abs. 1, Abs. 2, § 26 Abs. 1

UWG § 2 Abs. 1 Nr. 4, § 4 Nr. 3 lit. a, § 5 Abs. 3 Nr. 1, § 8 Abs. 3 Nr. 1

Leitsatz:

Bei der Frage, ob die angesprochenen Verkehrskreise der angegriffenen Zeichenverwendung eine herkunftshinweisende Funktion beimessen, kann auch der sich grundlegend von dem streitgegenständlichen Verkaufsangebot unterscheidende Marktauftritt des Markeninhabers eine Rolle spielen, wenn die dabei zu Tage tretenden Unterschiede den Eindruck verstärken, dass die auf der beanstandeten Website angebotenen Produkte nicht vom Markeninhaber oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammen.

Schlagwort:

Markenrechtlicher Unterlassungsanspruch

Vorinstanz:

LG Nürnberg-Fürth, Endurteil vom 19.08.2022 – 4 HK O 3466/22

Fundstellen:

MD 2023, 215

WRP 2022, 1565

MittPatA 2023, 417

SpuRt 2022, 388

LSK 2022, 29133

GRUR 2023, 75

GRUR-RS 2022, 29133

Tenor

1. Auf die Berufung der Verfügungsbeklagten wird das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 19.08.2022, Az. 4 HK O 3466/22, abgeändert: Die Beschlussverfügung des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 27.06.2022, Aktenzeichen: 4 HK O 3466/22, wird aufgehoben und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen.

2. Die Verfügungsklägerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 100.000,00 € festgesetzt.

Tatbestand

A.

1

Die Verfügungsklägerin ist Herausgeberin der Sportzeitschrift „kicker“ und verleiht in verschiedenen Fußball-Ligen seit 1966 eine Trophäe in Form einer mittelalterlichen Bürgerkriegskanone namens „Torjägerkanone“ an Fußballspieler und seit 2004 auch an Fußballspielerinnen, die in der Saison die meisten Tore in ihrer Liga erzielten. Über die Vergabe der „Torjägerkanone“ an den treffsichersten Spieler wird jedes Jahr in verschiedenen Medien umfangreich berichtet. Die Verfügungsklägerin ist Inhaberin der jeweils am 30.05.2006 u.a. für die Warenkategorien 06 „Figuren, Statuen, Skulpturen und Trophäen aus

Metall“ sowie 16 „Druckereierzeugnisse“ eingetragenen Wortmarken „Torjägerkanone“, Az. DE 306 34 250 (Anlage ASt 13), und „kicker Torjägerkanone“, Az. DE-306 34 251 (Anlage ASt 14).

2

Die Verfügungsbeklagte ist Betreiberin und Verantwortliche der Website [www.https://p\[...\].de](https://p[...].de), auf der Pokale, Glastrophäen und Medaillen zum Verkauf angeboten werden. Darauf bietet sie u.a. den laut Warenbeschreibung aus Kunstharz/Polyresin gefertigten „Fußballpokal Torjägerkanone klein“ zu einem Preis von 14,99 € (Anlage ASt 17) in folgender (auszugsweiser) Aufmachung an:

Fußballpokal Torjägerkanone klein



Artikelnummer: 39434

- **Material:** kleine Torschützenkanone als wertige Kunstharz-Figur in antik-gold auf schwarzem Kunstharz-Sockel
- **Individualisierung:** inklusive Gravurschild auf Sockel, wahlweise als Text -oder Logogravur
- **Lieferumfang:** robust verpackt
- **Gesamtgröße:** 75 x 120 mm; **Gravurschild-Fläche:** 50 x 20 mm



Torjägerkanone klein mit gratis Gravur

Unsere Torjägerkanone in den kleineren Abmaßen von 75 x 120 mm eignet sich perfekt für die Ehrung von Topstürmern der Jugend-Mannschaften oder bei der Gewichtung von weiteren Top-Torschützen. Die Torschützenkanone wird mit passendem Gravurschild geliefert. Für die Auswahl des Gravurtextes empfehlen wir maximal 15 Zeichen, da der Text sonst etwas schwer lesbar erscheint. Natürlich können wir aber auch längere Texte für Sie umsetzen.

3

Ein vergleichbares Angebot findet sich als „Fußballpokal Torjäger-Kanone XL“ in Anlage ASt 18. Auch auf dem Lieferschein (Anlage ASt 20) und in der Rechnung vom 02.06.2022 (Anlage ASt 21) ist die Bezeichnung „Fußballpokal Torjäger-Kanone XL“ enthalten.

4

Das Landgericht erließ entsprechend dem Antrag der Verfügungsklägerin folgende Beschlussverfügung:

Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung eines Ordnungsgeldes bis zu zweihundertfünfzigtausend Euro oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten - Ordnungshaft auch für den Fall, dass das Ordnungsgeld nicht beigetrieben werden kann wegen jeder Zuwiderhandlung untersagt, im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland Fußballpokale unter der Bezeichnung „Torjägerkanone“ und/oder „Torjäger-Kanone“ und/oder „Torjägerkanone XL“ und/oder „Torjägerkanone klein“ anzubieten, zu bewerben und/oder in den Verkehr zu bringen.

5

Mit Endurteil vom 19.08.2022 erhielt das Landgericht diese Beschlussverfügung aufrecht. Zur Begründung führte es u.a. aus, dass der Verfügungsklägerin ein Unterlassungsanspruch gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3, Abs. 5 MarkenG zustünde. Die von der Beklagten erhobene Einrede der Nichtbenutzung gemäß § 25 Abs. 2 MarkenG greife nicht durch. Der Gebrauch des Begriffs „Torjäger-Kanone“ durch die Verfügungsbeklagte zur Bezeichnung und Bewerbung der von ihr vertriebenen Trophäen stelle einen markenmäßigen Gebrauch dar und sei keine beschreibende Angabe. Es sei auch Verwechslungsgefahr gegeben. Hilfsweise bestünde auch ein Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1, § 3, § 4 Nr. 3a, b UWG, da die Verfügungsbeklagte Waren anbiete, die eine Nachahmung der über wettbewerbliche Eigenart verfügenden Trophäen der Verfügungsklägerin seien, wodurch eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeigeführt und die Wertschätzung der nachgeahmten Ware unangemessen ausgenutzt oder beeinträchtigt werde.

6

Gegen dieses Urteil wendet sich die Verfügungsbeklagte in ihrer Berufung. Sie beantragt, unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils:

Die einstweilige Verfügung vom 27.06.2022, Az. 4 HK O 3466/22, wird aufgehoben; der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.

7

Zur Begründung führt die Verfügungsbeklagte aus, dass das Landgericht zu Unrecht von einer markenmäßigen Benutzung ausgegangen sei und die Feststellung der rechtserhaltenden Benutzung rechtsfehlerhaft getroffen habe. Außerdem sei es unzutreffend zur Annahme einer wettbewerblichen Eigenart, einer Nachahmung und einer Herkunftstäuschung bzw. einer Rufausbeutung gelangt.

8

Die Verfügungsklägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil und beantragt die Zurückweisung der Berufung. Zur Begründung führt sie u.a. aus, dass sich eine markenmäßige Benutzung bereits aus der durch Fettdruck hervorgehoben Angebotsbezeichnungen als „Fußballpokal Torjäger-Kanone XL“ bzw. „Fußballpokal Torjägerkanone klein“ ergeben würde. Bei der Bezeichnung „Torjägerkanone“ handele es sich nicht um eine beschreibende Angabe. Der von der Verfügungsbeklagten nun als Anlage AG 1 vorgelegte Presseartikel sei verspätet. Die Verfügungsklägerin habe ihre Marken „Torjägerkanone“ und „kicker Torjägerkanone“ auch rechtserhaltend benutzt. Schließlich würden sich die geltend gemachten Ansprüche auch wegen einer unlauteren Nachahmung gemäß § 4 Nr. 3 lit. a und b UWG sowie wegen Verwechslungsgefahr im Sinne von § 5 Abs. 3 Nr. 1 UWG ergeben.

Entscheidungsgründe

B.

9

Die zulässige Berufung hat auch in der Sache Erfolg. Zwar lehnt sich das streitgegenständliche Produkt der Verfügungsbeklagten zweifellos an die Idee der Verfügungsklägerin - mit einer Trophäe in Form einer Kanone namens „Torjägerkanone“ sogenannte „Torschützenkönige“ zu prämiieren - an. Vor dem

Hintergrund der grundsätzlich bestehenden Nachahmungsfreiheit kann dies jedoch nicht untersagt werden, da die geltend gemachten Ansprüche weder auf § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG (nachfolgend unter Ziffer I.) noch auf lauterkeitsrechtliche Anspruchsgrundlagen (nachfolgend unter Ziffer II.) gestützt werden können.

I.

10

Markenrechtliche Ansprüche stehen der Verfügungsklägerin aufgrund ihrer Wortmarken „Torjägerkanone“ und „kicker Torjägerkanone“ gegenüber der Verfügungsbeklagten nicht zu.

11

1. Für die angesprochenen Verkehrskreise stellt sich die streitgegenständliche Verletzungshandlung durch die Verfügungsbeklagte nicht als Benutzung der Klagemarke in markenrechtlich relevanter Weise dar.

12

a) Eine beeinträchtigende Benutzung des Zeichens ist gegeben, wenn es durch Dritte markenmäßig oder - was dem entspricht - als Marke verwendet wird und diese Verwendung die Funktionen der Marke beeinträchtigt oder beeinträchtigen kann (BGH, GRUR 2019, 1053 Rn. 27 - ORTLIEB II). Zu den Funktionen der Marke gehören dabei neben der Hauptfunktion der Gewährleistung der Herkunft der Ware oder Dienstleistung auch deren anderen Funktionen wie etwa die Gewährleistung der Qualität der mit ihr gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung oder die Kommunikations-, Investitions- oder Werbefunktion (BGH, GRUR 2020, 1311 Rn. 45 - Vorwerk). Allerdings sind die Rechte aus der Marke nach § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 MarkenG, dessen Anwendung eine Verwechslungsgefahr voraussetzt, auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen die Benutzung des Zeichens durch einen Dritten die Herkunftsfunktion der Marke beeinträchtigt oder immerhin beeinträchtigen könnte (BGH, GRUR 2017, 730 Rn. 21 - Sierpinski-Dreieck).

13

b) Im vorliegenden Fall liegt mangels Warenidentität kein Fall der sogenannten Doppelidentität i.S.v. § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 MarkenG vor, weshalb es auf die Möglichkeit der Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Klagemarke ankommt.

14

Eine Benutzung für Waren, die mit denjenigen identisch sind, für welche die Marke Schutz genießt, liegt vor, wenn die Waren, für die das angegriffene Zeichen benutzt worden ist, unter die Warenbegriffe im Verzeichnis der Waren und Dienstleistungen der Klagemarke subsumieren lassen (Hacker, in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2021, § 14 Rn. 335). Ausreichend ist, dass die auf Seiten des Dritten maßgebliche Ware vollständig unter einen Oberbegriff der geschützten (älteren) Marke fällt (BGH, GRUR 2009, 1055 Rn. 64 - airdsl).

15

Im vorliegenden Fall sind die Klagemarken u.a. für „Figuren, Statuen, Skulpturen und Trophäen aus Metall“ eingetragen. Die von der Verfügungsbeklagten vertriebenen Fußballpokale sind hingegen Kunstharz/Polyresin gefertigt. Damit fehlt es an der Warenidentität, weshalb eine mögliche Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Klagemarken erforderlich ist.

16

c) Ein herkunftshinweisender Gebrauch kann im Streitfall unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls nicht angenommen werden.

17

aa) Für die Annahme der möglichen Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion ist maßgeblich, ob der angesprochene Verkehr das Zeichen auch als Hinweis auf die Herkunft der Ware oder Dienstleistung aus einem bestimmten Betrieb versteht. Ob dies der Fall ist, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen (BGH, GRUR 2019, 1289 Rn. 25 - Damen Hose MO). Abzustellen ist auf die Sicht eines normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers (BGH, GRUR 2012, 1040 Rn. 16 - pjur/pure) und die Kennzeichnungsgewohnheiten in dem maßgeblichen Warenausgang, insbesondere die Art und Weise, in der Kennzeichnungsmittel bei den betreffenden Waren üblicherweise verwendet werden (BGH, a.a.O. Rn. 22, Rn. 25 - Damen Hose MO).

18

Es ist zwar ausreichend, dass die beanstandete Zeichenverwendung die wesentliche Funktion der Marke, den Verbrauchern die Herkunft der Waren oder Dienstleistungen zu garantieren, beeinträchtigen kann (BGH, GRUR 2019, 1053 Rn. 27 - ORTLIEB II). Dennoch muss die Tatsache, dass ein Zeichen von einem nicht unerheblichen Teils des angesprochenen Verkehrs als Herkunftshinweis für die in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen und damit als Marke erkannt wird, anhand der Umstände des Einzelfalls positiv festgestellt werden (BGH, GRUR 2019, 522 Rn. 41 - SAM).

19

Der Umstand, ob der Verkehr ein Motiv nur als dekoratives Element oder (auch) als Herkunftshinweis auffasst, hängt unter anderem von der Kennzeichnungskraft und dem Bekanntheitsgrad der Klagemarke ab (BGH, GRUR 2012, 618 Rn. 24 - Medusa). Andererseits kann das Vorliegen beschreibender Anklänge gegen die Annahme einer markenmäßigen Benutzung sprechen (OLG Nürnberg GRUR-RR 2022, 224, Rn. 18 ff. - Bewegte Medizin). Bei der Beurteilung sind auch solche Umstände in Betracht zu ziehen, die außerhalb des angegriffenen Zeichens selbst liegen (Hacker, in Stöbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2021, § 14 Rn. 139). Dabei ist das Verkaufsangebot in seiner Gesamtheit in den Blick zu nehmen (BGH, a.a.O. Rn. 33 - Damen Hose MO). Eine blickfangmäßige Herausstellung oder die Verwendung eines Zeichens im Rahmen der Produktkennzeichnung spricht für eine markenmäßige Verwendung (BGH, GRUR 2017, 520 Rn. 26 - MICRO COTTON).

20

bb) Der Senat kann die Feststellungen zum Verkehrsverständnis selbst treffen, da seine Mitglieder zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören (vgl. BGH, a.a.O. Rn. 33 - SAM). Die angegriffenen Angebote der Verfügungsbeklagten richten sich ersichtlich an jedermann, weshalb auf die Sicht des Durchschnittsverbrauchers abzustellen ist.

21

cc) Die Beurteilung der maßgeblichen Einzelumstände führt im vorliegenden Fall dazu, dass aus der Sicht des angesprochenen Verkehrs keine herkunftsbeeinträchtigende Benutzung vorliegt.

22

(1) In die Gesamtwürdigung ist einzustellen, dass - auch wenn der Senat wegen der Bindung der Zivilgerichte im Verletzungsprozess an die Eintragung der Klagemarke dieser grundsätzlich einen gewissen Grad an Kennzeichnungskraft zuerkennen muss - die Bezeichnung „Torjägerkanone“ deutlich beschreibende Anklänge hat.

23

Bei diesem Begriff handelt es sich um eine Auszeichnung in Form einer Kanone, die einem Torjäger verliehen wird. Die Verfügungsklägerin trägt selbst vor, dass sie seit 1966 eine Trophäe in Form einer mittelalterlichen Bürgerkriegschanone namens „Torjägerkanone“ an sogenannte „Torschützenkönige“ - also Fußballspieler, die in der Saison die meisten Tore erzielten - verleihe. Dieser Sinngehalt kommt in dem zusammengesetzten Begriff „Torjägerkanone“ - der sich aus der Bezeichnung des eigentlichen Gegenstands (Kanone) und seines Empfängers („Torjäger“) zusammensetzt - unmittelbar zum Ausdruck. Bei einem „Torjäger“ handelt es sich gerichtsbekannt um die Bezeichnung eines vielfach erfolgreichen Torschützen (<https://de.wikipedia.org/wiki/Torsch%C3%BCtze>). Und die gedankliche Verknüpfung zwischen einem Schützen und einer Kanone ist nicht fernliegend.

24

Ein derartiges Verständnis ergibt sich beispielsweise auch aus dem von der Verfügungsbeklagten vorgelegten Presseartikel (Anlage AG 1) - dem eine dpa-Meldung zugrunde liegt (Anlage ASt 42) - in denen die Angabe „Torjägerkanone“ als beschreibender Begriff für den besten Torschützen der Saison im Handball verwendet wird. Soweit die Verfügungsklägerin die Verspätungsrüge dieses erst in der Berufung vorgelegten Artikel erhebt, ist zum einen darauf hinzuweisen, dass neuer, unstreitiger Tatsachenvortrag in der Berufungsinanz immer zu berücksichtigen ist (vgl. BGH, NJW 2005, 291), und zum anderen, dass die Vorschrift des § 531 ZPO in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht anzuwenden ist (Rimmelspacher, in MüKoZPO, 6. Aufl. 2020, § 531 ZPO Rn. 3).

25

Im Rahmen der Beurteilung kann nicht außer Acht gelassen werden, dass im Bereich des Fußballs die Verwendung von militärbezogenen Metaphern gerichtsbekannt üblich ist und die angesprochenen

Verkehrskreise daran gewöhnt sind. So hat ein Spieler eine besondere „Schusstechnik“, muss sich „warmschießen“ und ist ein „Torschütze“, Gerd Müller wurde als „Bomber der Nation“ bezeichnet (https://de.wikipedia.org/wiki/Gerd_M%C3%BCller), und es gibt Angriff und Verteidigung. Gleichmaßen ist die Bezeichnung einer Person als „Kanone“ üblich, um deren guten Leistungen im Sport auszudrücken („Sportskanone“). Vor diesem Hintergrund ist auch die Bezeichnung „Torschützenkanone“ als Auszeichnung für einen erfolgreichen Torjäger im Fußball eine für den Verbraucher nicht völlig fernliegende Betitelung.

26

Ohne Relevanz ist in diesem Zusammenhang, dass die Verfügungsklägerin für sich beansprucht, dass diese Verbindung - wonach die beteiligten Verkehrskreise bei dem Anblick der Trophäe in Kanonenform an das Wort „Torjägerkanone“ denken würden - allein ihr Verdienst aufgrund der Verleihung dieser Auszeichnung durch sie seit der Saison 1965/66 sei. Denn derartiger Ideenschutz ist dem Markenrecht fremd, zumal die Verfügungsklägerin erst seit dem Jahr 2006 Markeninhaberin ist.

27

(2) Eine andere Beurteilung ist auch nicht aufgrund des Vortrags der Verfügungsklägerin zur angeblichen Bekanntheit der Bezeichnung „Torjägerkanone“ veranlasst.

28

Zwar ist der Vortrag der Verfügungsklägerin zur umfangreichen medialen Berichterstattung über die bereits seit vielen Jahren erfolgte Vergabe der Trophäe „Torjägerkanone“ an den treffsichersten Spieler der unterschiedlichen Fußballligen unstreitig. Darüber hinaus ist auch einem Teil der Mitglieder des Senats die Verleihung dieses Preises bekannt.

29

Dies ist jedoch nicht ausreichend, um von einer - im Rahmen der markenmäßigen Benutzung zu berücksichtigenden - Markenbekanntheit sprechen zu können. Davon kann vielmehr nur ausgegangen werden, wenn das Zeichen als Herkunftszeichen für die betreffenden Waren und Dienstleistungen Bekanntheit genießt, d.h. in einer Art und Weise verwendet wird, die dazu dient, dass die angesprochenen Verkehrskreise die Ware als von einem bestimmten Unternehmen stammend identifizieren (vgl. BGH, GRUR 2007, 780 Rn. 36 - Pralinenform). Dabei ist bei „eventbezogenen“ Bezeichnungen zu unterscheiden zwischen der Eignung, das jeweilige Ereignis als solches zu bezeichnen, und der Eignung, als Unterscheidungsmittel Waren und Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen (vgl. BGH, GRUR 2006, 850 - ...06). Erforderlich ist eine Bekanntheit des Zeichens als Marke, d.h. das Zeichen muss als Herkunftshinweis für die betreffenden Waren bzw. Dienstleistungen bekannt sein; nicht ausreichend ist die „abstrakte“ Bekanntheit eines Zeichens, das weder mit bestimmten Waren und Dienstleistungen noch mit einem bestimmten Unternehmen in Verbindung gebracht wird (OLG München, GRUR-RR 2010, 429 - Meisterschale).

30

Von einer derartigen Bekanntheit als Herkunftszeichen kann im vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden. Es ist von der Verfügungsklägerin weder dargetan noch glaubhaft gemacht, dass einem großen Teil der angesprochenen Verkehrskreise bekannt ist, dass hinter der streitgegenständlichen Preisverleihung die Verfügungsklägerin oder ein anderes bestimmtes Unternehmen steht. So wussten bis zu diesem Verfahren auch die Mitglieder des Senats nicht, dass die „Torjägerkanone“ vom Sportmagazin „kicker“ und nicht vom „Deutschen Fußball-Bund“ oder einem anderen Fußballverband verliehen wird. Den von der Verfügungsklägerin vorgelegten Presseartikeln lässt sich ebenfalls teilweise kein Hinweis auf das Sportmagazin „kicker“ und/oder die Verfügungsklägerin entnehmen (vgl. Anlagen ASt 5 bis 8). In diesem Zusammenhang kann auch nicht außer Acht bleiben, dass weitgehend unbekannt ist, dass die Verfügungsklägerin als Markeninhaberin hinter der Sportzeitschrift „kicker“ steht. Vor diesem Hintergrund hat die Verfügungsklägerin jedenfalls nicht glaubhaft gemacht, dass dem Durchschnittsverbraucher die „Torjägerkanone“ nicht nur als Auszeichnung, sondern auch als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen vertraut ist.

31

(3) Zu berücksichtigen ist im vorliegenden Fall darüber hinaus die konkrete Benutzung des Zeichens durch die Verfügungsbeklagte, insbesondere das Verkaufsangebot in seiner Gesamtheit und die Produktgestaltung.

32

Dabei spricht eher für eine markenmäßige Benutzung, dass die Verfügungsbeklagte die beanstandete Bezeichnung „Torjägerkanone“ jeweils an prominenter Stelle in der Artikelüberschrift ihrer Verkaufsangebote „Fußballpokal Torjäger-Kanone XL“ und „Fußballpokal Torjägerkanone klein“ verwendete.

33

Andererseits steht das Zeichen „Torjägerkanone“ in der Überschrift eingerahmt von den beschreibenden Angaben „Fußballpokal“ und „XL“ bzw. „klein“, was einen insgesamt eher generischen Eindruck vermittelt. Darüber hinaus ist das Angebot jeweils mit der Abbildung eines Kanonenmodells versehen; diese Illustration einer Kanone schlüsselt die in der Verkaufsbezeichnung verwendete Angabe „Kanone“ in einem eher beschreibenden Sinne auf. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der Begleittext - wonach es sich bei den Verkaufsprodukten um unterschiedlich große „Fußballpokale“ handele, die sich für die Ehrung von „Top-Torjägern“ und „Top-Torschützen“ eignen - die beschreibende Wirkung des Begriffs „Torjägerkanone“ verstärkt. Auch ist zu beachten, dass die Verfügungsbeklagte in ihren Verkaufsangeboten die angegriffene Bezeichnung - markenuntypisch - in unterschiedlichen Schreibweisen („Torjägerkanone“ bzw. „Torjäger-Kanone“) verwendet und in der Produktbeschreibung die Zeichenbestandteile noch weiter variiert („Topstürmer“, „Top-Torschützen“, „Echte Torkanonen“). Schließlich kann nicht außer Acht gelassen werden, dass die von der Verfügungsbeklagten angebotenen Pokale als solche nicht mit dem beanstandeten Kennzeichen „Torjägerkanone“ versehen sind; vielmehr kann darauf eine frei wählbare Gravur angebracht werden.

34

Das benutzte Zeichen wird daher bei einer Gesamtbetrachtung des Angebots der Verfügungsbeklagten auf der Homepage - insbesondere aufgrund des darin erkennbar assoziativen Zusammenhangs zwischen den Zeichen „Torjägerkanone“ bzw. „Torjäger-Kanone“ und dem angebotenen Produkt - auf einen eher beschreibenden Kern zurückgeführt, bei dem die angesprochenen Verkehrskreise mehr eine Artikel- oder Modellbezeichnung für das angebotene Produkt als einen eigenständigen Herkunftshinweis erkennen.

35

Gleiches gilt für die Verwendung der Bezeichnung „Fußballpokal Torjäger-Kanone XL“ im Lieferschein und in der Rechnung. Zum einen verstärken auch im Rahmen dieser Benutzung die Attribute „Fußballpokal“ und „XL“ den Eindruck der Verwendung im Sinne einer Artikelbeschreibung. Zum anderen erfolgte die Zusendung der Rechnung zusammen mit einer entsprechenden Kanone, weshalb auch insoweit die gedankliche Brücke naheliegt, dass sich die Angabe „Torjägerkanone“ auf die Gestaltung (Kanone) und den Einsatzzweck des Pokals (Auszeichnung des besten Torjägers) bezieht. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass für die Verkehrsauffassung in erster Linie maßgeblich ist, wie dem Verkehr das Zeichen beim Erwerb der Ware entgegentritt (Hacker, in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2021, § 14 Rn. 140) und dem Versand des Lieferscheins und der Rechnung die Bestellung im Webshop vorausgegangen ist, für welche die o.g. Kriterien gelten.

36

(4) Bei der Frage, ob die angesprochenen Verkehrskreise der angegriffenen Zeichenverwendung eine herkunftshinweisende Funktion beimessen, kann schließlich die allgemein bekannte und sich grundlegend von dem Verkaufsangebot der Verfügungsbeklagten unterscheidende Art der Zeichenverwendung durch die Verfügungsklägerin nicht außer Acht gelassen werden, weil die dabei zu Tage tretenden Unterschiede den Eindruck verstärken, dass die auf der Website [www.https://p\[...\].de](https://p[...].de) angebotenen Pokale nicht von der Verfügungsklägerin oder einem mit ihr wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammen.

37

Die Hauptfunktion der Marke der Gewährleistung der Herkunft der Ware ist beeinträchtigt, wenn für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Verbraucher nicht oder nur schwer zu erkennen ist, ob die angebotenen Waren oder Dienstleistungen vom Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen (EuGH, GRUR 2010, 445 Rn. 84 - Google und Google France). Diese vom EuGH bei der Benutzung von Marken als Keywords entwickelte Rechtsprechung ist nicht auf diese Fallgruppe beschränkt (vgl. BGH, GRUR 2019, 79 Rn. 20 - Tork).

38

Im vorliegenden Fall besteht diese Unsicherheit, ob die auf der Website [www.https://p\[...\].de](https://p[...].de) zum Verkauf angebotenen Pokale von der Verfügungsklägerin oder einem mit ihr wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammen, für den angesprochenen Verkehr nicht. Die Verfügungsklägerin bietet unstreitig selbst keine Trophäen zum Verkauf an, sondern gibt eine Sportzeitschrift heraus. Dem Teil des Verkehrs, der mit der Auszeichnung „Torjägerkanone“ vertraut ist, ist auch bekannt, dass die als „Torjägerkanone“ bezeichnete Originaltrophäe eine nicht käufliche, sondern verliehene Auszeichnung für den besten Torjäger der deutschen Fußball-Bundesliga, den so genannten Torschützenkönig, ist. Für die angesprochenen Verkehrskreise ist daher unschwer erkennbar, dass die von der Verfügungsbeklagten unter ihrem Namen auf der Homepage [www.https://p\[...\].de](https://p[...].de) angebotenen Pokale nicht von der Verfügungsklägerin oder einem mit ihr wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammen. Dieser Eindruck wird durch die Gestaltung der Website - bei der sich an keine Stelle ein Hinweis auf eine Auszeichnung an den besten Torschützen der Fußball-Bundesliga findet, sondern vielmehr klargestellt wird, dass es sich um eine von „Pokale Meier“ käufliche Auszeichnung mit einer frei wählbaren Gravur für den Bereich des Amateur-Fußballs handelt - verstärkt.

39

(5) Die Verfügungsklägerin hat schließlich keine sich aus dem Warenssektor „Skulpturen und Trophäen“ ergebenden Umstände - insbesondere keine entsprechenden Kennzeichnungsgewohnheiten des Verkehrs - vorgetragen, aus denen sich ergibt, ob und warum der Verkehr das in Streit stehende Zeichen „Torjägerkanone“ in der konkret streitgegenständlichen Verwendung als Hinweis auf eine bestimmte betriebliche Herkunft interpretiert.

40

2. Darüber hinaus greift der Einwand der fehlenden rechtserhaltenden Benutzung der Klagemarken nach § 25 Abs. 1, Abs. 2, § 26 Abs. 1 MarkenG für die maßgebliche Warenkategorie 06 „Figuren, Statuen, Skulpturen und Trophäen aus Metall“. Denn es fehlt an der Darlegung durch die darlegungsbelastete Verfügungsklägerin, dass die Klagemarken zur Erschließung oder Sicherung eines Absatzmarktes für die Waren „Figuren, Statuen, Skulpturen und Trophäen aus Metall“ rechtserhaltend verwendet werden.

41

a) Die rechtserhaltende Benutzung setzt voraus, dass die Marke für die Waren oder Dienstleistungen verwendet wird, für die sie geschützt ist, um für diese Produkte einen Absatzmarkt zu erschließen oder zu sichern. Die Benutzung muss also erfolgen, um im Inland Marktanteile für die durch die Marke geschützten Waren oder Dienstleistungen zu behalten oder zu gewinnen (BGH, GRUR 2012, 1261 Rn. 12 - Orion). Die Ernsthaftigkeit der Benutzung der Marke ist anhand sämtlicher Tatsachen und Umstände zu beurteilen, durch die die wirtschaftliche Verwertung der Marke im Geschäftsverkehr belegt werden kann (BGH, GRUR 2013, 725 Rn. 38 - Duff Beer).

42

Für die Ernsthaftigkeit der Benutzung ist eine Gewinnerzielungsabsicht nicht erforderlich. Insoweit kommt es in der Regel nicht darauf an, ob und inwieweit eine mit der Marke gekennzeichnete Ware gegen Entgelt vertrieben wird. Vielmehr kann auch eine unentgeltliche Abgabe von Waren oder Erbringung von Leistungen als rechtserhaltende Benutzung zu bewerten sein, soweit sie einen hinreichenden Bezug zu der eigentlichen geschäftlichen Tätigkeit des Benutzers aufweist, die darin besteht, für seine Waren oder Dienstleistungen einen Absatzmarkt zu erschließen und anschließend zu sichern (EuGH, GRUR 2009, 156 Rn. 16 ff. - Radetzky-Orden/BKFR; OLG Köln, GRUR-RR 2017, 138 Rn. 16 f. - Open-LIMS).

43

Eine rechtserhaltende Benutzung liegt nicht vor, wenn Werbegegenstände als Belohnung für den Kauf anderer Waren und zur Förderung des Absatzes dieser Waren verteilt werden. Etwas anderes kann sich im Einzelfall nur dann ergeben, wenn der Markeninhaber damit einen Absatzmarkt erschließen möchte, beispielsweise um zu ermitteln, ob für die Waren ein Publikumsinteresse besteht oder um den Verkehr an neue mit der Marke gekennzeichnete Produkte zu gewöhnen und Marktanteile zu gewinnen (BGH, GRUR 2012, 180 Rn. 42 - Werbegeschenke). Allerdings kann bei Produkten, die branchenüblich nur zu Werbe- oder Anerkennungszwecken verteilt werden, insoweit nicht auf den erforderlichen Willen zur Erschließung eines eigenen Absatzmarktes geschlossen werden (Ströbele, in Ströbele/Hacker, MarkenG, 13. Aufl. 2021, § 26 Rn. 16).

44

Die reine Imagewerbung eines Unternehmens reicht für eine rechtserhaltende Markenbenutzung nicht aus (OLG Frankfurt, GRUR-RR 2017, 426 Rn. 78 ff. - provadis). Denn der Verkehr muss im Allgemeinen aus der Benutzungshandlung als solcher ersehen können, auf welche konkreten Dienstleistungen sich der Kennzeichengebrauch bezieht. Daher muss durch die angegriffene Handlung selbst ein Bezug zwischen dem Zeichen und konkreten Waren oder Dienstleistungen hergestellt werden (BGH, GRUR 2015, 1201 Rn. 73 - Sparkassen-Rot/Santander-Rot).

45

b) Im vorliegenden Fall ist - wie bereits ausgeführt - unstreitig, dass die Verfügungsklägerin selbst keine Trophäen zum Verkauf anbietet. Vielmehr handelt es sich bei ihrer „Torjägerkanone“ um einen Ehrenpreis für eine besonders herausragende, sportliche Leistung. Die von der Verfügungsklägerin verliehene Auszeichnung an den besten Torschützen des Jahres dient daher nicht der Erschließung oder Sicherung eines Absatzmarktes für die Waren „Figuren, Statuen, Skulpturen und Trophäen aus Metall“. Noch weniger ist dargetan oder ersichtlich, inwieweit eine Verwendung der Wortmarken „Torjägerkanone“ und/oder „kicker Torjägerkanone“ durch die Verfügungsklägerin erfolgt, um im Inland Marktanteile für derartige Waren zu behalten oder zu gewinnen.

46

Der Vortrag der Verfügungsklägerin, dass sie mit der medienwirksamen Übergabe der „Torjägerkanone“-Trophäe den Absatz der von ihr herausgegebenen Sportzeitschrift „kicker“ fördern wolle, kann - als wahr unterstellt - dahinstehen. Denn die Feststellung der rechtserhaltenden Benutzung ist für die konkreten Waren zu treffen. Eine unterstellte rechtserhaltende Benutzung für die Warenkategorie 16 „Druckereierzeugnisse“ enthält daher keine Aussage für die in der Warenkategorie 06 enthaltenen „Figuren, Statuen, Skulpturen und Trophäen aus Metall“. Und aufgrund der absoluten Warenunähnlichkeit zwischen Druckereierzeugnissen und dem Angebot eines aus Kunstharz/Polyresin gefertigten Fußballpokals könnte die Verfügungsklägerin - selbst wenn in Bezug auf Druckereierzeugnisse eine rechtserhaltende Benutzung gegeben wäre - mangels Verwechslungsgefahr die angegriffenen Angebote der Verfügungsbeklagten nicht untersagen (vgl. BGH, GRUR 2015, 176 Rn. 10 - ZOOM/ZOOM).

47

Soweit die Verfügungsklägerin vorträgt, dass sie sich als Verleiherin der „Torjägerkanone“-Trophäe behaupten möchte, genügt dies ebenfalls nicht den Anforderungen an die Darlegung einer rechtserhaltenden Benutzung der klägerischen Wortmarken. Denn dass die jährliche Verleihung dieses Preises der allgemeinen Imagewerbung für die Verfügungsklägerin dient, ist für die hier maßgebliche Frage der rechtserhaltenden Benutzung der Wortmarken „Torjägerkanone“ und „kicker Torjägerkanone“ für die Waren „Figuren, Statuen, Skulpturen und Trophäen aus Metall“ nicht ausreichend. Denn es fehlt am Bezug zwischen der Preisverleihung, dem Wortzeichen „Torjägerkanone“ und derartigen Waren, mit denen die Verfügungsklägerin am Markt auftritt.

48

In diesem Zusammenhang ist auch auf die Entscheidung des Gerichts der Europäischen Union zur vergleichbaren Wortmarke „BALLON D'OR“ einer französischen Fußballfachzeitschrift hinzuweisen. Das Gericht entschied, dass die Marke, die zugleich den Namen einer Auszeichnung darstelle, zwar ernsthaft für Unterhaltungsdienstleistungen benutzt werde, wenn umfangreich medial über die Verleihungszeremonie berichtet werde und im Rahmen der Zeremonie Wort- und Filmbeiträge gesendet würden, die das Thema ergänzen. Es fehle aber an der rechtserhaltenden Benutzung für weitere Dienstleistungen in der Klasse 38, wie beispielsweise die „Ausstrahlung von Fernsehprogrammen“, weil die dortige Markeninhaberin diese - auch mangels eines eigenen Telekommunikationsnetzwerkes - nicht selbst erbringe (EuG, Urteil vom 06.07.2022 - T-478/21, GRUR-RS 2022, 15535 - BALLON D'OR). Auch im vorliegenden Fall bietet die Verfügungsklägerin selbst keine Waren der Kategorie 06 an, weshalb eine rechtserhaltende Benutzung insoweit nicht vorliegt.

49

c) Die pauschale Behauptung der Verfügungsklägerin in der Abmahnung vom 08.06.2022 (Anlage ASt 22) - wonach „der FC Bayern München [...], da aus seinen Reihen regelmäßig die erfolgreichsten Torschützen kommen, ein berühmtes Beispiel für einen Lizenznehmer der Marke 'Torjägerkanone'“ sei - genügt nicht den Anforderungen an die Darlegung einer rechtserhaltenden Benutzung i.S.v. § 26 Abs. 2 MarkenG, da daraus

weder der Inhalt der Lizenzvereinbarung noch die Art der Benutzung durch den FC Bayern München als Lizenznehmer hervorgeht.

II.

50

Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch kann auch nicht aus lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten hergeleitet werden.

51

1. Es fehlt bereits an der Darlegung eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG, weshalb die Verfügungsklägerin nicht aktivlegitimiert ist (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG).

52

a) Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ist gegeben, wenn beide Parteien gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen und daher das Wettbewerbsverhalten des einen den anderen beeinträchtigen, d.h. im Absatz behindern oder stören kann. Da im Interesse eines wirksamen lauterkeitsrechtlichen Individualschutzes grundsätzlich keine hohen Anforderungen an das Vorliegen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses zu stellen sind, reicht es hierfür aus, dass sich der Verletzer durch seine Verletzungshandlung im konkreten Fall in irgendeiner Weise in Wettbewerb zu dem Betroffenen stellt. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ist daher anzunehmen, wenn zwischen den Vorteilen, die die eine Partei durch eine Maßnahme für ihr Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die die andere Partei dadurch erleidet, eine Wechselwirkung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann und die von den Parteien angebotenen Waren oder Dienstleistungen einen wettbewerbslichen Bezug zueinander aufweisen (BGH, GRUR 2022, 729 Rn. 13 - Zweitmarkt für Lebensversicherungen II).

53

b) Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht dargetan und glaubhaft gemacht.

54

Die Parteien stehen nicht im Substitutionswettbewerb zueinander, da sie nicht versuchen, gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen. Bei der Verfügungsklägerin handelt es sich um die Herausgeberin einer Sportzeitschrift, und die Verfügungsbeklagte bietet Pokale, Glastrophäen und Medaillen zum Verkauf an. Damit betätigen sich Parteien nicht auf demselben sachlich relevanten Markt.

55

Es fehlt auch an der Glaubhaftmachung eines Behinderungswettbewerbs. So ist bereits nicht glaubhaft gemacht, dass eine Wechselwirkung zwischen den Vorteilen, welche die Verfügungsbeklagte durch den Verkauf der streitgegenständlichen Pokale zu ersuchen sucht, und den Nachteilen, welche die Verfügungsklägerin beim Vertrieb ihrer Zeitschrift erleidet, besteht. Jedenfalls fehlt es an der Darlegung eines wettbewerbslichen Bezugs der von den Parteien angebotenen Waren oder Dienstleistungen. Es ist weder dargetan noch ersichtlich, dass zwischen den Parteien irgendeine Konkurrenz im Angebotswettbewerb bestehen würde. Die pauschal behauptete (und nicht glaubhaft gemachte) Beeinträchtigung der Wertschätzung der Auszeichnung „Torjägerkanone“ durch den Vertrieb der Pokale durch die Verfügungsbeklagte und die pauschale Behauptung einer Lizenzvereinbarung mit dem FC Bayern München sind dafür nicht ausreichend.

56

2. Darüber hinaus ist nicht hinreichend dargetan, dass das Verhalten der Verfügungsbeklagten als unlauter anzusehen ist.

57

a) Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ergibt sich nicht unter dem Gesichtspunkt der vermeidbaren Herkunftstäuschung nach § 4 Nr. 3 lit. a UWG.

58

Die Verfügungsklägerin begehrt das Verbot, Fußballpokale unter der Bezeichnung „Torjägerkanone“ [...] anzubieten, zu bewerben und/oder in den Verkehr zu bringen. Da sich somit das Unterlassungsbegehren

auf die Benutzung konkreter Zeichen bezieht, ist maßgeblich, ob die Voraussetzungen des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes in Bezug auf das Zeichen „Torjägerkanone“ vorliegen.

59

Zwar kann grundsätzlich auch eine Kennzeichnung als solche ein Leistungsergebnis sein, das lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz genießt (OLG Nürnberg, GRUR 2022, 1228 Rn. 14 - Streifen „rot-orange-gelb“; BGH, GRUR 2003, 973 juris-Rn. 22 - Tupperwareparty). Es bestehen jedoch insoweit sehr hohe Anforderungen an einen lauterkeitsrechtlichen Schutz, um nicht die markenrechtlichen Schutzvoraussetzungen zu unterlaufen.

60

Im vorliegenden Fall hat die Verfügungsklägerin keine konkreten Tatsachen zur wettbewerblichen Eigenart des Wortzeichens „Torjägerkanone“ vorgetragen. Gleiches gilt für die konkrete Ausgestaltung des Erzeugnisses, also der Trophäe selbst. Es ist nicht dargelegt, inwieweit das Design der Kanone geeignet wäre, auf seine betriebliche Herkunft (oder seine Besonderheiten) hinzuweisen.

61

b) Es sind auch die Voraussetzungen einer Irreführung wegen Verwechslungsgefahr nach § 5 Abs. 3 Nr. 1 UWG (bis 27.05.2022: § 5 Abs. 2 UWG) nicht dargetan, wonach eine geschäftliche Handlung irreführend ist, wenn sie im Zusammenhang mit der Vermarktung von Waren eine Verwechslungsgefahr mit einer anderen Ware oder mit der Marke oder einem anderen Kennzeichen eines Mitbewerbers hervorruft.

62

Die lauterkeitsrechtliche Verwechslungsgefahr ist im Sinne einer Irreführungsgefahr zu verstehen. Das bedeutet, dass sie nicht abstrakt zu beurteilen ist, sondern darauf abgestellt werden muss, ob es tatsächlich zu Verwechslungen kommt (OLG Frankfurt, GRUR-RR 2018, 18 Rn. 28 - notebooksbilliger.de). Daher kann auch eine - an sich bestehende - Verwechslungsgefahr durch aufklärende Hinweise oder durch sonstige Umstände (etwa den verräterisch niedrigen Preis) beseitigt werden (Bornkamm/Feddersen, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 5 Rn. 9.6). Entsprechendes gilt, wenn der Verkehr aufgrund der Aufmachung des Produkts erkennt, dass der beanstandete Zeichenbestandteil beschreibend verwendet wird (vgl. BGH, GRUR 2013, 631 Rn. 72 - AMARULA/Marulablu).

63

Im vorliegenden Fall hat die Verfügungsklägerin nicht dargetan, dass es tatsächlich zu Verwechslungen zwischen der von der Verfügungsklägerin verliehenen Trophäe namens „Torjägerkanone“ und den von der Verfügungsbeklagten vertriebenen „Fußballpokal Torjägerkanone klein“ und „Fußballpokal Torjäger-Kanone XL“ gekommen ist. Dies erscheint dem Senat aufgrund der Gesamtumstände auch eher fernliegend. Dem Teil des Verkehrs, der mit der Auszeichnung „Torjägerkanone“ vertraut ist, ist auch bekannt, dass die „Originaltrophäe“ nicht käuflich erwerblich, sondern für besondere sportliche Leistungen - nämlich das Erzielen der meisten Tore in der Saison - verliehen wird. Eine tatsächliche Verwechslung mit dem aus Kunstharz/Polyresin gefertigten und zu einem Preis von 14,99 € mit einer Gravur seiner Wahl käuflichen Pokal der Verfügungsbeklagten ist nur schwer vorstellbar, zumal auf der Angebotsseite der Verfügungsbeklagten deutlich erkennbar der Hinweis auf „Pokale MEIER“ enthalten ist.

64

c) Soweit sich die Verfügungsklägerin in der Berufungserwiderung (erstmalig) pauschal auf eine Irreführung über die Qualität der Trophäe beruft, fehlt es jedenfalls am Verfügungsgrund. In der ersten Instanz hatte die Verfügungsklägerin lediglich auf den wettbewerbsrechtlichen Verwechslungsschutz nach § 5 Abs. 3 Nr. 1 UWG abgestellt. Eine Täuschung über die Qualität ist hingegen nicht Gegenstand von § 5 Abs. 3 Nr. 1 UWG. Die Geltendmachung dieses neuen Streitgegenstandes ist nicht mehr eilbedürftig. Darüber hinaus ist eine derartige behauptete Irreführung über die Qualität der Trophäe nicht vom Verfügungsklageantrag - mit dem der Vertrieb von Fußballpokalen unter einer bestimmten Bezeichnung untersagt werden soll - umfasst. Schließlich ist eine qualitätsbezogene Irreführung nicht hinreichend dargetan.

C.

65

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO.

66

Eines Ausspruchs über die vorläufige Vollstreckbarkeit bedarf es wegen § 542 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht.

67

Die Festsetzung des Streitwerts erfolgte in Anwendung von § 3 ZPO, §§ 47, 48, 51 Abs. 1, Abs. 4 GKG und entspricht der erstinstanzlichen Festsetzung, gegen die sich die Parteien nicht gewandt haben.