



# Kammergericht

## Beschluss

Geschäftsnummer: 5 U 162/04  
97 O 176/03 Landgericht Berlin

In dem Rechtsstreit

1. M■■■■■ M■■ GmbH,  
vertreten durch den Geschäftsführer D■■ B■■■ ,  
F■■■■■■■■■ , ■■ B■■■ ,
2. P■■■ a d■■■■■ o■ U■■■■■ M■■ GmbH,  
vertreten durch den Geschäftsführer T■ B■■ ,  
S■■■■■ A■■ , ■■ B■■■ ,

*Beklagte und Berufungskläger,*

- Prozessbevollmächtigte zu 1.:  
Rechtsanwälte Z■■■■■■■ & D■■■ ,  
J■■■■■■■■■ , ■■ H■■■ -

- Prozessbevollmächtigte zu 2.:  
Rechtsanwälte B■■■ B■■■■■  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
K■■■■■■■■■ , ■■ B■■■ -

g e g e n

1. M■ E■■■■■■■ M■■ & F■■ GmbH,  
vertreten durch den Geschäftsführer M■■■ S■■ ,  
S■■■ , ■■ N■■■■■■■ ,
2. M■■■■■■■ A■ M■■■■■■■ Inc.,  
vertreten durch den Geschäftsführer M■■■ K■■■■■ ,  
S■■■■■ P■■ D'A■■■ , ■ . ■ . B■ , M■■■■■ QC H■  
2■ ,  
K■■■ ,

*Kläger und Berufungsbeklagte,,*

- Prozessbevollmächtigte zu 1.:  
Rechtsanwälte K■■■■■ Kollegen,  
W■■■■■■■■■ , ■■■■ F■■■■■ a■ M■■■ -

- Prozessbevollmächtigte zu 2.:  
Rechtsanwälte P■■■ . J■■■■ & Kollegen,  
H■■■■■■■■■ , ■■■ K■■■ -

hat der 5. Zivilsenat des Kammergerichts durch die Richter am Kammergericht Dr. Pahl, Dr. Hess und Dr. Lehmbruck am 29. Mai 2007 einstimmig **b e s c h l o s s e n** :

1. Die Berufung der Beklagten zu 2) gegen das am 30. Juni 2004 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin - 97 O 176/03 - wird zurückgewiesen.
2. Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben zu tragen:
  - a) die Beklagte zu 1) 13/30 und
  - b) die Beklagte zu 2) 17/30, wobei die Beklagten in Höhe von 1/15 der Kosten gesamtschuldnerisch haften.
3. Der Wert des Berufungsverfahrens beträgt 147.000,- Euro, wobei auf den Ausspruch des Landgerichts zu Ziffer 1 124. 500,- Euro, auf den zu Ziffer 2 12.500,- Euro und den zu Ziffer 3 10.000,- Euro entfallen.
4. Die Beklagte zu 1) wird des Rechtsmittels der Berufung für verlustig erklärt, nach dem sie ihre Berufung zurück genommen hat.

#### Gründe:

Die Klägerinnen sind Inhaberinnen der Wortmarke „Omen“, die unter anderem für bespielte Bild- und Tonträger gemäß Klasse 9 eingetragen ist. Das Zeichen „Omen“ wird seit 1989 auf Tonträgern mit mystischer Musik verwendet.

Unter Lizenzierung der Beklagten zu 1) verbreitet die Beklagte zu 2) von der Gruppe „E N■■■■“ unter anderem eine CD, die auf der Verpackung anfangs den Titel „DAS OMEN (IM KREIS DES BÖSEN)“, jetzt den Titel „DAS OMEN IM KREIS DES BÖSEN“ und als Aufdruck selbst den Titel „DAS OMEN (IM KREIS DES BÖSEN)“ führt.

Die Klägerinnen sind unter anderem der Auffassung, dass die Herkunftsfunktion ihrer Marke dadurch beeinträchtigt werde, dass die Benutzung der angegriffenen Zeichen den Eindruck erweckten, es bestehe eine Verbindung im geschäftlichen Verkehr zwischen den betroffenen

Waren und

ihnen als Markeninhaberinnen.

Der Senat hat die Beklagte zu 1) im vorangegangenen Verfügungsverfahren antragsgemäß zur Unterlassung verurteilt (Senat, GRUR-RR 2004, 137).

Mit dem vorliegend angefochtenem Urteil hat das Landgericht antragsgemäß auf Unterlassung, Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzverpflichtung erkannt.

Die Berufung ist nicht begründet, § 522 Abs. 2 ZPO.

Der Senat hat mit Hinweisverfügung vom 6. März 2007 Folgendes ausgeführt:

A.

Hinsichtlich des Unterlassungsantrages Ziffer 1 betreffend die Bezeichnung „DAS OMEN (IM KREIS DES BÖSEN)“ für Ton- und/oder Bildtonträger folgt der Unterlassungsanspruch der Klägerinnen aus § 14 Abs. 5, Abs. 2 Nr. 2 MarkenG.

I.

Die Klägerinnen sind Inhaber der am 16. Oktober 1992 u. a. für bespielte Bild- oder Tonträger gemäß Klasse 9 eingetragenen Wortmarke „OMEN“.

II.

Es ist vorliegend davon auszugehen, dass die Klägerinnen ihre Marke unter Zustimmung zur Verwendung (§ 26 Abs. 2 MarkenG; vgl. auch BGH, GRUR 2006, 152 - Gallup, juris Rdn. 24) für die Tonträger „DAS OMEN (Teil I)“ (erstmal erschienen 1989), „OMEN - THE STORY“ (1989), „OMEN III“ (1993), „OMEN - The Story continues“ (1994), „CARMA remix OMEN II CARMA“ (1999) und „OMEN III Coverversion“ (2000) benutzt haben.

1.

Im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils wird als unstreitig festgestellt, dass das „Zeichen Omen ... in Lizenz der Klägerin seit 1989 auf Tonträgern mit mystischer Musik verwendet“ werde, so zuerst für „den 1989 veröffentlichten Tonträger „Das Omen (Teil 1)“ der Gruppe M■■■■■■ A■“. Diese positive Feststellung ist gemäß § 314 ZPO dem Berufungsverfahren zugrunde zu legen, weil eine Berichtigung nach § 320 ZPO nicht erfolgt ist (vgl. OLG Karlsruhe, NJW-RR 2003, 891; OLG Rostock, OLGReport 2004, 61; Stöber, MDR 2006, 5, 6 m. w. N.).

Im Übrigen hat die Beklagte zu 1) erstinstanzlich im Schriftsatz vom 28. Juni 2004 (Seite 8) mit Nichtwissen nur bestritten, die Klägerinnen hätten „weitere Werke“ veröffentlicht, welche ebenfalls

in anderen Konstellationen auch die Bezeichnung „Omen“ beinhaltet. Dies nimmt gerade die erste veröffentlichte Produktion vom Bestreiten aus.

Das schlichte Bestreiten der Beklagten mit Nichtwissen im Übrigen ist angesichts der vorliegenden Umstände unzureichend. Denn die CD-Hüllen zu den Produktionen „OMEN - The Story“ und „CARMA remix OMEN II CARMA“ weisen - wie schon die „erste“ CD-Hülle zu „Das OMEN (Teil I)“ - den Gruppennamen „m■■■■■ a■“ auf (Anlagen K 23), belegen also ebenso eine Fortsetzung wie die Angabe des Geschäftsführers der Klägerinnen zu 1) S■■ (der 1992 die Marke auf sich hatte eintragen lassen) als Produzent auf der CD-Hülle zu „OMEN - The Story“ (Anlage K 7). Die GEMA-Datenbank (Anlage B 3, Nr. 29 ff.) weist bezüglich des Werkes „Omen 3“ wiederum den Geschäftsführer der Klägerinnen zu 1) als Komponisten sowie als Originalverleger die Klägerin zu 2) aus. „OMEN III Coverversion“ bezieht sich schon nach der sprachlichen Bedeutung auf „OMEN III“, ebenso „OMEN - The Story continues“ auf „OMEN - The Story“. Unter diesen Umständen ist das bloße Bestreiten mit Nichtwissen der Beklagten - die zudem über eigene Marktkenntnisse verfügen und zwanglos nähere Einzelheiten erkennen könnten - unzureichend (vgl. OLG Stuttgart, GRUR-RR 2002, 381, juris Rdn. 44; Ströbele in: Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 25 Rdn. 22; enger Ingerl/Rohnke, MarkenG, 2. Aufl., § 25 Rdn. 19).

2.

Die einzelnen Abweichungen der o. g. Kennzeichnungen auf den Tonträgern stehen der Annahme einer Markenbenutzung nicht entgegen, § 26 Abs. 3 MarkenG.

a)

Beim Hinzufügen neuer Zeichenbestandteile ist maßgeblich, ob der Verkehr die Zusätze als markenmäßig bedeutungslose, austauschbare Zutaten bewertet, denen er keine eigene maßgebende kennzeichnende Wirkung beimisst und ob die eingetragene Marke trotz der Hinzufügung ihre selbständige Stellung als Produktkennzeichnung behalten hat (BGH, GRUR 2000, 1038, 1039 - Kornkammer; GRUR 2002, 167, 168 - Bit/Bud; GRUR 2005, 515 - Ferrosil; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 26 Rdn. 121). In Betracht kommt dies vor allem bei der Verbindung der Marken mit erkennbar beschreibenden oder sonst nicht herkunftsweisenden Zusätzen (BGH, a.a.O., Kornkammer; a.a.O., Bit/Bud; Ströbele, a.a.O., § 26 Rdn. 85). Insoweit kann auch die Form der Hinzufügung von Bedeutung sein (Ströbele, a.a.O.). Die isolierte Verwendung von Marken ohne weitere Angaben ist in der Praxis kaum vorstellbar (Ströbele, a.a.O.).

b)

Vorliegend übernimmt die Tonträgerkennzeichnung „DAS OMEN (Teil I)“ die Marke „OMEN“ als alleinkennzeichnenden Bestandteil. Die Hinzufügung „DAS“ ist ohne nähere Aussagekraft. Die

Wendung „(Teil I)“ belässt - als glatt beschreibend - dem Hauptbestandteil „OMEN“ ebenso die selbständige Stellung als Produktkennzeichen. Sie weist nur auf eine markenrechtlich unschädlich Unterscheidung mehrerer eigener Produkte unter der Marke „OMEN“ hin (vgl. BGH, GRUR 1984, 813, 814 - Ski-Delial; Ströbele, a.a.O., § 26 Rdn. 83).

c)

Entsprechendes gilt für die Kennzeichnung von Tonträgern mit den Wendungen „OMEN III“ und „OMEN III Coverversion“.

d)

Auch bei der Tonträgerkennzeichnung „OMEN - The Story“ bleibt der Marke „OMEN“ eine selbständige Stellung als Produktkennzeichen. Denn mit dem Gedankenstrich und aus der Farblosigkeit der Wendung „The Story“ wird deutlich, dass „The Story“ nur eine Untergliederung des Hauptbestandteils „OMEN“ sein soll, wiederum im Sinne einer „Sortenbezeichnung“ (vgl. Ströbele, a.a.O., § 26 Rdn. 83) eigener verschiedener Produkte unter dem Herkunftshinweis „OMEN“.

e)

Die Tonträgerkennzeichnung „OMEN The Story continues“ nimmt wiederum im hinzugefügten Teil nur Bezug auf „OMEN - The Story“ und schafft davon wiederum eine erneute Untergliederung, ohne dass Hauptzeichen „OMEN“ in seiner selbständigen Stellung als Herkunftshinweis zu schwächen.

f)

„CARMA remix OMEN II CARMA“ enthält zwar mit der Wendung „CARMA“ einen eigenständig kennzeichnenden Bestandteil. Aus dem Gesamtgefüge wird aber deutlich, dass „CARMA“ ein „remix“ von „OMEN II“ sein soll, also eine bloße musikalische Abwandlung. „OMEN II“ ist dabei durch die Wendung „remix“ von „CARMA“ deutlich abgegrenzt. Damit bleibt das Hauptzeichen „OMEN“ selbständig kennzeichnend neben dem weiteren Hauptbestandteil „CARMA“, wiederum zur Unterscheidung einzelner Produkte unter dem Herkunftshinweis „OMEN“ (vgl. BGH, GRUR 2000, 510, 511; Contura; GRUR 2005, 515, 516 - Ferrosil; Ströbele, a.a.O., § 26 Rdn. 81).

3.

Die Kennzeichnungen auf den Tonträgern stellen auch eine „markenmäßige“ Benutzung dar.

a)

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die o. g. Kennzeichen auf den Tonträgern markenmäßig oder werktitelmäßig erfolgt ist, wenn auch eine titelmäßige Verwendung eines Zeichens für eine rechtserhaltende Benutzung einer Marke genügt (dahingehend Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 26 Rdn. 35 unter Hinweis darauf, dass für das Publikum die Verwendung eines Werktitels kaum von der Verwendung einer entsprechenden Marke unterscheidbar sei; einschränkend Ströbele, a.a.O., § 26 Rdn. 23: „zumal wenn er“ (der Werkstitel) „als Marke eingetragen ist“; wohl noch einschränkender BGH, GRUR 2006, 152 - Gallup, juris Rdn. 13: Wenn „Herkunftshinweis auch zur Unterscheidung der so betitelten Druckschriften von Druckschriften anderer Unternehmen“ eingesetzt werde).

Vorliegend ist eine Markeneintragung erfolgt.

b)

Jedenfalls ist vorliegend aber auch von einer „markenmäßigen“ Benutzung der o. g. Tonträgerkennzeichen im eigentlichen Sinne auszugehen.

aa)

Im Ausgangspunkt ist zwar zwischen einer markenmäßigen und einer werktitelmäßigen Verwendung eines Kennzeichens zu unterscheiden. Denn beide Verwendungsarten haben verschiedene Funktionen: Weist die Marke in erster Linie auf die betriebliche Herkunft hin, ist der Werkstitel eher inhaltsbezogen (BGH, GRUR 1998, 155 - Power Point, juris Rdn. 19; GRUR 2000, 504 - Facts, juris Rdn. 30 m. w. N.; GRUR 2000, 882 - Bücher für eine bessere Welt, juris Rdn. 13). Ob ein Titel im Einzelfall einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft oder nur auf den Inhalt enthält, ist eine Frage des Einzelfalles, die im Rahmen des Merkmals der Unterscheidungskraft zu beantworten ist (BGH, a.a.O., Bücher für eine neue Welt, juris Rdn. 13; GRUR 2003, 440 - Winnetous Rückkehr, juris Rdn. 22), und zwar aus der Sicht des angesprochenen Verkehrs (vgl. BGH, a.a.O., Gallup, juris Rdn. 23).

Dabei kann jedoch neben einem werktitelmäßigen Gebrauch zugleich ein markenmäßiger Gebrauch in Betracht kommen (BGH, a.a.O., Bücher für eine bessere Welt, juris Rdn. 13). In der unterschiedlichen Zielrichtung von Marke und Werkstitel liegt auch ein Hinweis darauf, dass das Nebeneinander von Marken- und Werktitelschutz sinnvoll sein kann, auch wenn diesem Gesichtspunkt bei den meisten einem parallelen Schutz zugänglichen Werktiteln im Allgemeinen nur eine geringe praktische Bedeutung zukommen wird (BGH, a.a.O., Power Point, juris Rdn. 19). So ist denkbar, dass ein unter einem Titel bekanntes gemeinfreies Computerprogramm oder ein mehrfach lizenziertes Programm von verschiedenen Herstellern jeweils unter der eigenen Marke vertrieben wird (BGH, a.a.O., Power Point).

bb)

Gerade dies kommt - wie vorliegend - bei Tonträgern mit Musikstücken in Betracht. Der Verkehr ist hier daran gewöhnt, zwischen dem Tonträger als Ware und den (einzelnen) darauf enthaltenen Musikstücken zu unterscheiden. Dies folgt schon aus der dem Verkehr bekannten Übung, nach der einzelne (werktitelmäßig gekennzeichnete) Musikstücke eines Tonträgers auf dem Tonträger eines (häufig) anderen Herstellers neu zusammen gestellt oder von anderen Musikern aufgenommen oder neu musikalisch aufbereitet sein können. Aus dem Werktitel kann der Verkehr auf den Inhalt des Musikstücks schließen, aus der Kennzeichnung des Tonträgers auf den jeweiligen Hersteller und dessen Zusammenstellung der einzelnen Musiktitel (vgl. BGH, a.a.O., Power Point, juris Rdn. 19 zu Computerprogrammen). Die Kennzeichnung des Tonträgers versteht der Verkehr so als Herkunftshinweis zur Unterscheidung der „betitelten“ Tonträger von Tonträgern anderer Unternehmen (vgl. BGH, a.a.O., Gallup, juris Rdn. 23) oder von eigenen anderen (neu gemischten oder aufgenommenen) Tonträgern.

Belegt wird dies auch durch die von der Beklagten zu 1) eingereichten Darstellung der Tonträger und der Werktitel bei „musicline.de“ (Anlage BK 1). Auch dort wird - sinnvollerweise - grundsätzlich zwischen der Kennzeichnung des „Albums“ und der der Werktitel unterschieden. Denn ein gesuchter (werktitelmäßig bezeichneter) Musiktitel kann auf mehreren unterschiedlich zusammengestellten oder gestalteten Alben (gleicher oder unterschiedlicher Hersteller) vorhanden sein und gefunden werden.

Dabei kann sogar die (markenmäßige) Tonträgerkennzeichnung mit der (werktitelmäßigen) Musiktitelbezeichnung identisch sein. Denn dem angesprochenen Verkehr ist die Übung der Tonträgerhersteller bekannt, insbesondere einzelne - besonders erfolgreiche und bekannte - Musiktitel als „Zugpferd“ für den gesamten Inhalt des Tonträgers (seien es verschiedene Musikstücke oder nur verschiedene Variationen eines Musikstücks) zu nutzen und so auch den Tonträger selbst zu kennzeichnen.

Darüber hinaus weiß der Verkehr darum, dass gerade auch im Musikgeschäft insbesondere Sammelwerke einer bestimmten Epoche oder Musikrichtung oder auch nur einer bestimmten Musikgruppe auf mehrere Tonträger verteilt unter einer übergreifenden Bezeichnung als „Reihe“ oder „Serie“ (durchnumeriert oder mit verschiedenen Untertiteln oder Zusätzen) angeboten werden (vgl. auch Hacker, a.a.O., § 14 Rdn. 108 unter Hinweis auf „CD-Serientitel“ und die Entscheidung des Senats im hier vorangegangenen Verfügungsverfahren). Der Verkehr sieht dann in diesem Zeichengebrauch nicht nur einen auf das gegenständliche Musikstück beschränkten

Titelgebrauch, sondern ebenso einen darüber hinausweisenden markenmäßigen Gebrauch (vgl. auch Oelschlägel, GRUR 1998, 981, 986; Frommeyer, GRUR 2003, 19, 320 f.).

Der Senat kann dies als Teil der angesprochenen Verkehrskreise aus eigener Anschauung selbst beurteilen.

cc)

Vorliegend bezeichneten die o. g. - auf den Hüllen herausgestellten - Kennzeichen den Tonträger selbst, und zwar zur Abgrenzung von anderen Tonträgern (Produktionen) selbst dann, wenn auf diesen dieselben Musikstücke enthalten waren. Darüber hinaus war hier schon mit dem ersten Tonträger „DAS OMEN (Teil 1)“ der Gruppe „mysterious art“ eine solche „Reihe“ bzw. „Serie“ mit nachfolgenden Tonträgern angelegt, und zwar unter dem Hauptzeichen „OMEN“. Unter dem Schutz der Klagemarke ist diese Serie dann mit den o. g. nachfolgenden Produktionen fortgesetzt worden.

dd)

Auf eine Verkehrsbekanntheit der o. g. Tonträgerkennzeichnungen und der auf ihnen enthaltenen Werktitel kommt es dabei nicht an.

(1)

Zwar legt die Bekanntheit eines Titels einer Druckschrift und das regelmäßige Erscheinen im selben Verlag die Schlussfolgerung nahe, dass der Titel im Verkehr jedenfalls teilweise auch als Hinweis auf die betriebliche Herkunft verstanden wird (BGH, GRUR 2000, 504 - Facts, juris Rdn. 30 m. w. N.). Dieses Verständnis für Titel von Druckschriften ist aber nur ein Beispiel dafür, dass der Verkehr mit einem Werktitel auch die Vorstellung einer bestimmten betrieblichen Herkunft verbinden kann (vgl. BGH, a.a.0.). Dieser Rechtsprechung des BGH lagen regelmäßig auch bloße - nicht markenmäßig geschützte - Zeitungs- und Zeitschriftentitel zugrunde, die einem weitergehenden - gleichsam markenmäßigen - Schutz über unmittelbare Verwechslungen im engeren Sinne hinausgehend zugeführt werden sollten. Für eingetragene Marken ist - zumal bei hinreichender Unterscheidungskraft - eine Bekanntheit nicht zwingend erforderlich. Die auch vom BGH als sinnvoll erachtete Möglichkeit, dass etwa ein mehrfach lizenziertes Computerprogramm von verschiedenen Herstellern jeweils unter der eigenen Marke vertrieben wird, wäre unpraktikabel und weitgehend funktionslos, wenn die Marken bis zu einer Bekanntheit markenrechtlich schutzlos blieben.

(2)

Im Übrigen haben die Beklagten - auch erstinstanzlich - die wochenlange Belegung einzelner o. g. Produktionen auf den vorderen Chart-Plätzen und die 1995 erfolgte Verleihung eines „Echos“, eines der weltweit bedeutendsten Preise der Musikbranche nicht (jedenfalls nicht konkret) bestritten. Schon daraus folgt eine nicht geringe Bekanntheit dieser Produktionen, auch wenn der Höhepunkt des Erfolges schon Anfang der 90ziger Jahre gelegen haben mag. Denn derart beliebte Produktionen bleiben regelmäßig lange in Erinnerung des Publikums und diese Erinnerung wird auch immer wieder durch das Abspielen im Rundfunk und in Diskotheken - häufig unter Ansage des Werktitels und der Albenkennzeichnung - sowie durch Abspielen der erworbenen Tonträger im Privatbereich wach gehalten.

### III.

Auch die Beklagten haben ihre Kennzeichen „DAS OMEN (IM KREIS DES BÖSEN)“ und „DAS OMEN IM KREIS DES BÖSEN“ nicht nur werktitelmäßig, sondern auch markenmäßig verwendet.

#### 1.

Zwar ist im Ausgangspunkt zwischen einer - zuvor erörterten - markenmäßigen Benutzungshandlung nach §§ 25, 26 MarkenG und einer markenmäßigen Verletzungshandlung nach § 14 MarkenG zu unterscheiden, da beide Handlungen unterschiedlichen Funktionen dienen. Anders als die Benutzungshandlung ist die markenmäßige Verletzungshandlung aber sogar im Allgemeinen im Interesse des Zeicheninhabers großzügig zu prüfen (vgl. BGH, WRP 2002, 547, 549 - Gerri/Kerry Spring; GRUR 1998, 830, 834 - Les-Paul-Gitarren; GRUR 1995, 57, 60 - Markenverunglimpfung; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 102 m. w. N.). Es genügt die objektive, nicht fernliegende Möglichkeit, dass der Verkehr (d. h. ein nicht ganz unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise; BGH, a.a.O., Les-Paul-Gitarren; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 100) einen Herkunftshinweis annimmt (EuGH, WRP 2002, 1415 - Arsenal, Rdz. 57 und 51; GRUR 2002, 692 - Hölterhoff, Rdn. 17; BGH, a.a.O., Les-Paul-Gitarren; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 103). Bei der Anbringung fremder Marken auf den eigenen Waren kann ein markenmäßiger Gebrauch zu vermuten sein (BGH, GRUR 1995, 57, 60 - Markenverunglimpfung; a.a.O., Les-Paul-Gitarren; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 104).

#### 2.

Vorliegend haben die Beklagten ihr Kennzeichen „DAS OMEN (IM KREIS DES BÖSEN)“ als Bezeichnung des Tonträgers benutzt, der seinerseits mehrere Versionen des „gleichnamigen“ Musikstückes enthielt. Die Tonträgerkennzeichnung diente somit (auch) zur Abgrenzung dieser Produktionen von anderen Alben (Tonträgerproduktionen). Sie wird - nach der oben bereits dargelegten - Verkehrsauffassung - hier erst recht - als herstellerbezogen und damit markenmäßig

verstanden. Dies gilt um so mehr, als sich die streitgegenständliche Kennzeichnung der Beklagten zwanglos in die von den Klägerinnen angelegte Markenserie einfügt.

#### IV.

Es besteht eine Verwechslungsgefahr, und zwar jedenfalls eine mittelbare unter dem Gesichtspunkt der Serie.

##### 1.

Die Frage der Verwechslungsgefahr ist danach zu bestimmen, welchen Gesamteindruck die beiderseitigen Bezeichnungen im Verkehr erwecken. Auszugehen ist von dem allgemeinen kennzeichenrechtlichen Grundsatz einer Wechselwirkung zwischen allen in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Kennzeichen und der Produkt-(Werk-)Nähe sowie der Kennzeichnungskraft des älteren Kennzeichens (BGH, GRUR 2002, 176 - Auto Magazin; GRUR 2001, 1050, 1051 und 1053 - Tagesschau).

##### 2.

Es ist hier von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Marke „OMEN“ der Klägerin auszugehen.

##### a)

Die Wendung „OMEN“ ist für Tonträger mit Musikstücken weder glatt beschreibend noch auch nur in einem erheblichen Maß inhaltlich bezugnehmend. Zwar kann die Kennzeichnung einen gewissen sachlichen Zusammenhang mit einer mystisch angelegten Musik aufweisen, etwa bei einem Verständnis im Sinne eines „unheilsschwangeren Vorzeichens“. Auf diese Bedeutung ist das Wort „OMEN“ aber nicht beschränkt, denn „Omen“ bedeutet ganz allgemein „Vorbedeutung“. Dies kann - wie auch die Beklagten betonen - sowohl in positiven als auch in einem negativen Sinne verstanden werden. Die Bedeutung „unheilsschwangeres Vorzeichen“ ist daher nur eine von mehreren - sogar in der Tendenz entgegengesetzten - Ausdeutungen, so dass sich der inhaltliche Bezug zu mystischer Musik weitgehend verliert. Letztere muss auch nicht notwendig „unheilsschwanger“ sein.

##### b)

Die durchschnittliche Kennzeichnungskraft ist durch Vorbenutzung des Titels „OMEN“ durch Dritte nicht erheblich geschwächt worden.

Eine solche Schwächung stellt einen Ausnahmetatbestand dar. Sie setzt voraus, dass die Drittkennzeichen im Bereich der gleichen oder eng benachbarter Branchen, Waren oder Dienstleistungen und in einem Umfang tatsächlich in Erscheinung treten, der geeignet erscheint, die erforderliche Gewöhnung des Verkehrs an die Existenz weiterer Kennzeichen im Ähnlichkeitsbereich zu bewirken (BGH, GRUR 2002, 560 - IMS, juris Rdn. 42 m. w. N.). Die Darlegungslast liegt insoweit beim Verletzer; ein pauschaler Vortrag genügt regelmäßig nicht (vgl. BGH, a.a.O., IMS; GRUR 2001, 1161, 1162 - CompuNet/ComNet).

aa)

Eine Schwächung ist zum einen nicht dargetan hinsichtlich der Tonträger mit der Filmmusik zu den weltbekannten Spielfilmen „Das Omen“, „Damien-Omen II“ und „The Final Conflict (Barbaras Baby - das Omen 3)“. Hinsichtlich einer Titelbenutzung für Filmwerke und für Werke der Unterhaltungsmusik unterscheidet der Verkehr in aller Regel schon diese Bereiche deutlich und er überträgt gedanklich nicht ohne weiteres Titel des einen Bereichs in den anderen. Filmmusikwerke werden zwar nicht selten auch gesondert als Tonträger vermarktet, aber doch immer unter ausdrücklichem Bezug auf das Filmwerk. Auch vorliegend versteht der Verkehr die Tonträgerkennzeichnungen „OMEN I - IV“ mit den o. g. Filmmusikwerken allein als Herkunftshinweis auf die weltbekannten Spielfilme.

bb)

Hinsichtlich des Tonträgers „Omen“ des Künstlers Peter Maffay ist - nach wie vor - schon nicht vorgetragen, in welchem Umfang diese Kennzeichnung tatsächlich in Erscheinung getreten ist und im Verletzungszeitpunkt noch von Bedeutung war.

cc)

Der Künstlername einer Gruppe „Omen“ stellt sich schon nicht als ein Markengebrauch im o. g. Sinne dar. Denn der angesprochene Verkehr unterscheidet deutlich die Bezeichnung des Tonträgers von dem Namen der Künstler. Im Übrigen fehlt auch hier jeder nähere Vortrag zum Verbreitungsgrad und zur maßgeblichen Bedeutung im Verletzungszeitraum.

dd)

Soweit die Beklagten darauf verweisen, es gebe 86 identische Bezeichnungen für Tonträger (unter Hinweis auf BK 1 bzw. BB 2), so gilt dies schon nicht für die hier in Rede stehende markenmäßige Benutzung. Denn - bis auf Nr. 57 „Omen“ von Peter Maffay - enthält keine der aufgelisteten Kennzeichnungen der Alben die Wendung „Omen“. Dieser Begriff erscheint nur als Werktitel, d. h. als Kennzeichnung eines der auf dem - anderweitig bezeichneten - Tonträger aufgenommenen

Musikstücke. Darüber hinaus fehlt auch hierzu jeder nähere Vortrag zum Verbreitungsgrad und zur maßgeblichen Bedeutung im Verletzungszeitraum.

c)

Unabhängig von den tatsächlichen Verkaufszahlen der den Klägerinnen zuzurechnenden Tonträger weisen jedenfalls die unstreitigen Umstände (wochenlange Belegung einzelner der o. g. Produktionen auf vorderen Chart-Plätzen und Verleihung eines „Echos“ 1995) auf eine durch Bekanntheit eher gestärkte Kennzeichnungskraft der Marke der Klägerinnen im Kollisionszeitraum und nachfolgend hin. Auch wenn die Tonträger der Klägerinnen nur noch in einem geringen Umfang verkauft werden, hält sich doch - wie ausgeführt - die Erinnerung im Gedächtnis des angesprochenen Verkehrs, und sei es auch nur durch das weiterhin gegebene Abspielen im Rundfunk und in Diskotheken (was bei einstmalig so erfolgreicher Musik anzunehmen ist) sowie der von den Verbrauchern erworbenen Tonträgern durch diese.

3.

Es ist eine große Produkt-/Werknähe gegeben. Es geht auf Seiten beider Parteien um Tonträger mit aktuellen Musikwerken. Ein wesentlicher Unterschied besteht vorliegend zwischen „Techno-Musik“, „Dance-Musik“ und „Pop-Musik“ nicht, da - gerichtsbekannt - „Techno-Musik“ und „Pop-Musik“ im Wesentlichen auch eine Tanzmusik sind. Die Musikrichtungen der Parteien werden wesentlich durch die - gemeinfreien - Stilmittel der sogenannten „Gregorianischen Chöre“ und die den Text vortragende tiefe männliche Stimme geprägt. Wenn die Beklagten die Verwendung dieser Stilmittel bei den Produktionen der Klägerinnen nunmehr erstmals in der Berufungsinstanz (vgl. LGU S. 4) bestreiten, so ist dies verspätet (§§ 531 Abs. 1, 520 Abs. 3 Nr. 4 ZPO).

4.

Die Ähnlichkeit der Kennzeichen ist groß.

a)

Das Markenzeichen „OMEN“ der Klägerinnen unterscheidet sich nur unwesentlich von dem Kennzeichenbestandteil der Beklagten „DAS OMEN“. Der Artikel „DAS“ enthält keine bedeutungsvolle Aussage. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird er im Zusammenhang mit der Produkt-/Werkbezeichnung häufig beliebig hinzugefügt bzw. fortgelassen. Dies gilt um so mehr, als auch das erste Werk aus der Omen-Serie der Klägerinnen den Werktitel „DAS OMEN (Teil 1)“ geführt und damit ebenso den weiteren Markengebrauch in der Vorstellung des Verkehrs miteinflusst hatte.

b)

Auch wenn bei Werktiteln Untertiteln und sonstigen Zusätzen eine größere Bedeutung zukommen kann, gilt dies vorliegend nicht für den Zusatz „(IM KREIS DES BÖSEN)“. Denn dieser Zusatz umschreibt weitgehend nur den mystischen Gehalt des Kennzeichens „DAS OMEN“, führt also nicht wesentlich darüber hinaus. Kennzeichnend ist gerade die am Anfang des langen und wenig merkfähigen Wortgefüges stehende Wendung „DAS OMEN“.

Nicht selten werden Teile der angesprochenen Verkehrskreise einem Untertitel oder sonstigen Zusatz keine maßgebliche Bedeutung zuweisen, weil sie von anderen entgegenstehenden Zusätzen auf den Produktionen der Klägerinnen keine Kenntnis oder Erinnerung (mehr) haben. Dann besteht eine unmittelbare Verwechslungsgefahr im engeren Sinn. Der Zusatz fügt sich aber auch in die Tonträgerserie der Klägerinnen ein und löst damit eine mittelbare Verwechslungsgefahr (unmittelbare Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne) aus.

c)

Der Gruppenname „E N■■■■“ auf dem Tonträger der Beklagten ist nicht Teil des Werktitels. Er führt vorliegend auch nicht als sonstiger Umstand (aus der Aufmachung des Werkes) hinreichend aus den Gefahrenbereichen einer Verwechslung hinaus. Insoweit werden etwa weniger mit der vorliegenden Musikrichtung vertraute Verkehrskreise die Produkte der Antragstellerin nicht konkret mit einer Gruppe verbinden, zumal die Gruppe „m■■■■■ a■“ keine allgemeine Bekanntheit erlangt hat. Auch ist die Annahme nicht fernliegend, dass in die Serien von Tonträgern einer bestimmten Musikrichtung auch andere Interpreten aufgenommen worden sein könnten.

5.

Angesichts der durchschnittlichen Kennzeichnungskraft, der großen Produkt-/Werknähe und der großen Kennzeichnungsähnlichkeit ist vorliegend von einer hinreichenden Verwechslungsgefahr auszugehen, und zwar (wie erörtert) sowohl von einer unmittelbaren Verwechslungsgefahr im engeren Sinne (Vertauschen) als auch von einer Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne (Einfügen in die Serie).

Markenrechtlich (anders als werktitelrechtlich) setzt ein Serienzeichen weder eine Bekanntheit der Marke noch ein periodisches Erscheinen von Produkten unter dieser Marke voraus (vgl. BGH, WRP 2002, 537, 541 - Bank 24; WRP 2002, 534, 536 - Big; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdnrn. 729 ff.; Hacker, a.a.O., § 9 Rdnrn. 317 ff.).

V.

Der Verbotsausspruch des landgerichtlichen Urteils in Ziffer 1 betreffend die Bezeichnung „DAS OMEN (IM KREIS DES BÖSEN)“ ist auch nicht zu weitgehend.

1.

Der Umfang des Verbotsausspruchs eines gerichtlichen Titels ist bei einem mit Tatbestand und Entscheidungsgründen versehenen Urteil aus diesem zu entnehmen. Unklarheiten des Tenors des Urteils sind anhand des Tatbestandes und der Entscheidungsgründe im Wege der Auslegung zu beseitigen. Umstände, die außerhalb des Titels liegen, dürfen nicht berücksichtigt werden (BGH, GRUR 2004, 755 - Taxameter, juris Rdn. 15).

a)

Den Beklagten ist nur eine markenmäßige Benutzungshandlung untersagt.

Zwar ist der Wortlaut des landgerichtlichen Tenors („Bezeichnung“) insoweit mehrdeutig. Das Landgericht hat aber in den Entscheidungsgründen klargestellt, dass es den Ausspruch nur auf einen markenrechtlichen Anspruch stützt (LGU S. 7). Dabei soll auch entscheidend sein, dass hier besondere Umstände für eine herkunftsunterscheidende Benutzung des Kennzeichens durch die Beklagten sprechen („Obertitel“ - LGU S. 9, 17) und sich der Kennzeichengebrauch der Beklagten in die von den Klägerinnen benutzte Kennzeichenreihe einfügt (LGU S. 17).

b)

Seit die Beklagten auf den zulässigen Vertrieb vorbekannter Tonträger mit der (markenmäßigen) Kennzeichnung „OMEN“ verweisen (vorliegend Omen von Peter Maffay und Filmmusik „Omen“), bezieht sich darauf der Verbotsbereich des landgerichtlichen Ausspruchs erkennbar nicht. Denn das Landgericht erwähnt diese Werke (LGU S. 4, 6), nimmt sie aber sinngemäß als vorbekannte Werke vom Verbotsbereich aus (LGU S. 11 f., 18).

c)

Hinsichtlich der GEMA-Lizenz für das Werk „Omen“ von Peter Maffay hat das Landgericht zutreffend erkannt, dass diese Rechtseinräumung nur den werktitelmäßigen Gebrauch für das Musikwerk von Peter Maffay umfasst, nicht aber isoliert einen Gebrauch für anderweitige Musikstücke.

d)

Zutreffend verweist die Beklagte zu 2) auch darauf, dass den Beklagten die Kennzeichenverwendung nicht ohne weiteres für jedwede Musiksparte untersagt werden kann. Auch dies kommt aber hinreichend im landgerichtlichen Urteil zum Ausdruck (LGU S. 17), wenn „entscheidend“ sein soll, dass die Beklagten die streitgegenständliche Bezeichnung „nicht nur in derselben Musiksparte, sondern auch noch in derselben Untergruppe verwenden“, und wenn es

den Beklagten offenstehen soll, soweit sie den Titel „beispielsweise in der Sparte Volksmusik“ verwendeten (LGU S. 18 f.).

B.

Vorstehendes gilt entsprechend hinsichtlich des Unterlassungsantrages Ziffer 1 betreffend die Bezeichnung „DAS OMEN IM KREIS DES BÖSEN“.

Zwar ist hier der Abstand der beiderseitigen Zeichen etwas größer, weil der Verkehr die vom Kennzeichen der Klägerinnen wegführenden Zeichenbestandteile „IM KREIS DES BÖSEN“ mangels Klammerzusätze stärker mit dem Kennzeichenbestandteil „DAS OMEN“ verbunden sieht. Dennoch bleibt die eingangs der Wortgruppe genannte Wendung „DAS OMEN“ wesentlich kennzeichnend und der Seriencharakter ist durch den Fortfall der Klammerzusätze nicht entscheidend aufgehoben.

C.

Der Auskunftsanspruch der Klägerinnen folgt aus § 242 BGB zur Vorbereitung von Ersatzansprüchen (vgl. BGH, GRUR 1995, 50, 53 - Indorektal/Indohexal; Ingerl/Rohnke, a.a.O., Vor §§ 14-19 Rdn. 27). Die Voraussetzungen eines Verschuldens stellen auch die Beklagten nicht in Abrede. Die Verurteilung zur Auskunft geht ebenfalls nicht zu weit. Denn sie ist - wie die Unterlassungsaussprüche - einschränkend auszulegen auf die konkreten Verletzungsformen, auf die sich schon die Antragsfassungen der Klägerinnen bezogen hatten. Jedenfalls angesichts der unstreitig fortlaufenden Verletzungshandlungen der Beklagten ist vorliegend auch keine zeitliche Begrenzung des Auskunftszeitraums geboten (vgl. BGH, GRUR 1995, 50, 54 - Indorektal/Indohexal unter Hinweis auf Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, Kap. 38, Rdn. 7; noch weitergehend BGHZ 117, 264, 278 f. - Nicola; GRUR 2004, 755 - Taxameter, juris Rdn. 25).

D.

Der Feststellungsantrag ist ersichtlich auf die Verletzungshandlungen wie in Ziffer 1 und 2 formuliert bezogen, nicht zuletzt wegen des Hinweises auf die „Erteilung der Auskunft“ und das Abstellen in den Gründen auf die vorangegangenen Ausführungen im Einzelnen zu den Unterlassungs- und Auskunftsansprüchen (LGU S. 19).

Die Einwendungen der Beklagten zu 2) hierzu geben keinen Anlass, davon abzuweichen.

I.

Das Handeln der Beklagten zu 2) ist nicht nach § 23 Nr. 2 MarkenG erlaubt.

1.

Allerdings ist davon auszugehen, dass die Schutzschränke des § 23 Nr. 2 MarkenG auch dann eingreifen kann, wenn der Verletzer - wie hier - die Kennzeichnung markenmäßig verwendet hat. Es genügt für den Anwendungsbereich des § 23 Nr. 2 MarkenG, wenn eine Angabe sich auf eines der dort aufgeführten Merkmale - etwa eine geographische Herkunft - bezieht (EUGH, Sammlung der Rechtsprechung 2004, Seite I - 691, Tz. 19; BGH, GRUR 2002, 613 - GERRI/KERRY Spring, juris Rdn. 26 ff.).

2.

Vorliegend fehlt es aber schon daran, dass die Beklagte zu 2) ihr Kennzeichen nicht auch als „Angabe über Eigenschaften von Waren“ - mithin beschreibend (vgl. BGH, a.a.O., juris Rdn. 25) - benutzt hat.

Der Senat hat schon zur durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Marke der Klägerin (Senatshinweis A IV 2.) darauf hingewiesen, dass die Wendung „Omen“ für Tonträger mit Musikstücken weder glatt beschreibend noch auch nur in einem erheblichen Maß inhaltlich bezeugend ist. Dies gilt ebenso für die markenmäßige Verwendung des Kennzeichens durch die Beklagte zu 2). Der Text des Songs der CD ist vielen Verbrauchern - insbesondere vor einem Kauf - nicht geläufig. Wenn die Kennzeichnung einen Teil des Liedtextes übernimmt, beschreibt sie auch nicht das Produkt seiner Art nach, jedenfalls nicht durch die Wendung „Das Omen...“.

3.

Darüber hinaus verstößt die Benutzung gegen die guten Sitten, § 23 Nr. 2 MarkenG.

a)

Dies folgt zwar nicht schon aus der gegebenen Verwechslungsgefahr; es sind vielmehr alle Umstände des Einzelfalles zu würdigen (amtliche Begründung 5. Abs. zu § 23; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 23 Rdn. 60), insbesondere Art und Wert des Kennzeichens für die Klägerinnen, etwaige frühere Duldung ähnlicher Verwendungen durch Dritte, der Grad des Freihaltebedürfnisses und der Grad der konkreten Angewiesenheit des Verletzers auf die Verwendbarkeit der Angabe (Ingerl/Rohnke, a.a.O.).

b)

Vorliegend haben die Klägerinnen - wie erörtert - über Jahre einen eingängigen „Serientitel“ als Marke ihrer Musik-Tonträger aufgebaut, ohne dass dieser durch Drittbenutzungen erheblich abgeschwächt worden ist.

Der beschreibende Gehalt der Wendung „Omen“ für die Musik der Beklagten zu 2) ist - wenn überhaupt gegeben (vgl. oben 2.) - gering. Gattungsmäßig kann ihre Musik zwanglos und weit treffender als „mystische Musik“ umschrieben werden. Die Beklagte zu 2) hätte ohne Weiteres auf die Wendung „Omen“ verzichten und sich etwa auf die Wendung „Im Kreis des Bösen“ beschränken können, wenn sie - marken- und titelmäßig - eine mystische, unheilsschwangere Musik auch beschreiben und auf den Songtext Bezug nehmen wollte. Die Verwendung „Omen“ im Songtext selbst steht ihr frei und ist vorliegend auch nicht im Streit.

II.

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Berufungsgerichts durch Urteil (§ 522 Abs. 2 Satz1 ZPO).

1.

Wenn das Landgericht in seiner mündlichen Verhandlung ausgeführt haben sollte, hier werde letztlich der BGH entscheiden müsse, dann ist der Senat weder an diese Rechtsauffassung gebunden noch kommt der Beklagten zu 2) insoweit ein Vertrauensschutz zu. Für das Landgericht war diese Rechtsfrage ohnehin noch nicht einmal entscheidungserheblich.

2.

Auch die Voraussetzungen des § 23 Ziff. 2 MarkenG sind - für seine Anwendung in vorliegenden Fall - höchstrichterlich ausreichend geklärt und im Übrigen in Rechtsprechung und Literatur auch nicht umstritten. Die Entscheidung beruht insoweit auf einer Würdigung der vorliegenden besonderen Umstände des Einzelfalles.

a)

Die Entscheidungen des BGH „SmartKey“ (GRUR 2006, 594, juris Rdn. 17 ff.), „Feldenkrais“ (GRUR 2003, 436, juris Rdnrn. 68 ff.), „Frühstücks-Drink II“ (GRUR 2002, 812, juris Rdnrn. 21 ff.) und „Venus Multi“ (GRUR 1998, 697, juris Rdn. 27) stehen schon deshalb nicht entgegen, weil dort jeweils nur die Verwendung des Kennzeichens als glatt beschreibende Angabe durch den Beklagten in Rede stand, vorliegend aber der Markengebrauch der Beklagten zu 2) (jedenfalls) im Wesentlichen kennzeichenmäßig erfolgt ist.

b)

Wenn der BGH betont, den sich an eine beschreibende oder sonst frei zu haltende Angabe anlehnenden Marken sei durch eine sachgerechte Bestimmung des Schutzzumfangs sowie im

Rahmen des § 23 Abs. 2 MarkenG Rechnung zu tragen (BGH, GRUR 2001, 1050 - Tagesschau, juris Rdn. 36; GRUR 2000, 882 - Bücher für eine bessere Welt, juris Rdn. 14), berücksichtigt der Senat vorliegend auch dies. Im Gegensatz zur Beklagten zu 2) bemisst er - in Würdigung der Tatsachengrundlage - nur den Gehalt der beschreibenden Anlehnung im vorliegenden Fall weit geringer als die Beklagte zu 2.

Die Nebenentscheidung zu den Kosten, zur Wertfestsetzung und zur Verlustigerklärung beruhen auf § 97 Abs. 1, § 516 Abs. 3, § 3 ZPO.

Dr. Pahl

Dr. Hess

Dr. Lehbruck