
Datum: 20.12.2001
Gericht: Landgericht Köln
Spruchkörper: 4. Kammer für Handelssachen
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 84 O 8/01
ECLI: ECLI:DE:LGK:2001:1220.84O8.01.00

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung von DM 6.000,00 vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Sicherheit auch durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlichen Sparkasse erbringen.

TATBESTAND:

1

Die Klägerin entwickelt und vermarktet Software. Für sie sind seit dem 17. 11. 1995 die deutsche Marke "Explorer" sowie seit dem 31. 10. 1994 die deutsche Marke "EXPLORA" jeweils für Datenverarbeitungsprogramme eingetragen. Ebenfalls für sie eingetragen sind identische Gemeinschaftsmarken.

2

Die Beklagte ist Herausgeberin der Computerfachzeitschrift "XX". In der Ausgabe vom 0.0.0000 war eine CD-ROM eingeklebt, die diverse Computerprogramme, und zwar sogenannte Share- und Freeware enthielt, u.a. die Programme mit den streitigen Kennzeichnungen "Explore2fs" und "HFVExplorer". Auf Seite 000 des Heftes waren diese Programme u.a. wie folgt beschrieben:

3

"**HFVExplorer** liest und beschreibt Mac-Medien unter Windows. In einer Explorer-ähnlichen Oberfläche zeigt die Freeware den Inhalt der Mac-formatierten Medien..."

4

5

"Zwar kann Linux auch auf die Dateisysteme von Windows zugreifen, umgekehrt versteht Microsofts Betriebssystem das Linux-Dateisystem aber nicht. Mit **Explore2fs** rüstet der Anwender Zugriff auf Linux-Partitionen im ext2-Format nach. In einer Explorer-ähnlichen Oberfläche zeigt das Programm den Inhalt aller erkannten ext2-Laufwerke..."

Die Klägerin sieht hierdurch sowohl ihre deutsche Marke als auch ihre Gemeinschaftsmarke "Explorer" als verletzt an. 6

Sie behauptet, daß die Marke "Explorer" intensiv in Deutschland benutzt werde. Es handele sich im Hinblick darauf, daß der "Internet-Explorer" von Microsoft von der Klägerin lizenziert sei, um eine bekannte, wenn nicht sogar eine berühmte Marke im EDV-Bereich. Der mit der Firma Microsoft abgeschlossene Lizenzvertrag sei in dem vor dem OLG München in dem Verfahren 6 U 4761/96 (= 7 HKO 11205/96 LG München I) am 14. 11. 1996 abgeschlossenen Vergleich zu sehen. 7

Auch die Klägerin selbst vermarkte seit Ende der 80er Jahre eine "Explorer"-Software. Unter "Explorer II" gebe es seit 1991 ein Dokumenten-Archivierungssystem, das als Modul für DM 12.500,00 erhältlich sei. Es sei bei verschiedenen Kunden zum Einsatz gekommen und komme auch heute noch zum Einsatz. 8

Die Klägerin beantragt, 9

I. die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes bis zu DM 500.000,00, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollziehen an ihrem Geschäftsführer, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollziehen an ihrem Geschäftsführer, zu unterlassen, 10

die Kennzeichnung 11

"Explore2fs" 12

und/oder 13

"HFVExplorer" 14

im geschäftlichen Verkehr für eine Software auf einer CD-ROM als Beilage zur Zeitschrift zu benutzen; 15

II. der Klägerin über den Umfang der Verwendung der Kennzeichnung 16

"Explore2fs" 17

und/oder 18

"HFVExplorer" 19

im geschäftlichen Verkehr für eine Software auf einer CD-ROM als Beilage zur Zeitschrift Rechnung zu legen und zwar insbesondere unter Vorlage eines Verzeichnisses, aus dem sich die Stückzahl der vertriebenen CD-ROMS ergibt; 20

III. der Klägerin Namen und Anschrift des oder der Vorlieferanten der von ihr vertriebenen Software zu benennen, soweit diese bereits mit 21

"Explore2fs" 22

und/oder	23
"HFVExplorer"	24
gekennzeichnet waren;	25
IV. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu erstatten, der ihr aus den vorstehenden unter Ziffer I. bezeichneten Handlungen der Beklagten entstanden ist und künftig entstehen wird;	26
V. die Beklagte zu verurteilen, für die Klägerin an die Rae von Gravenreuth DM 2.193,80 zuzüglich 7,5 % Zinsen p.a. ab Zustellung dieser Klage zur Abgeltung der Kostenrechnung für die Abmahnung vom 03. Juli 2000 zu zahlen.	27
Die Beklagte rügt die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Köln und beantragt im übrigen, die Klage abzuweisen.	28
Die Beklagte vertritt die Ansicht, daß im Hinblick darauf, daß das Landgericht Düsseldorf für Gemeinschaftsmarkenstreitsachen ausschließlich zuständig ist, das Landgericht Düsseldorf insgesamt zuständig ist.	29
Die Beklagte beruft sich darauf, daß die angegriffenen Bezeichnungen von ihr nicht kennzeichenmäßig, sondern nur im redaktionellen Teil verwendet worden seien. Die Marke habe allenfalls nur eine schwache Kennzeichnungskraft. Die Benutzung von "Explorer" durch Microsoft könne sich die Klägerin nicht zurechnen.	30
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und die von ihnen überreichten Unterlagen verwiesen. Die Akten 7 HKO 11205/96 LG München I waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.	31
<u>ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:</u>	32
Die Klage ist teilweise unzulässig, teilweise nicht begründet.	33
Soweit die Klägerin ihre Ansprüche auf die für sie eingetragene Gemeinschaftsmarke stützt, ist aufgrund der gemäß § 125e Abs. 3 Markengesetz ergangenen Rechtsverordnung das Landgericht Düsseldorf für die OLG-Bezirke Düsseldorf, Köln und Hamm in erster Instanz ausschließlich zuständig. Soweit die Klägerin dem Landesgesetzgeber im Zusammenhang mit dem Erlass der Rechtsverordnung eine willkürliche Ungleichbehandlung vorwirft und eine Richtervorlage gemäß Art. 100 GG anregt, sieht die Kammer hierzu keinen Anlaß. Aus Artikel 91 der zugrundeliegenden EG-Gemeinschaftsmarkenverordnung vom 20. 12. 1993 (Nr. 40/94) ergab sich das Gebot, als Gemeinschaftsmarkengerichte eine möglichst geringe Anzahl nationaler Gerichte zu benennen, so daß es sich schon daher verbot, alle Gerichte, die in Markensachen angerufen werden können, auch mit Gemeinschaftsmarkensachen zu befassen. Im übrigen ist es der deutschen Zivilprozeßordnung eher fremd, daß sich die klagende Partei einen Gerichtsstand frei aussuchen kann; die Klägerin hätte hiernach, um eine Aufspaltung des Rechtsstreits zu vermeiden, von vornherein das Landgericht Düsseldorf anrufen können, das aufgrund der bundesweiten Verbreitung der Zeitschrift auch für die auf die Verletzung der deutschen Marke gestützten Ansprüche örtlich zuständig gewesen wäre.	34

Daß eine Abtrennung des Rechtsstreits, soweit die geltend gemachten Ansprüche auch auf die Verletzung der Gemeinschaftsmarke gestützt sind, unzulässig war, ist vom OLG Köln in seiner Entscheidung vom 3. 7. 2001 bestätigt worden. Daß im übrigen mangels eines umfassenden Verweisungsantrages der Klägerin das Landgericht Köln zuständig ist, ergibt sich ebenfalls aus dieser Entscheidung.

Die auf die Verletzung der deutschen Marke "Explorer" gestützte Klage ist unbegründet. Ansprüche der Klägerin aus § 14 Markengesetz bestehen nicht, weil hinsichtlich der angegriffenen Zeichen eine Verwechslungsgefahr mit der zugunsten der Klägerin eingetragenen Marke nicht besteht. 37

Es kann dabei dahinstehen, ob der Beklagten gegenüber dieser Marke der Klägerin die Einrede mangelnder Benutzung gemäß § 25 Markengesetz zusteht. Hinsichtlich einer Nutzung der Marke "Explorer" durch sie selbst innerhalb der letzten 5 Jahre vor Klagezustellung hat die Klägerin allerdings trotz des gerichtlichen Hinweises keinerlei Prospektmaterial, Preislisten oder Rechnungen vorgelegt. Die Vorlage der Fotokopie einer CD-Hülle sowie der Oberfläche einer CD-ROM besagt wenig dazu, inwieweit eine Nutzung in dem fraglichen Zeitraum erfolgt ist und inwieweit Kunden, die die von der Klägerin behauptete Anwendung benutzen, bewußt ist, daß sie eine Software der Klägerin verwenden, die den Namen "Explorer" trägt. 38

Dem von der Klägerin für eine Nutzung angebotenen Zeugenbeweis muß jedoch nicht nachgegangen werden, weil die Ansprüche der Klägerin schon aus anderen Gründen scheitern. 39

Die Marke "Explorer" der Klägerin hat nur schwache Kennzeichnungskraft. Der englischsprachige Begriff bedeutet übersetzt "Kundschafter" oder "Forscher"; als Bezeichnung einer der Durchforschung von Daten dienenden Software beschreibt er eben diese Funktion. 40

Auf die Benutzung der Bezeichnung durch die Firma Microsoft für ihre weithin bekannten Anwendungen "Windows-Explorer" und "Internet-Explorer", auf die im übrigen die von der Beklagten verbreiteten Programme in ihrer Benennung, wie sich aus deren Beschreibung im Heft ergibt, ausdrücklich Bezug nehmen, kann sich die Klägerin nicht berufen, weil diese Benutzung der Klägerin nicht zuzurechnen ist. Seitens der Klägerin ist insoweit ein Fremdbenutzungswillen der Firma Microsoft nicht dargelegt worden. 41

Die Klägerin trägt hierzu an Tatsachen lediglich den Abschluß des Vergleichs vor dem Oberlandesgericht München vor. Aus diesem kann jedoch ein zwischen der Klägerin und der Firma Microsoft bestehendes Lizenznutzungsverhältnis nicht abgeleitet werden. In erster Instanz war der von der Klägerin gegen die Firma N GmbH im Wege der einstweiligen Verfügung verfolgte Unterlassungsanspruch durch Urteil abgewiesen worden. In zweiter Instanz hatte sich die Firma Microsoft auf Vorschlag des Senats bereit gefunden, für die Gestattung der Nutzung der Marke "Explorer" ohne Anerkennung einer Rechtspflicht (im Protokoll unterstrichen!) einen einmaligen Betrag von DM 90.000,00 zu zahlen. Die Rechtsbeziehungen hatten sich hiernach mit Zahlung dieses angesichts des Streitwertes von DM 1 Mio. eher geringen Betrages erschöpft. Angesichts aller Umstände ist davon auszugehen, daß die Firma Microsoft ohne Aufgabe ihres Standpunktes, wonach Rechte der Klägerin ihr gegenüber nicht bestanden, zum Abschluß des vom Senat vorgeschlagenen Vergleichs bereit war, um alle etwaigen Risiken hinsichtlich einer weiteren Verwendung der Bezeichnungen für die von ihr angebotenen Anwendungen zu vermeiden. 42

Hiernach fehlt es aber für eine Anwendung des § 26 Abs. 2 Markengesetz an einem Bewußtsein seitens der Firma Microsoft, eine fremde Marke zu benutzen. Hierfür spricht auch, daß sie im Zusammenhang mit "Explorer" entgegen ihrer sonstigen Übung nicht auf Kennzeichen und Urheberrechte Dritter hinweist. Soweit die Klägerin für einen Fremdbenutzungswillen der Firma Microsoft (zur Notwendigkeit des Vorliegens eines solchen Willens vgl. Althammer/Ströbele, Markengesetz, 6. Aufl., § 26, Rdnr. 52 m.w.N.) Zeugenbeweis angeboten hat, bestand kein Anlaß, diesem Beweisantritt nachzugehen, weil es sich insoweit um einen unzulässigen Ausforschungsbeweis handelt. Denn es fehlt jeder Vortrag von Tatsachen, aus denen auf eine solche existierende innere Vorstellung geschlossen werden könnte. Wenn die Klägerin darauf verweist, daß die Firma H wünsche und sie deshalb keine Tatsachen vortragen könne, kann dies einen Vortrag von Tatsachen, die spätestens doch in einer Beweisaufnahme zur Sprache kommen müßten, nicht ersetzen.	
Ist die Benutzung der Bezeichnung "Explorer" der Klägerin also nicht zuzurechnen, existieren also, wenn eine Nutzung ihrer Marke "Explorer" durch die Klägerin selbst unterstellt wird, auf dem betreffenden Markt zwei Bezeichnungen "Explorer" nebeneinander. Hierdurch erfährt die ohnehin nur schwache Kennzeichnungskraft der Marke der Klägerin eine weitere Schwächung.	44
Dann ist aber von Bedeutung, daß seitens der Beklagten die Bezeichnung nicht in Alleinstellung, sondern in einer Zusammensetzung mit anderen Bestandteilen verwendet worden ist. Ist der Bestandteil "Explorer" von seiner Herkunft als beschreibender Begriff schon schwach und aufgrund des Umstandes, daß er von zwei Unternehmen nebeneinander zur Bezeichnung von Programmen verwendet wird, noch mehr geschwächt, schenkt der Verkehr bei der Bezeichnung "HFVExplorer" den vorangestellten Buchstaben "HFV" eine erhöhte Bedeutung, was ihn dazu veranlaßt, hierin etwas Eigenes zu sehen. Eine Verwechslungsgefahr mit einem Zeichen "Explorer" ist zu verneinen.	45
Soweit es um die Bezeichnung "Explore2fs" geht, gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend. Hinzu kommt, daß es nicht "Explorer", sondern nur "Explore" heißt, es also nicht um einen "Forscher" oder "Kundschafter" geht, sonder um die Aufforderung zum Forschen oder Kundschaften. Auch diesem Unterschied mißt der Verkehr angesichts der schwachen Kennzeichnungskraft der ursprünglichen Bezeichnung eine gesteigerte Bedeutung zu, so daß auch deshalb eine Verwechslungsgefahr nicht vorliegt.	46
Besteht hiernach schon kein Unterlassungsanspruch mangels einer Verletzung der Marke der Klägerin, sind auch die übrigen im Zusammenhang mit Schadensersatzansprüchen gestellten Anträge nicht begründet.	47
Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 709 ZPO.	48
<u>Streitwert:</u> DM 200.000,00	49