
Datum: 27.01.2015
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-20 U 105/14
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2015:0127.I20U105.14.00

Tenor:

I.

Die Berufung des Antragstellers gegen das am 28.05.2014 verkündete Urteil der 2a. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlussberufung der Antragsgegnerin wird das genannte Urteil dahingehend abgeändert, dass unter Aufhebung der Beschlussverfügung des Landgerichts vom 28.05.2014 zu Ziffer I. 1. des Tenors der hierauf bezogene Antrag des Antragstellers zurückgewiesen wird.

II.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben der Antragsteller zu 2/3 und die Antragsgegnerin zu 1/3 zu tragen.

Die Kosten der Berufung werden dem Antragsteller auferlegt.

Gründe

I.

1

Auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil wird Bezug genommen, § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

2

3

Durch dieses hat das Landgericht seine im Beschlusswege antragsgemäß erlassene einstweilige Verfügung aufgehoben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückgewiesen, soweit der Antragsgegnerin untersagt worden war, die Verfügungsmarke im geschäftlichen Verkehr mit Dienstleistungen des Einzelhandels über das Internet im Bereich Telefon-Kopfhörer (Headsets) zu benutzen oder benutzen zu lassen. Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit der Berufung.

Aufrechterhalten hat das Landgericht die einstweilige Verfügung mit dem Untersagungsgebot, die Verfügungsmarke im geschäftlichen Verkehr mit Telefon-Kopfhörern (Headsets) zu benutzen oder benutzen zu lassen. Dies ist Gegenstand der Anschlussberufung der Antragsgegnerin. 4

Aufrechterhalten wurde zudem ein weiteres Untersagungsgebot, das in der Berufung nicht streitgegenständlich ist. 5

Zur Begründung der Aufhebung hat das Landgericht ausgeführt, die Antragsgegnerin habe die Verfügungsmarke nicht dienstleistungsbezogen, sondern allein warenbezogen verwendet, indem sie in dem streitgegenständlichen Angebot ausschließlich das Produktfoto mit dem Verfügungszeichen gekennzeichnet habe. Die vom Antragsteller angeführte Praktiker-Entscheidung des EuGH sei nicht einschlägig. Dort habe der EuGH ausdrücklich zwischen dem Rechtsgeschäft des Kaufvertrages und der übrigen Tätigkeit, die ein Wirtschaftsteilnehmer entfalte, um zum Anschluss eines solchen Geschäfts anzuregen, differenziert. Die Aufrechterhaltung der Untersagung in Bezug auf Telefon-Kopfhörer sei gerechtfertigt, da die Antragsgegnerin den Einwand der Erschöpfung nicht mit Erfolg geltend machen könne. Der Antragsteller kennzeichne lediglich die Produktfotos mit der Verfügungsmarke, nicht aber die Telefon-Kopfhörer selber oder ihre Verpackung. Es komme deshalb nicht darauf an, ob die Antragsgegnerin im Falle einer Bestellung der streitgegenständlichen Produkte einen entsprechenden Deckungskauf durchgeführt hätte. 6

Mit seiner Berufung macht der Antragsteller geltend, das Landgericht habe die Praktiker-Entscheidung des EuGH falsch interpretiert. Danach umfasse der Handel das Rechtsgeschäft des Kaufvertrags. Zu einem solchen habe die Antragstellerin angeregt. Eine rechtsverletzende Benutzung der Verfügungsmarke für die eingetragenen Dienstleistungen durch die Antragsgegnerin liege auch darin, dass sie sich die Vorzüge des ebay-shops des Antragstellers zunutze gemacht habe. Bei ebay wiesen die verschiedenen Anbieter neben der Herstellermarke durch Anbringen ihrer Handelsmarke auf ihre Handelsdienstleistungen hin. Indem die Antragsgegnerin die Verfügungsmarke genutzt habe, habe sie dasselbe getan. 7

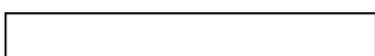
Der Antragsteller beantragt, 8

unter Abänderung der Ziffer III. des erstinstanzlichen Urteils die Beschlussverfügung des Landgerichts auch insoweit zu bestätigen, als der Antragsgegnerin untersagt worden ist, 9

1.) 10

im geschäftlichen Verkehr mit Dienstleistungen des Einzelhandels über das Internet im Bereich Telefonkopfhörer (Headsets) das Zeichen 11

12





oder



zu benutzen oder benutzen zu lassen, sofern dies ohne Zustimmung des Verfügungsklägers geschieht,

2.)

der Antragsgegnerin für jeden Einzelfall der Zuwiderhandlung gegen Ziffer 1. als Zwangsvollstreckungsmaßnahme ein Ordnungsgeld bis zu 250.000,- € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu zwei Jahren, letztere zu vollziehen an den jeweiligen gesetzlichen Vertretern der Antragsgegnerin anzudrohen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil im Umfang der Aufhebung der einstweiligen Verfügung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens und macht insbesondere geltend, die Einbindung der Verfügungsmarke durch den Antragsteller in seinen ebay-Angeboten unterscheide sich deutlich von der Einbindung von Zweitkennzeichnungen bei anderen Anbietern. Sie hält es außerdem für zweifelhaft, dass mit der Einbindung weitere Zeichen eine Zweitkennzeichnung im Sinne einer Dienstleistungsmarke vorgenommen werde.

Für unrichtig hält die Beklagte die Ansicht des Landgerichts, der Einwand der Erschöpfung greife nicht durch. Mit der Verwendung der Verfügungsmarke auf den reinen Produktfotos erfolge eine auf das konkrete Produkt bezogene Benutzung als herkunftskennzeichnendes und produktidentifizierendes Unterscheidungszeichen. Da über das Internet keine körperliche Präsentation der Ware erfolge wie in einem Ladenlokal, entspreche die Einbindung der Verfügungsmarke auf dem fraglichen Produktfoto der Anbringung der Marke auf der Aufmachung des Produkts, so dass der Antragsteller die von ihm angebotenen Telefon-Kopfhörer unter seiner Marke in den Verkehr bringe. Das führe zur Erschöpfung, da sie – die Antragstellerin – substantiiert dargelegt habe, dass sie im Falle einer Bestellung bei ihr einen Deckungskauf beim Antragsteller getätigt hätte.

Die Antragsgegnerin beantragt deshalb im Wege der Anschlussberufung,	22
unter Abänderung des angegriffenen Urteils die einstweilige Verfügung vom 05.02.2014 in der Neufassung des Urteils vom 28.05.2014 hinsichtlich der Untersagungsanordnung zu I. 1. aufzuheben und den Antrag des Verfügungsklägers auf ihren Erlass zurückzuweisen.	23
Der Antragsteller beantragt,	24
die Anschlussberufung zurückzuweisen und die einstweilige Verfügung des Landgerichts Düsseldorf vom 28.05.2014, soweit sie mit der Anschlussberufung angegriffen wird, zu bestätigen.	25
Er verteidigt das angefochtene Urteil im Umfang der Aufrechterhaltung der Beschlussverfügung unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens als zutreffend und macht geltend, die Rechtsansicht der Antragsgegnerin zur Verwendung der Marke sei unzutreffend. Im Übrigen habe er bereits in erster Instanz die Absicht der Antragsgegnerin, die Ware lediglich von ihm zu erwerben, substantiiert bestritten.	26
Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	27

II.

Beide Rechtsmittel sind zulässig. In der Sache Erfolg hat nur die Anschlussberufung.	28
I. Berufung	29
Zu Recht hat das Landgericht das von ihm zuvor gegenüber der Antragsgegnerin ausgesprochene Gebot, die Verfügungsmarke nicht dienstleistungsbezogen zu verwenden, aufgehoben. Entgegen der Ansicht des Antragstellers fällt die reine Anbahnung und Abwicklung eines Kaufvertrages nicht unter die durch die Verfügungsmarke geschützten Dienstleistungen. Das folgt aus der von ihm selber zitierten Praktiker-Entscheidung des EuGH (GRUR 2005, 764). Zutreffend hat das Landgericht diese so verstanden, dass darin zwischen dem Rechtsgeschäft des Kaufvertrages und der Tätigkeit, die ein Wirtschaftsteilnehmer entfaltet, um zum Abschluss eines solchen Geschäfts anzuregen, unterschieden wird. Als zur zuletzt genannten Tätigkeit gehörend wird die Auswahl eines Sortiments von Waren, die zum Verkauf angeboten werden, und das Angebot verschiedener Dienstleistungen, die einen Verbraucher dazu veranlassen sollen, den Kaufvertrag mit diesem Händler statt mit einem seiner Wettbewerber abzuschließen, herausgehoben. Solche Leistungen, so der EuGH, unterfallen dem Begriff der Dienstleistungen im Sinne der Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21.12.1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken. Das Angebot der Ware an sich gehört demgemäß nicht zu den Dienstleistungen im genannten Sinne.	30
Vorliegend hat die Antragsgegnerin allein die Ware beworben, wie es auch andere Wettbewerber getan hätten. Zu einer anderen Beurteilung führt auch nicht das Vorbringen des Antragstellers zum Vorgehen anderer Anbieter auf ebay, wie es durch die Anlage K 13 belegt wird. Die dort erfolgte Einbindung von Bezeichnungen auf Produktfotos weist nicht erkennbar auf Handelsdienstleistungen im vom EuGH aufgezeigten Sinne hin.	31

Eine andere Beurteilung mag nach dem Gesagten gerechtfertigt sein, wenn der angesprochene Verkehr mit der Verfügungsmarke tatsächlich vorrangig vom Antragsteller erbrachte Servicedienstleistungen verbindet, wie der Antragsteller im Termin vom 16. Dezember 2014 behauptet. Das kann im vorliegenden einstweiligen Verfügungsverfahren aber nicht festgestellt werden.

II. Anschlussberufung

33

Das Begehren des Antragstellers, der Antragsgegnerin untersagen zu lassen, die Verfügungsmarke warenmäßig zu benutzen, ist ebenfalls unbegründet. Der von der Antragsgegnerin erhobene Erschöpfungseinwand greift durch.

34

Gemäß § 24 Abs. 1 MarkenG hat der Inhaber einer Marke nicht das Recht, einem Dritten zu untersagen, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke von ihm oder mit seiner Zustimmung im Inland, in einem der übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht worden sind. Entgegen der Ansicht des Landgerichts bringt der Kläger bereits nach eigenem Vorbringen die streitgegenständlichen Headsets unter der Verfügungsmarke in den Verkehr. Sein diesbezüglicher Vortrag (siehe Seite 4 des SS vom 23.04.2014, Bl. 48 GA) lautet dahingehend, dass die Marke auf den Produkten zwar nicht fest aufgebracht ist, die Marke vielmehr im Internet und auf den entsprechenden Lieferscheinen und Rechnungen benutzt wird; das erfüllt entgegen der Auffassung des Antragstellers die Anforderungen an den Begriff des Inverkehrbringens im Sinne von § 24 Abs. 1 MarkenG. Dieser ist gemeinschaftsrechtlich zu bestimmen und einheitlich auszulegen (vgl. EuGH GRUR 2005, 507 Rdnr. 32 – Peak Holding). Dabei ist der Zweck der Erschöpfung zugrunde zu legen, der es dem Markeninhaber ermöglichen soll, die Entscheidung über das erstmalige Inverkehrbringen zu treffen und dabei den wirtschaftlichen Wert der Marke zu realisieren (vgl. EuGH a.a.O. Rdnr. 40). Eben diese Realisierung des Wertes der Marke tritt beim Vorgehen des Antragstellers ein.

35

Dass die Antragsgegnerin zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Werbung noch keine Headsets vom Antragsteller bezogen hatte, ist unerheblich. Nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. GRUR 2003, 878 – Vier Ringe über Audi) reicht es für die Wirkung der Erschöpfung des Rechts aus der Marke im Verhältnis zum Werbenden aus, wenn dieser über die Ware, auf die sich die Werbung bezieht, im vorgesehenen Zeitpunkt ihres Absatzes ohne Verletzung des Rechts des Markeninhabers verfügen kann. Nicht erforderlich ist, dass der Werbende im Zeitpunkt der Werbung die Waren bereits vorrätig hat oder dass die Waren zu diesem Zeitpunkt vom Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung im Europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht worden sind.

36

Dass die Antragsgegnerin entgegen ihrer Behauptung im Falle einer Bestellung keinen Deckungskauf beim Antragsteller vorgenommen hätte, sondern die Ware anderweitig bezogen hätte, kann nicht festgestellt werden. Einen Testkauf hat der Antragsteller nicht durchgeführt. Dass er einer Order der Antragsgegnerin persönlich nicht nachgekommen wäre, kann als richtig unterstellt werden. Das schließt aber nicht aus, dass sich die Antragsgegnerin die Ware über einen von ihr eingeschalteten Dritten beim Antragsteller besorgt hätte. Was mit den von ihm in den Verkehr gebrachten Waren geschieht, kann der Antragsteller nicht kontrollieren. Die von ihm herangezogenen Indizien reichen nicht aus, die Möglichkeit eines Deckungskaufes auszuschließen. Das gilt auch für sein Vorbringen zur Angabe der verfügbaren Waren im Internetangebot der Antragsgegnerin. Wie solche Zahlen zustandekommen und aufgrund welcher Umstände sie sich verändern, ist streitig und kann im vorliegenden einstweiligen Verfügungsverfahren keiner Aufklärung zugeführt werden.

37

Den Eindruck, mit dem Antragsteller in geschäftlichen Beziehungen zu stehen, insbesondere zu seinem Vertriebsnetz zu gehören, hat die Antragsgegnerin nicht erweckt.	38
Ob das Vorbringen des Antragstellers im Termin vom 16. Dezember 2014, er sei wegen seiner überragenden Servicequalität bekannt, die Benutzung der Marke habe lediglich dazu gedient, die Kundenströme umzuleiten, ein berechtigter Grund im Sinne des § 24 Abs. 2 MarkenG anzusehen wäre, kann offenbleiben, da dieses Vorbringen aus den oben genannten Gründen nicht mehr berücksichtigt werden kann.	39
III.	40
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1 ZPO.	41
Eine Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ist entbehrlich, da dieses Urteil kraft Gesetzes nicht revisibel ist (§ 542 Abs. 2 ZPO).	42
Streitwert für die Berufungsinstanz: 40.000,- €	43