
Datum: 06.08.1999
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 89/98
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1999:0806.6U89.98.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 81 O 140/97
Schlagworte: Markenerwerb, Behinderungswettbewerb
Normen: MarkenG §§ 14, 51; UWG § 1

Leitsätze:

1. DIARSTOP als Bezeichnung (Marke) für ein Präparat gegen Durchfallerkrankungen ist nicht rein beschreibender Natur. 2. Ist ein Geschäftsbetrieb darauf angelegt, systematisch wegen Nichtbenutzung löschungsreife Marken zu erwerben, um anschließend aus ihrem Verkauf Kapital zu schlagen, kann dies zur Annahme eines wettbewerbswidrigen Behinderungswettbewerbs führen, der nach § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs einem Anspruch aus der (erworbenen) Marke mit Erfolg entgegengehalten werden kann. 3. Zu den Beweisanforderungen bei behauptetem wettbewerbswidrigen Behinderungswettbewerb durch Ankauf löschungsreifer Marken.

Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 17.04.1998 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 81 O 140/97 - wird zurückgewiesen. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Beklagten. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Entscheidungsgründe:

1

2

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat die Beklagte zu 1) vielmehr zu Recht verurteilt, beim Deutschen Patentamt in die Löschung der zu ihren Gunsten eingetragenen Marke "DIARSTOP" einzuwilligen. Außerdem hat es beiden Beklagten zu Recht unter gleichzeitiger Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel untersagt, im geschäftlichen Verkehr Arzneimittel mit dem Zeichen "DIARSTOP" zu versehen und solchermaßen gekennzeichnete Ware im Markt anzubieten.

Das Unterlassungsbegehren der Klägerin ist aus § 14 Abs. 5 in Verbindung mit § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, die gegen die Beklagte zu 1) gerichtete Löschungsklage aus § 51 Abs. 1 MarkenG begründet. 3

Nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist es Dritten untersagt, ohne Zustimmung des Inhabers der Marke im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie Schutz genießt. Wer entgegen dieser Vorschrift ein Zeichen benutzt, kann von dem Inhaber der Marke auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, § 14 Abs. 5 MarkenG. Daß der Tatbestand des § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG erfüllt ist, ist evident: Die beiden Marken "DIARSTOP" der Parteien sind identisch, ebenso die für die Marke eingetragenen Waren. Die Marke "DIARSTOP" der Klägerin weist nicht lediglich rein beschreibende Elemente auf. Ein Bedürfnis, die Bezeichnung freizuhalten, ist ersichtlich nicht gegeben. Die Marke der Klägerin ist unstreitig prioritätsälter als die der Beklagten zu 1., wenn auch nur um 13 Tage. Ungeachtet des tatsächlichen Vertriebs von mit der Marke versehenen Arzneimitteln besteht aufgrund der Markeneintragung zumindest Erstbegehungsgefahr für ihre Benutzung in den im Tenor des angefochtenen Urteils näher beschriebenen Verwendungsformen. 4

Liegen damit alle den Unterlassungsanspruch der Klägerin auslösenden Tatbestandsmerkmale des § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG vor, kommt es für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht darauf an, ob die Bezeichnung "mandros DIARSTOP" ebenfalls eine Verletzung des Markenrechts der Klägerin darstellt und der Unterlassungsanspruch aus § 14 Abs. 5 in Verbindung mit § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG begründet wäre, woran der Senat im Ergebnis allerdings keinen Zweifel hätte. Diese Frage spielt für die Entscheidung des Rechtsstreits entgegen der von dem Landgericht geäußerten Rechtsauffassung keine Rolle, und zwar schon deshalb nicht, weil die Klägerin diese Bezeichnung mit ihrer Klage nicht angegriffen hat. 5

Eine andere Beurteilung hinsichtlich des hiernach bestehenden Unterlassungs- und des aus § 51 Abs. 1 MarkenG folgenden Löschungsanspruchs wäre nur dann geboten, wenn sich die Beklagten zu Recht auf ein gemäß § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt des Behinderungswettbewerbs unlauteres Verhalten der Klägerin berufen könnten. Das ist im Ergebnis jedoch nicht der Fall. 6

Zuzugestehen ist den Beklagten allerdings, daß nach den Grundsätzen der Analgin-Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 09.10.1997 (BGH GRUR 1998, 412) ein markenrechtlicher Unterlassungs- und Löschungsanspruch der Klägerin gemäß § 1 UWG ausgeschlossen wäre, wenn in tatsächlicher Hinsicht davon ausgegangen werden könnte, die Klägerin als Inhaberin der Marke "DIARSTOP" habe die Markenanmeldung ohne hinreichenden sachlichen Grund in der Absicht getätigt, der Beklagten zu 1) eine weitere Benutzung des bereits verwendeten Zeichens mittels des erworbenen formalen Rechts zu sperren und diese wettbewerbsrechtlich an sich unbedenkliche Sperrwirkung zweckfremd als Mittel des Wettbewerbskampfes einzusetzen. Wenngleich einige Indizien ein solches wettbewerbswidriges Verhalten der Klägerin als möglich erscheinen lassen, steht ein solcher Behinderungswettbewerb der Klägerin nach dem Ergebnis der vor dem Senat durchgeführten 7

Beweisaufnahme jedoch nicht mit der erforderlichen Sicherheit fest.

Träfe allerdings der Vortrag der Beklagten zu, der Geschäftsbetrieb der Klägerin sei darauf angelegt, systematisch wegen Nichtbenutzung löschungsreife Marken zu erwerben, um aus deren Verkauf anschließend Kapital zu schlagen, dem Geschäftsführer der Klägerin sei durch die Aufnahme eines geschäftlichen Kontakts zur Firma Dr. H. Pharma GmbH die Existenz des Präparates "DIARSTOP L" bereits 1992 oder 1993 bekannt geworden, bestünde aus der Sicht des Senats wegen des Hinzutretens weiterer Umstände allerdings genügend Anlaß zu der Annahme, die Klägerin betreibe Behinderungswettbewerb im Sinne der vom Bundesgerichtshof in seiner "Analgin-Entscheidung" aufgestellten Grundsätze. Denn gegen die Klägerin und für einen Behinderungswettbewerb spricht schon die merkwürdige Formulierung in ihrem Schreiben vom 26.03.1997 (Bl. 141 d.A.), bei Durchsicht der "Roten Liste" habe man gerade festgestellt, daß die Beklagte zu 1) für eines ihrer Präparate den Namen "mandros DIARSTOP" benutze, man möchte darauf aufmerksam machen, daß man Inhaber der eingetragenen Marke "DIARSTOP" sei, man könne aber den Erwerb der Marke anbieten. Dem Senat erscheint es ungewöhnlich, daß der Inhaber einer Marke nicht etwa die Rechte aus der Marke geltend macht, sondern sich sofort und ungefragt dazu bereit erklärt, auf die Rechte aus der Marke zu verzichten und diese gegen Entgelt zu veräußern. Anlaß zu Mißtrauen gibt dieses Vorgehen um so mehr, als die Klägerin gegenüber der Firma Sch. in Bezug auf die Marke "ENERGATOR" unter dem 10.06.1997 ähnlich vorgegangen ist und der Firma Sch. die Marke zur Vermeidung einer "juristischen Auseinandersetzung" erfolgreich zum Kauf angeboten hat. Auch fällt auf, daß der Sachvortrag der Klägerin zur angeblich beabsichtigten Vermarktung der Marke "DIARSTOP" im Zusammenhang mit dem Vertrieb eines von der Arzneimittelfirma B. herzustellenden Antidiarrhoikums merkwürdig blaß geblieben ist. Die von dem Geschäftsführer der Klägerin geschilderte und von seiner Ehefrau bestätigte "Zufallsentdeckung" der Marke "DIARSTOP" ohne vorherige, z.B. der Roten Liste entnommenen Kenntnis des Präparats ist für den Senat zwar nicht auszuschließen, aber eher unwahrscheinlich.

Wenn der Senat sich trotz dieser Indiztatsachen im Ergebnis letztlich doch nicht in der Lage gesehen hat, auf der Basis des bisherigen Verhaltens der Klägerin bei der Vermarktung von Marken im Streitfall einen Behinderungswettbewerb positiv festzustellen, liegt das daran, daß die am 11.06.1999 durchgeführte Beweisaufnahme in zwei wesentlichen Punkten zum Nachteil der Beklagten ausgegangen ist. So vermochte der Zeuge K. die Behauptung der Beklagten nicht zu bestätigen, der Geschäftsführer der Klägerin habe 1992 oder 1993 zu der mit dem Vertrieb des Arzneimittels "DIARSTOP L" befaßten Firma Dr. H. Pharma GmbH Kontakt aufgenommen, um mit deren Geschäftsführer, dem Zeugen K., über gemeinsame Vertriebsaktivitäten zu sprechen. Im Gegenteil: Der Zeuge hat dies ausdrücklich ausgeschlossen. Auch kann nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht mit der erforderlichen Sicherheit (§ 286 Abs. 1 ZPO) davon ausgegangen werden, die Klägerin befasse sich praktisch ausschließlich mit der Anmeldung und späteren Veräußerung vorher löschungsreifer Marken, um aus Versäumnissen der vormaligen Markeninhaber Kapital zu schlagen. Vielmehr hat die Ehefrau des Geschäftsführers der Klägerin, die Zeugin M. S., wenn auch unter Nennung nur weniger Einzelheiten, insgesamt aber nachvollziehbar und unwiderlegt die Behauptung der Klägerin als richtig bestätigt, diese befasse sich seit vielen Jahren auch mit der Entwicklung neuer Marken sowie dem Produktmanagement und Vertrieb pharmazeutischer Erzeugnisse, und arbeite dabei u.a. mit den Firmen O. Pharma Vertrieb GmbH und der H. Pharma GmbH zusammen.

Bei diesem Beweisergebnis, namentlich der Tatsache, daß nicht davon ausgegangen werden kann, der Klägerin sei schon 1992 oder 1993 die Existenz des Präparates "DIARSTOP L"

bekannt gewesen, was ggf. die Ausführungen des Geschäftsführers der Klägerin und auch die der Zeugin S. zu den Umständen, wie man den Namen "DIARSTOP" zufällig gefunden habe, als unglaubhaft und widerlegt erscheinen ließe, verbleiben letztlich doch Zweifel an der Richtigkeit des Sachvortrags der für den Tatbestand des § 1 UWG darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten. Dies mag bei zukünftigen, dem hier zu beurteilenden Verhalten vergleichbaren Verfahrensweisen der Klägerin im Zusammenhang mit dem Erlangen und Verwerten einer Markeneintragung vor dem Hintergrund und unter Einbezug des vorliegenden Sachverhaltes anders zu beurteilen sein. Jedenfalls im Streitfall können jedoch keine ausreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte festgestellt werden, die (bereits) die Würdigung tragen, die Klägerin betreibe unlauteren Behinderungswettbewerb, und aus diesem Grund sei sie an der Geltendmachung markenrechtlicher Unterlassungs- und Löschungsansprüche gehindert. Die Berufung der Beklagten war folglich mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 11

Wert der Beschwer der Beklagten: 30.000,00 DM 12