
Datum: 02.11.2001
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 48/01
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2001:1102.6U48.01.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 84 O 66/00

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 18.01.2001 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln (84 O 66/00) teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst: Der Beklagte wird unter Abweisung der Klage im übrigen verurteilt, 1. es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung durch das Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 500.000,00 DM, ersatzweise Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, im Datennetz "Internet" oder in anderen, in der Bundesrepublik Deutschland abrufbaren Datennetzen die Bezeichnung "freelotto" - in jeder Schreibweise - als second-level-Domain-Namen für die Bewerbung und/oder das Angebot von Spielergemeinschaften zur Teilnahme an den Lotterien des Deutschen Lotto- und Totoblocks zu benutzen; 2. in die Löschung der für ihn registrierten Internet-Domain "freelotto.de" gegenüber der Registrierungsstelle DENIC e.G. einzuwilligen. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen hat der Beklagte zu tragen. Das Urteil ist hinsichtlich der Verurteilung zur Unterlassung sowie des Kostenausspruchs vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Zwangsvollstreckung des Unterlassungsausspruchs gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 115.000,00 DM abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in derselben Höhe leistet. Die Vollstreckung des Kostenausspruchs darf die Beklagte gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 20.000,00 DM abwenden, wenn nicht die Klägerin vorher Sicherheit in dieser Höhe leistet. Den Parteien wird

nachgelassen, die von ihnen zu stellenden Sicherheiten jeweils in Form der unbedingten, unbefristeten, unbedingten, unwiderruflichen, selbstschuldnerischen Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse zu erbringen. Die mit diesem Urteil für die Beklagte verbundene Beschwer wird auf 195.000,00 DM festgesetzt, die Beschwer der Klägerin beträgt 5.000,00 DM.

Tatbestand

Die Klägerin ist eine der 16 Gesellschafterinnen des Deutschen Lotto- und Totoblocks. Sie betreibt im Land Nordrhein-Westfalen die Organisation und Durchführung einer Vielzahl von Gewinnspielen, darunter das sog. "Samstags-Lotto" und das "Mittwochs-Lotto". Sie ist gemeinsam mit ihren 15 Mitgesellschafterinnen Inhaberin der mit Priorität zum 02.09.1996 als durchgesetztes Zeichen u.a. für die "Organisation, Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und anderen Geld- und Glücksspielen" sowie die "Veranstaltung und Durchführung von Glücksspielen im Wege der Telekommunikation, insbesondere über Internet" eingetragenen Wortmarke LOTTO 396 38 296. Hinsichtlich der näheren Einzelheiten insoweit wird auf die als Anlage K 1 zu den Akten gereichte Fotokopie des Registerauszugs Bezug genommen. Diese Marke ist Gegenstand eines von einer Fa. L.T.P. Service GmbH beim Deutschen Patent und Markenamt betriebenen Löschungsverfahrens (AZ: 396 38 296.7 / 28 S 121/00 Lösch), in dem hauptsächlich geltend gemacht wird, dass zu Unrecht die Voraussetzungen der Verkehrsdurchsetzung angenommen worden seien, die aus einem angeblich rein beschreibenden Gattungsbegriff bestehende Marke daher löschungsreif sei. Zu den weiteren Einzelheiten des erwähnten Löschungsverfahrens wird auf die von der Beklagten überreichten Anlagen B 1, B 2, BB 2 und BB 3 verwiesen.

Für den Beklagten ist bei der DENIC e.G. der Domain-Name "freelotto.de" registriert, unter dem - wie aus der Anlage K 6 zum Schriftsatz der Klägerin vom 29.09.2000 (Bl. 102 f d.A.) ersichtlich - unter Verweis auf die Gesellschaften des deutschen Lotto- und Totoblocks bzw. auf den "Deutschen Lotto Block" die Bildung und Zusammenstellung von Spielergemeinschaften nach einem bestimmten System angeboten wird.

Die Klägerin sieht in der Verwendung dieses Domain-Namens u.a. die in Bezug auf die o.g. Wortmarke LOTTO bestehenden Rechte verletzt und hat den Beklagten vorprozessual zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung aufgefordert. Da der Beklagte dieser Aufforderung nicht nachgekommen ist, nimmt sie ihn vorliegend klageweise - wie aus den nachfolgend dargestellten Anträgen ersichtlich - auf Unterlassung des Gebrauchs der Bezeichnung "freelotto" als second-level-Domain-Namen sowie ferner auf Einwilligung in die Löschung dieser Internet-Domain in Anspruch.

Zur Begründung dieser Klagebegehren hat die Klägerin die von ihr im einzelnen begründete Auffassung vertreten, dass nicht nur die Voraussetzungen des markenrechtlichen Verletzungstatbestandes des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, sondern darüber hinaus auch die einer Namensverletzung i.S. von § 12 BGB vorlägen. Überdies, so hat die Klägerin ebenfalls geltend gemacht, seien die Klageansprüche auch aus § 3 UWG gerechtfertigt. Insbesondere aus letztgenanntem Grund bestehe keinerlei Anlass, den Rechtsstreit mit Blick auf das hinsichtlich der Klagemarke anhängige Löschungsverfahren auszusetzen, das im übrigen aus von der Klägerin näher dargestellten Erwägungen aber auch keinerlei Aussichten auf Erfolg habe.

Die Klägerin hat beantragt,	
den Beklagten zu verurteilen,	7
1. es zu unterlassen, im Datennetz "Internet" oder in anderen,	8
	9
in der Bundesrepublik Deutschland abrufbaren Datennetzen	10
	11
die Bezeichnung "freelotto" - in jeder Schreibweise - als	12
	13
second-level-Domain-Namen zu benutzen;	14
1. in die Löschung der für ihn registrierten Internet-Domain	15
	16
"freelotto.de" gegenüber der Registrierungsstelle DENIC e.G.	17
	18
einzuwilligen.	19
Der Beklagte hat beantragt,	20
die Klage abzuweisen.	21
Die Klägerin, so hat der Beklagte eingewandt, sei bereits nicht aktivlegitimiert, da die Klagemarke nicht für sie allein, sondern für sämtliche Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks eingetragen sei. Diese könnten nur gemeinsam handeln und die Rechte aus der Marke nicht jeweils einzeln geltend machen. Im übrigen seien aber auch die Voraussetzungen einer Verwechslungs- oder Irreführungsgefahr nicht gegeben. Wenn überhaupt, dann sei die Klagemarke, deren Schutzzumfang außerordentlich eng sei, nur gegen die Verwendung identischer Bezeichnungen zu schützen. Angesichts des Umstandes, dass der Verkehr bei Internet-Domain-Namen daran gewöhnt sei, ähnliche Domain- Bezeichnungen verschiedenen Inhabern zuzurechnen, würden bereits minimale Abweichungen registriert und scheide die Gefahr von Verwechslungen im Streitfall aus. Schließlich verwende er, so hat der Beklagte eingewandt, den Begriff "Lotto" in seiner Domain auch ausschließlich beschreibend, so dass ein nach Maßgabe von § 23 MarkenG zulässiger Gebrauch vorliege. Jedenfalls aber sei der Rechtsstreit mit Blick auf das Löschungsverfahren auszusetzen. Die Klagemarke, so hat der Beklagte unter Bezugnahme auf die von ihm als Anlagen vorgelegten Schriftsätze betreffend das Löschungsverfahren im einzelnen ausgeführt, sei zu Unrecht eingetragen worden und löschrungsreif; das Löschungsverfahren biete erhebliche Erfolgsaussichten.	22
Mit Urteil vom 18.01.2001, auf welches zur näheren Sachdarstellung Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage - das Unterlassungsbegehren verbunden mit einer Androhung	23

von Ordnungsmitteln gemäß § 890 ZPO - zugesprochen. Zur Begründung dieser Entscheidung hat es im wesentlichen ausgeführt, dass die für den Beklagten registrierte Internet-Domain die Gefahr von Verwechslungen mit der Klagemarke i.S. von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG begründe und die Klägerin nach Maßgabe von § 744 Abs. 2 BGB aktivlegitimiert sei, die hieraus folgenden Ansprüche geltend zu machen. Anlass für eine Aussetzung bestehe dabei nicht, weil der Ausgang des Lösungsverfahrens entgegen der Meinung des Beklagten völlig ungewiss sei.

Gegen dieses, ihm am 29.01.2001 zugestellte Urteil hat der Beklagte am 27.02.2001 24
Berufung eingelegt, die er - nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum
27.04.2001 - mit einem an diesem Tag eingegangenen Schriftsatz begründet hat.

Das Landgericht, so führt der sein erstinstanzliches Vorbringen im übrigen wiederholende 25
und vertiefende Beklagte aus, habe die Klage nicht zusprechen dürfen, sondern hätte den
Rechtsstreit wegen Vorgeiflichkeit des Lösungsverfahrens aussetzen müssen. Zu Unrecht
habe das Landgericht aber auch eine in Anbetracht der streitbefangenen Bezeichnungen
bestehenden Verwechslungsgefahr bejaht. Der angegriffene Domain-Name "freelotto" sei der
ohnehin nur äußerst kennzeichnungsschwachen Klagemarke nicht hinreichend ähnlich, um
im angesprochenen Verkehr als Hinweis auf das vom Deutschen Lotto- und Totoblock
veranstaltete Lotto verstanden zu werden. Jedenfalls aber weise der von ihm verwendete
Begriff "freelotto" lediglich auf eine Tätigkeit bezüglich eines Lotteriespiels hin und werde i.S.
von § 23 Nr. 2 MarkenG rein beschreibend gebraucht.

Der Beklagte beantragt, 26

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage 27

abzuweisen; 28

vorab: 29

den Rechtsstreit bis zur Erledigung des Antrags der 30

L.T.P. Service GmbH auf Löschung der 31

Marke "LOTTO" vor dem Deutschen Patent- und Marken- 32

amt - Nr. 396 38 296.7/28 - S 121/00 Lösch - auszusetzen. 33

Die Klägerin beantragt, 34

die Berufung zurückzuweisen. 35

Zu Recht, so bringt die das angefochtene Urteil verteidigende Klägerin vor, habe das 36
Landgericht die Aussetzung des Rechtsstreits abgelehnt. Die Klagemarke, an deren
Eintragung das Gericht im Verletzungsprozess gebunden sei, stehe in Kraft. Unter Vorlage
von ihr eingeholter demoskopischer Gutachten der GfK Marktforschung (Anlage BB 1) und
der INRA Deutschland GmbH (Anlage BB 22) führt die Klägerin weiter aus, dass der
Löschungsantrag auch keine ausreichenden Erfolgsaussichten habe. Zutreffend habe das
Landgericht eine zwischen den streitbefangenen Bezeichnungen bestehende
markenrechtliche Verwechslungsgefahr bejaht. Die Klagemarke weise eine durch
jahrzehntelange, intensive Benutzung gesteigerte Kennzeichnungskraft auf. Der für den
Beklagten registrierte Domain-Name werde für Dienstleistungen benutzt, die den von der

Klagemarke erfassten hochgradig ähnlich seien. Hinzu komme, dass die zu vergleichenden Bezeichnungen einander hochgradig ähnlich seien. Im übrigen lägen aber auch die Voraussetzungen des wettbewerbsrechtlichen Irreführungstatbestands i.S. von § 3 UWG vor, weil - was die Klägerin näher ausführt - die second-level-Domain des Beklagten den Verkehr in zweierlei Hinsicht über das darunter erwartete Angebot täusche.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten im Vorbringen der Parteien wird auf ihre in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze samt Anlagen Bezug genommen. 37

Entscheidungsgründe 38

Die in formeller Hinsicht einwandfreie Berufung ist insgesamt zulässig. In der Sache hat das Rechtsmittel des Beklagten jedoch nur in dem aus der Urteilsformel ersichtlichen Umfang teilweise Erfolg. 39

I. 40

Die Klägerin kann gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG Unterlassung des Gebrauchs des für den Beklagten registrierten Domain-Namens bzw. der darin eingestellten second-level-Domain "freelotto" nur insoweit verlangen, als der Beklagte diese - wie tatsächlich geschehen - für die Bewerbung und das Angebot von Spielergemeinschaften zur Teilnahme an dem Lotto des Deutschen Lotto- und Totoblocks verwendet. Soweit sie darüber hinaus generell die Unterlassung des Gebrauchs der second-level-Domain "freelotto" auch für andere, als die gegenwärtig darunter beworbenen und/oder angebotenen Dienstleistungen verlangt, bestehen keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte die beanstandete Bezeichnung für derartige Inhalte bereits benutzt hat oder zumindest nutzen wird, so dass das Unterlassungsbegehren mangels der erforderlichen materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzung der Begehungsgefahr scheitert. 41

Im einzelnen begründet sich das dargestellte Ergebnis wie folgt: 42

1. 43

Die Klägerin kann vom Beklagten gemäß §§ 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG Unterlassung verlangen, den second-level-Domain-Namen "freelotto" für die Bewerbung und/oder das Angebot der Bildung von Spielergemeinschaften zur Teilnahme am Lotto zu verwenden. Denn dieser Gebrauch des angegriffenen second-level-Domain-Namens begründet die Gefahr von Verwechslungen mit der - unstreitig prioritätsälteren - Klagemarke LOTTO, deren eingetragene Mitinhaberin die Klägerin ist. Die von dem erkennenden Senat nach Maßgabe von § 890 Abs. 2 ZPO in den danach zu formulierenden Unterlassungstitel aufgenommene Androhung der Ordnungsmittel wurde zwar von der Klägerin in erster Instanz nicht ausdrücklich beantragt. Indessen verteidigt die Klägerin in der Berufung u.a. den diese Androhung aufweisenden Unterlassungstenor des erstinstanzlichen Urteils, worin konkludent ein auch auf diese Androhung gerichteter Antrag liegt. 44

a). 45

Dass die Klägerin prozessführungsbefugt und aktivlegitimiert ist, den Unterlassungsanspruch allein geltend zu machen, hat das Landgericht in dem angefochtenen Urteil zu Recht bejaht. Denn obwohl die Klägerin neben den übrigen 15 Gesellschafterinnen des Deutschen Lotto- und Totoblocks lediglich Mitinhaberin des mit Priorität zum 02.09.1996 als durchgesetzte Marke eingetragenen Wortzeichens "LOTTO" ist (vgl. Anlage K 1 =Bl. 7-9 d.A.), kann sie 46

gemäß der in § 744 Abs. 2 BGB getroffenen Regelung den Unterlassungsanspruch selbständig in eigenem Namen geltend machen (vgl. BGH WRP 2000, 1148/1149 - "Ballermann" - m.w.N.). Die Beklagte, die auf den in erster Instanz ausdrücklich vorgebrachten Einwand der angeblich fehlenden Aktivlegitimation in der Berufung nicht mehr zurückkommt, zieht die Anspruchsberechtigung der Klägerin letztlich auch nicht mehr in Zweifel.

b) 47

Ob bei einander gegenüberstehenden Zeichen die Gefahr einer Verwechslung besteht, ist nach deren jeweiligen Gesamteindruck festzustellen. Dabei kommt es auf die Nähe der in Betracht zu ziehenden Waren oder Dienstleistungen, auf die Kennzeichnungskraft der Klagemarke sowie auf das Maß der Ähnlichkeit der zu vergleichenden Kennzeichnungen an. Zwischen den dargestellten, die Verwechslungsgefahr bestimmenden Faktoren besteht dabei eine Wechselbeziehung dergestalt, dass der Ähnlichkeitsgrad umso geringer sein kann, je größer die Kennzeichnungskraft und/oder die Waren- oder Dienstleistungsnahe ist, während umgekehrt ein höherer Ähnlichkeitsgrad erforderlich ist, wenn die Kennzeichnungskraft der Klagemarke nur schwach und/oder der Waren- bzw. Dienstleistungsabstand erheblich ist (vgl. BGH GRUR 2001, 507, 508 = WRP 2001, 694 ff. "EVIAN/REVIAN" m.w.N.; BGH GRUR 2000, 875/876 - "Davidoff" -; ders. WRP 2000, 631/632 - "MAG-LITE" -; EuGH GRUR 1998, 387 - "Springende Raubkatze" - jeweils m.w.N.). Mit der Klägerin und dem ihr insoweit folgenden Landgericht ist nach diesen Maßstäben die Verwechslungsgefahr im Streitfall zu bejahen.

aa) 49

Was die Ähnlichkeit der von den zu vergleichenden Zeichen jeweils erfassten Dienstleistungen angeht, so liegt eine solche ohne weiteres vor. Bei Internet-Domain-Namen beurteilt sich die Frage, für welche Ware oder Dienstleistung sie verwendet wird, in aller Regel anhand der Produkte oder Dienstleistungen, über die unter dem Domain-Namen informiert oder für die geworben wird (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 14 Rdn. 242). Ausweislich der von der Klägerin vorgelegten Anlage K 6 (= Bl. 95/102 f d.A.) wird der second-level-Domain-Namen "freelotto" durch den Beklagten zur Werbung für die Bildung von Spielergemeinschaften verwendet, die unter Vornahme einer sogenannten Systemwette ("Die Systemscheine") an dem durch den Deutschen Lotto- und Totoblock veranstalteten "Lotto am Samstag 6 aus 49" teilnehmen. Diese unter der second-level-Domain "freelotto" beworbene Dienstleistung ist der Dienstleistung "Organisation, Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und anderen Spielen" sowie "Veranstaltung und Durchführung von Glücksspielen im Wege der Telekommunikation, insbesondere über Internet", für die wiederum die Klagemarke eingetragen ist, in hohem Maße ähnlich. Denn zur Organisation und Durchführung von Lotterien und sonstigen Glücksspielen zählt die Bereitstellung der Möglichkeiten der Teilnahme hieran; eine besondere Form der Teilnahmemöglichkeit in Form von Spielergemeinschaften, die sich mit ihren Einsätzen nach einem bestimmten System beteiligen, bewirbt und bietet der Beklagte aber unter dem streitbefangenen second-level-Domain-Namen an.

bb) 51

Was das die zeichenrechtliche Verwechslungsgefahr mitbeeinflussende Kriterium der Ähnlichkeit der zu vergleichenden Bezeichnungen angeht, so spricht im Streitfall zwar manches dafür, die Zeichenähnlichkeit als lediglich gering einzuordnen. Denn es liegen Umstände vor, die den Schluss darauf nahe legen, dass die Zeichenähnlichkeit auf der Grundlage einer Gegenüberstellung einerseits von "LOTTO" und andererseits der vollen

second-level-Domain "freelotto" vorzunehmen ist: Der für die Beurteilung der Zeichenähnlichkeit maßgebliche Gesamteindruck der angegriffenen Bezeichnung ist nicht etwa anhand einer zergliedernden, semantischen Betrachtungsweise zu ermitteln. Vielmehr kann die Ähnlichkeit einer Marke mit einer anderen Kennzeichnung nur in bezug auf die konkrete Form, in der diese eingetragen und/oder verwendet wird, festgestellt werden. Das schließt es zwar nicht aus, dass einem bestimmten Zeichenbestandteil unter Umständen eine besondere, das gesamte Zeichen prägende Kennzeichnungskraft beizumessen ist und deshalb bei Übereinstimmung der zu vergleichenden Zeichen in dem jeweils prägenden Bestandteil eine Verwechslungsgefahr zu bejahen sein kann (vgl. BGH GRUR 1996, 200/201 -"Innovadiclophlont"-). Jedoch liegt es hier eher fern, dem in der second-level-Domain "freelotto" enthaltenen Bestandteil "lotto" nach diesen Grundsätzen eine den Gesamteindruck des Zeichens allein prägende Kraft beizumessen. Zwar wird der Verkehr den in dem als "Einwortzeichen" gebildeten Domain-Namen des Beklagten enthaltenen Bestandteil "lotto" neben "free" überhaupt als eigenständiges Element wahrnehmen. Denn dem Verkehr begegnet im allgemeinen Sprachgebrauch nicht nur der Begriff "Lotto" als selbständiges Einzelwort, mit dem eine bestimmte - u.a. durch den Deutschen Lotto- und Totoblock angebotene - Form der Lotterie bzw. generell des Glücksspiels bezeichnet wird, sondern dies gilt auch für den Begriff "free". Der letztgenannte, dem anglo-amerikanischen Sprachraum entstammende Begriff ist auch innerhalb des deutschen Sprachraums weithin als eigenständiger, in die Alltagssprache integrierter Begriff verbreitet und wird als Synonym für "frei"/"ungebunden" in einer denkbar breiten Ausdrucksvariante verwendet und - nicht zuletzt wegen seiner Nähe zu dem entsprechenden deutschen Begriff "frei" - zwanglos verstanden. Dies stützt die Annahme, dass der angesprochene Verkehr, unabhängig von der Schreibweise in einem Wort, in dem second-level-Domain-Namen "freelotto" des Beklagten in Wirklichkeit zwei eigenständige und für sich genommen einen jeweils "kompletten" Aussagegehalt enthaltende Bestandteile wiedererkennt, so dass im Ansatz die Prüfung veranlasst ist, ob einer dieser beiden Elemente den Gesamteindruck des Domain-Namens prägt. Gegen letzteres spricht jedoch, dass sowohl dem Begriff "Lotto" als auch dem Begriff "free" (auch) ein beschreibender Aussagewert zukommt. Selbst wenn sich - was hier unterstellt werden kann - der Begriff "Lotto" für den Deutschen Lotto- und Totoblock durchgesetzt und für diesen im Verkehr eine hohe Bekanntheit und gesteigerte Kennzeichnungskraft erreicht haben sollte, ändert das nichts daran, dass gerade aus der konkret kombinierten Wortfolge ein eigenständiger Aussagewert entsteht, der seinerseits einen gewissen Phantasiegehalt aufweist. Denn die Wortfolge "freelotto" ist nicht etwa ausschließlich im Sinn von "kostenfreies" Lotto bzw. die "kostenlose Teilnahme an/der kostenlose Zugang zu" Lotto zu identifizieren, sondern kann aus der Sicht eines objektiven aufmerksamen Betrachters auch im Sinne eines "ungebundenen" Lottos, also eines nicht an vorhandene Marktstrukturen, konkret den Deutschen Lotto- und Totoblock als Veranstalter gebundenen Lottospiels oder auch in bezug auf die freie ="unkonventionelle" Interpretation von Regeln verstanden werden. Die aus den Begriffen "frei" und "lotto" entstandene Wortfolge ist daher nicht eindeutig und regt zum Nachdenken an, um den Sinn zu entschlüsseln. Vor diesem Hintergrund scheint es aber fernliegend, dass der Verkehr den in der Begriffskombination "freelotto" enthaltenen Bestandteil "free" neben "lotto" als rein beschreibende Angabe übergehen wird. Letztlich kann es allerdings offen bleiben, ob beide Elemente der second-level-Domain gleichgewichtig deren Gesamteindruck bestimmen bzw. ob der darin enthaltene Bestandteil "lotto" nicht allein prägend (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 399) ist. Das bedarf hier deshalb nicht der Entscheidung, weil selbst bei Gegenüberstellung einerseits von "LOTTO" und andererseits von "freelotto" und bei Zugrundelegen der sich dabei herausstellenden deutlichen Unterschiede in klanglicher, schriftbildlicher und begrifflicher Hinsicht, die Verwechslungsgefahr - wie nachfolgend ausgeführt - zu bejahen ist.

Denn selbst einem geringen Ähnlichkeitsgrad der Zeichen steht eine derart hohe Kennzeichnungskraft der Klagemarke "LOTTO" gegenüber, dass für einen mehr als nur unbeachtlichen Teil des angesprochenen Verkehrs, dem die Mitglieder des erkennenden Senats ebenso wie diejenigen der erstinstanzlich entscheidenden Kammer angehören, die Gefahr markenrechtlich relevanter Verwechslungen besteht.

Allerdings trifft es im Ansatz zu, dass es sich bei dem Begriff "Lotto" von Hause aus um einen bestimmten Art des Lotteriespiels beschreibenden Begriff handelt (vgl.: Der große Brockhaus, 18. Auflage, sowie Duden, jeweils zum Stichwort: "Lotto"). Die Klägerin hat indessen substantiiert dargelegt, dass der Deutsche Lotto- und Totoblock den Begriff "Lotto" intensiv in Benutzung genommen und bekannt gemacht hat, so dass dieser in hohem Maß geeignet ist, sich dem Publikum als Marke einzuprägen, d.h. in Erinnerung behalten und wiedererkannt zu werden (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 181 m.w.N.). Eine solche gesteigerte Kennzeichnungskraft lässt sich zwar nicht allein dem Umstand entnehmen, dass die Klagemarke kraft Verkehrsdurchsetzung (§ 8 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 MarkenG) für die Gesellschafterinnen des Deutschen Lotto- und Totoblocks eingetragen worden ist. Denn ist ein Zeichen aufgrund von Verkehrsdurchsetzung eingetragen, so kommt ihm grundsätzlich normale, d.h. durchschnittliche Kennzeichnungskraft zu (BGH NJW RR 1993, 553 - "Apetito/Apitta"-; ders. GRUR 1991, 609 - "SL"-; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 8 Rdn. 150 und § 14 Rdn. 221). Indessen kann bei einem entsprechend hohen Durchsetzungsgrad auch die Kennzeichnungskraft als überdurchschnittlich eingeordnet werden und damit den Schutzbereich der Marke in einer Weise vergrößern, dass selbst bei verhältnismäßig geringer Ähnlichkeit des angegriffenen Zeichens die Gefahr von Verwechslungen ggf. zu bejahren ist (Ingerl/Rohnke, a.a.O. m.w.N.). So liegt der Fall hier.

Dem Vortrag der Klägerin lässt sich zwar ebensowenig wie dem sonstigen Akteninhalt entnehmen, welchen konkreten Durchsetzungsgrad der deutsche Lotto- und Totoblock seinerzeit gegenüber dem Deutschen Patent- und Markenamt behauptet hat, um die Markeneintragung zu erwirken. Fest steht lediglich, dass ein demoskopisches Gutachten im Eintragungsverfahren nicht vorgelegt worden war, sondern dass sich die Gesellschafterinnen des Deutschen Lotto- und Totoblocks darauf berufen haben, seit 1955 den Begriff "Lotto" durch die regelmäßige Veranstaltung dieses Glücksspiels unter der entsprechenden Bezeichnung sowie die umfangreiche Ausgabe von "Lottoscheinen", die flächendeckende Einrichtung von "Lotto-Annahmestellen" und umfangreiche, kontinuierlich betriebene Werbemaßnahmen sowie schließlich die "öffentliche Ziehung der Lottozahlen" und ihre Veröffentlichung im Fernsehen - u.a. in den Tagesnachrichten - in einer so nachhaltigen Weise im Verkehr bekannt gemacht zu haben, dass die weitaus überwiegende Anzahl der Verbraucher mit "Lotto" zwanglos gerade das "Lotto"-Spiel des Deutschen Lotto- und Totoblocks assoziiert. Diese, im vorliegenden Prozess seitens der Klägerin näher erläuterten Umstände (vgl. Bl. 223 ff d.A.) indizieren einen sehr hohen Durchsetzungsgrad des Begriffs "Lotto" und lassen den Schluss darauf zu, dass dieser sich im Verkehr in hohem Maße als Herkunftshinweis auf den Deutschen Lotto- und Totoblock bzw. die diesen bildenden Gesellschafterinnen, darunter die Klägerin, durchgesetzt hat. Dem steht es nicht entgegen, dass nach der von der Klägerin vorgelegten gfk-Befragung lediglich insgesamt 49,3 % der Befragten auf die - sinngemäße - Frage, was sie mit dem Begriff "Lotto" verbinden, Antworten gaben, die einen eindeutigen Rückschlüsse gerade auf das vom Deutschen Lotto- und Totoblock veranstaltete Lotto zulassen. Denn die übrigen, eine solche Zuordnung nicht auf Anhieb erkennen lassenden Antworten (z.B. "Glücksspiel", "Gewinnspiel" usw.) sind so allgemein, dass sie kein zuverlässiges Indiz gegen die nach den obigen Umständen,

insbesondere die jahrzehntelange Tradition und Verbreitung des Lottos des Deutschen Lotto- und Totoblocks naheliegende Vorstellung darstellen, dass mit Lotto gerade dieses Lotto gemeint ist. Hinzu kommt, dass auch der Beklagte keinen anderen Veranstalter genannt hat, der unter der Bezeichnung "Lotto" eine Lotterie der hier betroffenen Art durchgeführt hat. Weder die von der NKL noch die von der SKL veranstalteten Lotterien werden unter dieser Bezeichnung angeboten, noch bedienen sich andere Veranstalter dieses Begriffs. Die Klägerin und ihre im Deutschen Toto- und Lottoblock zusammengeschlossenen 15 Mitgesellschafterinnen können sich demgegenüber darauf berufen, den Begriff "Lotto" bereits seit 1955 in ununterbrochener Folge zur Kennzeichnung des von ihnen veranstalteten und durchgeführten Lotteriespiels verwendet zu haben. Seit 1965 wird die im Rahmen der Durchführung dieses Lotteriespiels veranstaltete "Ziehung der Lottozahlen" bundesweit von den öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalten der ARD unter Verwendung des Begriffs "Lotto" ausgestrahlt. Darüber hinaus existieren bundesweit unstreitig 21.000 "Lotto-Annahmestellen" in denen - wiederum mit dem Begriff "Lotto" gekennzeichnete "Lottospielscheine" - ausgefüllt und zur Teilnahme an der solcherart bezeichneten, von der Klägerin und ihren Mitgesellschafterinnen durchgeführten Lotterie abgegeben werden können. Selbst wenn man dem beschreibenden Charakter des Begriffs "Lotto" Rechnung trägt, spricht doch vor diesem Hintergrund alles dafür, aus dem nach den vorstehenden Umständen dokumentierten hohen Durchsetzungsgrad eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der Klagemarke herzuleiten.

Die vorstehenden, die Beurteilung der Verwechslungsgefahr wechselbezüglich beeinflussenden Parameter abwägend, ist im Streitfall die Gefahr von Verwechslungen nicht von der Hand zu weisen: Zwar wird die Gefahr von Zeichenverwechslungen, mithin die unmittelbare Verwechslungsgefahr angesichts der aufgezeigten Verschiedenheit der zu vergleichenden Zeichen der Parteien zu verneinen sein. Jedoch besteht danach die Gefahr mittelbarer Verwechslungen. Denn ein mehr als nur unbeachtlicher Teil des angesprochenen Verkehrs wird davon ausgehen, dass es sich bei der Bezeichnung "freelotto" um eine Abwandlung des ihm bekannten und dem Deutschen Lottoblock zugeordneten Zeichens "Lotto" handelt, mit dem dieser im Internet die Möglichkeit bietet, "frei" zugängliche, d.h. für jedermann verfügbare Informationen über das Glücksspiel Lotto einschließlich seiner Durchführung und Organisation zu erhalten. Der Verkehr ist mit dem Aufkommen und der zunehmenden Verbreitung der Möglichkeiten des Internets nicht nur daran gewöhnt, dass zahlreiche Unternehmen Informationen über ihre Leistungsangebote ins Internet stellen, sondern rechnet auch damit, dass dafür eben die Bezeichnungen als den Zugriff auf die Informationen eröffnende Domain-Namen verwendet werden, unter der die Unternehmen und/oder ihre Angebote bekannt sind. Ein beachtlicher Teil des Publikums wird daher in dem Domain-Namen "freelotto" die für den "freien" Zugriff auf die Internetinformation gewählte Bezeichnung sehen, die der Veranstalter des unter der Marke LOTTO angebotenen Glücksspiels gewählt hat. Dieser Teil des Verkehrs erkennt zwar, dass es sich bei den streitbefangenen Bezeichnungen um verschiedene handelt, rechnet diese jedoch aufgrund der dargestellten Umstände irrig ein und demselben Unternehmen, hier konkret den Inhaberinnen der prioritätsälteren Klagemarke LOTTO zu und erliegt daher der mittelbaren Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt des Serienzeichens. Diese liegt vor, wenn die Zeichen in einem Bestandteil übereinstimmen, den der Verkehr als Stamm mehrerer Zeichen eines Unternehmens ansieht und deshalb wegen dieses "wesensgleichen" Stamms dem gleichen Zeicheninhaber zuordnet (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 428 m.w.N.). Mit der Anerkennung der mittelbaren Verwechslungsgefahr unter dem Aspekt des Serienzeichens wird der im Verkehr bekannten Übung vieler Unternehmen Rechnung getragen, sich eines Stammzeichens für alle ihre Waren zu bedienen und dieses - als solches erkennbar bleibende - Stammzeichen für einzelne Waren- oder Dienstleistungen abzuwandeln. Die Annahme eines solchen Serienzeichens für den Verkehr ist insbesondere dann nahliegend,

wenn das Stammzeichen von dem Markeninhaber bereits zur Bildung mehrerer Zeichen benutzt und im Verkehr verwendet worden ist. Dies stellt jedoch keine unerlässliche Voraussetzung dar. Auch in einem erstmalig verwendeten Zeichen kann der Verkehr ein Stammzeichen sehen, wofür allerdings konkrete Anhaltspunkte zu verlangen und strenge Anforderungen an die Wesensgleichheit des Stammbestandteils mit dem angegriffenen Zeichen zu stellen sind (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 428 m.w.N.). Im Streitfall sind diese Anforderungen erfüllt, da nach den obigen Ausführungen nicht nur konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Gesellschafterinnen des Deutschen Lottoblocks nunmehr dazu übergehen, aus diesem Zeichen Abwandlungen zu bilden, um im Internet Informationsmöglichkeiten über ihr Lotto zur Verfügung zu stellen, sondern der in dem Domain-Namen als "Stammbestandteil" erkannte Begriff "Lotto" ist dem Klagezeichen auch identisch (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 430).

c). 58

Ist damit die in § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG geforderte Verwechslungsgefahr aus den dargestellten Gründen zu bejahen, so kann der Beklagte sich weiter auch nicht mit Erfolg darauf berufen, der konkrete Gebrauch des second-level-Domain-Namens sei nach § 23 Nr. 2 MarkenG erlaubt. Denn es handelt sich dabei schon nicht um einen Zeichengebrauch, mit dem lediglich Merkmale oder Eigenschaften der Dienstleistung der Beklagten beschrieben werden (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 65). Der Beklagte verwendet den Domain-Namen vielmehr zur Bezeichnung seines über diese Internet-Adresse erreichbaren Unternehmens und des mit diesem bereitgestellten Angebots und nicht etwa zur inhaltlichen Beschreibung der von ihm angebotenen, unter der streitbefangenen Internet-Adresse erreichbaren Dienstleistungen. 59

2. 60

Soweit die Klägerin über den dargestellten Umfang hinaus, nämlich auch außerhalb des Bereichs der Bewerbung und/oder des Angebots von Spielergemeinschaften zur Teilnahme an Lotterien die Unterlassung des Gebrauchs der second-level-Domain "freelotto" verlangt, ist das allerdings unbegründet. Dabei kann es dahinstehen, inwiefern diesbezüglich die sachlichen Voraussetzungen der in den §§ 14 Abs. 2 Nr. 2 oder Nr. 3, 15 Abs. 2 und Abs. 3 MarkenG normierten markenrechtlichen Verletzungstatbestände oder aber einer der sonstigen, von der Klägerin geltend gemachten Anspruchsgrundlagen (§ 12 BGB, § 3 UWG) vorliegen. Das ist hier deshalb nicht von entscheidungserheblicher Bedeutung, weil jedenfalls keine konkreten Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass der Beklagte den streitbefangenen Domain-Namen zur Kennzeichnung anderer, als der unter Ziff. I.1. angesprochenen Dienstleistungen oder eines dieses anbietenden Unternehmens verwendet hat oder verwenden wird, so dass insoweit die Begehrungsgefahr sowohl in der Form der Wiederholungsgefahr als auch der Erstbegehrungsgefahr scheitert. 61

II. 62

Der geltend gemachte Lösungsanspruch ergibt sich als Beseitigungsanspruch ebenfalls aus § 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG, da der aus der genannten Bestimmung folgende Unterlassungsanspruch die Verpflichtung zu positivem Tun, nämlich der Beseitigung der (noch andauernden) Störung umfasst (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., Vor §§ 14 - 19 Rdn. 55 ff m.w.N.). Das nach Maßgabe der vorstehenden Bestimmungen auszusprechende Verbot der Benutzung erstreckt sich dabei konkret auf die Beseitigung der Registrierung, die durch Verzicht auf den Domain-Namen gegenüber der DENIC bzw. durch Einwilligung in die Lösungsung der Registrierung zu bewerkstelligen ist. Die Klägerin kann die Einwilligung in die 63

Löschung des Domain-Namens ungeachtet des Umstandes verlangen, dass das Verbot des Gebrauchs der second-level-Domain "freelotto" nur innerhalb des oben beschriebenen Bereichs der Dienstleistungen, nämlich dort zu untersagen ist, wo der Beklagte unter der streitbefangenen Bezeichnung die Bildung von Spielergemeinschaften zur Teilnahme am "Lotto" des Deutschen Lotto- und Totoblocks bewirbt und/oder anbietet. Da jegliche Anhaltspunkte dafür fehlen, dass der Beklagte den verfahrensbetroffenen Domain-Namen in anderer als der tatsächlich bereits stattgefundenen, die Markenrechte der Klägerin verletzenden Weise verwendet hat und/oder verwenden wird, ist es gerechtfertigt, insgesamt die Löschung der nicht auf bestimmte sachliche Geschäftsbereiche bezogenen Domain-Bezeichnung vornehmen zu lassen.

III.

64

Ebenso wie das erstinstanzlich entscheidende Landgericht sieht der Senat schließlich keinen Anlass, den Rechtsstreit mit Blick auf das in Bezug auf die Klagemarke bei dem Deutschen Patent- und Markenamt betriebene Lösungsverfahren nach Maßgabe von § 148 ZPO auszusetzen.

65

Grundsätzlich ist im Markenverletzungsverfahren davon auszugehen, dass die eingetragene Marke in Kraft steht und deshalb als solche schutzfähig ist. Der Einwand, eine Marke sei entgegen eines absoluten Schutzhindernisses zu Unrecht (hier: § 50 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG) eingetragen worden, kann gemäß § 54 Abs. 1 MarkenG nur durch einen Lösungsantrag beim Patentamt geltend gemacht werden (vgl. BGH WRP 2000, 632 --"MAG-LITE"--; ders. GRUR 1998, 413 f --"Analgin"--; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 15). Die bei Einleitung eines Lösungsverfahrens im Markenverletzungsprozess danach lediglich in Betracht zu ziehende prozessuale Möglichkeit der Aussetzung gemäß § 148 ZPO erfordert - neben der Vorgeiflichkeit - indessen, dass das Lösungsverfahren einige Erfolgsaussichten aufweist (vgl. BGH GRUR 1987, 284 --"Transportfahrzeug" -). Letzteres kann im Streitfall nicht bejaht werden. Unstreitig hat das Deutsche Patent- und Markenamt die Einholung eines demoskopischen Gutachtens zur Verkehrsdurchsetzung von "LOTTO" für erforderlich gehalten und den Inhaberinnen der Klagemarke die Vorlage eines solchen Gutachtens zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung aufgegeben.. Ob dem Lösungsantrag nach diesem Stand des Lösungsverfahrens "einige Erfolgsaussichten" zuzugestehen sind, lässt sich danach nicht zuverlässig beurteilen, weil der Ausgang der angeordneten Befragung noch offen ist. Neben den oben unter I. 1.b) cc) bereits dargestellten, die Bekanntheit der Klagemarke und ihre hohe Kennzeichnungskraft betreffenden Umständen sprechen die Ergebnisse des von der Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit als Anlage BB 22 vorgelegten demoskopischen Gutachtens der INRA Deutschland GmbH aber dagegen, der von der L.T.P. Service GmbH betriebenen Löschung der Klagemarke die erforderliche Erfolgsaussicht beizumessen. Entgegen der Meinung der Beklagten lässt dieses Gutachten nicht schon aus sich heraus den Schluss auf eine dem Nachweis der Verkehrsdurchsetzung nicht genügende Bekanntheit und Zuordnung der Bezeichnung "LOTTO" zu. Vielmehr indizieren die mit dieser Befragung ermittelten Werte einen hinreichend hohen Bekanntheitsgrad von "LOTTO", dass danach die der begehrten Löschung aber entgegenstehende Annahme nahe liegt, der Verkehr verstehe diese Bezeichnung als eine auf das Lotteriespiel der Klägerinnen und ihrer Mitgesellschafterinnen hinweisende, mithin i.S. von § 8 Abs. 3 MarkenG durchgesetzte Kennzeichnung. Das gilt auch, wenn man mit der Beklagten einen hohen, die Quote von 50 % deutlich übersteigenden Durchsetzungsgrad fordern will. Nach den Ergebnissen der INRA-Befragung war 88 % der Befragten und 98 % der Glücksspielinteressierten der Begriff "LOTTO" im Zusammenhang mit Glücksspielen bereits bekannt; 84 % der Letztgenannten assoziierten dabei "LOTTO" spontan mit " LOTTO 6 aus 49". Auf die Frage, ob "LOTTO" von

66

einem bestimmten Veranstalter oder verschiedenen Veranstaltern komme, antworteten 61 % der Glücksspielinteressierten und 44 % der Bevölkerung mit "kommt von einem bestimmten Veranstalter". Diesen Werten sind jedoch die zu der Antwort "kommt von verschiedenen Veranstaltern" jeweils ermittelten Werte von jeweils 14 % ("Bevölkerung") und 19 % ("Glücksspielinteressierte") potenziell hinzuzurechnen. Denn angesichts des Umstandes, dass die unter der Bezeichnung "LOTTO" veranstaltete und durchgeführte Lotterie von mehreren, im Deutschen Lotto- und Totoblock zusammengefassten selbständigen Gesellschaften veranstaltet und durchgeführt wird, schließt die Antwort "kommt von verschiedenen Veranstaltern" nicht aus, dass "LOTTO" gleichwohl einem zum Deutschen Lotto- und Totoblock gehörigen Veranstalter zugeordnet wird. Gleiches gilt hinsichtlich der zu der Frage "...ist für ‚LOTTO‘ ein bestimmter Veranstalter verantwortlich oder sind für ‚LOTTO‘ verschiedene Veranstalter verantwortlich" ermittelten Werte. Bei deren Addition ordnen jeweils 80 % bzw. 82 % der Glücksspielinteressierten und 58 % bzw. 60 % der Bevölkerung den Begriff "LOTTO" einem bestimmten Veranstalter zu. Vor diesem Hintergrund kann dem gegen die Klagemarke gerichteten Löschungsantrag aber die zu fordernde Erfolgsaussicht nicht zugesprochen werden und ist daher die im vorliegenden Verletzerprozess seitens der Beklagten begehrte Aussetzung nicht gerechtfertigt.

IV.	67
Die Kostenfolge ergibt sich aus § 92 Abs. 2 ZPO. Soweit die Klägerin mit ihrem Unterlassungsbegehren unterlegen ist, betrifft dies einen Anspruchsteil von nur geringer wirtschaftlicher Bedeutung, der streitwertmäßig keinen Gebührensprung auslöst und daher keine besonderen Kosten auslöst.	68
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Soweit der Beklagte zur Einwilligung in die Löschung verurteilt worden ist, scheidet ein Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit mit Blick auf die in § 894 ZPO getroffene Regelung aus.	69
Die gemäß § 546 Abs. 2 ZPO festzusetzende Beschwer orientiert sich am Wert des Unterliegens der Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit.	70
Streitwert der Berufung: 200.000,00 DM (120.000,00 DM Unterlassung; 80.000,00 DM Einwilligung in die Löschung).	71