
Datum: 19.07.2002
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 17/02
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2002:0719.6U17.02.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 84 O 8/01

Tenor:

1.) Die Berufung der Klägerin gegen das am 20.12.2001 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 84 O 8/01 - wird zurückgewiesen. 2.) Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu tragen. 3.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann jedoch die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 120 % der zu vollstreckenden Summe abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in derselben Höhe leistet. Die Parteien können die Sicherheiten durch eine schriftliche, unwiderrufliche, unbedingte und unbefristete Bürgschaft eines im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstitutes leisten. 4.) Die Revision wird nicht zugelassen. 5.) Die Beschwer der Klägerin wird auf über 20.000 EUR festgesetzt.

Tatbestand

1

Die Klägerin entwickelt und vermarktet Software. Die Beklagte ist ein Verlag, der u. a. die Computer-Zeitschrift "c't" herausgibt. Streitgegenstand der markenrechtlichen Auseinandersetzung ist die Verwendung der Angaben "E.2fs" und "H.E." durch die Beklagte in einer Ausgabe der Zeitschrift bzw. auf einer jener Ausgabe beigefügten CD-ROM.

2

Die Klägerin ist Inhaberin der mit Priorität zum 22.09.1995 eingetragenen deutschen Marke "E." sowie der weiteren mit Priorität zum 08.04.1994 eingetragenen deutschen Marke "E.". Darüber hinaus ist sie auch Inhaberin je einer Gemeinschaftsmarke "E." und "E.". Wegen der Einzelheiten wird auf die als Anlage K 2 vorgelegten Eintragungsunterlagen Bezug genommen (Bl.19 ff.)

3

- Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Klägerin eine dieser Marken benutzt, ist Teil der streitigen Auseinandersetzung. 4
- Der auch von anderen Softwareherstellern verwendete Begriff "E." wird von der bekannten Microsoft Corporation im Rahmen ihrer "Windows"-Software u.a. für Programme zur Verwaltung von Dateien genutzt und ist bei Nutzern von Microsoft-Programmen aus diesem Grunde allgemein bekannt. 5
- Im Jahre 1996 beantragte die Klägerin - gestützt auf ihre Marke E. - gegen die deutsche Tochtergesellschaft der Microsoft Corporation den Erlass einer einstweiligen Verfügung. Nachdem das Landgericht München I durch Urteil vom 19.06.1996 im Verfahren 7 HKO 11205/96 (Anlage B 2 = Bl. 142 ff.) den Antrag mit der Begründung zurückgewiesen hatte, der Begriff "E." sei beschreibend, weil er auf die Bestimmung des so bezeichneten Programms hinweise, Datenbestände zu durchsuchen oder zu durchforschen, haben die Parteien im Berufungsverfahren 6 U 4761/96 vor dem Oberlandesgericht München einen Vergleich geschlossen, in dem die Klägerin des vorliegenden Verfahrens der amerikanischen Microsoft Corporation sowie ihren Tochterunternehmen die unbeschränkte, weltweite und unbefristete Nutzung der Marke E. "gestattet" und sich die Antragsgegnerin jenes Verfahrens - und zwar ausdrücklich ohne Anerkennung einer Rechtspflicht - verpflichtet hat, an die Klägerin den Betrag von 90.000 DM zu zahlen. Wegen des Wortlauts jener Vereinbarung wird auf das aus Bl.164 der Beilagen 7 HKO 11205/96 LG München I = 6 U 4761/96 OLG München ersichtliche Sitzungsprotokoll Bezug genommen. 6
- Auslöser des vorliegenden Verfahrens ist die Ausgabe Nr.14 der Zeitschrift "c't" vom 3. Juli 2000. Dieser Ausgabe war eine CD-ROM beigelegt, auf die unterschiedliche Computerprogramme aufgespielt waren. Die Auswahl und Zusammenstellung dieser Programme hatte die Beklagte vorgenommen. In dem Heft waren im Rahmen einer Beschreibung einzelner Programme - offenbar zumindest auch derjenigen, die sich auf der CD-ROM befanden - sowohl ein Programm "HFV E." als auch ein Programm "E.2fs" erwähnt. Wegen des Wortlauts des Textes im einzelnen wird auf die als Bl. 31 bei den Akten befindliche Ablichtung von Seite 167 des Heftes verwiesen, wo die Programme in der rechten Spalte angesprochen sind. Auf der CD-ROM finden sich ausweislich des als Anlage K 4 (= Bl.29 f) vorgelegten Ausdrucks des Computerbildes unter der Überschrift "T." die Programme "E.2fs 1.00 pre 3" und "HFVExp. 1.3.1." 7
- Die Klägerin macht markenrechtliche Ansprüche geltend und beruft sich dazu sowohl auf ihre vorbezeichneten nationalen als auch auf ihre Gemeinschaftsmarken. Nachdem das Landgericht den Rechtsstreit mit Blick auf seine Unzuständigkeit für Rechte aus Gemeinschaftsmarken an das Landgericht Düsseldorf verwiesen hatte, hat der Senat durch Beschluss vom 03.07.2001 - 6 W 63/01 - jene Entscheidung aufgehoben, weil der Antrag der Klägerin nicht auf eine vollständige Verweisung des Rechtsstreits gerichtet gewesen war und eine Teilverweisung aus Rechtsgründen nicht in Betracht kam. Wegen der Einzelheiten wird auf den aus Bl. 344 ff ersichtlichen Wortlaut der Senatsentscheidung verwiesen. 8
- Die Klägerin hat behauptet, ihre Marke "E." bereits seit Ende der 80-iger Jahre zu verwenden, und sich hierzu auf einen Artikel aus der Fachzeitschrift C. vom Dezember 1991 berufen, in dem auf der zweiten Seite eine "Windows-Anwendung E. von S." erwähnt ist. Weiter hat sie vorgetragen, ab dem Jahre 1991 sei unter der Bezeichnung "E. II" ein Dokumenten-Archivierungssystem auf den Markt gebracht worden. Dies werde beispielsweise als Modul für die unter dem Namen "G.-G." von ihr angebotene Erfassungssoftware für Geschwindigkeits- und Rotlichtverstöße im Straßenverkehr vertrieben. Sie habe mit den Programmen "E." und "E. II" im Jahre 1999 einen Gesamtumsatz von 5,1 Mio. DM 9

erwirtschaftet. Im übrigen komme ihr - so hat die Klägerin vorgetragen - die umfangreiche Benutzung des Begriffs "E." durch Microsoft zugute. Denn diese Nutzung stelle mit Blick auf den erwähnten Vergleich eine Benutzung der Marke durch einen Dritten mit Zustimmung des Inhabers im Sinne des § 26 Abs.2 MarkenG dar.

Es bestehe auch Verwechslungsgefahr. Der Begriff "E." sei nicht rein beschreibend, im übrigen sei die Kennzeichnungskraft des Zeichens durch die intensive Benutzung erhöht. Angesichts der Branchenidentität und der Ähnlichkeit der Zeichen bestehe die Gefahr, dass der Verkehr die Marken verwechsle. 10

Die Klägerin, die zunächst im einstweiligen Verfügungsverfahren 84 O 67/00 LG Köln eine durch Urteil vom 28.09.2000 bestätigte einstweilige Verfügung gegen die Beklagte erwirkt hat die noch heute in Kraft ist und deretwegen auf die Anlage K 8 = Bl.42 ff verwiesen wird, hat b e a n t r a g t (Neubezifferung durch den Senat), 11

1. die Beklagte zu verurteilen, 12

1. 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 Monate, zu vollziehen an ihrem Geschäftsführer, zu unterlassen, die Kennzeichnung 13

" E.2fs" 14

und/oder 15

"H.E." 16

im geschäftlichen Verkehr für eine Software auf einer CD-ROM als Beilage zur Zeitschrift zu benutzen; 17

1. ihr über den Umfang der Verwendung der Kennzeichnung 18

"E.2fs" 19

und/oder 20

"H.E." 21

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; 22

1. ihr Namen und Anschrift des oder der Vorlieferanten der von ihr vertriebenen Software zu benennen, soweit diese bereits mit 23

"E.2fs" 24

und/oder 25

"H.E." 26

1. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr allen Schaden zu erstatten, der ihr aus den vorstehenden unter Ziffer I. bezeichneten Handlungen der Beklagten entstanden ist und künftig entstehen wird;

1. die Beklagte zu verurteilen, für sie an die RAe v.G. DM 2.193,80 zuzüglich 7,5% Zinsen p.a. ab Zustellung dieser Klage zur Abgeltung der Kostenrechnung für die Abmahnung vom 3. Juli 2000 zu zahlen.

Die Beklagte hat b e a n t r a g t,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die rechtserhaltende Benutzung der streitgegenständlichen Marken der Klägerin in Abrede gestellt. Soweit sich die Klägerin mit der Anlage K 1 auf den erwähnten Zeitungsbericht stütze, sei dieser inhaltlich unrichtig und beruhe auf einem Irrtum des Redakteurs. Auch die Homepage der Klägerin belege entgegen deren Auffassung die Benutzung des Zeichens nicht. Die Benutzung von "E." durch Microsoft komme der Klägerin nicht zugute, weil das Unternehmen die Marke nicht für diese benutze.

Im übrigen handele die Klägerin ohnehin missbräuchlich: So habe sie zum einen die Marken überhaupt nur eintragen lassen, um gegen die schon damals bekannte Verwendung von E. durch Microsoft vorgehen zu können. Zum anderen sei es ihr im Abmahnverfahren nicht um eine Unterlassung, sondern ausschließlich um die Zahlung von Lizenzgebühren gegangen.

Darüber hinaus seien aber auch die Voraussetzungen der Verwechslungsgefahr nicht gegeben:

In kennzeichnender Form würden die angegriffenen Angaben zunächst allenfalls auf der CD-ROM und nicht auch in der schriftlichen Inhaltsbeschreibung in der Zeitschrift selbst verwendet, wo sie ausschließlich beschreibender Natur seien. Auf der CD-ROM würden indes die Zeichen nicht in der angegriffenen, sondern in der obigen Form, also als: "E.2fs 1.00 pre 3" und "HFVExp. 1.3.1" verwendet.

Das Zeichen "E." sei von nur geringer Kennzeichnungskraft. Es handele sich um ein Wort aus der englischen Sprache, das in der Übersetzung "Forscher, Entdecker" laute. Unabhängig von dieser wörtlichen Übersetzung seien die Verwender auch im deutschsprachigen Raum gewöhnt, die Begriffe englischsprachig zu benutzen. Der Begriff "E." werde typischerweise als "Werkzeug zur Erkundung/Untersuchung von Daten" verwendet. Er sei in der Informationstechnik spätestens seit dem Jahre 1987 in ständigem Gebrauch. Sofern der Begriff überhaupt Kennzeichnungskraft aufweise, sei er aus diesen Gründen in jedem Falle freihaltungsbedürftig. Im übrigen sei eine etwaige Kennzeichnungskraft auch durch das wettbewerbliche Umfeld geschwächt. So könnten, wie aus der Anlage B 7 = Bl.180 ersichtlich sei, schon allein bei der Software von T-Online derzeit 398 sog. Sharewareprogramme heruntergeladen werden, die den Namensbestandteil "E." enthielten. Überdies fehle es auch an einer Zeichenähnlichkeit. Durch die Zusätze "HFV" bis "2fs" seien die Zeichen so sehr unterschieden, dass Verwechslungen ausgeschlossen seien.

Das L a n d g e r i c h t hat die Klage abgewiesen.

Diese sei unzulässig, soweit die Klägerin ihre Ansprüche auf die für sie eingetragene Gemeinschaftsmarken stütze, weil hierfür nicht das angerufene, sondern ausschließlich das Landgericht Düsseldorf zuständig sei.	39
Die auf die Verletzung der deutschen Marken "E." gestützte Klage sei demgegenüber unbegründet, weil eine Verwechslungsgefahr nicht bestehe.	40
Die zweifelhafte Frage, ob die Klägerin ihre Marke hinreichend benutzt habe, könne offen bleiben, weil eine Verwechslungsgefahr nicht bestehe. Die Marke "E." habe nur eine schwache Kennzeichnungskraft. Diese sei von Hause aus wegen ihres beschreibenden Charakters gering. Die Benutzung der Bezeichnung E. durch Microsoft komme der Klägerin nicht zugute, weil nicht von einem hierfür erforderlichen Fremdbenutzungswillen durch Microsoft ausgegangen werden könne. Vor diesem Hintergrund schwäche die Benutzung durch Microsoft die Kennzeichnungskraft der klägerischen Marke, weil so zwei Bezeichnungen "E." auf dem Markt nebeneinander verwendet würden. Ausgehend hiervon schafften die Zusätze "HFV" bzw. "2fs" einen hinreichenden Abstand.	41
Ihre gegen dieses Urteil gerichtete B e r u f u n g begründet die Klägerin wie folgt:	42
Mit Blick auf die gespaltene Zuständigkeit für Gemeinschaftsmarken einerseits und nationale Marken andererseits, die sich durch die Verordnungen des Landes NRW zu § 125 e Abs.3 MarkenG und § 140 Abs.2 MarkenG ergebe, sei sie unter Verstoß gegen Art.3 und Art.103 GG verfassungswidrig beeinträchtigt, weil es ihr verwehrt sei, an einem für nationale Marken zuständigen Gericht auch ihre Rechte aus den Gemeinschaftsmarken geltend zu machen. Aus diesem Grunde sei das Verfahren auszusetzen und die vorstehende Frage gemäß Art.100 Abs.1 GG dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen.	43
In der Sache meint die Klägerin, die Auffassung des Landgerichts, wonach es an einem Fremdbenutzungswillen durch Microsoft, also dem Willen jenes Unternehmens, das Zeichen "E." für sie, die Klägerin, zu benutzen, fehle, sei reine Spekulation. Tatsächlich habe Microsoft z.B. die Verpackung der "E."-Maus, die nicht nur für Windows, sondern auch für Apple-Computer verwendbar sei, mit dem Apple-Logo gekennzeichnet, ohne darauf hinzuweisen, dass es sich hierbei um ein Kennzeichen eines Dritten handle. Im übrigen seien inzwischen das Landgericht München I im Verfahren 4 HKO 21651/00 und - wie aus Bl. 48 ff, 57 ersichtlich sei - das Landgericht Düsseldorf im Verfahren 4 O 339/99 davon ausgegangen, dass Microsoft die Marke zu ihren Gunsten nutze. Diese Auffassung liege auch der als Anlage K 32 = Bl.436 ff vorgelegten Entscheidung des Landgerichts Frankfurt 3/11 O 65/01 zugrunde.	44
Außerdem habe das Landgericht unberücksichtigt gelassen, dass sich die streitgegenständlichen Marken zur Zeit der Verletzungshandlungen noch in der Benutzungsschonfrist befunden hätten, so dass es für die Auskunfts- und Schadenersatzansprüche auf die Benutzung der Marke überhaupt nicht ankomme.	45
Der Umstand, dass sie zur rechtserhaltenden Benutzung bislang nicht mehr vorgetragen habe, beruhe darauf, dass in der Vergangenheit ein intensives "Webmobbing" gegen sie und ihren erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten betrieben worden sei. Nunmehr werde für die Benutzung als Anlagen K 35 und K 36 (Bl.452 ff.) ein Serienbrief sowie eine Reihe von Rechnungen überreicht.	46
Entgegen der Auffassung des Landgerichts bestehe auch Verwechslungsgefahr.	47
	48

Die Klägerin b e a n t r a g t,	
unter Abänderung des angefochtenen Urteils	49
1. die Beklagte nach ihren erstinstanzlichen Klageanträgen zu I und II zu verurteilen, und zwar hinsichtlich des Antrages zu I 1. unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000 EUR, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten;	50
1. die Beklagte weiter zu verurteilen, für sie an die Rechtsanwälte v.G. und Partner 1.121,67 EUR nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz der Deutschen Bundesbank seit dem 19.2.2002 zu zahlen.	51
Die Beklagte b e a n t r a g t,	52
die Berufung zurückzuweisen.	53
Sie verteidigt das angefochtene Urteil.	54
Zur Frage der rechtserhaltenden Benutzung beruft sie sich ergänzend auf das als Anlage OLG 1 (= Bl.489 ff) vorgelegte Urteil des OLG Düsseldorf - 27 U 18/01 - , in dem ausgeführt worden ist, dass eine Stärkung der Kennzeichnungskraft von E. durch Microsoft bereits deswegen nicht in Betracht komme, weil Microsoft den Begriff E. nicht in Alleinstellung, sondern etwa als Windows-E. oder als Internet-E. verwende.	55
Im übrigen erfüllten die nunmehr vorgelegten Anlagen auch nicht die Anforderungen, die an eine rechtserhaltende Benutzung zu stellen seien.	56
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie die Akten der Verfahren 84 O 67/00 LG Köln und 7 HKO 11205/96 LG München I Bezug genommen, die sämtlich Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.	57
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e	58
Die Berufung ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen und es besteht auch kein Anlass, das Verfahren auszusetzen und ein Verfahren nach Art. 100 Abs.1 GG einzuleiten.	59
A	60
Die Voraussetzungen für eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs.1 GG bestehen nicht.	61
Die Aussetzung des Verfahrens kommt nach dieser Vorschrift allerdings auch dann in Betracht, wenn eine Verletzung des Grundgesetzes nicht durch Bundes-, sondern durch Landesrecht in Rede steht (Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG). Eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht scheidet aber bereits deswegen aus, weil es sich bei der beanstandeten Norm nicht um ein Gesetz im Sinne von Art. 100 handelt. Gemäß Art. 100 GG dürfen Normen nur dann nicht von dem erkennenden Gericht für verfassungswidrig erklärt werden, sondern ist das Verfahren auf die beschriebene Weise auszusetzen, wenn es sich bei diesen Normen um ein förmliches Gesetz handelt. Bestehen verfassungsrechtliche Zweifel demgegenüber an einer untergesetzlichen Rechtsnorm, so ist das erkennende	62

Gericht befugt, selbst deren Verfassungswidrigkeit festzustellen (vgl. näher für alle v.Mangoldt-Klein-Starck, Das Bonner Grundgesetz, 4. Auflage, Art.100 RZ 23 f m.w.N.). Um eine solche Fallgestaltung handelt es sich hier: Die Klägerin beanstandet, dass der Landesverordnungsgeber durch die Rechtsverordnung des Landes NRW vom 10.10.1996 (GVBl 428) in der Form von § 125 e Abs.3 MarkenG Gebrauch gemacht habe, dass er die Zuständigkeit für Streitigkeiten aus Gemeinschaftsmarken nicht bei sämtlichen für Streitigkeiten aus nationalen Marken zuständigen Gerichten, sondern ausschließlich bei dem Landgericht Düsseldorf konzentriert habe. Die Kritik der Klägerin richtet sich damit nicht gegen die zugrundeliegende gesetzliche Rechtsnorm des § 125 e Abs. 3 MarkenG, sondern gegen die auf jener Bestimmung beruhende Verordnung.

Darüber hinaus trifft es aber auch erkennbar nicht zu, dass die von dem Verordnungsgeber geschaffene Divergenz zwischen Gerichten, die für Streitigkeiten aus nationalen und solchen, die für Streitigkeiten aus Gemeinschaftsmarken zuständig sind, mit Art.3 bzw. Art.103 GG nicht in Einklang stünde: Der Gesetzgeber hat es aus Gründen, die auf der ersten Markenrechtsrichtlinie 89/104/EG beruhen, die die Klägerin selbst nicht beanstandet und die jedenfalls aus Verfassungsgründen auch nicht beanstandet werden können, für sachgerecht gehalten, den Landesgesetzgebern die Möglichkeit einzuräumen, Streitigkeiten aus Gemeinschaftsmarken an einem oder mehreren Gerichten zu konzentrieren. Eine derartige Regelung und die auf ihr basierende Umsetzung führt zwangsläufig zu einer Beschränkung der ohne eine derartige Konzentration bestehenden Gerichtsstände. Diese Folge ergibt sich notwendig aus der Konzentration und ist von dem Gesetzgeber gewollt. Sie führt damit dazu, dass Streitigkeiten, für die sonst mehrere Gerichte in NRW zuständig wären, nunmehr nur noch bei dem Landgericht Düsseldorf geführt werden können. 63

Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Verordnungsgeber gehalten gewesen wäre, diese Konzentration parallel der Konzentration für nationale Marken vorzunehmen. Der Klägerin bleibt es unbenommen, an einem örtlich zuständigen Markengericht für nationale Marken zu klagen. Der Verordnungsgeber war demgegenüber nicht gehalten, nur deswegen mehrere Markengerichte für Gemeinschaftsmarken zu schaffen, weil sonst der Markeninhaber nicht an allen Gerichten für Streitigkeiten aus nationalen Marken auch die Gemeinschaftsmarke geltend machen kann. 64

B 65

Die Klage ist auch in der Sache nicht begründet. Die Klägerin kann schon deswegen nicht auf ihre Marken E. bzw. E. stützen, weil es an der erforderlichen Benutzung dieser Marken fehlt. Unabhängig davon besteht - zum Teil aus denselben Gründen - jedenfalls eine Verwechslungsgefahr nicht. 66

I. 67

Der von der Beklagten erhobene Einwand der Nichtbenutzung der Marke aus § 25 Abs.1 MarkenG greift durch. 68

Die nationale Marke Nr. 39538830 "E." ist am 17.11.1995 eingetragen worden. Die Klage ist durch Zustellung der Klageschrift am 19.02.2001 erhoben worden. Bereits vorher, nämlich am 25.11.2000, war die fünfjährige Benutzungsschonfrist des § 25 Abs.1 MarkenG letzter Halbsatz abgelaufen. Aus diesem Grunde könnte die Klägerin Ansprüche aus § 14 MarkenG nur geltend machen, wenn die Marke innerhalb der letzten fünf Jahre vor Klagezustellung, also nach dem 18.02.1996, benutzt worden wäre. Im Ergebnis dasselbe gilt für die weitere Wortmarke "E." der Klägerin. Diese ist sogar bereits ein Jahr früher, nämlich am 31.10.1994, 69

eingetragen worden.

Soweit die Berufung anführt, das Landgericht habe übersehen, dass im Zeitpunkt der Verletzungshandlung die Benutzungsschonfrist noch gar nicht abgelaufen gewesen sei, weswegen es für damals entstandene Auskunfts- und Schadensersatzansprüche auf die Benutzung der Marke nicht ankomme, geht das fehl: § 25 MarkenG schließt - wenn seine Voraussetzungen gegeben sind - sämtliche in Betracht kommenden Verletzungsansprüche, also auch die Annexansprüche aus; das gilt auch dann, wenn diese früher einmal begründet gewesen sein sollten (vgl. Ingerl/Rohnke, MarkenG, 70

§ 25 Rn.28). 71

1. 72

Die Klägerin hat ihr Zeichen "E." nicht selbst im Sinne des § 26 Abs.1 MarkenG ernsthaft benutzt. 73

Ohne Erfolg beruft sich die Klägerin zunächst auf den als Anlage K 1 vorgelegten Zeitungsartikel. Dieser vermag die erforderliche Benutzung der Marke nach dem 18.2.1996 schon deswegen nicht zu belegen, weil er bereits vom Dezember 1991 datiert. Zudem ist in dem Artikel (auf S.2 = Bl.18) zwar ausgeführt, die "Windows-Anwendung E. von S." (= Klägerin) sei "ein sehr einfach zu bedienendes ... Autorensystem". Dies allein könnte die Benutzung aber schon deswegen nicht belegen, weil nicht ersichtlich ist, wie die Klägerin das Zeichen verwendet haben soll. Überdies hat die Beklagte substantiiert vorgetragen, dass der Artikel auf einem Irrtum des Verfassers beruhe, der zwei Softwareentwicklungen miteinander verwechselt habe. Die Benutzung der Marke ist damit durch den Artikel nicht dargetan. 74

Das gilt auch für den Klägervortrag im Schriftsatz vom 23.03.2001. Danach soll unter der Bezeichnung "E. II" im Jahre 1991 ein Dokumentenarchivierungssystem auf den Markt gebracht worden sein. Im aktiven Vertrieb befänden sich heute nur noch die Windows-Anwendungen "E." und "E. II". Mit diesen Programmen habe sie sowohl im Einzelvertrieb als auch im Vertrieb als Modul für eine Komplettlösung im Jahre 1999 einen Gesamtumsatz von ca. 5,1 Mio. DM erwirtschaftet. Der Vortrag belegt eine ernsthafte Benutzung des Zeichens im Sinne des § 26 Abs.1 MarkenG ebenfalls nicht. Die Programme sollen zumeist als Modul einer aus mehreren Modulen bestehenden Komplettlösung (wie es bei moderner Software die Regel ist) vertrieben worden sein. Dieser Vortrag belegt nicht, dass eine einzelne Software in hinreichendem Maße unter der Bezeichnung "E." im kennzeichenrechtlichen Sinne vertrieben worden wäre. Insoweit sind strenge Anforderungen zu stellen, weil es der Klägerin, wenn tatsächlich ein Vertrieb erfolgen würde, ohne weiteres leicht fiele, Werbematerial und insbesondere Produktausstattungen vorzulegen. Es kommt hinzu, dass es zu den Besonderheiten von Software gehört, dass diese regelmäßig - wie das weitverbreitete System "Windows 2000" von Microsoft - aus einer Vielzahl unterschiedlicher Programme zusammengefügt sind. Der Umstand, dass einzelne Bestandteile dieses umfangreichen Programms jeweils einzelne Namen haben, besagt nicht, dass diese Namen jeweils zur Bezeichnung des vertriebenen (Gesamt-) Produktes verwendet würden. 75

Soweit die Klägerin im Berufungsverfahren als Anlagen K 35 und K 36 (Bl. 452 ff.) Schriftverkehr vorlegt, in dem einzelne ihrer Programme als "E." bezeichnet worden sind, räumt auch dies den Nichtbenutzungseinwand nicht aus. Abgesehen von der zweifelhaften Frage, ob die Schriftstücke ihrerseits die Benutzung überhaupt belegen könnten, wäre diese jedenfalls zu spät erfolgt. Maßgeblich ist nach dem klaren Wortlaut und Sinn des § 25 MarkenG insofern der Zeitpunkt der Klageerhebung. Eine anschließende 76

Benutzungsaufnahme genügt auch dann nicht, wenn sie noch vor Schluss der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung erfolgt (vgl. Ingerl/Rohnke a.a.O., § 25 Rn.13 a.E.). So verhält es sich jedenfalls hier: Beide Schriftstücke stammen vom Herbst 2001 und damit aus der Zeit nach Klageerhebung.

Soweit sich die Klägerin auch auf die nationale Marke E. beruft, ist der Einwand der Nichtbenutzung ebenfalls nicht entkräftet, weil die Klägerin nicht vorträgt, dass sie diese Marke in weitergehendem Umfang als die Marke E. benutzt hätte.

77

Die Klägerin kann die aufgezeigten Lücken ihres Vertrags in diesen Punkten nicht mit dem gegen sie geführten "web-mobbing" entschuldigen, das er ausgeschlossen habe, ihre Abnehmer namentlich zu benennen. Der Senat vermisst nach dem oben Gesagten die Angabe zu den Größenordnungen eines Vertriebs der Software "E.", nicht die Anschriften von Kunden.

78

2.

79

Die Marke "E." ist auch nicht durch die Microsoft Corporation für die Klägerin rechtserhaltend benutzt worden.

80

Als rechtserhaltende Benutzung reicht es gemäß § 26 Abs.2 MarkenG zwar aus, wenn ein Dritter mit Zustimmung des Inhabers die Marke benutzt, die Voraussetzungen dafür liegen aber nicht vor.

81

Es steht schon nicht fest, dass Microsoft das Zeichen "E." überhaupt zur Kennzeichnung von Programmen benutzt. Es trifft allerdings zu, dass der E., sei es als Windows-E., sei es als Internet-E., einen - sogar wesentlichen - Bestandteil von Softwarepaketen wie z. B. "Windows 2000" ausmacht, das eine sehr weite Verbreitung gefunden hat. Das besagt aber nicht, dass Microsoft jeweils "E." als Zeichen benutzen würde. Die Kennzeichnung ihrer Ware erfolgt (im Beispiel) durch die Bezeichnung "Windows 2000". Die einzelnen in jenem Programmpaket enthaltenen Programme bedürfen einer Kennzeichnung deswegen nicht, weil sie einzeln nicht vertrieben werden. Das hindert zwar Microsoft nicht von vornherein, gleichwohl einzelne Programmbestandteile mit besonderen Kennzeichen zu versehen. Es steht aber nicht fest, dass dies tatsächlich geschehen ist. Die elektronische Datenverarbeitung durch Computer hat eine Vielzahl von englischsprachigen Fachbegriffen mit sich gebracht, die jeweils einzelne Anwendungen bzw. Vorgänge des EDV-Systems beschreiben. Zu diesen Begriffen gehört - was der Senat, dessen Mitglieder (potenziell) zu den Nutzern der EDV gehören, selbst feststellen kann - auch der weit verbreitete Begriff des "E.". Es handelt sich dabei um den Teil der Software, der vorhandene Daten verwaltet und den jederzeitigen Zugriff sowie das Verschieben in unterschiedliche für geeignet gehaltene Ordner und Verzeichnisse ermöglicht. Unabhängig davon, dass "E." die Funktion, die ein E. in der EDV erfüllt, nicht exakt beschreibt, handelt es sich um einen Begriff, der für Nutzer von Personal-Computern den vorstehenden beschreibenden Inhalt hat. Es fehlt damit an einer klaren Darlegung, dass Microsoft den Begriff "E." kennzeichnend verwendet. Dagegen spricht im übrigen auch der Umstand, dass die Produkte von Microsoft mit Zeichen gekennzeichnet werden, die entweder den Bestandteil Windows ("Windows E.") oder den Bestandteil "Internet" ("Internet E.") enthalten. Es kommt schließlich hinzu, dass die Verwendung jener jeweils aus zwei Begriffen zusammengesetzten Bezeichnungen eine Benutzung von "E." auch deswegen nicht darstellten würde, weil - wie das Oberlandesgericht Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 19.9.2001 - 27 U 18/01 - bereits dargelegt hat (UA S.4) - die nicht glatt beschreibenden Bestandteile "Windows" und "Internet" die Zeichen neben "E." mit prägen würden.

82

Aber auch wenn die Verwendung von "E." im markenrechtlichen Sinne als Benutzungshandlung für ein Kennzeichen angesehen werden könnte, käme dies nicht der Klägerin zugute. Erforderlich wäre nämlich der von den Parteien selbst ausführlich diskutierte Fremdbenutzungswille von Microsoft (vgl. Fezer § 26 Rn. 86; vgl. Ingerl/Rohnke a.a.O. § 26 Rn. 69). Dieser besteht bzw. bestand indes nicht. Die Vorschrift des § 26 Abs.2 MarkenG hat in erster Linie Fälle der Lizenzierung zum Gegenstand: Die Benutzungshandlungen des Lizenznehmers sollen als rechtserhaltende Benutzung auch dem Lizenzgeber und Markeninhaber zugute kommen. Ein derartiger Lizenzvertrag besteht zwischen der Klägerin und Microsoft jedoch ersichtlich nicht. Ein solcher kann insbesondere nicht aus dem Vergleich zum Abschluss des oben erwähnten Verfügungsverfahrens vor dem OLG München hergeleitet werden. Dort ist, wenn auch der Betrag von 90.000,00 DM gezahlt worden ist, nicht die Marke lizenziert worden. Der Abschluss des Verfügungsverfahrens auf die beschriebene Weise diene aus der Sicht von Microsoft ersichtlich dem Ziel, in einem frühen Verfahrensstadium, nämlich vor Einleitung eines Hauptsacheverfahrens, der Klägerin die Möglichkeit zu nehmen, unter - aus Sicht von Microsoft unberechtigter - Berufung auf ihr Zeichen das Unternehmen erneut in Verfahren zu verwickeln. Eine Vereinbarung der Parteien dahingehend, dass Microsoft nunmehr das Zeichen "E." für die Klägerin benutze, ist in dieser Vereinbarung demgegenüber nicht zu sehen. Gegen einen Lizenzvertrag spricht im übrigen maßgeblich auch der Umstand, dass mit einer Einmalzahlung die möglichen Rechte der Klägerin abgegolten sein sollten und die Höhe der Zahlung mithin nicht vom Umfang der Benutzung abhängig gemacht worden ist. Zudem ist ganz ausgeschlossen, dass das Unternehmen Microsoft für ihr weltweit vertriebenes Produkt Windows 2000 das Risiko eingegangen sein könnte, dass ein potentieller Lizenzvertrag für das Zeichen "E." gekündigt werden könnte.

Entgegen der Auffassung des LG Düsseldorf im Verfahren 4 O 339/99 (Anlage K 9 = Bl.48,57) und des LG Frankfurt am Main im Verfahren 3/11 O 65/01 (Anlage K 32 = Bl.436,441 ist nicht danach zu fragen, inwiefern Microsoft ohne Fremdgeschäftsführungswillen gehandelt haben sollte, sondern danach, ob sie einen Fremdbenutzungswillen hatte. Dies ist aus den vorstehenden Gründen zu verneinen. 84

Dass Microsoft eine sog. "E."-Maus auch mit dem Apple-Zeichen versieht, dient ersichtlich der Information, dass die Maus eben auch auf Apple-Produkten läuft (§ 23 Ziff.3 MarkenG), und besagt nicht, dass Microsoft das Zeichen für Apple benutze, zumal jeder Nutzer die Verwendung auch richtig im vorbeschriebenen Sinne verstehen wird. 85

II. 86

Unabhängig davon, dass der Geltendmachung von Rechten aus den nationalen Marken E. und E. der Klägerin aus den vorstehenden Gründen bereits gemäß § 25 Abs.1 MarkenG die mangelnde Benutzung entgegensteht, könnte die Klage aus § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG deswegen ohnehin keinen Erfolg haben, weil eine Verwechslungsgefahr nicht besteht. Hierzu wird zunächst gem. § 543 Abs.1 ZPO a.F. i.V. m. § 26 Ziff. 5 EGZPO auf die Gründe der landgerichtlichen Entscheidung ab S.8 verwiesen und lediglich ergänzend das Folgende ausgeführt. 87

Die Prüfung der Frage, ob bei einander gegenüberstehenden Marken die Gefahr einer Verwechslung besteht, ist auf der Grundlage des jeweiligen Gesamteindrucks der in Frage stehenden Marken vorzunehmen. Ob danach eine Verwechslungsgefahr begründet ist, ist unter Berücksichtigung der Nähe der in Betracht zu ziehenden Waren und/oder Dienstleistungen, für welche die zu vergleichenden Zeichen geschützt oder verwendet sind, sowie der Kennzeichnungskraft der Klagemarke und nach der Ähnlichkeit der zu 88

beurteilenden Zeichen zu entscheiden, wobei die genannten, die Verwechslungsgefahr bestimmenden Faktoren in einer Wechselbeziehung dergestalt miteinander stehen, dass der Ähnlichkeitsgrad umso geringer sein kann, je größer die Kennzeichnungskraft und/oder die Warennähe ist, während umgekehrt ein höherer Ähnlichkeitsgrad erforderlich ist, wenn die Kennzeichnungskraft der Marke nur schwach und/oder der Warenabstand größer ist (vgl. BGH GRUR 2000, 875/876 -"Davidoff"-; ders. WRP 1998, 755/757 -"nitrangin"-; EuGH GRUR 1998, 387 -"Springende Raubkatze"-). Bei alledem ist nicht auf den Standpunkt eines "flüchtigen", dem angesprochenen Verkehr zugehörigen Adressaten der Zeichen abzustellen, sondern auf denjenigen eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Adressaten der betroffenen Art von Waren oder Dienstleistungen. Der Grundsatz, dass Ausgangspunkt der auf der Grundlage der dargestellten Determinanten zu beurteilenden Verwechslungsgefahr der durch die jeweiligen Marken vermittelte Gesamteindruck ist, schließt es dabei allerdings nicht aus, dass einem einzelnen Zeichenbestandteil unter Umständen eine besondere, den Gesamteindruck des Zeichens prägende Kraft beizumessen ist und dass deshalb bei Übereinstimmung der Zeichen in dem jeweils prägenden Bestandteil die Gefahr von Verwechslungen zu bejahen sein kann (BGH WRP 1999, 189/191 -"Tour de culture"-; ders. GRUR 1996, 200/201 -"Innovadiclophlont"-). Dabei dürfen jedoch die übrigen Zeichenbestandteile nicht völlig außer Acht gelassen bzw. "abgespalten" und die Prüfung allein auf das prägende Element reduziert werden; denn es besteht kein Erfahrungssatz, der die Annahme rechtfertigte, einzelne Bestandteile eines Zeichens würden vom Verkehr nicht zur Kenntnis genommen (BGH GRUR 1996, 774/775 -"falke-run/LE RUN"-). Ausgehend von diesen Grundsätzen besteht die Gefahr von Verwechslungen nicht.

Die Kennzeichnungskraft von E. für die Klägerin ist gering: Während der Begriff schon von Hause aus den oben dargestellten deutlich beschreibenden Inhalt hat, kommt hinzu, dass die Verwendung des Begriffes durch Drittunternehmen auch in ganz erheblichem Maße verwässert worden ist. An erster Stelle ist hier trotz des auch insoweit überwiegend beschreibenden Charakters der schon erwähnte "Windows-E." von Microsoft zu nennen. Wie aus der Anlage B 7 (= Bl.180) zu ersehen ist, hat die Suche nach diesem Begriff allein bei T-Online 398 Treffer ergeben. Es kommen die übrigen, aus der Anlage B 10 (= Bl. 276 ff) ersichtlichen weltweiten Treffer der Suchmaschine Google. Ausweislich der Kopfzeile hat die Suchmaschine weltweit fast 7 Mio. Treffer für "E." gefunden. Selbst wenn es sich auch dabei weitgehend um beschreibende Verwendungen handelt und in dem Suchergebnis Mehrfachnennungen enthalten sind, belegt dies doch die starke Verwässerung, die insoweit inzwischen eingetreten ist, ohne dass das näherer Begründung bedürfte. Aus den bereits im Zusammenhang mit der fehlenden Benutzung dargelegten Gründen kommt der Klägerin auch die Verwendung der Begriffe "Windows-E." und "Internet-E." durch Microsoft nicht im Sinne einer Stärkung der Kennzeichnungskraft ihrer Marken zu Gute.

89

Ausgehend von einer geringen Kennzeichnungskraft besteht eine Verwechslungsgefahr nicht. Auch bei unterstellter Warennähe ist hierfür der Abstand der betroffenen Zeichen - sogar deutlich - zu weit:

90

Bei der Bezeichnung "E.2fs" besteht entgegen der Auffassung der Klägerin keineswegs ein Anlass, diesen Begriff auf "E." zu verkürzen. Gerade die angesprochenen Verkehrskreise, nämlich die Benutzer von PC-Programmen, sind es gewöhnt, auf kleine Unterscheidungen zu achten. Aus diesem Grunde führt der Umstand, dass der Bestandteil "E." für sich genommen aussprechbar ist, nicht dazu, dass der weitere Bestandteil des Zeichens nämlich "2fs" weggelassen würde. Im Gegenteil ist anzunehmen, dass die angesprochenen Verkehrskreise einfach von "dem 2fs" zu sprechen. Das gleiche gilt entsprechend für die weitere angegriffene Bezeichnung "H.E.". Der Verkehr wird sich bei beiden Bezeichnungen selbstverständlich an

91

den Begriff "E." erinnern. Er mag auch, wenn er tatsächlich die Marke der Klägerin kennen sollte, sich damit zugleich an diese erinnert fühlen. Er wird aber durch die erwähnten Zusätze gerade wahrnehmen, dass es sich eben nicht um die Marke der Klägerin handelt, sondern dass ein unterscheidender Zusatz hinzugefügt worden ist. Angesichts des Umstandes der weiten Verbreitung von "E." werden ihm die beiden Zusätze auch nicht Anlass zu der Annahme geben, es handele sich um ein weiteres Zeichen des selben Anbieters, weswegen die Gefahr von mittelbaren Verwechslungen ebenfalls nicht besteht. Ebenso bestehen keine Anhaltspunkte für die Annahme einer Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne, weil nichts dafür vorgetragen ist, dass der Verkehr annehmen könnte, die Klägerin habe die Benutzung ihrer Marken durch die Beklagte etwa lizenziert.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs.1 ZPO.	92
Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO.	93
Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gem. § 543 ZPO liegen nicht vor.	94
Die Festsetzung der Beschwer der Klägerin entspricht dem Wert ihres Unterliegens im Rechtsstreit.	95
Streitwert für das Berufungsverfahren: 101.121,67 EUR.	96