
Datum:	01.12.2006
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	6. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	6 U 84/06
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2006:1201.6U84.06.00

Tenor:

1.) Auf die Berufung der Beklagten wird das am 9.3.2006 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 84 O 100/05 - teilweise abgeändert und im Hauptausspruch insgesamt wie folgt neu gefasst:

Klage und Widerklage werden abgewiesen.

2.) Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen haben die Kläger zu je 2/6 und die Beklagte ebenfalls zu 2/6 zu tragen.

3.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien können die Vollstreckung der jeweiligen Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

4.) Die Revision wird nicht zugelassen.

Begründung

I	2
Wegen des Sachverhaltes wird gem. § 540 Abs.1 S.1 Ziff.1 ZPO auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.	3
Mit ihrer Berufung verfolgt die Beklagte unter Wiederholung ihrer vor dem Landgericht gestellten Anträge das Ziel der Klageabweisung und Verurteilung der Kläger nach der Widerklage weiter. Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Die Kläger verteidigen die angegriffene Entscheidung.	4
II	5
Die Berufung ist zulässig und hat insoweit auch in der Sache Erfolg, als die Beklagte antragsgemäß verurteilt worden ist. Die Klage ist abzuweisen, weil der geltendgemachte Unterlassungsanspruch den Klägern nicht zusteht. Demgegenüber ist die weitergehende Berufung unbegründet, weil die Kammer die Widerklage der Beklagten zu Recht abgewiesen hat.	6
A	7
Die Widerklage ist auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens der Beklagten unbegründet.	8
1.) Für den mit dem Widerklageantrag zu 1) geltendgemachten und auf § 14 Abs.2 Ziff. 2 MarkenG gestützten Unterlassungsanspruch fehlt es an der Gefahr ei-	9
ner Verwechslung der von den Klägern verwendeten Bezeichnung "a.-dsl" mit der für die Beklagte unter der Nr. xxx xx xxx.x/xx bei dem DPMA eingetragenen und auf S.6 der landgerichtlichen Entscheidung bildlich wiedergegebenen Wort/Bildmarke A. DE. Damit sind auch die mit den Widerklageanträgen zu 2) und 3) verfolgten Annexansprüche unbegründet, weil es an einem Verletzungsfall fehlt. Im Ergebnis dasselbe gilt für den mit dem Widerklageantrag zu 4) geltendgemachten, über §§ 55 Abs.1, 51 Abs1, auf § 9 Abs.1 Ziff. 2 MarkenG gestützten Löschungsanspruch, weil die Voraussetzungen des § 9 Abs.1 Ziff. 2 MarkenG mit denjenigen des § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG übereinstimmen.	10
Die Prüfung der Frage, ob bei einander gegenüberstehenden Marken die Gefahr einer Verwechslung im Sinne des § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG oder § 9 Abs.2 Ziff.2 MarkenG besteht, ist – worauf die Beklagte selbst zutreffend hinweist - 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 Dienstleistungen, für welche die zu vergleichenden Zeichen geschützt oder verwendet sind, sowie der Kennzeichnungskraft der Klagemarke und nach der Ähnlichkeit der zu 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 Dienstleistungsnähe ist, während umgekehrt ein höherer Ähnlichkeitsgrad erforderlich ist, wenn die Kennzeichnungskraft der Marke nur schwach und/oder der Dienstleistungsabstand größer ist (vgl. z.B. BGH GRUR 05, 523 f – "MEY/Ella May"; GRUR 05, 419, 422, - "Räucherkatte"; GRUR 05, 326 - "il Padone/Il Portone"; GRUR 02,1067 f - "DKV/ OKV"; GRUR 02,809,811 - "FRÜHSTÜCKS-DRINK I"; GRUR 02,814 f - "Festspielhaus"; GRUR 00,	11

875/876 – "Davidoff"; WRP 98,755/757 – "Nitrangin I"; EuGH GRUR Int 00,899 – "Marca/Adidas"; 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. 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 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 (vgl. z.B. BGH GRUR 06, 859 f – "Malteserkreuz"; BGH, GRUR 06, 60 Rdz. 17 – coccodrillo; GRUR 02,626,628 – "IMS"; WRP 99,189,191 – "Tour de culture"; GRUR 96, 200 f – "Innovadiclophlont"; GRUR 96,198 f – "Springende Raubkatze"). Ausgehend von diesen Grundsätzen besteht eine Verwechslungsgefahr nicht.

12

Die Widerklagemarke ist von durchschnittlicher Kennzeichnungskraft. Sie ist sowohl durch ihren Wort- als auch durch den Bildbestandteil von Hause aus kennzeichnungskräftig. Allenfalls dem ersten Wortbestandteil "A." könnten für den Dienstleistungsbereich "Telekommunikation" (Klasse 38) möglicherweise leicht beschreibende Anklänge beigemessen werden. Das würde aber bei der gebotenen Gesamtbetrachtung durch die übrigen Zeichenelemente ausgeglichen. Das weitere Wortelement "DE" ist nicht beschreibend, weil der Verkehr es auch im Telekommunikationsbereich zumindest ganz überwiegend nicht mit der allgemein bekannten Top-Level Domain ".de" in Verbindung bringt. Dem steht die Kombination mit dem vorangestellten augenfälligen Bildelement und vor allem der Umstand entgegen, dass es nicht mit dem für die Verwendung als Top-Level Domain charakteristischen Punkt versehen ist. Eine Steigerung der von Hause aus mittleren Kennzeichnungskraft scheidet aus, weil die Marke noch nicht benutzt worden ist.

13

Der Beklagten ist einzuräumen, dass die sich gegenüberstehenden Dienstleistungen teilweise von hoher Ähnlichkeit bzw. sogar Identität sind.

14

Die Widerklagemarke ist u.a. eingetragen für "Internetdienstleistungen, nämlich die Bereitstellung von Information", und für "Onlinedienste, nämlich die Übermittlung von Nachrichten und Informationen aller Art". Auf Grund dessen besteht eine sehr hohe Dienstleistungsähnlichkeit mit dem Angebot von DSL-Internetzugängen, das den Klägern mit dem Widerklageantrag zu 1) untersagt werden soll, weil Internetzugänge dazu dienen, Informationen bereitstellen bzw. übermitteln zu können. Hinsichtlich des nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien für die mit der Widerklage angegriffene Klagemarke eingetragenen Dienstleistungsbereiches Telekommunikation (Klasse 38), auf den es für den Löschungsantrag (Widerklageantrag zu 4) ankommt,

15

besteht in Teilbereichen sogar Dienstleistungsidentität. Diese Klasse umfasst nach der erläuternden amtlichen Anmerkung (abgedruckt z.B. bei Ingerl/Rohnke MarkenG S. 2159) im Wesentlichen Dienstleistungen, die es zumindest einer Person ermöglichen, mit einer anderen durch ein sinnesmäßig wahrnehmbares Mittel in Verbindung zu treten. Die Marke ist daher – wie die Widerklagemarke – auch für die Übermittlung von Nachrichten eingetragen.

16

Entgegen der Auffassung der Beklagten besteht zwischen den sich gegenüberstehenden Zeichen nur eine sehr geringe Ähnlichkeit. Die angegriffene Marke der Kläger weicht schon von dem Wortbestandteil der Widerklagemarke ab, zudem kommt bei der gebotenen

17

Gesamtbetrachtung auch dem von der Klägermarke nicht aufgegriffenen Bildelement in der Marke der Beklagten eine erhebliche Bedeutung zu.

Auch nach der jüngsten, im Anschluss an die Entscheidung "Thomson Life" des EuGH (GRUR 05, 1042) ergangenen Rechtsprechung des BGH (vgl. z.B. a.a.O. "Malteserkreuz", a.a.O. "coccodrillo") kann einem Zeichenbestandteil eine besondere, das gesamte Zeichen prägende Kennzeichnungskraft zukommen. Er muss dann eine selbständig kennzeichnende Stellung haben und darf in dem Gesamtzeichen nicht derart in den Hintergrund treten, dass er durch die Einfügung in das Gesamtzeichen seine Eignung verliert, die Erinnerung an das ältere Zeichen wachzurufen (BGH a.a.O. "falke-run/LE RUN"; a.a.O. "springende Raubkatze"). Dafür gibt es hier keine Anhaltspunkte. Die Wort/Bildmarke der Beklagten wird nicht von ihren Wortbestandteilen geprägt. Das würde voraussetzen, dass der Verkehr dem Bildelement weniger Beachtung schenkt als den Wortelementen und dieses daher bei der Wahrnehmung vernachlässigt. Das kann indes im vorliegenden Fall nicht angenommen werden. Das Bildelement dient nicht etwa bloßer Verzierung oder der Ausschmückung des Zeichens, sondern es wird vom Verkehr eigenständig herkunftshinweisend und daher (mit-)prägend wahrgenommen. Die Grafik steht im Zentrum der Marke und fällt zusätzlich dadurch besonders ins Auge, dass sie sofort als menschliches Gesicht wahrgenommen wird, das dem Betrachter die Zunge herausstreckt. Diese Geste prägt sich unmittelbar ein, weil sie ganz ungewöhnlich ist. Die durch sie zum Ausdruck kommende Frechheit gegenüber dem Betrachter wird zwar durch den freundlichen Ausdrucks des Gesichts etwas abgemildert, das ändert aber an der blickfangmäßigen Augenfälligkeit der Geste nichts. Es kommt hinzu, dass die beiden rechts und links von der Grafik angeordneten Wortelemente keine Besonderheiten aufwei-

18

sen, die die Aufmerksamkeit des Betrachters nahezu vollständig auf sich ziehen könnten. So wird der Betrachter die Buchstaben A. noch als das englische Wort für Luft erkennen, aber allenfalls zu einem kleinen Teil die Buchstaben DE als Abkürzung für Deutschland ansehen. Auch wer in den Wortbestandteilen Anklänge an eine Internetdomain erkennt, wird dadurch nicht dazu veranlasst werden, dem augenfälligen und Aufmerksamkeit erheischenden Bildelement weniger Beachtung zu schenken. Das gilt schließlich auch für diejenigen Betrachter, die erkennen, dass der Grafik

19

ein spielerischer Gebrauch mit Satz- und anderen Zeichen zugrunde liegt, die die PC-Tastatur zur Verfügung stellt. Ausgehend hiervon ist die Ähnlichkeit – soweit vorhanden – nur ganz gering.

20

Eine lautliche Ähnlichkeit scheidet von vornherein aus, weil die Wortbildmarke der Beklagten wegen ihres Bildelementes nicht ausgesprochen werden kann (vgl. BGH a.a.O. "coccodrillo" Rz 24).

21

In grafischer Hinsicht beschränkt sich die Ähnlichkeit auf die Zeichenanfänge "A." bzw. "A." und ist damit sehr gering. Denn während in der angegriffenen Klagemarke dem "A." mit einem Bindestrich verbunden die Buchstaben "dsl" folgen, schließt sich in der Widerklagemarke die beschriebene auffällige Grafik und der weitere, der Wortmarke "a.-dsl" ebenso unähnliche Teil "DE" an.

22

Auch nach dem Sinngehalt besteht nur eine geringfügige Ähnlichkeit. Der Buchstabenfolge "a.-dsl" der Klagemarke wird ein Teil des Verkehrs den Sinn entnehmen, das Zeichen stehe für einen schnellen Internetzugang, der durch die Luft erfolge.

23

Damit ist das Zeichen der Wortbildmarke der Beklagten nur in einem ganz geringen Maße ähnlich. Das ergibt sich schon daraus, dass sich die Klagemarke auf die beschriebene sachliche Buchstabenfolge beschränkt und ein irgendwie geartetes oder gar dem frechen Gesicht in der Widerklagemarke ähnliches Bildelement auch nicht ansatzweise aufweist. Es kommt hinzu, dass auch die Ähnlichkeit des Sinngehalts der Wortelemente gering ist: während der Verkehr in der hier betroffenen Branche der Telekommunikation das Kürzel "dsl" in der Klagemarke als Hinweis auf einen schnellen Internetzugang verstehen wird, bleibt ganz offen, wofür die Buchstabenfolge "DE" in der Wort/Bildmarke der Beklagten stehen soll. Nur ganz wenige Betrachter werden es für möglich halten, dass damit die üblicherweise in Kleinbuchstaben geschriebene Top-Level Domain ".de" für Deutschland angesprochen sein soll. Denn das Zeichen weist nicht nur den dafür charakteristischen Punkt vor den Buchstaben

nicht auf, sondern es sich befindet sich dort stattdessen auch das beschriebene grafische Element, das bereits als solches für eine Internetdomain völlig untauglich ist. 25

Im übrigen bliebe auch für diejenigen der angesprochenen Verkehrskreise ein geringer Ähnlichkeitsgehalt, die tatsächlich die Buchstaben "DE" als Hinweis auf die Top-Level Domain für Deutschland ansehen. Denn eine Top-Level Domain ist etwas anderes als der Hinweis auf einen schnellen Internetzugang. 26

Angesichts der ganz geringen Ähnlichkeit vermag auch die in Teilen bestehende Dienstleistungsidentität unter Berücksichtigung der mittleren Kennzeichnungskraft der Klagemarke eine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs.2 Ziff.2 MarkenG bzw. § 9 Abs.2 Ziff.2 MarkenG nicht zu begründen. 27

2.) Die Widerklage ist auch nicht deswegen begründet, weil die Beklagte u.a. die Domain "www.a.-dsl" bereits vor dem Anmeldezeitpunkt der Klägermarke benutzt hat. Es kann nicht festgestellt werden, dass der Domain über die Adressfunktion hinaus Namenscharakter zugekommen ist. Der Senat schließt sich hierzu den zutreffenden Ausführungen des Landgerichts auf S. 9 der angefochtenen Entscheidung an. 28

Die Widerklage kann – wie die Kammer ebenfalls zu Recht ausgeführt hat - auch nicht mit Erfolg auf einen Werktitelschutz aus §§ 5 Abs.3, 15 Abs.2 MarkenG gestützt werden. Ob der Domain "www.A.dsl.de" für sich genommen Werktitelschutz zukommen kann, ist zweifelhaft, braucht aber nicht entschieden zu werden. Die Beklagte stützt sich darauf, bereits am 25. August 2002 und damit einen Tag vor der Anmeldung der Klagemarke auf einem Internetportal einen zukünftigen Internetauftritt unter der Domain "WWW.A.DSL.DE" angekündigt zu haben. Auf diese Weise könnte aber nur dann Werktitelschutz schon für den Tag vor der Markenmeldung durch die Kläger erreicht worden sein, wenn alsbald nach der Ankündigung gerade unter dieser Domain der angekündigte Internetauftritt auch erfolgt wäre. Das ist indes nicht geschehen. Die Beklagte hat – auch im Berufungsverfahren – nicht dargelegt, dass sie entsprechend ihrer ausdrücklich auf § 5 Abs.3 MarkenG bezogenen Ankündigung zeitnah einen "redaktionellen Online Begriffsbedeutungs- und Verzeichnisdienst und das Sammeln und Liefern von Informationen hierzu" unter der Domain "www.A.dsl.de" aufgenommen habe. 29

B 30

Die Berufung der Beklagten hat Erfolg, soweit diese sich gegen ihre Verurteilung wendet. Die auf § 14 Abs.2 Ziff. 2 MarkenG gestützte Klage ist unbegründet. 31

Die klägerische Marke "www.a.-dsl" ist zwar aus den vorstehenden Gründen nicht wegen besserer Rechte der Beklagten löschungsreif, aus ihr können die Kläger aber gleichwohl nicht erfolgreich gegen den beanstandeten Internetauftritt der Beklagten vorgehen.
Markenrechtliche Ansprüche aus § 14 Abs.2 Ziff. 2 MarkenG setzen vor

aus, dass das angegriffene Zeichen markenmäßig, also so benutzt wird, dass der Verkehr in ihm einen Herkunftshinweis sieht (vgl. BGH GRUR 05, 427 f - "Lila-Schokolade"; GRUR 05, 423, 425 – "Staubsaugerfiltertüten"; GRUR 05, 414 f – "Russisches Schaumgebäck"). Hieran fehlt es. Die angegriffenen Domains der Beklagten haben – wie bereits ausgeführt worden ist – eine reine Adressfunktion. Aus welchen Gründen sie darüber hinaus weitergehende herkunftshinweisende Funktion haben könnten, ist nicht ersichtlich und haben die Kläger - auch in der Berufungsinstanz - nicht vorgetragen. Wäre es anders, könnte die Klage dennoch keinen Erfolg haben, weil die Beklagten dann prioritätsältere Kennzeichenrechte zuständen. 33

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs.1, 100 Abs.1 ZPO. 34

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 35

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die der Entscheidung zugrundeliegenden Rechtsfragen sind höchstrichterlich geklärt. Die Anwendung dieser Rechtsfragen auf den vorliegenden Einzelfall hat nicht im Sinne des § 543 Abs.2 Ziff.1 ZPO grundsätzliche Bedeutung. Ebenso ist aus diesem Grunde eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes weder zur Fortbildung des Rechts noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 543 Abs.2 Ziff.2 ZPO). 36

Streitwert für das Berufungsverfahren: 75.000 €, hiervon entfallen 50.000 € auf die Klage und 25.000 € auf die Widerklage. 37