

Volltext zu MIR Dok.: 242-2007
Veröffentlicht in: MIR 06/2007
Gericht: OLG Köln
Aktenzeichen: 6 W 64/07
Entscheidungsdatum: 07.05.2007
Vorinstanz(en): LG Köln, 33 O 96/07

Permanenter Link zum Dokument: http://www.medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=1264

www.medien-internet-und-recht.de

ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen ausdrücklich nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar.

Inhaltliche oder redaktionelle Fehler vorbehalten.

OBERLANDESGERICHT KÖLN

Beschluss

In dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

pp

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln

unter Mitwirkung seiner Mitglieder

am 7.5.2007

beschlossen:

- 1.) Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 33. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 33 O 96/07 – vom 29.3.2007, durch den ihr Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen worden ist, wird zurückgewiesen.
- 2.) Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat die Antragstellerin zu tragen.

Gründe

I

Die Parteien stehen sich als Internetprovider gegenüber. Die Antragstellerin bietet seit dem Jahre 2003 unter der nicht als Marke eingetragenen Bezeichnung „4DSL“ u.a. einen Internetzugang an. Sie ist nach eigenem Vortrag vornehmlich in den Regionen des P. und des L. Kreises sowie in der Stadt Q. tätig und bewirbt ihr

Angebot u.a. unter der Domain „www.4dsl.de“ im Internet. Die Antragsgegnerin bietet neuerdings ebenfalls unter der Bezeichnung „4DSL“ im Internet einen Internetzugang an.

Die Antragstellerin nimmt für sich unter Hinweis auf den Umfang ihrer Nutzung des Zeichens eine Benutzungsmarke im Sinne des § 4 Nr. 2 MarkenG in Anspruch und begehrt aus dieser sowie aus §§ 3, 4 Nr. 9 und 10 UWG die Unterlassung der Bezeichnung „4DSL“ durch die Antragsgegnerin. Das Landgericht hat den Erlass einer hierauf gerichteten einstweiligen Verfügung im Beschlusswege mit der Begründung abgelehnt, die Antragstellerin habe eine Benutzungsmarke nicht erlangt. Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin.

II

Die gem. § 567 Abs.1 Ziff.2 statthafte sofortige Beschwerde ist zulässig, aber nicht begründet. Der geltend gemachte Verfügungsanspruch besteht aus keinem in Betracht kommenden Gesichtspunkt.

1.) Der Antragstellerin stehen markenrechtliche Ansprüche aus §§ 4 Nr. 2, 14 Abs.2 Ziff. 1 bzw. 2 MarkenG nicht zu, weil sie eine Benutzungsmarke an dem Zeichen 4DSL nicht erworben hat. Das Zeichen 4DSL hat nicht für die Antragstellerin im Sinne des § 4 Nr. 2 MarkenG innerhalb beteiligter Verkehrskreise Verkehrsgeltung erlangt.

Ein Zeichen hat dann als Marke Verkehrsgeltung erlangt, wenn ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise es für bestimmte Waren oder Dienstleistungen einem bestimmten Unternehmen als Herkunftshinweis zuordnet (vgl. Ingerl/Rohnke MarkenG § 4 Rz 17; Hacker in Ströbele/Hacker, § 4 Rz 17). Im Ausgangspunkt zu Recht stellt die Antragstellerin darauf ab, dass die Verkehrsgeltung – anders als die gem. § 8 Abs.3 MarkenG zur Überwindung von Eintragungshindernissen führende Verkehrsdurchsetzung – nicht in allen Fällen im gesamten Bundesgebiet erreicht sein muss. Es kann vielmehr – allerdings nur für einen entsprechend regional begrenzten Schutz, weswegen der unbeschränkte Verfügungsantrag aus Markenrecht auf dieser Grundlage von vornherein nur zum Teil Erfolg haben könnte – genügen, wenn die hinreichende Zuordnung des Zeichens zu einem Unternehmen in einem bestimmten abgegrenzten Wirtschaftsgebiet erreicht worden ist (BGH GRUR 57, 93 – „Ihr Funkberater“; GRUR 67, 482, 485 – „WKS Möbel II“; GRUR 79, 470, 472 – „RBB/RBT“; GRUR 92, 865 – „Volksbank“, sämtlich noch zum Warenzeichengesetz; OLG Dresden GRUR-RR 02, 257 – „Halberstädter Würstchen“; Ingerl/Rohnke a.a.O. Rz 22; Hacker, a.a.O. Rz 32). Die Voraussetzungen hierfür liegen aber nicht vor, weswegen auf die Zuordnung im gesamten Bundesgebiet abzustellen ist.

Eine regional begrenzte Verkehrsgeltung bzw. nach früherer unter dem WZG verwendeter Terminologie Verkehrsdurchsetzung kommt zunächst in Betracht, wenn der Gewerbetreibende seine gekennzeichneten Waren ausschließlich in einem bestimmten räumlich begrenzten Bezirk absetzt und dort bei den beteiligten Verkehrskreisen einen ausreichend hohen Zuordnungsgrad des Zeichens zu seinem Unternehmen erreicht hat (BGH a.a.O. „Ihr Funkberater“ und „WKS Möbel II“). Diese Fallgestaltung liegt indes nicht vor: die Antragstellerin vertreibt schon nach ihrem eigenen Vortrag die aufgeführten Dienstleistungen nicht ausschließlich, sondern nur „vornehmlich“ in den angegebenen Regionen. Überdies bewirbt sie ihre Angebote im Internet und damit bundesweit. Die angebotenen Dienstleistungen können ihrer Natur nach auch von jedem Interessenten im gesamten Bundesgebiet in Anspruch genommen werden. Die Fallgestaltung unterscheidet sich damit von derjenigen, dass ein ausschließlich stationär tätiger Anbieter – wie etwa ein (bekanntes) Restaurant – für sein Angebot (auch) im Internet wirbt: Mögen diesen Internetauftritt auch in entfernten Teilen Deutschlands lebende Interessierte zur Kenntnis nehmen, so kommt es zur Inanspruchnahme der angebotenen Dienstleistungen doch ausschließlich in dem Restaurant. Demgegenüber stellt die Versorgung eines in anderen Teilen der Bundesrepublik ansässigen Kunden mit einem Internetzugang ein Tätigwerden der Antragstellerin außerhalb der von ihr angegebenen Region dar. Es muss der Entscheidung zugrundegelegt werden, dass die Antragstellerin auch Aufträge von auswärtigen Kunden annimmt, zumal dies technisch ohne persönlichen Kontakt zu dem Kunden ohne weiteres möglich und deswegen wirtschaftlich sinnvoll ist. Ihr Internetauftritt enthält eine entsprechende Beschränkung nicht und die Antragstellerin trägt auch nicht etwa vor, dass sie Interessenten aus anderen Regionen ablehne. Im Gegenteil ergibt sich aus der Antragsbegründung, wonach die Antragstellerin „vornehmlich“ regional tätig ist, dass sie Kunden aus anderen Gegenden nicht zurückweist.

Allerdings ist nach der Rechtsprechung des BGH zum früheren Warenzeichengesetz das Entstehen einer Benutzungsmarke – bzw. einer Ausstattung gem. dem damaligen § 25 WZG – nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn das Zeichen nicht nur in dem angegebenen räumlichen Bereich, wo es einen ausreichend hohen Bekanntheitsgrad als Marke erlangt hat, sondern darüber hinaus auch in ganz Deutschland verwendet wird, wo diese Bekanntheit nicht erreicht worden ist (a.a.O. „RBB/RBT“, S. 472). Der Senat hat Zweifel, ob diese Rechtsprechung im Geltungsbereich des Markengesetzes ihre Fortsetzung finden kann. Die Zubil-

ligung von Verkehrsgeltung für einen abgegrenzten Wirtschaftsraum zu Gunsten eines auch bundesweit tätigen Anbieters würde dazu führen können, dass für dasselbe Zeichen und dieselben Waren bzw. Dienstleistungen in der einen Region Deutschlands dem einen und in anderen Regionen dem anderen Anbieter ausschließliche Nutzungsrechte zustünden. Wird das Zeichen – wie im Streitfall – nur von zwei Anbietern verwendet, könnte eine Aufteilung der gesamten Bundesrepublik in verschiedene Gebiete zu Gunsten dieser beiden Anbieter entstehen. Eine klare Zuordnung des Zeichens und seine Funktion als Marke, auf einen bestimmten Anbieter hinzuweisen, wäre so kaum noch gewährleistet.

Die Frage kann aber dahinstehen, weil auch auf der Grundlage der früheren Rechtsprechung des BGH ein regional beschränkter Markenschutz der Antragstellerin nicht besteht. Nach Auffassung des BGH („RBB/RBT“, S. 472) ist in diesen Fällen auf die konkrete Ware, ihre übliche Vertriebsform, ihr Vertriebsgebiet und die Betriebsstruktur abzustellen. Komme danach dem rein örtlichen Vertrieb am Sitz des im gesamten Bundesgebiet tätigen Unternehmens eine nur untergeordnete Bedeutung zu und beruhe die räumlich beschränkte Verkehrsgeltung letztlich darauf, dass das fragliche Unternehmen in diesem Raum seinen Sitz und dort ganz allgemein eine gewisse Bedeutung als Herstellungs- und/oder Vertriebsunternehmen erlangt habe, so könne dieser enge räumliche Bereich noch nicht als ein zur Zubilligung eines Kennzeichenschutzes kraft Verkehrsgeltung ausreichender einheitlicher Wirtschaftsraum angesehen werden. Auch unter Zugrundelegung dieser Kriterien kann der Antragstellerin Markenschutz gem. § 4 Nr. 2 MarkenG für den von ihr in Anspruch genommenen räumlichen Bereich nicht zuerkannt werden. Die angebotene Dienstleistung hat keinen Bezug zu der Region, in der die Antragstellerin tätig ist. Zugang zum Internet, wie er von der Antragstellerin angeboten wird, wird im gesamten Bundesgebiet nachgefragt und in Anspruch genommen. Ein irgendwie gearteter Bezug zur der Region des Anbieters besteht insoweit nicht. Dasselbe gilt für die übliche und auch von der Antragstellerin gewählte Vertriebsform, nämlich das Anbieten im Internet. Die Antragstellerin tritt unter einer Mehrzahl von Domains im Internet auf und wendet im übrigen nur einen relativ bescheidenen Etat von 12.000 € im Jahr für Werbung auf. Aus ihrem Vortrag ergibt sich auch keine besondere Absatzstrategie, die nur auf den örtlichen Bereich beschränkt wäre. Nach alledem muss davon ausgegangen werden, dass eine verstärkte Auftragserteilung durch Kunden, die in der angegebenen Region ihren Sitz haben, auf dem bloßen Umstand beruht, dass die Antragstellerin von dort aus ihre Dienstleistungen anbietet und in dem genannten Umfang auch regional Werbung betreibt. Dies reicht indes für die Zubilligung einer Verkehrsgeltung in dem räumlich beschränkten Raum auch nach der früheren Auffassung des BGH nicht aus.

Ist damit auf das gesamte Bundesgebiet abzustellen, so sind die Voraussetzungen einer Verkehrsgeltung nicht glaubhaft gemacht. Es kann bei einem Werbeetat von nur 12.000 € pro Jahr und einem Jahresumsatz von nur 100.000 € im Jahr 2006, der zudem schwerpunktmäßig in der genannten Region erzielt worden ist, allein aus dem Internetauftritt nicht abgeleitet werden, dass in Deutschland vor dem Auftritt der Antragsgegnerin in ausreichendem Umfang die Angabe „4DSL“ bekannt gewesen wäre, zumal wegen des deutlich beschreibenden Charakters der Bezeichnung ein hoher Grad der Bekanntheit zu fordern wäre.

2.) Der Unterlassungsanspruch ergibt sich auch nicht aus §§ 5 Abs. 2, 15 Abs. 2 MarkenG. Die von der Antragstellerin vorgetragene und glaubhaft gemachte Verwendung des Zeichens als Domainname - www.4dsl.de – hat keinen Schutz als Geschäftsabzeichen erlangt. Dies scheidet schon deswegen aus, weil der Verkehr die second-level-domain allenfalls als Hinweis auf die ebenso bezeichnete Dienstleistung der Antragstellerin auffassen wird; nachdem die unter der Domain abrufbaren Internetseiten daneben das Unternehmensschlagwort „T.“ als Hinweis auf den Firmennamen ausweisen. Außerdem würde der Schutz der beschreibenden Angabe ebenfalls die Erlangung von Verkehrsgeltung voraussetzen (vgl. Hacker a.a.O., § 5 Rz 48 a.E.), an der es aus den dargestellten Gründen fehlt. Der Senat sieht insoweit von weiteren Ausführungen ab, weil die Antragstellerin selbst sich auf einen etwaigen Anspruch aus §§ 5 Abs. 2, 15 Abs. 2 MarkenG nicht stützt.

3.) Der Unterlassungsanspruch besteht auch nicht aus §§ 3, 4 Nr. 9 oder 10, 8 Abs. 1, 3 Nr. 1 UWG. Soweit sich die Antragstellerin ohne nähere Begründung und Differenzierung zwischen den drei Alternativen der Bestimmung auf § 4 Nr. 9 UWG stützt, scheidet deren Anwendung ersichtlich aus. Die Bestimmung schützt nach ihrem eindeutigen Wortlaut gegen die Nachahmung von Waren und Dienstleistungen. Indes hat die Antragsgegnerin nicht die Dienstleistung, sondern allenfalls die für ihre Dienstleistung von der Antragstellerin verwendete Bezeichnung „4DSL“ nachgeahmt.

Vergeblich führt die Antragstellerin schließlich auch die Bestimmung des § 4 Nr. 10 UWG an: die Verwendung eines nicht geschützten Kennzeichens durch einen Wettbewerber ist auch dann nicht als gezielte Behinderung unlauter sondern stellt sich als hinzunehmende Auswirkung des Wettbewerbs dar, wenn dem in Anspruch Genommenen die Kollision der Zeichen bekannt ist. Das gilt auch im Hinblick auf die mehrfache Auflistung der Antragsgegnerin in der Suchmaschine „Google“: dass dort bei Eingabe des Suchbegriffes „4DSL“ nicht mehr die Antragstellerin allein, sondern nunmehr auch die Antragsgegnerin aufgeführt wird, ist

Folge der berechtigten Verwendung dieses Zeichens. Sollte die Anzahl der „Treffer“ zu beanstanden sein, so läge dies nicht an der Verwendung der Bezeichnung „4DSL“ durch die Antragsgegnerin, die allein Verfahrensgegenstand ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs.1 ZPO.

Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren: 50.000 €