



OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Ausfertigung

Aktenzeichen: **6 U 5942/05**

4 HK O 12576/04 Landgericht München I

BESCHLUSS

In dem Verfahren

☒ Mdt	☒ KN	☐ Mdt	☐ Zhlg.
☐ Mdt	☐ Rep.	☐ Frist	
Eingang			
28. März 2006			
☐ Ro	☐ KF	☒ To	

- Kläger, Widerbeklagter und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigter:

gegen

- Beklagter, Widerkläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Alavi und Kollegen, Haydstraße 2, 85354 Freising

wegen Markenrechtsverstoßes

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch die unterzeichnenden Richter ohne mündliche Verhandlung am 23. März 2006 einstimmig

beschlossen:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 23. November 2005, Az. 4 HK O 12576/04, wird als unbegründet zurückgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
3. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf € 100.000.- festgesetzt.

Gründe:

1. Die Berufung war gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO als unbegründet zurückzuweisen. Sie hat keine Aussicht auf Erfolg. Das Urteil des Landgerichts München I vom 23. November 2005, auf das Bezug genommen wird, beruht nicht auf einer Rechtsverletzung; die nach § 529 ZPO zu Grunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen keine andere Entscheidung. Die Rechtssache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung; weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Senatsentscheidung durch Urteil.

Zur Begründung nimmt der Senat zunächst auf den Hinweisbeschluss vom 13. Februar 2006 Bezug. Die hierzu vom Kläger mit Schriftsatz vom 15./16. März 2006 vorgebrachten weiteren Erwägungen vermögen, wie im Folgenden dargelegt, keine abweichende Beurteilung zu begründen.

a. Abweisung der Löschungsklage (Ziff. III. der Stellungnahme vom 15. März 2006)

Soweit der Senat in seinem Beschluss vom 13. Februar 2006 die mit der Berufung angefochtene Abweisung der – auf Löschung der für den Beklagten am 29. Oktober 1998 eingetragenen deutschen Wortmarke Nr. 398 371 97 „h2omedia“ gerichteten – Klage als zutreffend gebilligt hat, erschöpft sich die Stellungnahme des Klägers im Wesentlichen darin, dass er an seiner abweichenden Beurteilung festhält: Dass die Domain „h2o“ zum Zwecke geschäftlicher Nutzung eingerichtet worden ist, mag unterstellt werden; ein Nachweis dahingehend, dass sie – über die Adressfunktion hinaus – auch markenmäßige Hinweisfunktion auf die Herkunft einer Dienstleistung hatte, steht indes nach wie vor aus. Mangels neuer Gesichtspunkte kann daher insoweit uneingeschränkt auf den genannten Beschluss Bezug genommen werden, ohne dass Ergänzungen veranlasst wären. Zwar reicht der Klägervertreter nunmehr erstmals die bereits erstinstanzlich zur Untermauerung seines behaupteten prioritätsälteren Zeichenrechts angekündigten (vom Senat vermissten) Anlagen K 5, K 6 zu den Akten. Diese Unterlagen sind indes – unabhängig von den Bestimmungen des §§ 530, 520 Abs. 3 ZPO – gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht berücksichtigungsfähig, insofern die verspätete Vorlage ausschließlich auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht. Eine von der landgerichtlichen Entscheidung abweichende Beurteilung können sie daher nicht stützen, ohne dass es auf ihren Inhalt ankäme. Die nachgereichte Anlage K 9 belegt wiederum nur eine Verwendung des Zeichens „h2o“ als Bestandteil einer E-mail-Adresse, aus welcher sich, wie dargelegt, eine kennzeichenmäßige Benutzung, die vom Verkehr als Hinweis auf die Herkunft der angebotenen Server-Dienstleistungen aufgefasst würde, gerade nicht ergibt. Die (entgegen §§ 530, 520 ZPO) erstmals mit der Stellungnahme vom 15. März 2006 vorgelegte Anlage K 12 hätte jedenfalls nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO unberücksichtigt zu bleiben. Denn es ist weder ausgeführt noch sonst ersichtlich, was den Kläger an einer – bei Beachtung seiner Prozessförderungspflicht gebotenen – Vorlage bereits in erster Instanz gehindert hat.

b. Nichtbenutzungseinwand gegen Widerklage (Ziffer I. der Stellungnahme)

Der klägerseits nunmehr gegen den widerklagend geltend gemachten Unterlassungsanspruch erstmals mit Schriftsatz vom 15. März 2006 - mithin nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist zum 30. Januar 2006 - erhobene Einwand mangelnder rechtserhaltender Benutzung (§ 26 MarkenG) der für den Beklagten eingetragenen Marke „h2omedia“ muss als neues Verteidigungsmittel gemäß §§ 530; 520 Abs. 3; 296 Abs. 1, Abs. 4 ZPO unbehelflich bleiben. Nach § 520 Abs. 3 Nr. 4 ZPO wäre der Kläger gehalten gewesen, die – ihm mit Rücksicht auf den Ablauf der Benutzungsschonfrist zum 29. Oktober 2003 schon damals zur Verfügung stehende – Einrede bereits mit der Berufungsbegründung zu erheben und gleichzeitig darzutun, inwiefern sie nach Maßgabe des § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen sei. Da er dies verabsäumt hat, ist die Zulässigkeit des neuen Verteidigungsmittels an den Vorgaben des § 296 Abs. 1, Abs. 4 ZPO zu messen. Danach ist der Nichtbenutzungseinwand als verspätet zurückzuweisen: Da der Beklagte und Widerkläger eine umfangreiche Nutzung seiner Klagemarke behauptet, müsste ihm im Fall der Zulassung des erhobenen Einwands Gelegenheit zur Darlegung der Benutzungshandlungen eingeräumt werden, was – abgesehen von einer im Fall klägerischen Bestreitens anschließend erforderlich werdenden Beweisaufnahme – die Erledigung des ansonsten entscheidungsreifen Rechtsstreits zwangsläufig verzögern müsste. Eine Zulassung nach § 296 Abs. 1 Variante 2 ZPO kommt vorliegend nicht in Betracht, da der Kläger die Verspätung nicht entschuldigt hat.

c. Schutzbereich der Widerklagemarke, Verwechslungsgefahr (Ziff. II.1. der Stellungnahme)

Ohne Erfolg beruft sich der Kläger des Weiteren darauf, die Widerklage sei mangels Verwechslungsfähigkeit der Marke „h2omedia“ mit dem von ihm verwendeten Zeichen unbegründet, die entsprechende Verurteilung daher aufzuheben. Zwar ist er mit diesem erstmals eingenommenen Rechtsstandpunkt nicht nach den Vorschriften der §§ 530, 531 ZPO ausgeschlossen. Wie bereits im Hinweisbeschluss vom 13. Februar 2006 ausgeführt, teilt der Senat indes diese – auch von der Markenstelle 09 des DPMA mit Beschluss vom 14. September 2005 geäußerte – Rechtsauffassung nicht: Vor dem Hintergrund, dass die jeweils geschützten Dienstleistungen (soweit Gegenstand der Widerklage) identisch sind und unter Berücksichtigung des Umstands, dass das Widerkla-

gezeichen „h2omedia“ angesichts des glatt beschreibenden Charakters des Elements „media“ für die beanspruchten Dienstleistungen seine Prägung ausschließlich durch den Bestandteil „h2o“ erhält – eine Prägung, die dem Widerklagezeichen jedenfalls durchschnittliche originäre Kennzeichnungskraft verleiht, hätte es nach Auffassung des Senats eines größeren Abstands bedurft, um aus dem Bereich der Verwechslungsfähigkeit herauszuführen. Statt dessen findet sich das angegriffene Zeichen nicht nur in der widerklagend zugrunde gelegten Bezeichnung identisch wieder, sondern stimmt darüber hinaus auch mit dessen einzig kennzeichnungskräftigem Element vollständig überein. Dass eine solche Konstellation – in welcher sich die einander gegenüberstehenden Zeichen lediglich durch einen rein beschreibenden Zusatz unterscheiden – auch nach (jedenfalls anfänglicher) Rechtsauffassung des Klägers Verwechslungsgefahr i.S.d. § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG begründet, hat er durch Vorlage der Entscheidung 29 U 1908/04 selbst dokumentiert. Soweit er sich nunmehr auf den abweichenden Beschluss der Markenstelle 09 des DPMA vom 14. September 2005 beruft, teilt der Senat die dort dokumentierte Ansicht – die allerdings nicht nur die hier streitgegenständlichen Dienstleistungen, sondern sämtliche Waren und Dienstleistungen betraf, für welche die klägerische Marke Schutz beansprucht – nicht. Dass das Verletzungsgericht bei der Bestimmung des Schutzbereichs einer eingetragenen Marke nicht an die Auffassung der Erteilungsbehörde gebunden ist, bedarf keiner Erörterung. Eine vom Kläger beantragte Aussetzung des Verfahrens bis zur Rechtskraft des vom Beklagten gegen die Eintragung des Zeichens „H2O“ angestrebten Widerspruchsverfahrens ist mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 148 ZPO nicht veranlasst: Die dortige Entscheidung ist für das hiesige Verletzungsverfahren nicht vorgreiflich, da der widerklagend geltend gemachte Unterlassungsanspruch unabhängig vom Rechtsbestand der für den Kläger registrierten Marke begründet ist.

d. Verletzungshandlungen betreffend „Dienstleistungen der bild-, ton- und videotechnischen Bearbeitung von elektronischen Medien und Datenträgern (Ziff. II.2. der Stellungnahme)

Die – entgegen §§ 530, 520 ZPO wiederum nicht mit der Berufungsbegründung geltend gemachte – Rüge des Klägers, der Beklagte und Widerkläger habe hinsichtlich der zitierten Dienstleistung keine Verletzungshandlungen vorgetragen, die Widerklage sei daher unschlüssig, kann dem Rechtsmittel ebenfalls nicht zum Erfolg verhelfen: Da die

Marke des Klägers „H2O“ u.a. für das „Erstellen, Entwickeln, Verbessern und Anpassen von Datenverarbeitungsprogrammen und/oder Dateien (einschließlich Multimedia und Homepages) für Dritte“ registriert ist, eine Tätigkeit, welche auch die im Widerklageantrag formulierte „bild-, ton- und videotechnische Bearbeitung von elektronischen Medien und Datenträgern“ umfasst, besteht insoweit jedenfalls Begehungsgefahr.

2. Die Kosten seines erfolglosen Rechtsmittels hat der Kläger nach § 97 Abs. 1 ZPO zu tragen. Die Entscheidung über den Streitwert beruht auf § 47 Abs. 1 Satz 1 GKG, § 3 ZPO.

[REDACTED]
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

[REDACTED]
Richter
am Oberlandesgericht

[REDACTED]
Richterin
am Oberlandesgericht



Für den Gleichlaut der Ausfertigung mit der Urschrift
München, den 24.03.2006
Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts München

[REDACTED]
[REDACTED]
Justizangestellte
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle