



## OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

### IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

Aktenzeichen: 29 U 2129/05  
Entscheidung vom 20. Oktober 2005

In dem Rechtsstreit

...

Klägerin und Berufungsbeklagte

Prozessbevollmächtigte: ...

g e g e n

...

Beklagter und Berufungskläger

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Hoeller und Kollegen, Meckenheimer Allee 82, 53115 Bonn

hat der 29. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ...  
sowie Richter am Oberlandesgericht ... und Richter am Oberlandesgericht ... auf Grund der mündlichen  
Verhandlung vom 29.09.2005

für **R E C H T** erkannt

- 1) Auf die Berufung des Beklagten werden das Urteil des Landgerichts München I vom 08.12.2004 aufgehoben und die Klage abgewiesen.
- 2) Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen.
- 3) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch den Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 115% des vollstreckbaren Betrags abwenden, falls nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115% des zu vollstreckenden Betrags leistet.

### G r ü n d e

- I. Dem Verfahren liegt eine markenrechtliche Streitigkeit zugrunde.

Die Klägerin betreibt seit Januar 2004 unter ihrer Domain "oesterreich.de" ein Internetportal. Unter der Überschrift "Österreich.de" bietet sie Nutzern kostenpflichtige Informationen rund um Österreich, Reisemöglichkeiten nach Österreich und Werbemöglichkeiten (etwa für Reisebüros) an. Des Weiteren ist die Klägerin Inhaberin einer am 18.02.2004 beim Deutschen Patent- und Markenamt angemeldeten Wort-/Bildmarke "Österreich.de", angemeldet für Waren/Dienstleistungen der Klassen 35,38 und 41 (Anl. K 5 [Anmerkung von aufrecht.de:



)]).

Unter dem 11.03.2004 bot der Beklagte seine zuvor von der Firma Webmachine Technologies Austria GmbH erworbene Domain "oesterreich.de" der Klägerin über ein Internetinformationsforum wie aus Anl. K 15 ersichtlich zu einem Mindestpreis von 250.000.- € zum Kauf an. Der Beklagte betrieb seinerseits unter dieser Domain eine Homepage, deren näherer Inhalt sich aus Anl. K 18 ergibt.

Die Klägerin ist der Auffassung, mit der Benutzung der Domain "oesterreich.de" als Werbeplattform für Dritte verletze der Beklagte ihre älteren Marken- und Werktitelrechte an dieser Bezeichnung.

Mit Endurteil vom 08.12.2004 untersagte das Landgericht, gestützt auf § 15 Abs. 2, Abs. 4 MarkenG, dem Beklagten, im geschäftlichen Verkehr unter der Bezeichnung "oesterreich.de" Internetwerbung für Dritte anzubieten. Zur Begründung führte das Erstgericht aus, nachdem die Klägerin seit Januar 2004 die Bezeichnung "Österreich.de" titelmäßig für ihr Internetportal verwende, stehe ihr seit diesem Zeitpunkt ein markenrechtlicher Werktitelschutz an dieser Bezeichnung zu. Die an die Unterscheidungskraft von Werktiteln zu stellenden geringen Anforderungen erfülle die streitgegenständliche Bezeichnung. Dies folge schon aus dem Umstand, dass der Verkehr die Kombination unterschiedlicher Länderbezeichnungen in der Top-Level-Domain einerseits und der Second-Level-Domain andererseits als widersprüchlich empfinde.

Im Übrigen könne sich die Klägerin auch darauf berufen, dass die Bezeichnung "Österreich.de" für ihr Internetportal als besondere Geschäftsbezeichnung nach § 5 Abs. 2 MarkenG geschützt sei. Der Beklagte benutze die angegriffene Bezeichnung "oesterreich.de" in seinem Internet-Portal kennzeichenmäßig, da er diese nicht als Gattungsbegriff, sondern als Hinweis auf das Angebot eines bestimmten Anbieters verwende. Nachdem sich identische Kennzeichnungen für identische Titelinhalte bzw. Leistungsangebote gegenüberstünden, sei auch von einer Rechtsverletzung auszugehen. Auf § 23 Nr. 2 MarkenG könne sich der Beklagte nicht berufen. Die Bezeichnung "oesterreich.de" stelle bezüglich der vom Beklagten angebotenen Dienstleistung der Internetwerbung für Dritte keine geographische Herkunftsangabe dar, weil hierunter auf der Homepage des Beklagten angepriesene Reiseangebote sich nicht auf Österreich bezögen. Im Übrigen handle der Beklagte in Behinderungsabsicht, so dass auch ein Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne von § 23 letzter Halbsatz MarkenG vorliege. Ob darüber hinaus aus wettbewerbsrechtlichen Gründen der verfolgte Unterlassungsanspruch bestehe, müsse nicht mehr entschieden werden, nachdem die Unterlassungsklage bereits wegen § 15 Abs. 2, Abs. 4 MarkenG erfolgreich sei.

Auf die tatsächlichen Feststellungen dieses Urteils wird Bezug genommen.

Gegen das am 21.02.2005 zugestellte Urteil legte der Beklagte mit Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 25.02.2005, eingegangen bei Gericht am 28.02.2005, Berufung ein. Zur Begründung lässt er ausführen, das Landgericht habe unter Verstoß gegen § 308 ZPO der Klägerin Ansprüche aus der Verletzung eines Unternehmenskennzeichenrechts sowie wegen Wettbewerbsverletzung zugestanden, obwohl diese nicht streitgegenständlich gewesen seien. überdies habe es an einem substantiierten Sachvortrag der Klägerin zum Markenschutz nach § 5 Abs. 2 MarkenG gefehlt. Auch seien die

Tatsachenfeststellungen des Gerichts zum von der Klägerin beanspruchten Werktitelschutz unzureichend gewesen. Die Klägerin benutze die Bezeichnung "Österreich.de" nicht zur Kennzeichnung eines Geschäftsbetriebs oder zur Bezeichnung eines Werktitels, sondern verwende sie als geografische Herkunftsangabe. Jedenfalls fehle es an einer rechtsverletzenden Benutzung dieser Kennzeichnung durch den Beklagten, weil dieser das Zeichen "Österreich.de" nicht in herkunftshinweisender Funktion verwendet habe. An einer Feststellung des Erstgerichts, der Beklagte habe unter dieser Bezeichnung Internetwerbung für Dritte im Sinne des Klageantrags angeboten, fehle es schlechthin. Auch bei der Prüfung des § 23 MarkenG seien dem Landgericht Fehler unterlaufen. Über das Internet-Portal des Beklagten könnten nämlich Reisen nach bzw. Ferien in Österreich gebucht werden. Auch habe das Erstgericht keine Feststellungen zur Frage getroffen, ob aus kennzeichenrechtlichen Gründen von einer Unlauterkeit des Vorgehens des Beklagten auszugehen sei. Vielmehr habe sich das Landgericht in unzulässiger Weise darauf beschränkt, eine lauterkeitsrechtliche Wertung anzustellen. Bei der Prüfung der Frage, ob eine Titelverletzung vorliege, habe das Erstgericht schließlich auch verkannt, dass der Beklagte lediglich angekündigt habe, unter der angegriffenen Bezeichnung "Österreich.de" in Zukunft ein Internet-Portal zu eröffnen. Gegen diese Ankündigung könne mittels eines Titelrechts nicht vorgegangen werden.

Der Beklagte beantragt:

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts München I vom 08.12.2004 abgeändert und dahingehend neu gefasst, dass die Klage abgewiesen wird.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil und ergänzt zum Berufungsvorbringen, ein Verstoß gegen § 308 ZPO liege nicht vor, weil das Landgericht lediglich den Streitgegenstand umfassend rechtlich gewürdigt und dabei alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen geprüft habe. Von der Schutzfähigkeit des Werktitels "Österreich.de" gehe der Beklagte selbst aus. Anderenfalls sei die Höhe des Angebotspreises von 250.000.- € für den Erwerb der Domain "Österreich.de" nicht erklärbar. Die Kennzeichenverletzung sei bereits aus dem Umstand herzuleiten, dass der Beklagte kommerzielle Angebote unter der Bezeichnung "Österreich.de" verlinkt und damit einer gewerblichen Nutzung zugeführt habe unabhängig davon, ob auf diesem Portal Reisen nach Österreich angeboten werden sollten. Jedenfalls habe die Ankündigung des Beklagten "Hier entsteht in Kürze ein Portal mit Waren und Dienstleistungen mit Bezug auf Österreich" eine Erstbegehungsfahr für eine drohende Werktitelverletzung begründet. Die Voraussetzungen des § 23 MarkenG habe der Beklagte selbst darzulegen und gegebenenfalls unter Beweis zu stellen. Dies sei nicht geschehen. Der Beklagte könne sich daher diesbezüglich nicht auf mangelhafte Tatsachenfeststellungen durch das Erstgericht berufen. Im Übrigen sei die Unlauterkeit des Vorgehens des Beklagten evident. Die Unterlassungsklage sei nicht zuletzt auch wegen Verletzung der registrierten Marke der Klägerin gemäß Anl. K 5 sowie wegen eines deliktischen Eingriffs des Beklagten in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin begründet.

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll des Termins vom 29.09.2005 Bezug genommen.

II. Die zulässige, insbesondere auch form- und fristgerecht (§§ 517, 519 ZPO) eingelegte Berufung ist begründet. Die klagegegenständlichen Unterlassungsansprüche bestehen nicht.

1.

Für den vom Landgericht zuerkannten Anspruch wegen Verletzung eines Werktitels (§ 15 Abs. 2, Abs. 4 MarkenG i.V.m. § 5 Abs. 1, Abs. 3 MarkenG) fehlt es an der Verwechslungsgefahr.

Zwar begegnet die Auffassung des Landgerichts, die Bezeichnung "Österreich.de" für das von der Klägerin unter ihrer Domain "oesterreich.de" betriebene Internet-Portal könne den Werktitelschutz des § 5 Abs. 1, Abs. 3 MarkenG beanspruchen, keinen Bedenken. Dem Anl. K 1 entnehmbaren Inhalt der Homepage der Klägerin ist Werkqualität im Sinne des überwiegend geistigen Charakters ihres Inhalts zum Zwecke der Kommunikation mit dem Internetnutzer zuzubilligen (vgl. hierzu Ingerl/Rohnke, MarkenG, 2.Aufl., § 5, RdNr. 77 und nach § 15, RdNr. 124 unter Hinweis auf OLG Dresden CR 1999, 102). "Österreich.de" beinhaltet auch das für den Titelschutz ausreichende Mindestmaß an Kennzeichnungskraft (Ingerl/Rohnke, aaO., nach § 15, RdNr. 126 mwN., BGH GRUR 2002 - Auto Magazin). Hierbei kann letztlich offen bleiben, ob diese bereits aus den nach Darstellung des Landgerichts vordergründig widersprüchlich erscheinenden unterschiedlichen Länderbezeichnungen für die Top-Level-Domain und die Second-Level-Domain herzuleiten ist. Jedenfalls kann die Kennzeichnungskraft für den Titel "Österreich.de" unter Heranziehung des Inhalts der Homepage der Klägerin als von einem anderen Homepage-Inhalt unterscheidbar festgestellt werden. Dies genügt für die Frage der Schutzfähigkeit eines Werktitels, der primär inhaltsbezogen ist und damit vorrangig der Unterscheidung eines Werks von einem anderen Werk dient (Ingerl/Rohnke, aaO., § 5, RdNr. 71 unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH, z.B. GRUR 2002, 1083, 1084 - 1,2,3 im Sauseschritt; GRUR 2000, 504, 506 FACTS; GRUR 1999, 581, 582 - Max); überdies hat sich der Verkehr an beschreibende Titel als Herkunftshinweis gewöhnt (Ingerl/Rohnke, aaO., nach § 15, RdNr. 112).

Bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr (§ 15 Abs. 2 MarkenG) gilt, dass diese beim Werktitelschutz wie auch in Fällen des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG grundsätzlich unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Faktoren (BGH GRUR 2002, 176 - Auto Magazin), im Sinne der Rechtsprechung des EuGH aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls (EuGH GRUR Int. 2000, 899 Marca/Adidas; WRP 1999, 806 - Lloyd; GRUR 1998, 922 - Canon), zu beurteilen ist. Im Wesentlichen sind dabei drei Faktoren zu berücksichtigen, nämlich die Kennzeichnungskraft der geschützten Bezeichnung, die Zeichenähnlichkeit und die Werk- oder Produktähnlichkeit, wobei diese zueinander dergestalt in Wechselwirkung stehen, dass ein hochgradigeres Vorliegen eines Faktors dazu führen kann, dass Verwechslungsgefahr auch bei einem geringerem Grade der Verwirklichung eines anderen Faktors zu bejahen ist (BGH GRUR 2002, 1083, 1084 - 1,2,3 im Sauseschritt, BGH GRUR 2002, 176 - Auto Magazin; BGH GRUR 2001, 1050, 1051/1052 - Tagesschau; BGH GRUR 2001, 1054, 1056 - Tagesreport).

In Anwendung dieser von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze ergibt sich für den Streitfall folgendes: Zwar besteht hochgradige Ähnlichkeit zwischen dem geschützten Zeichen der Klägerin ("Österreich.de") und der angegriffenen Bezeichnung des Beklagten ("österreich.de"). Hieran ändert auch die unterschiedliche Groß- bzw. Kleinschreibung des Anfangsbuchstabens nichts. Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass der Werktitel der Klägerin "Österreich.de" zur Kennzeichnung ihres Homepage-Inhalts weitgehend beschreibender Natur ist und daher nur sehr geringe Kennzeichnungskraft genießt. Er weist darauf hin, dass unter der Homepage Informationen über sowie rund um das Land Österreich vorzufinden sind, gegebenenfalls in Zusammenhang mit entsprechenden Reiseangeboten. Dieser Umstand führt im Streitfall dazu, dass der Werktitel "Österreich.de" zwar nach § 5 MarkenG Kennzeichenschutz nach dem Markengesetz beanspruchen kann, sein Schutzzumfang aber sehr gering ist. Innerhalb dieses solchermaßen definierten Schutzzumfangs der Kennzeichnung der Klägerin bewegt sich allerdings die angegriffene Bezeichnung "österreich.de" des Beklagten nicht mehr, wenn - wie von der Klägerin selbst behauptet und durch Vorlage der Anl. K 18 und Anl. K 24 belegt - die Webseite des Beklagten sich darin erschöpft, außer auf die Webseiten der Republik Österreich und der österreichischen Botschaft per Link auf Angebote diverser Reiseveranstalter hinzuführen, die keinen oder jedenfalls keinen speziellen Bezug zu Österreich haben (Reisen nach Tobago, Sprachreisen nach Südamerika, Ferienhäuser in Italien, Frankreich, Spanien, Skandinavien, vgl. Anl. K. 24). Angesichts dieser Umstände des Einzelfalls ist unter Berücksichtigung der schwachen Kennzeichnungskraft der klägerischen Bezeichnung "Österreich.de" von einer die Verwechslungsgefahr noch begründenden Werk- bzw. Produktähnlichkeit nicht mehr auszugehen. Der Inhalt der klägerischen Homepage gemäß Anl. K 1 unterscheidet sich vom Leistungsangebot des Beklagten

solchermaßen, dass trotz erheblicher Zeichenähnlichkeit von einer Verwechslungsgefahr im Sinne von § 15 Abs. 2 MarkenG nicht mehr ausgegangen werden kann. Unterlassungsansprüche nach § 15 Abs. 4 MarkenG bestehen daher nicht.

2.

Diese sind auch nicht aus der Verletzung einer besonderen Geschäftsbezeichnung (§ 15 Abs. 2, Abs. 4 MarkenG i.V.m. § 5 Abs. 1, Abs. 2 MarkenG) herzuleiten. Dem Landgericht ist zwar grundsätzlich darin zuzustimmen, dass Unternehmenskennzeichen im Sinne von § 5 Abs. 2 MarkenG grundsätzlich auch schon für organisatorisch verselbständigte Einheiten eines Geschäftsbetriebes nach Benutzungsaufnahme entstehen können. Dass es sich bei ihrem Internet-Portal um eine solche verselbständigte Einheit handele, hat die Klägerin allerdings in erster Instanz nicht dargelegt. Sie beschränkte ihre Ausführungen zu § 5 MarkenG vielmehr auf die Frage des Vorliegens eines Werktitelschutzes. Soweit die Klägerin zum Unternehmenskennzeichenschutz in der Berufungserwiderung ergänzende Ausführungen machte, sind diese - nachdem sie vom Beklagten, der in "Österreich.de" lediglich eine Produktbezeichnung sieht, bestritten wurden - unabhängig von ihrer Relevanz in rechtlicher Hinsicht verspätet und daher in zweiter Instanz nicht mehr zuzulassen (§ 529 Abs. 1 Nr. 2, § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO). Zudem besteht mangels Schutzfähigkeit der Bezeichnung "Österreich.de" als Unternehmenskennzeichen im Sinne von § 5 Abs. 2 MarkenG der geltend gemachte Unterlassungsanspruch auch in der Sache nicht. Anders als bei Werktiteln setzt der markenrechtliche Schutz als Unternehmenskennzeichen hinreichende Unterscheidungskraft in dem Sinne voraus, dass die Bezeichnung als Hinweis auf einen bestimmten Inhaber verstanden wird, was insbesondere bei beschreibenden Angaben nicht der Fall ist (BGH, GRUR 2005, 517 - Literaturhaus; Ingerl/Rohnke aaO., nach § 15, RdNr. 54 und RdNr. 123, jeweils mwN.). Um eine solche in erster Linie beschreibende Angabe handelt es sich bei "Österreich.de". Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass unterschiedliche Länderbezeichnungen in der Top-Level-Domain und in der Second-Level-Domain gewählt wurden. Der Verkehr versteht dies in erster Linie dahingehend, dass unter der Domain in der Bundesrepublik Informationen über das Nachbarland Österreich eingeholt werden können.

3.

Ein Unterlassungsanspruch wegen Verletzung der zugunsten der Klägerin registrierten Wort-/Bildmarke 30409016.6 (Anl. K 5) nach § 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG scheidet wegen mangelnder Verwechslungsgefahr aus. Unstreitig macht der Beklagte vom Bildbestandteil der eingetragenen Marke der Klägerin nicht Gebrauch, sondern verwendet nur den Wortbestandteil (in orthographisch abweichender Ausgestaltung durch Verwendung eines Kleinbuchstabens am Anfang und eines anderen Schriftbildes). Unabhängig davon, dass bei Wort-/Bildmarken gegebenenfalls bereits bei Übereinstimmung des Wortbestandteils Verwechslungsgefahr angenommen werden kann, scheidet eine solche im Streitfall aus, weil der Wortbestandteil "Österreich.de" für sich genommen mangels Unterscheidungskraft nicht eintragungsfähig ist (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, vgl. Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 24.11.2004, Anl. zu Bl. 53 d.A.).

4.

Auf die Frage, ob der Beklagte sich zu seiner Verteidigung auf § 23 Nr. 2 MarkenG berufen kann, kommt es mangels klägerischer Ansprüche als Inhaber einer Marke oder geschäftlichen Bezeichnung nicht mehr an.

5.

Ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch nach § 4 Nr. 10 UWG scheidet, abgesehen davon, dass ein solcher in erster Instanz nicht geltend gemacht worden ist, an einem ausreichend substantiierten Sachvortrag der Klägerin zu den Tatbestandsvoraussetzungen dieser Norm. Dass der Beklagte durch Verwendung der Bezeichnung "österreich.de" für sein Internet-Portal auf wettbewerbswidrige Weise gezielt auf den Geschäftsbetrieb der Klägerin einwirkt, ist - abgesehen von der vom Landgericht aufgeworfenen Frage, ob das Internet-Portal der Klägerin als wertvoller Besitzstand dem Schutzbereich des UWG unterfallen würde - schon angesichts des unterschiedlichen Inhalts der Homepages von Klägerin und Beklagtem nicht erkennbar. Auch der Umstand, dass der Beklagte seine Homepage der Klägerin zum Kauf angeboten hat, kann die Berechtigung des Beklagten zur Verwendung der Bezeichnung "österreich.de" für sein Internet-Portal grundsätzlich nicht in Frage stellen und vermag den Vorwurf einer gezielten Behinderung von

Mitbewerbern für sich genommen noch nicht zu begründen.

6.

Schließlich fehlt es auch an einem ausreichendem Sachvortrag der Klägerin für den erstmals in der Berufungsinstanz geltend gemachten deliktischen Unterlassungsanspruch des § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1004 BGB. Insbesondere ist auch unter Berücksichtigung des vom Beklagten der Klägerin unterbreiteten Kaufangebots über die Domain nicht ersichtlich, inwiefern der Beklagte durch die andauernde Kennzeichnung seiner eigenen Homepage mit der Domain auf deliktische Weise zielgerichtet in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin eingreifen würde.

III.

1. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO

2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

3. Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht vorliegen (vgl. dazu BGH NJW 2003, 65 ff.). Die Rechtssache erfordert, wie die Ausführungen unter II. zeigen, lediglich die Anwendung gesicherter Rechtsprechungsgrundsätze auf den Einzelfall.

(Unterschriften)