



HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT

URTEIL

IM NAMEN DES VOLKES

3 U 200/00
312 0 427/00

In dem Rechtsstreit

Verkündet am:
15. Februar 2001

B...

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle.

Antragsteller,
Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

☐

gegen

K..... GmbH,

Antragsgegnerin,
Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

☐

hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, 3. Zivilsenat, durch die Richter

Brüning, Spannuth, Rieger

nach der am 25. Januar 2001 geschlossenen mündlichen Verhandlung für Recht
erkannt:

Spa./Ba-Bu.

Die Berufung des Antragstellers gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 12, vom 11. Juli 2000 wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

und beschlossen:

Der Wert des Streitgegenstandes wird auch für das Berufungsverfahren auf 100.000,- DM festgesetzt.

Tatbestand

Der Antragsteller befasst sich mit der Veröffentlichung und Vermarktung eines Spiels mit der Bezeichnung "S.....".

Die Antragsgegnerin schaltete in der 12. Kalenderwoche (20. bis 26. März) 2000 eine Titelschutzanzeige für den Titel "Die R.....der Su....." (Anlage ASt 10) und vertreibt unter diesem Titel ein Computerspiel (vgl. Anlage ASt 12).

Der Antragsteller beanstandet die Verwendung des Titels "Die R.....der Su....." als Verletzung seiner Rechte und nimmt die Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassung in Anspruch.

Mit der Beschlussverfügung des Landgerichts vom 15. Juni 2000 ist der Antragsgegnerin unter Androhung von Ordnungsmitteln verboten worden,

im geschäftlichen Verkehr zur Kennzeichnung eines CD-ROM-Spiels die Bezeichnung "Die R.....der Su....." zu verwenden und/oder verwenden zu lassen.

Mit Urteil vom 11. Juli 2000 hat das Landgericht die einstweilige Verfügung vom 15. Juni 2000 aufgehoben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Antragstellers, der seinen Verfügungsantrag weiter verfolgt. Die Antragsgegnerin verteidigt das angefochtene Urteil.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung des Antragstellers hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht seine einstweilige Verfügung aufgehoben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückgewiesen.

I.

Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Dringlichkeit für das einstweilige Verfügungsverfahren gegeben ist.

Die in Wettbewerbsrechtsstreitigkeiten bestehende Vermutung der Eilbedürftigkeit (§ 25 UWG) gilt entsprechend der früheren Rechtsprechung zu § 16 UWG und zu § 24 WZG auch für Markenrechtsstreitigkeiten (OLG Hamburg GRUR 1999, 739; Ingerl/Rohnke, MarkenG, vor §§ 14-19 MarkenG Rz. 49 m. w. Nw.).

Die Dringlichkeitsvermutung ist nicht widerlegt. Der Antragsteller ist gegen die Antragsgegnerin nach Kenntnis des Verletzungsfalls alsbald und nicht verzögert vorgegangen.

1.) Nach dem unwiderlegt gebliebenen Vorbringen des Antragstellers hat dieser durch die Pressemitteilung der Antragsgegnerin vom 28. März 2000 erfahren, dass diese ein Computerspiel mit der Bezeichnung "Die R.....der Su....." veröffentlichen will.

2.) Anschließend ist der Antragsteller zügig gegen die Antragsgegnerin vorgegangen.

(a) Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin ist dabei nicht allein auf den Umstand abzustellen, dass die Abmahnung seitens des Antragstellers allerdings erst mit Schreiben vom 12. Mai 2000 unter Fristsetzung bis zum 2. Juni 2000 erfolgt ist (Anlage AG 1). Es kommt auf den zeitlichen Abstand von rund 6 Wochen zwischen Kenntnisaufnahme des Verletzungsfalls und der Abmahnung nicht entscheidend an, weil der Antragsteller in der Zwischenzeit nicht untätig geworden ist, sondern als Verletzter vernünftige Schritte unternommen hat, die nicht die Schlussfolgerung rechtfertigen, die Sache sei dem Antragsteller nicht eilig gewesen.

Es hatte bereits am 4. April 2000 zwischen den Parteien Verhandlungen wegen der Bezeichnungen "S....." bzw. "Die R.....der Su....." gegeben (vgl. Anlage ASt 5), die ohne eine Einigung verliefen. Mit Schreiben vom 12. April 2000 ließ die

Antragsgegnerin den Antragsteller wegen der Markenmeldung "S....." abmahnen, und zwar u. a. gestützt auf den Titel "Die R.....der Su....." (Anlage ASt 6). Es liegt auf der Hand, dass die Gegenabmahnung des Antragstellers - sie erfolgte schließlich mit Schreiben vom 12. Mai 2000 (Anlage AG 1) - einer Überprüfung der Sach- und Rechtslage erforderte und eine Vorkorrespondenz mit der Gegenseite sinnvoll erscheinen ließ (vgl. Anlagen ASt 14-16).

(b) Auch in der Zeit nach der Abmahnung vom 12. Mai 2000 ist der Antragsteller hinreichend zügig verfahren.

Diese Abmahnung ließ die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 26. Mai 2000 abschlägig beantworten (Anlage AG 2), daraufhin erneuerte der Antragsteller in einem Nachfassschreiben vom 2. Juni 2000 die Abmahnung unter Fristsetzung bis zum 7. Juni 2000 (Anlage AG 4); der Verfügungsantrag ist schließlich am 15. Juni 2000 bei Gericht eingegangen (Bl. 1).

II.

Der Antragsteller ist nicht gehindert (§ 242 BGB), gegen die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung vorzugehen.

Mangels hinreichender Glaubhaftmachung kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Antragsteller rechtsverbindlich zugesagt hätte, wegen der vorliegenden Streitigkeit dauerhaft auf das Einreichen eines Verfügungsantrages zu verzichten.

1.) Die Antragsgegnerin hat hierzu vorgetragen, nach ihrer abschlägigen Antwort vom 26. Mai 2000 (Anlage AG 2) auf die Abmahnung durch den Antragsteller habe Rechtsanwalt K.....(als Prozessbevollmächtigter der Antragsgegnerin) mit Rechtsanwältin A..... (als Prozessbevollmächtigte des Antragstellers) telefoniert, um nach einem Nachweis für den angeblichen Werktitelschutz des Antragstellers (für: "S.....") zu fragen; die Parteivertreter seien sich einig darüber gewesen, dass die Frage der Priorität (gegenüber: "Die R.....der Su.....") sich nur gerichtlich abschließend klären ließe. Rechtsanwalt K.....habe sich weiter erkundigt, ob der Antragsteller beabsichtige, hierzu eine einstweilige Verfügung zu beantragen. Rechtsanwältin A..... habe erwidert, dass sie eine einstweilige Verfügung nicht beantragen werde. Auf die Nachfrage, dass damit die Einlegung einer Schutzschrift überflüssig sei, habe Rechtsanwältin A..... anwaltlich versichert, dass sie eine einstweilige Verfügung nicht beantragen werde (Anlage AG 3).

2.) Es ist schon nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin nicht mit hinreichender Sicherheit davon auszugehen, dass der Antragsteller auf ein Vorgehen im einstweiligen Verfügungsverfahren generell und rechtsverbindlich verzichtet hätte. Maßgeblich ist insoweit allein der objektivierte Erklärungsinhalt der telefonischen Äußerungen von Rechtsanwältin A..... am 31. Mai 2000. Von einem ausdrücklich erklärten endgültigen Verzicht seitens der Rechtsanwältin A..... ist im Vortrag der Antragsgegnerin dazu nicht die Rede. Auch die eidesstattliche Versicherung des Rechtsanwalts K....., der mit Rechtsanwältin A..... jenes Telefonat geführt hatte, enthält eine solche Schilderung des Gesprächs nicht (Anlage AG 3).

3.) Zudem behauptet der Antragsteller, Rechtsanwältin A..... habe bei jenem Telefonat am 31. Mai 2000 auf die Frage von Rechtsanwalt K....., ob er die vorbereitete Schutzschrift einreichen solle, mitgeteilt, dass sie auf Grund der schwebenden Vergleichsverhandlungen einen Verfügungsantrag derzeit nicht stellen würde. In dem Abmahnschreiben vom 12. Mai 2000 sei eine Frist bis zum 2. Juni 2000 gesetzt worden (Anlage AG 1). Die Nachfrage von Rechtsanwalt K..... sei so zu verstehen gewesen, dass er hinsichtlich dieser Fristsetzung habe sicher gehen wollen, dass kein Verfügungsverfahren anhängig gemacht würde; dass Rechtsanwalt K..... die Erwiderung so aufgefasst habe, dass ein solcher Verfügungsantrag grundsätzlich ausgeschlossen sein solle, sei nicht nachvollziehbar. Die Antragsgegnerin ist im Berufungsverfahren dieser Schilderung des Telefonats nicht mehr entgegengetreten.

Die von der Antragsgegnerin behauptete "anwaltliche Versicherung" von Rechtsanwältin A....., sie werde keine einstweilige Verfügung beantragen, kann durchaus nur auf eine bestimmte Zeitspanne - hier bis zum Ende der in der Abmahnung (Anlage AG 1) gesetzten Frist - bezogen gewesen sein, ohne dass es um einen rechtsverbindlichen und endgültigen Verzicht gegangen sein muss. Damals hat es unstreitig Vergleichsbemühungen zwischen den Parteien gegeben; die Lebenserfahrung spricht eher für ein nur vorübergehendes Stillhalteabkommen ohne einen endgültigen Bindungswillen.

III.

Der Unterlassungsantrag ist auch nach Auffassung des Senats nicht begründet.

1.) Gegenstand des Unterlassungsantrages ist das Verwenden der Bezeichnung "Die R..... der Su....." zur Kennzeichnung eines CD-ROM-Spiels, d. h. die titelmäßige Verwendung dieser Bezeichnung hierfür.

2.) Der Unterlassungsantrag ist gemäß §§ 3, 4 Nr. 1, 14 Abs. 2-5 MarkenG aus der Wortmarke S..... (Verfügungsmarke; Anlage ASt 4) nicht begründet.

Der Antragsteller hat zwar die Verfügungsmarke am 30. 3. 2000 angemeldet (wegen der Klassen: Bl. 4), eine Eintragung der Marke ist aber unstrittig noch nicht erfolgt. Außerdem hätte die Antragsgegnerin insoweit eine bessere Priorität vom 20. März 2000, und zwar - wie unter 3) ausgeführt wird - im Hinblick auf den angegriffenen Werktitel "Die R.....der Su....." für ihr Computerspiel.

3.) Der Unterlassungsantrag ist gemäß §§ 5, 15 Abs. 2, 4 MarkenG aus dem Werktitel "S....." für die Kaufversion des so bezeichneten Computerspiels des Antragstellers ebenfalls nicht begründet.

(a) Wie der Antragsteller nicht verkennt, hat die Antragsgegnerin hinsichtlich des beanstandeten Werktitels "Die R.....der Su....." die Priorität vom 20. März 2000.

Die Antragsgegnerin hat - wie ausgeführt - bereits in der 12. Kalenderwoche (20. bis 26. März) 2000 eine Titelschutzanzeige für den Titel "Die R.....der Su....." geschaltet (Anlage ASt 10 = AG 5). Sie vertreibt unstrittig unter diesem Titel ein Computerspiel (CD-ROM-Spiel; vgl. Anlage ASt 12), das am 28. März 2000 in Zusammenarbeit mit dem Fernsehsender RTL veröffentlicht worden ist (Anlage AG 6).

Für die Begründung ihres Titelschutzrechts ist maßgeblich auf die Veröffentlichung der Titelschutzanzeige und demgemäß auf den 20. März 2000 abzustellen. Die Titelschutzanzeige verlegt den Titelschutz vor, vorausgesetzt das Werk erscheint innerhalb angemessener Frist unter dem Titel (BGH GRUR 1989, 760 - Titelschutzanzeige); das ist vorliegend für das Spiel "Die R.....der Su....." der Fall.

(b) Der Antragsteller hat aus dem Werktitel "S....." für die Kaufversion seines Computerspiels gegenüber der angegriffenen Bezeichnung kein älteres Recht.

Der Schutz eines Werktitels entsteht durch Benutzungsaufnahme, sofern - wovon hier bei der Bezeichnung "S....." für ein Computerspiel ausgegangen werden kann - die notwendige originäre Kennzeichnungskraft des Titels vorliegt. Eine Benutzung des Titels "S....." für die Kaufversion vor dem 20. März 2000 ist nicht gegeben.

Der Antragsteller selbst hat in der Antragsschrift vortragen lassen, er stehe "nunmehr kurz vor der Vollendung seines CD-ROM-Spiels" (Schriftsatz vom 14. Juni 2000: Bl. 4; vgl. ebenso seine eigene eidesstattliche Versicherung vom 14. Juni 2000: Anlage ASt

13.1). Im Schriftsatz vom 10. Juli 2000 hat er vortragen lassen, das "kaufbare CD-ROM-Spiel" werde in "ca. 10 bis 14 Tagen" erscheinen (Bl. 41, 42; vgl. ebenso die eidesstattliche Versicherung des mit der Erstellung des Spiels beauftragten W.....vom 10. Juli 2000: Anlage ASt 18.3).

Eine vorverlegte Entstehung des Titelschutzes betreffend die Kaufversion des Computerspiels "S....." kommt vorliegend nicht in Betracht, jedenfalls nicht mit der Folge einer gegenüber der Antragsgegnerin besseren Priorität vor dem 20. März 2000. Der Antragsteller hat keine Titelschutzanzeige geschaltet, es sind auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass es sonstige zeitnahe Maßnahmen gegeben hätte, die das Entstehen des Titelschutzes insoweit vorverlegen könnten.

Hierfür käme bei einem Computerprogramm insbesondere eine der Auslieferung des fertigen Produkts unmittelbar vorausgehende öffentliche (werbende) Ankündigung in Betracht, allerdings wären an sie wegen der Rechtssicherheit und wegen der möglichen Schaltung einer Titelschutzanzeige strenge Anforderungen zu stellen (BGH GRUR 1997, 902 - FTOS, GRUR 1998, 1010 - WINCAD). Dem ist die hier in Rede stehende Spielversion, die der Antragsteller nach seinem Vorbringen zuvor im November 1999 unter "S....." ins Internet als Online-Spiel gestellt hat (Anlage ASt 23), und die Einrichtung der Internet-Domain "www.S.....de" am 10. Februar 2000 (Anlage ASt 3) nicht gleichzusetzen:

Zum einen befand sich in jenen Zeiten nach dem eigenen Vorbringen des Antragstellers die Kaufversion des Spiels noch in der Entwicklung, die Kaufversion war noch im Juni 2000 nicht endgültig fertig und demgemäß noch nicht festgelegt (vgl. Anlage ASt 13.1). Das wird im übrigen durch die Schilderung eines Telefonats zwischen dem Antragsteller und U....., einem Mitarbeiter der Antragsgegnerin, vom 30. März 2000 bestätigt, in dem der Antragsteller nicht etwa von einem bereits fertigen Spiel gesprochen hat, sondern dem U..... mitgeteilt hat, er hätte bei einer Programmierfirma ein ähnliches Produkt wie "Die R.....der Su....." in Auftrag gegeben, die Antragsgegnerin sei aber schneller an den Markt gekommen (vgl. die eidesstattliche Versicherung des U..... vom 3. Juli 2000: Anlage AG 7). Zum anderen wären solche bloßen Werbemaßnahmen weit vorgelagert und ohne hinreichend konkreten Bezug auf das als Kaufversion noch nicht fertige Computerspiel keine öffentlichen, einer Titelschutzanzeige entsprechenden Werbeankündigungen.

4.) Der Unterlassungsantrag ist gemäß §§ 5, 15 Abs. 2, 4 MarkenG aus dem Werktitel "S....." für ein Online-Computerspiel des Antragstellers ebenfalls nicht begründet.

(a) Für Online-Computerspiele, die vom Hersteller kostenlos zur Benutzung ins Internet gestellt werden, kommt - wie bei anderen Werktiteln auch - ein Titelschutzrecht in Betracht. Grundsätzlich richtet sich die Entstehung eines solchen Schutzrechts nach den allgemein für besondere Kennzeichnungen gültigen Regeln, nach denen die Aufnahme der Benutzung eines unterscheidungskräftigen Titels für ein bestimmtes Werk im nach außen gerichteten geschäftlichen Verkehr erforderlich ist (BGH a. a. O. - Titelschutzanzeige). Für Online-Computerspiele im Internet gilt grundsätzlich nichts anderes.

Wird im Entwicklungsstadium der Kaufversion eines Spiels - wie vorliegend der Antragsteller für sein "S....."-Spiel behauptet - bereits eine Onlineversion ins Internet gestellt, so muss darin nicht nur eine Vorbereitungsmaßnahme für die Kaufversion gesehen werden. Eine solche verkürzte Betrachtungsweise würde dem Umstand nicht gerecht werden, dass ein Online-Computerspiel durchaus ein fertiges, eigenständiges Werk verkörpern kann und ihm seine Eigenständigkeit nicht etwa deswegen abzusprechen ist, weil es daneben bzw. später eine (andere) Version auf CD-ROM zu kaufen gibt.

Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin nichts anderes zu entnehmen:

In der Entscheidung "FTOS" (BGH a. a. O.) ging es um die Priorität eines Titels für ein Computerprogramm, das unter der Kennzeichnung "FTOS" zum Piloteinsatz freigegeben worden war und bei einem Kunden versuchsweise verwendet wurde. Zutreffend hat der Bundesgerichtshof einen solchen Pilotbetrieb nicht schon als titelschutzbegründende Benutzung, sondern als regelmäßig noch zur Herstellungsphase gehörend bewertet, weil die Erprobung des Programms bei einem Kunden im Echtbetrieb dazu gedient habe, nicht erkannte Fehler noch rechtzeitig vor der endgültigen Markteinführung beseitigen zu können. Mit den vorliegend in Rede stehenden zwei "S....."-Spielversionen (die eine Online im Internet, die andere als CD-ROM) ist jene Fallgestaltung nicht vergleichbar, auch wenn die Erfahrungen mit der Onlineversion für die Kaufversion des Spiels genutzt werden können und nach der Darstellung des Antragstellers auch einbezogen worden sind.

In der Entscheidung "WINCAD" (BGH a. a. O.) hat der Bundesgerichtshof zutreffend ausgeführt, die schutzbegründende Ingebrauchnahme eines Werktitels liege regelmäßig erst dann vor, wenn das betreffende Werk unter seinem Titel existent sei, hierfür sei der Vertrieb des fertigen, mit der fraglichen Bezeichnung versehenen Produkts erforderlich. Im dortigen Fall war das Computerprogramm aber nicht gleich unter dem für die Priorität maßgeblichen Titel erschienen, sondern erst in einer fremdsprachigen Programmversion unter einer anderen Bezeichnung und mit begleitenden Werbemaßnahmen für das spätere Computerprogramm. Auch dieser Sachverhalt weicht wesentlich vom vorliegenden ab, denn für die Onlineversion des Spiels des Antragstellers steht kein von der Bezeichnung "S....." abweichender Titel in Rede.

(b) Nach den oben dargestellten Rechtsprechungsgrundsätzen kommt demgemäß ein Titelschutz für ein Online-Computerspiel auch dann in Betracht, wenn es ein solches Spiel später in einer Kaufversion gibt. Das setzt aber, wie bei allen anderen Werktiteln auch, voraus, dass es sich bei dem Online-Spiel um ein - jedenfalls für sich gesehen - fertiges Werk handelt.

Wie oben ausgeführt, ist für die Schutzbegründung die Titelbenutzung für ein bestimmtes Werk im nach außen gerichteten geschäftlichen Verkehr erforderlich. Wird ein Online-Computerspiel ins Internet gestellt, so kann es je nach seiner Darstellung gegenüber dem Publikum und nach seinem werksubstanzlichen Gehalt noch im Stadium des unverbindlichen und bloß vorübergehenden Experiments anzusiedeln sein oder sich schon um ein fertiges Spiel handeln.

Hierbei ist nicht zu verkennen, dass es fließende Übergänge geben kann, denn in Internet werden - wie zwischen den Parteien nicht streitig ist und keiner vertieften Ausführung bedarf - nicht selten auch nur provisorische Darstellungen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, die alsbald wieder verschwinden oder erst später eine definitive Festlegung erfahren. Auf der anderen Seite gibt es im Internet - wie in anderen Bereichen des Titelschutzes - auch Fälle, in denen ein bereits fertiges Werk anschließend überarbeitet wird und selbstverständlich muss - wie der Antragsteller an sich zutreffend einwendet - eine solche Überarbeitung nicht die Unfertigkeit des früheren Werkstadiums belegen, Umkehrschlüsse sind aber ebenso nicht zwingend.

(c) Jedenfalls sind deswegen, aber auch aus den oben dargestellten Gründen der Rechtssicherheit, insoweit an die hinreichend substantiierte Darlegung und gegebenenfalls - im Verfügungsverfahren - an die Glaubhaftmachung der prioritätsbestim-

menden Tatsachen strenge Anforderungen zu stellen. Diese erfüllt das Vorbringen des Antragstellers, das die Gegenseite bestritten hat, nicht:

(aa) Hinsichtlich der nach der Behauptung des Antragstellers im November 1999 ins Internet gestellten Online-Spielversion ergeben sich keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine konkrete Werkfestlegung.

Zum einen ist schon im Auftragsschreiben des Antragstellers vom 12. Oktober 1999 an Wolfgang Warmdt, der das "S....."-Spiel erstellen soll, davon die Rede, dass "erste Entwürfe" bis 15. Dezember 1999 vorliegen sollen (Anlage ASt 1), in dem Antwortschreiben des W.....vom 15. November 1999 wird dem Antragsteller mitgeteilt, er könne sich auf der Homepage des W....."schon mal eine spielbare Demo-Version ansehen" (Anlage ASt 2). In der eidesstattlichen Versicherung des W.....vom 10. Juli 2000 heißt es dazu, er - W.....- habe "schon mal eine Testversion" auf seiner Homepage für den Antragsteller erstellt (Anlage ASt 18.3).

Zum anderen ist in der eidesstattlichen Versicherung des W.....davon die Rede, dass bereits zwei bis drei Tage nach dem Schreiben vom 15. November 1999 die "spielbare Version" ins Internet (unter der dort genannten Adresse) eingespeist worden sei, sie - W.....und der Antragsteller - hätten vereinbart, die Online-Spielversion dem breiten Publikum zugänglich zu machen. Bei dieser Version habe es sich "nicht mehr um eine - unfertige - Testversion" gehandelt. Die "Vorbereitungshandlungen (Konzept, Entwicklung, Zeichnungen etc.)" seien "längst abgeschlossen" gewesen (Anlage ASt 18.3).

Hieraus ergibt sich nicht mit der notwendigen Eindeutigkeit eine definitive Ingebrauchnahme des Werktitels "S....." für ein bestimmtes Werk im nach außen gerichteten geschäftlichen Verkehr. Das Online-Spiel in der damaligen Version ist nicht vorgelegt worden, die vorgelegten Ausdrücke sind solche erst vom 14. Juni 2000 (Anlage ASt 11) bzw. vom 25. August 2000 (Anlage ASt 19; vgl. ebenso die späteren, undatierten Ausdrücke gemäß Anlagen ASt 18.2, 20).

Die Beschreibung eines Online-Spiels als "nicht mehr unfertig" sind ersichtlich vorwiegend von Wertungen bestimmt, überprüfbare Tatsachen werden insoweit nicht behauptet. Zudem ergibt sich aus der eigenen eidesstattlichen Versicherung des Antragstellers vom 14. Juni 2000, dass dieser selbst das im November 1999 auf der Homepage des W.....befindliche Spiel nur als "Demoversion" und als "Test" für

weitere Schritte angesehen hat (Anlage ASt 13.1), das steht der Annahme eines schon fertigen Online-Spiel zur damaligen Zeit entgegen.

Auch die (erste) eidesstattliche Versicherung des Kr..... vom 10. Juli 2000, eines Mitinhabers der Krefelder Firma des Antragstellers ("F.....": F.....Group), enthält hinsichtlich des Spiels und seiner Versionen keine näheren Angaben (Anlage ASt 18.1), das gilt auch für dessen (dritte) eidesstattliche Versicherung vom 14. November 2000 (Bl. 98). Die (zweite) eidesstattliche Versicherung des Kr..... vom 11. September 2000 nimmt zwar auf die damals (am 11. September 2000) aktuelle "S....."-Spielversion, wie sie auf der (der eidesstattlichen Versicherung) beigefügten CD-ROM festgelegt sei, Bezug und beschreibt einige Unterschiede zur im Internet im November 1999 spielbaren Version durch Schilderung gewisser Qualitätsverbesserungen und dem Hinweis auf die Korrektur "kleinerer Fehler" (Anlage ASt 19.1); damit wird aber weder das Online-Spiel von November 1999 hinreichend genau beschrieben, noch ausreichend greifbare Tatsachen vorgetragen, die den Schluss rechtfertigten, es sei bereits ein fertiges Online-Spiel im Sinne der oben dargestellten Rechtsprechungsgrundsätze unter der Bezeichnung "S....." vorhanden gewesen. Entsprechendes gilt für die (vierte) eidesstattliche Versicherung des Kr..... vom 15. Januar 2001, in der die Online-Spielversion vom November 1999 ohne nähere Bestimmung als "spielbare, fertige Version" bezeichnet wird (Anlage ASt 23).

(bb) Nichts anderes ergibt sich für die Zeit zwischen Dezember 1999 und Januar 2000. In diesen Zeitraum siedelt der Antragsteller zwar die Links an, der er nach seiner eidesstattlichen Versicherung vom 14. Juni 2000 auf seinen dort genannten Internetseiten als Hinweis auf das Online-Spiel auf der Homepage des W.....gesetzt habe, das er aber selbst - wie ausgeführt - als Demoversion bezeichnet (Anlage ASt 13.1). Nähere Angaben enthalten insoweit auch nicht die eidesstattlichen Versicherungen des Kr..... (Anlagen ASt 18.1, 19.1 und 23 sowie Bl. 98).

(cc) Das Vorbringen des Antragstellers zur Installation eines Online-Spiels auf seiner Internetseite unter dessen Domainnamen "www.S.....de" nach der Registrierung dieser Internet-Adresse ist für die Zeit vor dem 20. März 2000 ebenfalls nicht als ausreichend konkret dargelegt bzw. nicht hinreichend glaubhaft gemacht anzusehen.

Am 10. Februar 2000 registrierte die DENIC eG den Domainnamen "www.S.....de" für den Antragsteller (Anlage ASt 3). Hierzu hat der Antragsteller behauptet, "zugleich" (das bezieht sich offenbar auf die zuvor geschilderte Regi-

strierung des Domainnamens) habe er die Online-Spielversion auf dieser Seite errichtet (Bl. 4, vgl. ebenso die eidesstattliche Versicherung des Antragstellers vom 14. Juni 2000: Anlage ASt 13.1). Wann genau und konkrete welche Spielversion auf der Website gewesen sein soll, ist damit nicht substantiiert vorgetragen.

Aus der Zugriffsstatistik betreffend diese Website ergibt sich nichts Näheres (Anlage ASt 18), auch in der (ersten) eidesstattlichen Versicherung des Kr..... vom 10. Juli 2000 ist nur davon die Rede, dass nach "erfolgter Freischaltung am 10. Februar 2000 das Online-Spiel 'S.....' aufgespielt" worden sei, nähere Angaben zum Spiel und seinen Versionen gibt es dort nicht (Anlage ASt 18.1). Die (zweite) eidesstattliche Versicherung des Kr..... vom 11. September 2000 erwähnt die Online-Version auf der Website "www.S.....de" nicht ausdrücklich (Anlage ASt 19.1). Unzureichend ist auch die Beschreibung in der (dritten) eidesstattlichen Versicherung des Kr..... vom 15. Januar 2001; demnach sei das auf der Website "www.S.....de" angeblich seit dem 10. Februar 2000 befindliche Online-Spiel die Version, die bereits Mitte November 1999 auf den dort genannten (anderen) Internetseiten gewesen sei. Eine ausreichend konkrete Schilderung ist das nicht, diese Version bewertet - wie oben ausgeführt - Kr..... ohne nähere Bestimmung als "spielbare, fertige Version" (Anlage ASt 23).

Abgesehen von der unzureichend konkreten Schilderung des angeblich auf der Website "www.S.....de" installierten Spiels kann dem Vorbringen auch nicht mit der hinreichenden Wahrscheinlichkeit entnommen werden, dass es sich bereits damals - vor dem 20. März 2000 - um ein fertiges Online-Spiel im Sinne der oben dargestellten Rechtsprechungsgrundsätze gehandelt hätte. Die vorgetragenen Anhaltspunkte gehen eher in die gegenteilige Richtung; aus der ersten und dritten eidesstattlichen Versicherung des Kr..... ergibt sich, dass das Spiel bereits Anfang April 2000 graphisch geändert und (zunächst) von der Website genommen worden ist (Anlagen ASt 18.1 und 23).

Demgegenüber behauptet die Antragsgegnerin, ihr Mitarbeiter L..... habe im Hinblick auf ihr Spiel ("Die R.....der Su.....") in der ersten Märzwoche 2000 mittels der gängigen Internet-Suchmaschinen (YAHOO, ALTAVISTA, LYCOS, METACRAWLER und METAGER) sowie bei DENIC eG den Begriff "S....." abgefragt, unter der Adresse "www.S.....de" seien keine Inhalte - demgemäß auch kein Online-Spiel - in die Website eingestellt gewesen, laufende Nachprüfungen hätten ein unverändertes Ergebnis ergeben, erst nach dem Gespräch zwischen den Parteien am 4. April 2000 (wegen des Datums vgl. Anlagen AG 8-9) sei die Website

erstmalig mit Inhalt gefüllt und zugänglich gewesen (vgl. ebenso die eidesstattliche Versicherung des L.....vom 4. Juli 2000: Anlage AG 6). Der Antragsteller hat zwar behauptet, es sei unerklärlich, weshalb die Gegenseite das Online-Spiel auf seiner Website nicht gefunden habe, zwingend sind seine Überlegungen hierzu aber nicht (vgl. die eidesstattliche Versicherung des Antragstellers vom 10. Juli 2000: Anlage ASt 18.4).

Das wird durch die oben bereits erörterte Schilderung des Telefonats zwischen dem Antragsteller und U..... vom 30. März 2000 bestätigt, in dem der Antragsteller nicht etwa von einem bereits auf der Website "www.S.....de" vorliegenden Spiel gesprochen, sondern dem U..... nur mitgeteilt hat, er sei Inhaber der Domain "www.S.....de" und habe bei einer Programmierfirma ein ähnliches Produkt wie "Die R.....der Su....." in Auftrag gegeben, die Antragsgegnerin sei aber schneller an den Markt gekommen (vgl. Anlage AG 7). Der Antragsteller hat die Darstellung des Telefonats nicht bestritten. Es hätte aber für ihn schon nach der Lebenserfahrung selbstverständlich sein müssen, das angeblich bereits auf seiner Website befindliche Online-Spiel "S....." anzusprechen, zumal es bei jenem Telefonat um eine geplante Zusammenarbeit zwischen den Parteien und insbesondere um die Möglichkeit eines Onlineverkaufs des Spiels "Die R.....der Su....." der Antragsgegnerin auf der Website "www.S.....de" des Antragstellers ging und dann auf derselben Website ein weiteres Spiel mit ähnlichem Namen gewesen wäre.

In die gleiche Richtung geht der unstreitige Umstand, dass der Antragsteller bei seinem Gespräch mit der Antragsgegnerin am 4. April 2000 wegen einer Zusammenarbeit bzw. wegen der vergleichweisen Beilegung der Titellkollision von der Existenz eines Online-Spiels auf seiner Website "www.S.....de" nicht gesprochen hat; bei jenem Gespräch hat der Antragsteller nicht etwa die Unterlassung der Benutzung des Titels "Die R.....der Su....." verlangt, sondern es war unstreitig um die Übertragung des Domainnamens "www.S.....de" und der Verfügungsmarke gegangen (vgl. die eidesstattlichen Versicherungen des Geschäftsführers der Antragsgegnerin Dr. Ku.....und des damaligen Mitarbeiters der Antragsgegnerin P.....vom 4. Juli 2000: Anlagen AG 8-9; vgl. hierzu das inhaltlich gleichlautende Schreiben des Antragstellers vom 7. April 2000: Anlage ASt 5). Der Antragsteller hat sein Verhalten damit erklärt, er habe u. a. aus Geheimhaltungsgründen seine Position nicht offenbart. Plausibel ist diese Erklärung nicht, zwingend ohnehin nicht.

5.) Der Unterlassungsantrag ist gemäß §§ 5, 15 Abs. 2, 4 MarkenG aus dem Domainnamen "www.S.....de" als Geschäftsbezeichnung des Antragstellers nicht begründet.

Allerdings gilt der Grundsatz, dass der Kennzeichenschutz gemäß § 5 Abs. 2 MarkenG für Bezeichnungen mit originärer Unterscheidungskraft bereits mit der Aufnahme der Benutzung des Zeichens im geschäftlichen Verkehr entsteht, ohne dass es einer Verkehrsgeltung der Bezeichnung bedarf, auch im Bereich von unterscheidungskräftigen Internet-Domainnamen. Das hat zur Folge, dass diese mit der ersten Ingebrauchnahme schutzfähig sind, ohne dass es auf Verkehrsgeltung ankäme. Wie der Senat bereits entschieden hat, kann nicht davon ausgegangen werden, dass Internet-Domainnamen etwa ebenso wie Telegrammadressen (vgl. hierzu BGH GRUR 1955, 481) zu behandeln wären und jenen nur durch Verkehrsgeltung Kennzeichenschutz zukäme (OLG Hamburg NJW-RR 1999, 625; vgl. ebenso Landgericht München I GRUR 2000, 800).

Hieraus ergibt sich aber nicht, dass allein der formale Vorgang der Registrierung und Freischaltung einer Internet-Domain ein Kennzeichenschutzrecht zu begründen vermag. Unternehmenskennzeichen entstehen durch tatsächliche Handlungen, nicht durch formale Akte. So ist z. B. auch die Eintragung einer Firma ins Handelsregister für den Schutz nach § 5 MarkenG nicht von wesentlicher, sondern allenfalls indizieller Bedeutung (Ingerl/Rohnke, a. a. O., § 5 MarkenG Rz. 21).

Nichts anderes kann für die Freischaltung einer registrierten Domain gelten. So muss bei einem Domainnamen noch nicht festgelegt sein, für welche Branche dieser benutzt werden soll (vgl. OLG München, MarkenR 2000, 428), denkbar ist im Hinblick auf den vorliegenden Fall auch, dass der Inhalt einer Website nur ein Werk, z. B. ein Computerspiel enthält, so dass der betreffende Domainname auch oder sogar nur den Werktitel bezeichnet (vgl. Fezer, Markenrecht, 2. Auflage, § 3 MarkenG Rz. 312).

Demgemäß kommt es - entsprechend den allgemeinen Grundsätzen - auch im Bereich der Benutzung der Internet-Domain auf deren Umfang und Inhalt im tatsächlichen Gebrauch an. Eine leere ("weiße") Website unter einem (als solchen unterscheidungskräftigen) Domainnamen kann für sich noch kein kennzeichenrechtliches Verbotungsrecht begründen. Das wird in der bisherigen Rechtsprechung - soweit erkennbar - auch nicht vertreten. Bei dem vom Senat bereits entschiedenen Sachverhalt war die inhaltliche Benutzung der Website für bestimmte Dienstleistungen unter dem dortigen Domainnamen und damit die Benutzungsaufnahme einer Geschäfts-

bezeichnung unstreitig gegeben (OLG Hamburg, a. a. O.). Bei den vom Antragsteller herangezogenen Beispielen ging es insbesondere um die Registrierung einer Domain als rechtsverletzende Benutzungshandlung, die Frage, welche Handlungen beim Kennzeichengebrauch Rechte begründen können, ist nicht im einfachen "Umkehrschluss" - so aber der Antragsteller - zu beantworten.

Wie oben ausgeführt, ist das Vorbringen des Antragstellers zur Installation eines On-line-Spiels auf seiner Internetseite unter "www.S.....de" nach der Freischaltung bis zum 20. März 2000 nicht ausreichend konkret und nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Entsprechendes gilt für die Angaben zum Merchandise-Shop (vgl. die erste und die dritte eidesstattliche Versicherung des Kr..... - Anlage ASt 18.1 und Bl. 98), die auch sonst nur dahin gehen, es seien auf der Website Merchandisingartikel wie T-Shirts, Mousepads und Tassen zum Thema "S....." beworben und vertrieben worden (vgl. die vierte eidesstattliche Versicherung des Kr.....: Anlage ASt 23). Nähere Ausführungen dagegen fehlen, von einer Ingebrauchnahme der Geschäftsbezeichnung vor dem 20. März 2000 kann demgemäß nicht ausgegangen werden.

IV.

Nach alledem war die Berufung des Antragstellers unbegründet.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

RiOLG Rieger ist
erkrankt und kann
daher nicht unter-
schreiben.

Brüning

Spannuth

Brüning



HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT

URTEIL

IM NAMEN DES VOLKES

3 U 200/00
312 0 427/00

In dem Rechtsstreit

Verkündet am:
15. Februar 2001

B...

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle.

Antragsteller,
Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

☐

gegen

K..... GmbH,

Antragsgegnerin,
Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

☐

hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, 3. Zivilsenat, durch die Richter

Brüning, Spannuth, Rieger

nach der am 25. Januar 2001 geschlossenen mündlichen Verhandlung für Recht
erkannt:

Spa./Ba-Bu.

Die Berufung des Antragstellers gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 12, vom 11. Juli 2000 wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

und beschlossen:

Der Wert des Streitgegenstandes wird auch für das Berufungsverfahren auf 100.000,- DM festgesetzt.

Tatbestand

Der Antragsteller befasst sich mit der Veröffentlichung und Vermarktung eines Spiels mit der Bezeichnung "S.....".

Die Antragsgegnerin schaltete in der 12. Kalenderwoche (20. bis 26. März) 2000 eine Titelschutzanzeige für den Titel "Die R.....der Su....." (Anlage ASt 10) und vertreibt unter diesem Titel ein Computerspiel (vgl. Anlage ASt 12).

Der Antragsteller beanstandet die Verwendung des Titels "Die R.....der Su....." als Verletzung seiner Rechte und nimmt die Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassung in Anspruch.

Mit der Beschlussverfügung des Landgerichts vom 15. Juni 2000 ist der Antragsgegnerin unter Androhung von Ordnungsmitteln verboten worden,

im geschäftlichen Verkehr zur Kennzeichnung eines CD-ROM-Spiels die Bezeichnung "Die R.....der Su....." zu verwenden und/oder verwenden zu lassen.

Mit Urteil vom 11. Juli 2000 hat das Landgericht die einstweilige Verfügung vom 15. Juni 2000 aufgehoben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Antragstellers, der seinen Verfügungsantrag weiter verfolgt. Die Antragsgegnerin verteidigt das angefochtene Urteil.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung des Antragstellers hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht seine einstweilige Verfügung aufgehoben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückgewiesen.

I.

Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Dringlichkeit für das einstweilige Verfügungsverfahren gegeben ist.

Die in Wettbewerbsrechtsstreitigkeiten bestehende Vermutung der Eilbedürftigkeit (§ 25 UWG) gilt entsprechend der früheren Rechtsprechung zu § 16 UWG und zu § 24 WZG auch für Markenrechtsstreitigkeiten (OLG Hamburg GRUR 1999, 739; Ingerl/Rohnke, MarkenG, vor §§ 14-19 MarkenG Rz. 49 m. w. Nw.).

Die Dringlichkeitsvermutung ist nicht widerlegt. Der Antragsteller ist gegen die Antragsgegnerin nach Kenntnis des Verletzungsfalls alsbald und nicht verzögert vorgegangen.

1.) Nach dem unwiderlegt gebliebenen Vorbringen des Antragstellers hat dieser durch die Pressemitteilung der Antragsgegnerin vom 28. März 2000 erfahren, dass diese ein Computerspiel mit der Bezeichnung "Die R.....der Su....." veröffentlichen will.

2.) Anschließend ist der Antragsteller zügig gegen die Antragsgegnerin vorgegangen.

(a) Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin ist dabei nicht allein auf den Umstand abzustellen, dass die Abmahnung seitens des Antragstellers allerdings erst mit Schreiben vom 12. Mai 2000 unter Fristsetzung bis zum 2. Juni 2000 erfolgt ist (Anlage AG 1). Es kommt auf den zeitlichen Abstand von rund 6 Wochen zwischen Kenntnissnahme des Verletzungsfalls und der Abmahnung nicht entscheidend an, weil der Antragsteller in der Zwischenzeit nicht untätig geworden ist, sondern als Verletzter vernünftige Schritte unternommen hat, die nicht die Schlussfolgerung rechtfertigen, die Sache sei dem Antragsteller nicht eilig gewesen.

Es hatte bereits am 4. April 2000 zwischen den Parteien Verhandlungen wegen der Bezeichnungen "S....." bzw. "Die R.....der Su....." gegeben (vgl. Anlage ASt 5), die ohne eine Einigung verliefen. Mit Schreiben vom 12. April 2000 ließ die

Antragsgegnerin den Antragsteller wegen der Markenmeldung "S....." abmahnen, und zwar u. a. gestützt auf den Titel "Die R.....der Su....." (Anlage ASt 6). Es liegt auf der Hand, dass die Gegenabmahnung des Antragstellers - sie erfolgte schließlich mit Schreiben vom 12. Mai 2000 (Anlage AG 1) - einer Überprüfung der Sach- und Rechtslage erforderte und eine Vorkorrespondenz mit der Gegenseite sinnvoll erscheinen ließ (vgl. Anlagen ASt 14-16).

(b) Auch in der Zeit nach der Abmahnung vom 12. Mai 2000 ist der Antragsteller hinreichend zügig verfahren.

Diese Abmahnung ließ die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 26. Mai 2000 abschlägig beantworten (Anlage AG 2), daraufhin erneuerte der Antragsteller in einem Nachfassschreiben vom 2. Juni 2000 die Abmahnung unter Fristsetzung bis zum 7. Juni 2000 (Anlage AG 4); der Verfügungsantrag ist schließlich am 15. Juni 2000 bei Gericht eingegangen (Bl. 1).

II.

Der Antragsteller ist nicht gehindert (§ 242 BGB), gegen die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung vorzugehen.

Mangels hinreichender Glaubhaftmachung kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Antragsteller rechtsverbindlich zugesagt hätte, wegen der vorliegenden Streitigkeit dauerhaft auf das Einreichen eines Verfügungsantrages zu verzichten.

1.) Die Antragsgegnerin hat hierzu vorgetragen, nach ihrer abschlägigen Antwort vom 26. Mai 2000 (Anlage AG 2) auf die Abmahnung durch den Antragsteller habe Rechtsanwalt K.....(als Prozessbevollmächtigter der Antragsgegnerin) mit Rechtsanwältin A..... (als Prozessbevollmächtigte des Antragstellers) telefoniert, um nach einem Nachweis für den angeblichen Werktitelschutz des Antragstellers (für: "S.....") zu fragen; die Parteivertreter seien sich einig darüber gewesen, dass die Frage der Priorität (gegenüber: "Die R.....der Su.....") sich nur gerichtlich abschließend klären ließe. Rechtsanwalt K.....habe sich weiter erkundigt, ob der Antragsteller beabsichtige, hierzu eine einstweilige Verfügung zu beantragen. Rechtsanwältin A..... habe erwidert, dass sie eine einstweilige Verfügung nicht beantragen werde. Auf die Nachfrage, dass damit die Einlegung einer Schutzschrift überflüssig sei, habe Rechtsanwältin A..... anwaltlich versichert, dass sie eine einstweilige Verfügung nicht beantragen werde (Anlage AG 3).

2.) Es ist schon nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin nicht mit hinreichender Sicherheit davon auszugehen, dass der Antragsteller auf ein Vorgehen im einstweiligen Verfügungsverfahren generell und rechtsverbindlich verzichtet hätte. Maßgeblich ist insoweit allein der objektivierte Erklärungsinhalt der telefonischen Äußerungen von Rechtsanwältin A..... am 31. Mai 2000. Von einem ausdrücklich erklärten endgültigen Verzicht seitens der Rechtsanwältin A..... ist im Vortrag der Antragsgegnerin dazu nicht die Rede. Auch die eidesstattliche Versicherung des Rechtsanwalts K....., der mit Rechtsanwältin A..... jenes Telefonat geführt hatte, enthält eine solche Schilderung des Gesprächs nicht (Anlage AG 3).

3.) Zudem behauptet der Antragsteller, Rechtsanwältin A..... habe bei jenem Telefonat am 31. Mai 2000 auf die Frage von Rechtsanwalt K....., ob er die vorbereitete Schutzschrift einreichen solle, mitgeteilt, dass sie auf Grund der schwebenden Vergleichsverhandlungen einen Verfügungsantrag derzeit nicht stellen würde. In dem Abmahnschreiben vom 12. Mai 2000 sei eine Frist bis zum 2. Juni 2000 gesetzt worden (Anlage AG 1). Die Nachfrage von Rechtsanwalt K..... sei so zu verstehen gewesen, dass er hinsichtlich dieser Fristsetzung habe sicher gehen wollen, dass kein Verfügungsverfahren anhängig gemacht würde; dass Rechtsanwalt K..... die Erwiderung so aufgefasst habe, dass ein solcher Verfügungsantrag grundsätzlich ausgeschlossen sein solle, sei nicht nachvollziehbar. Die Antragsgegnerin ist im Berufungsverfahren dieser Schilderung des Telefonats nicht mehr entgegengetreten.

Die von der Antragsgegnerin behauptete "anwaltliche Versicherung" von Rechtsanwältin A....., sie werde keine einstweilige Verfügung beantragen, kann durchaus nur auf eine bestimmte Zeitspanne - hier bis zum Ende der in der Abmahnung (Anlage AG 1) gesetzten Frist - bezogen gewesen sein, ohne dass es um einen rechtsverbindlichen und endgültigen Verzicht gegangen sein muss. Damals hat es unstreitig Vergleichsbemühungen zwischen den Parteien gegeben; die Lebenserfahrung spricht eher für ein nur vorübergehendes Stillhalteabkommen ohne einen endgültigen Bindungswillen.

III.

Der Unterlassungsantrag ist auch nach Auffassung des Senats nicht begründet.

1.) Gegenstand des Unterlassungsantrages ist das Verwenden der Bezeichnung "Die R..... der Su....." zur Kennzeichnung eines CD-ROM-Spiels, d. h. die titelmäßige Verwendung dieser Bezeichnung hierfür.

2.) Der Unterlassungsantrag ist gemäß §§ 3, 4 Nr. 1, 14 Abs. 2-5 MarkenG aus der Wortmarke S..... (Verfügungsmarke; Anlage ASt 4) nicht begründet.

Der Antragsteller hat zwar die Verfügungsmarke am 30. 3. 2000 angemeldet (wegen der Klassen: Bl. 4), eine Eintragung der Marke ist aber unstrittig noch nicht erfolgt. Außerdem hätte die Antragsgegnerin insoweit eine bessere Priorität vom 20. März 2000, und zwar - wie unter 3) ausgeführt wird - im Hinblick auf den angegriffenen Werktitel "Die R.....der Su....." für ihr Computerspiel.

3.) Der Unterlassungsantrag ist gemäß §§ 5, 15 Abs. 2, 4 MarkenG aus dem Werktitel "S....." für die Kaufversion des so bezeichneten Computerspiels des Antragstellers ebenfalls nicht begründet.

(a) Wie der Antragsteller nicht verkennt, hat die Antragsgegnerin hinsichtlich des beanstandeten Werktitels "Die R.....der Su....." die Priorität vom 20. März 2000.

Die Antragsgegnerin hat - wie ausgeführt - bereits in der 12. Kalenderwoche (20. bis 26. März) 2000 eine Titelschutzanzeige für den Titel "Die R.....der Su....." geschaltet (Anlage ASt 10 = AG 5). Sie vertreibt unstrittig unter diesem Titel ein Computerspiel (CD-ROM-Spiel; vgl. Anlage ASt 12), das am 28. März 2000 in Zusammenarbeit mit dem Fernsehsender RTL veröffentlicht worden ist (Anlage AG 6).

Für die Begründung ihres Titelschutzrechts ist maßgeblich auf die Veröffentlichung der Titelschutzanzeige und demgemäß auf den 20. März 2000 abzustellen. Die Titelschutzanzeige verlegt den Titelschutz vor, vorausgesetzt das Werk erscheint innerhalb angemessener Frist unter dem Titel (BGH GRUR 1989, 760 - Titelschutzanzeige); das ist vorliegend für das Spiel "Die R.....der Su....." der Fall.

(b) Der Antragsteller hat aus dem Werktitel "S....." für die Kaufversion seines Computerspiels gegenüber der angegriffenen Bezeichnung kein älteres Recht.

Der Schutz eines Werktitels entsteht durch Benutzungsaufnahme, sofern - wovon hier bei der Bezeichnung "S....." für ein Computerspiel ausgegangen werden kann - die notwendige originäre Kennzeichnungskraft des Titels vorliegt. Eine Benutzung des Titels "S....." für die Kaufversion vor dem 20. März 2000 ist nicht gegeben.

Der Antragsteller selbst hat in der Antragsschrift vortragen lassen, er stehe "nunmehr kurz vor der Vollendung seines CD-ROM-Spiels" (Schriftsatz vom 14. Juni 2000: Bl. 4; vgl. ebenso seine eigene eidesstattliche Versicherung vom 14. Juni 2000: Anlage ASt

13.1). Im Schriftsatz vom 10. Juli 2000 hat er vortragen lassen, das "kaufbare CD-ROM-Spiel" werde in "ca. 10 bis 14 Tagen" erscheinen (Bl. 41, 42; vgl. ebenso die eidesstattliche Versicherung des mit der Erstellung des Spiels beauftragten W.....vom 10. Juli 2000: Anlage ASt 18.3).

Eine vorverlegte Entstehung des Titelschutzes betreffend die Kaufversion des Computerspiels "S....." kommt vorliegend nicht in Betracht, jedenfalls nicht mit der Folge einer gegenüber der Antragsgegnerin besseren Priorität vor dem 20. März 2000. Der Antragsteller hat keine Titelschutzanzeige geschaltet, es sind auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass es sonstige zeitnahe Maßnahmen gegeben hätte, die das Entstehen des Titelschutzes insoweit vorverlegen könnten.

Hierfür käme bei einem Computerprogramm insbesondere eine der Auslieferung des fertigen Produkts unmittelbar vorausgehende öffentliche (werbende) Ankündigung in Betracht, allerdings wären an sie wegen der Rechtssicherheit und wegen der möglichen Schaltung einer Titelschutzanzeige strenge Anforderungen zu stellen (BGH GRUR 1997, 902 - FTOS, GRUR 1998, 1010 - WINCAD). Dem ist die hier in Rede stehende Spielversion, die der Antragsteller nach seinem Vorbringen zuvor im November 1999 unter "S....." ins Internet als Online-Spiel gestellt hat (Anlage ASt 23), und die Einrichtung der Internet-Domain "www.S.....de" am 10. Februar 2000 (Anlage ASt 3) nicht gleichzusetzen:

Zum einen befand sich in jenen Zeiten nach dem eigenen Vorbringen des Antragstellers die Kaufversion des Spiels noch in der Entwicklung, die Kaufversion war noch im Juni 2000 nicht endgültig fertig und demgemäß noch nicht festgelegt (vgl. Anlage ASt 13.1). Das wird im übrigen durch die Schilderung eines Telefonats zwischen dem Antragsteller und U....., einem Mitarbeiter der Antragsgegnerin, vom 30. März 2000 bestätigt, in dem der Antragsteller nicht etwa von einem bereits fertigen Spiel gesprochen hat, sondern dem U..... mitgeteilt hat, er hätte bei einer Programmierfirma ein ähnliches Produkt wie "Die R.....der Su....." in Auftrag gegeben, die Antragsgegnerin sei aber schneller an den Markt gekommen (vgl. die eidesstattliche Versicherung des U..... vom 3. Juli 2000: Anlage AG 7). Zum anderen wären solche bloßen Werbemaßnahmen weit vorgelagert und ohne hinreichend konkreten Bezug auf das als Kaufversion noch nicht fertige Computerspiel keine öffentlichen, einer Titelschutzanzeige entsprechenden Werbeankündigungen.

4.) Der Unterlassungsantrag ist gemäß §§ 5, 15 Abs. 2, 4 MarkenG aus dem Werktitel "S....." für ein Online-Computerspiel des Antragstellers ebenfalls nicht begründet.

(a) Für Online-Computerspiele, die vom Hersteller kostenlos zur Benutzung ins Internet gestellt werden, kommt - wie bei anderen Werktiteln auch - ein Titelschutzrecht in Betracht. Grundsätzlich richtet sich die Entstehung eines solchen Schutzrechts nach den allgemein für besondere Kennzeichnungen gültigen Regeln, nach denen die Aufnahme der Benutzung eines unterscheidungskräftigen Titels für ein bestimmtes Werk im nach außen gerichteten geschäftlichen Verkehr erforderlich ist (BGH a. a. O. - Titelschutzanzeige). Für Online-Computerspiele im Internet gilt grundsätzlich nichts anderes.

Wird im Entwicklungsstadium der Kaufversion eines Spiels - wie vorliegend der Antragsteller für sein "S....."-Spiel behauptet - bereits eine Onlineversion ins Internet gestellt, so muss darin nicht nur eine Vorbereitungsmaßnahme für die Kaufversion gesehen werden. Eine solche verkürzte Betrachtungsweise würde dem Umstand nicht gerecht werden, dass ein Online-Computerspiel durchaus ein fertiges, eigenständiges Werk verkörpern kann und ihm seine Eigenständigkeit nicht etwa deswegen abzusprechen ist, weil es daneben bzw. später eine (andere) Version auf CD-ROM zu kaufen gibt.

Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin nichts anderes zu entnehmen:

In der Entscheidung "FTOS" (BGH a. a. O.) ging es um die Priorität eines Titels für ein Computerprogramm, das unter der Kennzeichnung "FTOS" zum Piloteinsatz freigegeben worden war und bei einem Kunden versuchsweise verwendet wurde. Zutreffend hat der Bundesgerichtshof einen solchen Pilotbetrieb nicht schon als titelschutzbegründende Benutzung, sondern als regelmäßig noch zur Herstellungsphase gehörend bewertet, weil die Erprobung des Programms bei einem Kunden im Echtbetrieb dazu gedient habe, nicht erkannte Fehler noch rechtzeitig vor der endgültigen Markteinführung beseitigen zu können. Mit den vorliegend in Rede stehenden zwei "S....."-Spielversionen (die eine Online im Internet, die andere als CD-ROM) ist jene Fallgestaltung nicht vergleichbar, auch wenn die Erfahrungen mit der Onlineversion für die Kaufversion des Spiels genutzt werden können und nach der Darstellung des Antragstellers auch einbezogen worden sind.

In der Entscheidung "WINCAD" (BGH a. a. O.) hat der Bundesgerichtshof zutreffend ausgeführt, die schutzbegründende Ingebrauchnahme eines Werktitels liege regelmäßig erst dann vor, wenn das betreffende Werk unter seinem Titel existent sei, hierfür sei der Vertrieb des fertigen, mit der fraglichen Bezeichnung versehenen Produkts erforderlich. Im dortigen Fall war das Computerprogramm aber nicht gleich unter dem für die Priorität maßgeblichen Titel erschienen, sondern erst in einer fremdsprachigen Programmversion unter einer anderen Bezeichnung und mit begleitenden Werbemaßnahmen für das spätere Computerprogramm. Auch dieser Sachverhalt weicht wesentlich vom vorliegenden ab, denn für die Onlineversion des Spiels des Antragstellers steht kein von der Bezeichnung "S....." abweichender Titel in Rede.

(b) Nach den oben dargestellten Rechtsprechungsgrundsätzen kommt demgemäß ein Titelschutz für ein Online-Computerspiel auch dann in Betracht, wenn es ein solches Spiel später in einer Kaufversion gibt. Das setzt aber, wie bei allen anderen Werktiteln auch, voraus, dass es sich bei dem Online-Spiel um ein - jedenfalls für sich gesehen - fertiges Werk handelt.

Wie oben ausgeführt, ist für die Schutzbegründung die Titelbenutzung für ein bestimmtes Werk im nach außen gerichteten geschäftlichen Verkehr erforderlich. Wird ein Online-Computerspiel ins Internet gestellt, so kann es je nach seiner Darstellung gegenüber dem Publikum und nach seinem werksubstanzlichen Gehalt noch im Stadium des unverbindlichen und bloß vorübergehenden Experiments anzusiedeln sein oder sich schon um ein fertiges Spiel handeln.

Hierbei ist nicht zu verkennen, dass es fließende Übergänge geben kann, denn in Internet werden - wie zwischen den Parteien nicht streitig ist und keiner vertieften Ausführung bedarf - nicht selten auch nur provisorische Darstellungen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, die alsbald wieder verschwinden oder erst später eine definitive Festlegung erfahren. Auf der anderen Seite gibt es im Internet - wie in anderen Bereichen des Titelschutzes - auch Fälle, in denen ein bereits fertiges Werk anschließend überarbeitet wird und selbstverständlich muss - wie der Antragsteller an sich zutreffend einwendet - eine solche Überarbeitung nicht die Unfertigkeit des früheren Werkstadiums belegen, Umkehrschlüsse sind aber ebenso nicht zwingend.

(c) Jedenfalls sind deswegen, aber auch aus den oben dargestellten Gründen der Rechtssicherheit, insoweit an die hinreichend substantiierte Darlegung und gegebenenfalls - im Verfügungsverfahren - an die Glaubhaftmachung der prioritätsbestim-

menden Tatsachen strenge Anforderungen zu stellen. Diese erfüllt das Vorbringen des Antragstellers, das die Gegenseite bestritten hat, nicht:

(aa) Hinsichtlich der nach der Behauptung des Antragstellers im November 1999 ins Internet gestellten Online-Spielversion ergeben sich keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine konkrete Werkfestlegung.

Zum einen ist schon im Auftragsschreiben des Antragstellers vom 12. Oktober 1999 an Wolfgang Warmdt, der das "S....."-Spiel erstellen soll, davon die Rede, dass "erste Entwürfe" bis 15. Dezember 1999 vorliegen sollen (Anlage ASt 1), in dem Antwortschreiben des W.....vom 15. November 1999 wird dem Antragsteller mitgeteilt, er könne sich auf der Homepage des W....."schon mal eine spielbare Demo-Version ansehen" (Anlage ASt 2). In der eidesstattlichen Versicherung des W.....vom 10. Juli 2000 heißt es dazu, er - W.....- habe "schon mal eine Testversion" auf seiner Homepage für den Antragsteller erstellt (Anlage ASt 18.3).

Zum anderen ist in der eidesstattlichen Versicherung des W.....davon die Rede, dass bereits zwei bis drei Tage nach dem Schreiben vom 15. November 1999 die "spielbare Version" ins Internet (unter der dort genannten Adresse) eingespeist worden sei, sie - W.....und der Antragsteller - hätten vereinbart, die Online-Spielversion dem breiten Publikum zugänglich zu machen. Bei dieser Version habe es sich "nicht mehr um eine - unfertige - Testversion" gehandelt. Die "Vorbereitungshandlungen (Konzept, Entwicklung, Zeichnungen etc.)" seien "längst abgeschlossen" gewesen (Anlage ASt 18.3).

Hieraus ergibt sich nicht mit der notwendigen Eindeutigkeit eine definitive Ingebrauchnahme des Werktitels "S....." für ein bestimmtes Werk im nach außen gerichteten geschäftlichen Verkehr. Das Online-Spiel in der damaligen Version ist nicht vorgelegt worden, die vorgelegten Ausdrücke sind solche erst vom 14. Juni 2000 (Anlage ASt 11) bzw. vom 25. August 2000 (Anlage ASt 19; vgl. ebenso die späteren, undatierten Ausdrücke gemäß Anlagen ASt 18.2, 20).

Die Beschreibung eines Online-Spiels als "nicht mehr unfertig" sind ersichtlich vorwiegend von Wertungen bestimmt, überprüfbare Tatsachen werden insoweit nicht behauptet. Zudem ergibt sich aus der eigenen eidesstattlichen Versicherung des Antragstellers vom 14. Juni 2000, dass dieser selbst das im November 1999 auf der Homepage des W.....befindliche Spiel nur als "Demoversion" und als "Test" für

weitere Schritte angesehen hat (Anlage ASt 13.1), das steht der Annahme eines schon fertigen Online-Spiel zur damaligen Zeit entgegen.

Auch die (erste) eidesstattliche Versicherung des Kr..... vom 10. Juli 2000, eines Mitinhabers der Krefelder Firma des Antragstellers ("F.....": F.....Group), enthält hinsichtlich des Spiels und seiner Versionen keine näheren Angaben (Anlage ASt 18.1), das gilt auch für dessen (dritte) eidesstattliche Versicherung vom 14. November 2000 (Bl. 98). Die (zweite) eidesstattliche Versicherung des Kr..... vom 11. September 2000 nimmt zwar auf die damals (am 11. September 2000) aktuelle "S....."-Spielversion, wie sie auf der (der eidesstattlichen Versicherung) beigefügten CD-ROM festgelegt sei, Bezug und beschreibt einige Unterschiede zur im Internet im November 1999 spielbaren Version durch Schilderung gewisser Qualitätsverbesserungen und dem Hinweis auf die Korrektur "kleinerer Fehler" (Anlage ASt 19.1); damit wird aber weder das Online-Spiel von November 1999 hinreichend genau beschrieben, noch ausreichend greifbare Tatsachen vorgetragen, die den Schluss rechtfertigten, es sei bereits ein fertiges Online-Spiel im Sinne der oben dargestellten Rechtsprechungsgrundsätze unter der Bezeichnung "S....." vorhanden gewesen. Entsprechendes gilt für die (vierte) eidesstattliche Versicherung des Kr..... vom 15. Januar 2001, in der die Online-Spielversion vom November 1999 ohne nähere Bestimmung als "spielbare, fertige Version" bezeichnet wird (Anlage ASt 23).

(bb) Nichts anderes ergibt sich für die Zeit zwischen Dezember 1999 und Januar 2000. In diesen Zeitraum siedelt der Antragsteller zwar die Links an, der er nach seiner eidesstattlichen Versicherung vom 14. Juni 2000 auf seinen dort genannten Internetseiten als Hinweis auf das Online-Spiel auf der Homepage des W.....gesetzt habe, das er aber selbst - wie ausgeführt - als Demoversion bezeichnet (Anlage ASt 13.1). Nähere Angaben enthalten insoweit auch nicht die eidesstattlichen Versicherungen des Kr..... (Anlagen ASt 18.1, 19.1 und 23 sowie Bl. 98).

(cc) Das Vorbringen des Antragstellers zur Installation eines Online-Spiels auf seiner Internetseite unter dessen Domainnamen "www.S.....de" nach der Registrierung dieser Internet-Adresse ist für die Zeit vor dem 20. März 2000 ebenfalls nicht als ausreichend konkret dargelegt bzw. nicht hinreichend glaubhaft gemacht anzusehen.

Am 10. Februar 2000 registrierte die DENIC eG den Domainnamen "www.S.....de" für den Antragsteller (Anlage ASt 3). Hierzu hat der Antragsteller behauptet, "zugleich" (das bezieht sich offenbar auf die zuvor geschilderte Regi-

strierung des Domainnamens) habe er die Online-Spielversion auf dieser Seite errichtet (Bl. 4, vgl. ebenso die eidesstattliche Versicherung des Antragstellers vom 14. Juni 2000: Anlage ASt 13.1). Wann genau und konkrete welche Spielversion auf der Website gewesen sein soll, ist damit nicht substantiiert vorgetragen.

Aus der Zugriffsstatistik betreffend diese Website ergibt sich nichts Näheres (Anlage ASt 18), auch in der (ersten) eidesstattlichen Versicherung des Kr..... vom 10. Juli 2000 ist nur davon die Rede, dass nach "erfolgter Freischaltung am 10. Februar 2000 das Online-Spiel 'S.....' aufgespielt" worden sei, nähere Angaben zum Spiel und seinen Versionen gibt es dort nicht (Anlage ASt 18.1). Die (zweite) eidesstattliche Versicherung des Kr..... vom 11. September 2000 erwähnt die Online-Version auf der Website "www.S.....de" nicht ausdrücklich (Anlage ASt 19.1). Unzureichend ist auch die Beschreibung in der (dritten) eidesstattlichen Versicherung des Kr..... vom 15. Januar 2001; demnach sei das auf der Website "www.S.....de" angeblich seit dem 10. Februar 2000 befindliche Online-Spiel die Version, die bereits Mitte November 1999 auf den dort genannten (anderen) Internetseiten gewesen sei. Eine ausreichend konkrete Schilderung ist das nicht, diese Version bewertet - wie oben ausgeführt - Kr..... ohne nähere Bestimmung als "spielbare, fertige Version" (Anlage ASt 23).

Abgesehen von der unzureichend konkreten Schilderung des angeblich auf der Website "www.S.....de" installierten Spiels kann dem Vorbringen auch nicht mit der hinreichenden Wahrscheinlichkeit entnommen werden, dass es sich bereits damals - vor dem 20. März 2000 - um ein fertiges Online-Spiel im Sinne der oben dargestellten Rechtsprechungsgrundsätze gehandelt hätte. Die vorgetragenen Anhaltspunkte gehen eher in die gegenteilige Richtung; aus der ersten und dritten eidesstattlichen Versicherung des Kr..... ergibt sich, dass das Spiel bereits Anfang April 2000 graphisch geändert und (zunächst) von der Website genommen worden ist (Anlagen ASt 18.1 und 23).

Demgegenüber behauptet die Antragsgegnerin, ihr Mitarbeiter L..... habe im Hinblick auf ihr Spiel ("Die R.....der Su.....") in der ersten Märzwoche 2000 mittels der gängigen Internet-Suchmaschinen (YAHOO, ALTAVISTA, LYCOS, METACRAWLER und METAGER) sowie bei DENIC eG den Begriff "S....." abgefragt, unter der Adresse "www.S.....de" seien keine Inhalte - demgemäß auch kein Online-Spiel - in die Website eingestellt gewesen, laufende Nachprüfungen hätten ein unverändertes Ergebnis ergeben, erst nach dem Gespräch zwischen den Parteien am 4. April 2000 (wegen des Datums vgl. Anlagen AG 8-9) sei die Website

erstmalig mit Inhalt gefüllt und zugänglich gewesen (vgl. ebenso die eidesstattliche Versicherung des L.....vom 4. Juli 2000: Anlage AG 6). Der Antragsteller hat zwar behauptet, es sei unerklärlich, weshalb die Gegenseite das Online-Spiel auf seiner Website nicht gefunden habe, zwingend sind seine Überlegungen hierzu aber nicht (vgl. die eidesstattliche Versicherung des Antragstellers vom 10. Juli 2000: Anlage ASt 18.4).

Das wird durch die oben bereits erörterte Schilderung des Telefonats zwischen dem Antragsteller und U..... vom 30. März 2000 bestätigt, in dem der Antragsteller nicht etwa von einem bereits auf der Website "www.S.....de" vorliegenden Spiel gesprochen, sondern dem U..... nur mitgeteilt hat, er sei Inhaber der Domain "www.S.....de" und habe bei einer Programmierfirma ein ähnliches Produkt wie "Die R.....der Su....." in Auftrag gegeben, die Antragsgegnerin sei aber schneller an den Markt gekommen (vgl. Anlage AG 7). Der Antragsteller hat die Darstellung des Telefonats nicht bestritten. Es hätte aber für ihn schon nach der Lebenserfahrung selbstverständlich sein müssen, das angeblich bereits auf seiner Website befindliche Online-Spiel "S....." anzusprechen, zumal es bei jenem Telefonat um eine geplante Zusammenarbeit zwischen den Parteien und insbesondere um die Möglichkeit eines Onlineverkaufs des Spiels "Die R.....der Su....." der Antragsgegnerin auf der Website "www.S.....de" des Antragstellers ging und dann auf derselben Website ein weiteres Spiel mit ähnlichem Namen gewesen wäre.

In die gleiche Richtung geht der unstrittige Umstand, dass der Antragsteller bei seinem Gespräch mit der Antragsgegnerin am 4. April 2000 wegen einer Zusammenarbeit bzw. wegen der vergleichweisen Beilegung der Titellkollision von der Existenz eines Online-Spiels auf seiner Website "www.S.....de" nicht gesprochen hat; bei jenem Gespräch hat der Antragsteller nicht etwa die Unterlassung der Benutzung des Titels "Die R.....der Su....." verlangt, sondern es war unstrittig um die Übertragung des Domainnamens "www.S.....de" und der Verfügungsmarke gegangen (vgl. die eidesstattlichen Versicherungen des Geschäftsführers der Antragsgegnerin Dr. Ku.....und des damaligen Mitarbeiters der Antragsgegnerin P.....vom 4. Juli 2000: Anlagen AG 8-9; vgl. hierzu das inhaltlich gleichlautende Schreiben des Antragstellers vom 7. April 2000: Anlage ASt 5). Der Antragsteller hat sein Verhalten damit erklärt, er habe u. a. aus Geheimhaltungsgründen seine Position nicht offenbart. Plausibel ist diese Erklärung nicht, zwingend ohnehin nicht.

5.) Der Unterlassungsantrag ist gemäß §§ 5, 15 Abs. 2, 4 MarkenG aus dem Domainnamen "www.S.....de" als Geschäftsbezeichnung des Antragstellers nicht begründet.

Allerdings gilt der Grundsatz, dass der Kennzeichenschutz gemäß § 5 Abs. 2 MarkenG für Bezeichnungen mit originärer Unterscheidungskraft bereits mit der Aufnahme der Benutzung des Zeichens im geschäftlichen Verkehr entsteht, ohne dass es einer Verkehrsgeltung der Bezeichnung bedarf, auch im Bereich von unterscheidungskräftigen Internet-Domainnamen. Das hat zur Folge, dass diese mit der ersten Ingebrauchnahme schutzfähig sind, ohne dass es auf Verkehrsgeltung ankäme. Wie der Senat bereits entschieden hat, kann nicht davon ausgegangen werden, dass Internet-Domainnamen etwa ebenso wie Telegrammadressen (vgl. hierzu BGH GRUR 1955, 481) zu behandeln wären und jenen nur durch Verkehrsgeltung Kennzeichenschutz zukäme (OLG Hamburg NJW-RR 1999, 625; vgl. ebenso Landgericht München I GRUR 2000, 800).

Hieraus ergibt sich aber nicht, dass allein der formale Vorgang der Registrierung und Freischaltung einer Internet-Domain ein Kennzeichenschutzrecht zu begründen vermag. Unternehmenskennzeichen entstehen durch tatsächliche Handlungen, nicht durch formale Akte. So ist z. B. auch die Eintragung einer Firma ins Handelsregister für den Schutz nach § 5 MarkenG nicht von wesentlicher, sondern allenfalls indizieller Bedeutung (Ingerl/Rohnke, a. a. O., § 5 MarkenG Rz. 21).

Nichts anderes kann für die Freischaltung einer registrierten Domain gelten. So muss bei einem Domainnamen noch nicht festgelegt sein, für welche Branche dieser benutzt werden soll (vgl. OLG München, MarkenR 2000, 428), denkbar ist im Hinblick auf den vorliegenden Fall auch, dass der Inhalt einer Website nur ein Werk, z. B. ein Computerspiel enthält, so dass der betreffende Domainname auch oder sogar nur den Werktitel bezeichnet (vgl. Fezer, Markenrecht, 2. Auflage, § 3 MarkenG Rz. 312).

Demgemäß kommt es - entsprechend den allgemeinen Grundsätzen - auch im Bereich der Benutzung der Internet-Domain auf deren Umfang und Inhalt im tatsächlichen Gebrauch an. Eine leere ("weiße") Website unter einem (als solchen unterscheidungskräftigen) Domainnamen kann für sich noch kein kennzeichenrechtliches Verbotungsrecht begründen. Das wird in der bisherigen Rechtsprechung - soweit erkennbar - auch nicht vertreten. Bei dem vom Senat bereits entschiedenen Sachverhalt war die inhaltliche Benutzung der Website für bestimmte Dienstleistungen unter dem dortigen Domainnamen und damit die Benutzungsaufnahme einer Geschäfts-

bezeichnung unstreitig gegeben (OLG Hamburg, a. a. O.). Bei den vom Antragsteller herangezogenen Beispielen ging es insbesondere um die Registrierung einer Domain als rechtsverletzende Benutzungshandlung, die Frage, welche Handlungen beim Kennzeichengebrauch Rechte begründen können, ist nicht im einfachen "Umkehrschluss" - so aber der Antragsteller - zu beantworten.

Wie oben ausgeführt, ist das Vorbringen des Antragstellers zur Installation eines On-line-Spiels auf seiner Internetseite unter "www.S.....de" nach der Freischaltung bis zum 20. März 2000 nicht ausreichend konkret und nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Entsprechendes gilt für die Angaben zum Merchandise-Shop (vgl. die erste und die dritte eidesstattliche Versicherung des Kr..... - Anlage ASt 18.1 und Bl. 98), die auch sonst nur dahin gehen, es seien auf der Website Merchandisingartikel wie T-Shirts, Mousepads und Tassen zum Thema "S....." beworben und vertrieben worden (vgl. die vierte eidesstattliche Versicherung des Kr.....: Anlage ASt 23). Nähere Ausführungen dagegen fehlen, von einer Ingebrauchnahme der Geschäftsbezeichnung vor dem 20. März 2000 kann demgemäß nicht ausgegangen werden.

IV.

Nach alledem war die Berufung des Antragstellers unbegründet.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

RiOLG Rieger ist
erkrankt und kann
daher nicht unter-
schreiben.

Brüning

Spannuth

Brüning



HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT

URTEIL

IM NAMEN DES VOLKES

3 U 200/00
312 0 427/00

In dem Rechtsstreit

Verkündet am:
15. Februar 2001

B...

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle.

Antragsteller,
Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

☐

gegen

K..... GmbH,

Antragsgegnerin,
Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

☐

hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, 3. Zivilsenat, durch die Richter

Brüning, Spannuth, Rieger

nach der am 25. Januar 2001 geschlossenen mündlichen Verhandlung für Recht
erkannt:

Spa./Ba-Bu.

Die Berufung des Antragstellers gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 12, vom 11. Juli 2000 wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

und beschlossen:

Der Wert des Streitgegenstandes wird auch für das Berufungsverfahren auf 100.000,- DM festgesetzt.

Tatbestand

Der Antragsteller befasst sich mit der Veröffentlichung und Vermarktung eines Spiels mit der Bezeichnung "S.....".

Die Antragsgegnerin schaltete in der 12. Kalenderwoche (20. bis 26. März) 2000 eine Titelschutzanzeige für den Titel "Die R.....der Su....." (Anlage ASt 10) und vertreibt unter diesem Titel ein Computerspiel (vgl. Anlage ASt 12).

Der Antragsteller beanstandet die Verwendung des Titels "Die R.....der Su....." als Verletzung seiner Rechte und nimmt die Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassung in Anspruch.

Mit der Beschlussverfügung des Landgerichts vom 15. Juni 2000 ist der Antragsgegnerin unter Androhung von Ordnungsmitteln verboten worden,

im geschäftlichen Verkehr zur Kennzeichnung eines CD-ROM-Spiels die Bezeichnung "Die R.....der Su....." zu verwenden und/oder verwenden zu lassen.

Mit Urteil vom 11. Juli 2000 hat das Landgericht die einstweilige Verfügung vom 15. Juni 2000 aufgehoben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Antragstellers, der seinen Verfügungsantrag weiter verfolgt. Die Antragsgegnerin verteidigt das angefochtene Urteil.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung des Antragstellers hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht seine einstweilige Verfügung aufgehoben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückgewiesen.

I.

Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Dringlichkeit für das einstweilige Verfügungsverfahren gegeben ist.

Die in Wettbewerbsrechtsstreitigkeiten bestehende Vermutung der Eilbedürftigkeit (§ 25 UWG) gilt entsprechend der früheren Rechtsprechung zu § 16 UWG und zu § 24 WZG auch für Markenrechtsstreitigkeiten (OLG Hamburg GRUR 1999, 739; Ingerl/Rohnke, MarkenG, vor §§ 14-19 MarkenG Rz. 49 m. w. Nw.).

Die Dringlichkeitsvermutung ist nicht widerlegt. Der Antragsteller ist gegen die Antragsgegnerin nach Kenntnis des Verletzungsfalls alsbald und nicht verzögert vorgegangen.

1.) Nach dem unwiderlegt gebliebenen Vorbringen des Antragstellers hat dieser durch die Pressemitteilung der Antragsgegnerin vom 28. März 2000 erfahren, dass diese ein Computerspiel mit der Bezeichnung "Die R.....der Su....." veröffentlichen will.

2.) Anschließend ist der Antragsteller zügig gegen die Antragsgegnerin vorgegangen.

(a) Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin ist dabei nicht allein auf den Umstand abzustellen, dass die Abmahnung seitens des Antragstellers allerdings erst mit Schreiben vom 12. Mai 2000 unter Fristsetzung bis zum 2. Juni 2000 erfolgt ist (Anlage AG 1). Es kommt auf den zeitlichen Abstand von rund 6 Wochen zwischen Kenntnisaufnahme des Verletzungsfalls und der Abmahnung nicht entscheidend an, weil der Antragsteller in der Zwischenzeit nicht untätig geworden ist, sondern als Verletzter vernünftige Schritte unternommen hat, die nicht die Schlussfolgerung rechtfertigen, die Sache sei dem Antragsteller nicht eilig gewesen.

Es hatte bereits am 4. April 2000 zwischen den Parteien Verhandlungen wegen der Bezeichnungen "S....." bzw. "Die R.....der Su....." gegeben (vgl. Anlage ASt 5), die ohne eine Einigung verliefen. Mit Schreiben vom 12. April 2000 ließ die

Antragsgegnerin den Antragsteller wegen der Markenmeldung "S....." abmahnen, und zwar u. a. gestützt auf den Titel "Die R.....der Su....." (Anlage ASt 6). Es liegt auf der Hand, dass die Gegenabmahnung des Antragstellers - sie erfolgte schließlich mit Schreiben vom 12. Mai 2000 (Anlage AG 1) - einer Überprüfung der Sach- und Rechtslage erforderte und eine Vorkorrespondenz mit der Gegenseite sinnvoll erscheinen ließ (vgl. Anlagen ASt 14-16).

(b) Auch in der Zeit nach der Abmahnung vom 12. Mai 2000 ist der Antragsteller hinreichend zügig verfahren.

Diese Abmahnung ließ die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 26. Mai 2000 abschlägig beantworten (Anlage AG 2), daraufhin erneuerte der Antragsteller in einem Nachfassschreiben vom 2. Juni 2000 die Abmahnung unter Fristsetzung bis zum 7. Juni 2000 (Anlage AG 4); der Verfügungsantrag ist schließlich am 15. Juni 2000 bei Gericht eingegangen (Bl. 1).

II.

Der Antragsteller ist nicht gehindert (§ 242 BGB), gegen die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung vorzugehen.

Mangels hinreichender Glaubhaftmachung kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Antragsteller rechtsverbindlich zugesagt hätte, wegen der vorliegenden Streitigkeit dauerhaft auf das Einreichen eines Verfügungsantrages zu verzichten.

1.) Die Antragsgegnerin hat hierzu vorgetragen, nach ihrer abschlägigen Antwort vom 26. Mai 2000 (Anlage AG 2) auf die Abmahnung durch den Antragsteller habe Rechtsanwalt K.....(als Prozessbevollmächtigter der Antragsgegnerin) mit Rechtsanwältin A..... (als Prozessbevollmächtigte des Antragstellers) telefoniert, um nach einem Nachweis für den angeblichen Werktitelschutz des Antragstellers (für: "S.....") zu fragen; die Parteivertreter seien sich einig darüber gewesen, dass die Frage der Priorität (gegenüber: "Die R.....der Su.....") sich nur gerichtlich abschließend klären ließe. Rechtsanwalt K.....habe sich weiter erkundigt, ob der Antragsteller beabsichtige, hierzu eine einstweilige Verfügung zu beantragen. Rechtsanwältin A..... habe erwidert, dass sie eine einstweilige Verfügung nicht beantragen werde. Auf die Nachfrage, dass damit die Einlegung einer Schutzschrift überflüssig sei, habe Rechtsanwältin A..... anwaltlich versichert, dass sie eine einstweilige Verfügung nicht beantragen werde (Anlage AG 3).

2.) Es ist schon nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin nicht mit hinreichender Sicherheit davon auszugehen, dass der Antragsteller auf ein Vorgehen im einstweiligen Verfügungsverfahren generell und rechtsverbindlich verzichtet hätte. Maßgeblich ist insoweit allein der objektivierte Erklärungsinhalt der telefonischen Äußerungen von Rechtsanwältin A..... am 31. Mai 2000. Von einem ausdrücklich erklärten endgültigen Verzicht seitens der Rechtsanwältin A..... ist im Vortrag der Antragsgegnerin dazu nicht die Rede. Auch die eidesstattliche Versicherung des Rechtsanwalts K....., der mit Rechtsanwältin A..... jenes Telefonat geführt hatte, enthält eine solche Schilderung des Gesprächs nicht (Anlage AG 3).

3.) Zudem behauptet der Antragsteller, Rechtsanwältin A..... habe bei jenem Telefonat am 31. Mai 2000 auf die Frage von Rechtsanwalt K....., ob er die vorbereitete Schutzschrift einreichen solle, mitgeteilt, dass sie auf Grund der schwebenden Vergleichsverhandlungen einen Verfügungsantrag derzeit nicht stellen würde. In dem Abmahnschreiben vom 12. Mai 2000 sei eine Frist bis zum 2. Juni 2000 gesetzt worden (Anlage AG 1). Die Nachfrage von Rechtsanwalt K..... sei so zu verstehen gewesen, dass er hinsichtlich dieser Fristsetzung habe sicher gehen wollen, dass kein Verfügungsverfahren anhängig gemacht würde; dass Rechtsanwalt K..... die Erwiderung so aufgefasst habe, dass ein solcher Verfügungsantrag grundsätzlich ausgeschlossen sein solle, sei nicht nachvollziehbar. Die Antragsgegnerin ist im Berufungsverfahren dieser Schilderung des Telefonats nicht mehr entgegengetreten.

Die von der Antragsgegnerin behauptete "anwaltliche Versicherung" von Rechtsanwältin A....., sie werde keine einstweilige Verfügung beantragen, kann durchaus nur auf eine bestimmte Zeitspanne - hier bis zum Ende der in der Abmahnung (Anlage AG 1) gesetzten Frist - bezogen gewesen sein, ohne dass es um einen rechtsverbindlichen und endgültigen Verzicht gegangen sein muss. Damals hat es unstreitig Vergleichsbemühungen zwischen den Parteien gegeben; die Lebenserfahrung spricht eher für ein nur vorübergehendes Stillhalteabkommen ohne einen endgültigen Bindungswillen.

III.

Der Unterlassungsantrag ist auch nach Auffassung des Senats nicht begründet.

1.) Gegenstand des Unterlassungsantrages ist das Verwenden der Bezeichnung "Die R..... der Su....." zur Kennzeichnung eines CD-ROM-Spiels, d. h. die titelmäßige Verwendung dieser Bezeichnung hierfür.

2.) Der Unterlassungsantrag ist gemäß §§ 3, 4 Nr. 1, 14 Abs. 2-5 MarkenG aus der Wortmarke S..... (Verfügungsmarke; Anlage ASt 4) nicht begründet.

Der Antragsteller hat zwar die Verfügungsmarke am 30. 3. 2000 angemeldet (wegen der Klassen: Bl. 4), eine Eintragung der Marke ist aber unstrittig noch nicht erfolgt. Außerdem hätte die Antragsgegnerin insoweit eine bessere Priorität vom 20. März 2000, und zwar - wie unter 3) ausgeführt wird - im Hinblick auf den angegriffenen Werktitel "Die R.....der Su....." für ihr Computerspiel.

3.) Der Unterlassungsantrag ist gemäß §§ 5, 15 Abs. 2, 4 MarkenG aus dem Werktitel "S....." für die Kaufversion des so bezeichneten Computerspiels des Antragstellers ebenfalls nicht begründet.

(a) Wie der Antragsteller nicht verkennt, hat die Antragsgegnerin hinsichtlich des beanstandeten Werktitels "Die R.....der Su....." die Priorität vom 20. März 2000.

Die Antragsgegnerin hat - wie ausgeführt - bereits in der 12. Kalenderwoche (20. bis 26. März) 2000 eine Titelschutzanzeige für den Titel "Die R.....der Su....." geschaltet (Anlage ASt 10 = AG 5). Sie vertreibt unstrittig unter diesem Titel ein Computerspiel (CD-ROM-Spiel; vgl. Anlage ASt 12), das am 28. März 2000 in Zusammenarbeit mit dem Fernsehsender RTL veröffentlicht worden ist (Anlage AG 6).

Für die Begründung ihres Titelschutzrechts ist maßgeblich auf die Veröffentlichung der Titelschutzanzeige und demgemäß auf den 20. März 2000 abzustellen. Die Titelschutzanzeige verlegt den Titelschutz vor, vorausgesetzt das Werk erscheint innerhalb angemessener Frist unter dem Titel (BGH GRUR 1989, 760 - Titelschutzanzeige); das ist vorliegend für das Spiel "Die R.....der Su....." der Fall.

(b) Der Antragsteller hat aus dem Werktitel "S....." für die Kaufversion seines Computerspiels gegenüber der angegriffenen Bezeichnung kein älteres Recht.

Der Schutz eines Werktitels entsteht durch Benutzungsaufnahme, sofern - wovon hier bei der Bezeichnung "S....." für ein Computerspiel ausgegangen werden kann - die notwendige originäre Kennzeichnungskraft des Titels vorliegt. Eine Benutzung des Titels "S....." für die Kaufversion vor dem 20. März 2000 ist nicht gegeben.

Der Antragsteller selbst hat in der Antragsschrift vortragen lassen, er stehe "nunmehr kurz vor der Vollendung seines CD-ROM-Spiels" (Schriftsatz vom 14. Juni 2000: Bl. 4; vgl. ebenso seine eigene eidesstattliche Versicherung vom 14. Juni 2000: Anlage ASt

13.1). Im Schriftsatz vom 10. Juli 2000 hat er vortragen lassen, das "kaufbare CD-ROM-Spiel" werde in "ca. 10 bis 14 Tagen" erscheinen (Bl. 41, 42; vgl. ebenso die eidesstattliche Versicherung des mit der Erstellung des Spiels beauftragten W.....vom 10. Juli 2000: Anlage ASt 18.3).

Eine vorverlegte Entstehung des Titelschutzes betreffend die Kaufversion des Computerspiels "S....." kommt vorliegend nicht in Betracht, jedenfalls nicht mit der Folge einer gegenüber der Antragsgegnerin besseren Priorität vor dem 20. März 2000. Der Antragsteller hat keine Titelschutzanzeige geschaltet, es sind auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass es sonstige zeitnahe Maßnahmen gegeben hätte, die das Entstehen des Titelschutzes insoweit vorverlegen könnten.

Hierfür käme bei einem Computerprogramm insbesondere eine der Auslieferung des fertigen Produkts unmittelbar vorausgehende öffentliche (werbende) Ankündigung in Betracht, allerdings wären an sie wegen der Rechtssicherheit und wegen der möglichen Schaltung einer Titelschutzanzeige strenge Anforderungen zu stellen (BGH GRUR 1997, 902 - FTOS, GRUR 1998, 1010 - WINCAD). Dem ist die hier in Rede stehende Spielversion, die der Antragsteller nach seinem Vorbringen zuvor im November 1999 unter "S....." ins Internet als Online-Spiel gestellt hat (Anlage ASt 23), und die Einrichtung der Internet-Domain "www.S.....de" am 10. Februar 2000 (Anlage ASt 3) nicht gleichzusetzen:

Zum einen befand sich in jenen Zeiten nach dem eigenen Vorbringen des Antragstellers die Kaufversion des Spiels noch in der Entwicklung, die Kaufversion war noch im Juni 2000 nicht endgültig fertig und demgemäß noch nicht festgelegt (vgl. Anlage ASt 13.1). Das wird im übrigen durch die Schilderung eines Telefonats zwischen dem Antragsteller und U....., einem Mitarbeiter der Antragsgegnerin, vom 30. März 2000 bestätigt, in dem der Antragsteller nicht etwa von einem bereits fertigen Spiel gesprochen hat, sondern dem U..... mitgeteilt hat, er hätte bei einer Programmierfirma ein ähnliches Produkt wie "Die R.....der Su....." in Auftrag gegeben, die Antragsgegnerin sei aber schneller an den Markt gekommen (vgl. die eidesstattliche Versicherung des U..... vom 3. Juli 2000: Anlage AG 7). Zum anderen wären solche bloßen Werbemaßnahmen weit vorgelagert und ohne hinreichend konkreten Bezug auf das als Kaufversion noch nicht fertige Computerspiel keine öffentlichen, einer Titelschutzanzeige entsprechenden Werbeankündigungen.

4.) Der Unterlassungsantrag ist gemäß §§ 5, 15 Abs. 2, 4 MarkenG aus dem Werktitel "S....." für ein Online-Computerspiel des Antragstellers ebenfalls nicht begründet.

(a) Für Online-Computerspiele, die vom Hersteller kostenlos zur Benutzung ins Internet gestellt werden, kommt - wie bei anderen Werktiteln auch - ein Titelschutzrecht in Betracht. Grundsätzlich richtet sich die Entstehung eines solchen Schutzrechts nach den allgemein für besondere Kennzeichnungen gültigen Regeln, nach denen die Aufnahme der Benutzung eines unterscheidungskräftigen Titels für ein bestimmtes Werk im nach außen gerichteten geschäftlichen Verkehr erforderlich ist (BGH a. a. O. - Titelschutzanzeige). Für Online-Computerspiele im Internet gilt grundsätzlich nichts anderes.

Wird im Entwicklungsstadium der Kaufversion eines Spiels - wie vorliegend der Antragsteller für sein "S....."-Spiel behauptet - bereits eine Onlineversion ins Internet gestellt, so muss darin nicht nur eine Vorbereitungsmaßnahme für die Kaufversion gesehen werden. Eine solche verkürzte Betrachtungsweise würde dem Umstand nicht gerecht werden, dass ein Online-Computerspiel durchaus ein fertiges, eigenständiges Werk verkörpern kann und ihm seine Eigenständigkeit nicht etwa deswegen abzusprechen ist, weil es daneben bzw. später eine (andere) Version auf CD-ROM zu kaufen gibt.

Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin nichts anderes zu entnehmen:

In der Entscheidung "FTOS" (BGH a. a. O.) ging es um die Priorität eines Titels für ein Computerprogramm, das unter der Kennzeichnung "FTOS" zum Piloteinsatz freigegeben worden war und bei einem Kunden versuchsweise verwendet wurde. Zutreffend hat der Bundesgerichtshof einen solchen Pilotbetrieb nicht schon als titelschutzbegründende Benutzung, sondern als regelmäßig noch zur Herstellungsphase gehörend bewertet, weil die Erprobung des Programms bei einem Kunden im Echtbetrieb dazu gedient habe, nicht erkannte Fehler noch rechtzeitig vor der endgültigen Markteinführung beseitigen zu können. Mit den vorliegend in Rede stehenden zwei "S....."-Spielversionen (die eine Online im Internet, die andere als CD-ROM) ist jene Fallgestaltung nicht vergleichbar, auch wenn die Erfahrungen mit der Onlineversion für die Kaufversion des Spiels genutzt werden können und nach der Darstellung des Antragstellers auch einbezogen worden sind.

In der Entscheidung "WINCAD" (BGH a. a. O.) hat der Bundesgerichtshof zutreffend ausgeführt, die schutzbegründende Ingebrauchnahme eines Werktitels liege regelmäßig erst dann vor, wenn das betreffende Werk unter seinem Titel existent sei, hierfür sei der Vertrieb des fertigen, mit der fraglichen Bezeichnung versehenen Produkts erforderlich. Im dortigen Fall war das Computerprogramm aber nicht gleich unter dem für die Priorität maßgeblichen Titel erschienen, sondern erst in einer fremdsprachigen Programmversion unter einer anderen Bezeichnung und mit begleitenden Werbemaßnahmen für das spätere Computerprogramm. Auch dieser Sachverhalt weicht wesentlich vom vorliegenden ab, denn für die Onlineversion des Spiels des Antragstellers steht kein von der Bezeichnung "S....." abweichender Titel in Rede.

(b) Nach den oben dargestellten Rechtsprechungsgrundsätzen kommt demgemäß ein Titelschutz für ein Online-Computerspiel auch dann in Betracht, wenn es ein solches Spiel später in einer Kaufversion gibt. Das setzt aber, wie bei allen anderen Werktiteln auch, voraus, dass es sich bei dem Online-Spiel um ein - jedenfalls für sich gesehen - fertiges Werk handelt.

Wie oben ausgeführt, ist für die Schutzbegründung die Titelbenutzung für ein bestimmtes Werk im nach außen gerichteten geschäftlichen Verkehr erforderlich. Wird ein Online-Computerspiel ins Internet gestellt, so kann es je nach seiner Darstellung gegenüber dem Publikum und nach seinem werksubstanzlichen Gehalt noch im Stadium des unverbindlichen und bloß vorübergehenden Experiments anzusiedeln sein oder sich schon um ein fertiges Spiel handeln.

Hierbei ist nicht zu verkennen, dass es fließende Übergänge geben kann, denn in Internet werden - wie zwischen den Parteien nicht streitig ist und keiner vertieften Ausführung bedarf - nicht selten auch nur provisorische Darstellungen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, die alsbald wieder verschwinden oder erst später eine definitive Festlegung erfahren. Auf der anderen Seite gibt es im Internet - wie in anderen Bereichen des Titelschutzes - auch Fälle, in denen ein bereits fertiges Werk anschließend überarbeitet wird und selbstverständlich muss - wie der Antragsteller an sich zutreffend einwendet - eine solche Überarbeitung nicht die Unfertigkeit des früheren Werkstadiums belegen, Umkehrschlüsse sind aber ebenso nicht zwingend.

(c) Jedenfalls sind deswegen, aber auch aus den oben dargestellten Gründen der Rechtssicherheit, insoweit an die hinreichend substantiierte Darlegung und gegebenenfalls - im Verfügungsverfahren - an die Glaubhaftmachung der prioritätsbestim-

menden Tatsachen strenge Anforderungen zu stellen. Diese erfüllt das Vorbringen des Antragstellers, das die Gegenseite bestritten hat, nicht:

(aa) Hinsichtlich der nach der Behauptung des Antragstellers im November 1999 ins Internet gestellten Online-Spielversion ergeben sich keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine konkrete Werkfestlegung.

Zum einen ist schon im Auftragsschreiben des Antragstellers vom 12. Oktober 1999 an Wolfgang Warmdt, der das "S....."-Spiel erstellen soll, davon die Rede, dass "erste Entwürfe" bis 15. Dezember 1999 vorliegen sollen (Anlage ASt 1), in dem Antwortschreiben des W.....vom 15. November 1999 wird dem Antragsteller mitgeteilt, er könne sich auf der Homepage des W....."schon mal eine spielbare Demo-Version ansehen" (Anlage ASt 2). In der eidesstattlichen Versicherung des W.....vom 10. Juli 2000 heißt es dazu, er - W.....- habe "schon mal eine Testversion" auf seiner Homepage für den Antragsteller erstellt (Anlage ASt 18.3).

Zum anderen ist in der eidesstattlichen Versicherung des W.....davon die Rede, dass bereits zwei bis drei Tage nach dem Schreiben vom 15. November 1999 die "spielbare Version" ins Internet (unter der dort genannten Adresse) eingespeist worden sei, sie - W.....und der Antragsteller - hätten vereinbart, die Online-Spielversion dem breiten Publikum zugänglich zu machen. Bei dieser Version habe es sich "nicht mehr um eine - unfertige - Testversion" gehandelt. Die "Vorbereitungshandlungen (Konzept, Entwicklung, Zeichnungen etc.)" seien "längst abgeschlossen" gewesen (Anlage ASt 18.3).

Hieraus ergibt sich nicht mit der notwendigen Eindeutigkeit eine definitive Ingebrauchnahme des Werktitels "S....." für ein bestimmtes Werk im nach außen gerichteten geschäftlichen Verkehr. Das Online-Spiel in der damaligen Version ist nicht vorgelegt worden, die vorgelegten Ausdrücke sind solche erst vom 14. Juni 2000 (Anlage ASt 11) bzw. vom 25. August 2000 (Anlage ASt 19; vgl. ebenso die späteren, undatierten Ausdrücke gemäß Anlagen ASt 18.2, 20).

Die Beschreibung eines Online-Spiels als "nicht mehr unfertig" sind ersichtlich vorwiegend von Wertungen bestimmt, überprüfbare Tatsachen werden insoweit nicht behauptet. Zudem ergibt sich aus der eigenen eidesstattlichen Versicherung des Antragstellers vom 14. Juni 2000, dass dieser selbst das im November 1999 auf der Homepage des W.....befindliche Spiel nur als "Demoversion" und als "Test" für

weitere Schritte angesehen hat (Anlage ASt 13.1), das steht der Annahme eines schon fertigen Online-Spiel zur damaligen Zeit entgegen.

Auch die (erste) eidesstattliche Versicherung des Kr..... vom 10. Juli 2000, eines Mitinhabers der Krefelder Firma des Antragstellers ("F.....": F.....Group), enthält hinsichtlich des Spiels und seiner Versionen keine näheren Angaben (Anlage ASt 18.1), das gilt auch für dessen (dritte) eidesstattliche Versicherung vom 14. November 2000 (Bl. 98). Die (zweite) eidesstattliche Versicherung des Kr..... vom 11. September 2000 nimmt zwar auf die damals (am 11. September 2000) aktuelle "S....."-Spielversion, wie sie auf der (der eidesstattlichen Versicherung) beigefügten CD-ROM festgelegt sei, Bezug und beschreibt einige Unterschiede zur im Internet im November 1999 spielbaren Version durch Schilderung gewisser Qualitätsverbesserungen und dem Hinweis auf die Korrektur "kleinerer Fehler" (Anlage ASt 19.1); damit wird aber weder das Online-Spiel von November 1999 hinreichend genau beschrieben, noch ausreichend greifbare Tatsachen vorgetragen, die den Schluss rechtfertigten, es sei bereits ein fertiges Online-Spiel im Sinne der oben dargestellten Rechtsprechungsgrundsätze unter der Bezeichnung "S....." vorhanden gewesen. Entsprechendes gilt für die (vierte) eidesstattliche Versicherung des Kr..... vom 15. Januar 2001, in der die Online-Spielversion vom November 1999 ohne nähere Bestimmung als "spielbare, fertige Version" bezeichnet wird (Anlage ASt 23).

(bb) Nichts anderes ergibt sich für die Zeit zwischen Dezember 1999 und Januar 2000. In diesen Zeitraum siedelt der Antragsteller zwar die Links an, der er nach seiner eidesstattlichen Versicherung vom 14. Juni 2000 auf seinen dort genannten Internetseiten als Hinweis auf das Online-Spiel auf der Homepage des W.....gesetzt habe, das er aber selbst - wie ausgeführt - als Demoversion bezeichnet (Anlage ASt 13.1). Nähere Angaben enthalten insoweit auch nicht die eidesstattlichen Versicherungen des Kr..... (Anlagen ASt 18.1, 19.1 und 23 sowie Bl. 98).

(cc) Das Vorbringen des Antragstellers zur Installation eines Online-Spiels auf seiner Internetseite unter dessen Domainnamen "www.S.....de" nach der Registrierung dieser Internet-Adresse ist für die Zeit vor dem 20. März 2000 ebenfalls nicht als ausreichend konkret dargelegt bzw. nicht hinreichend glaubhaft gemacht anzusehen.

Am 10. Februar 2000 registrierte die DENIC eG den Domainnamen "www.S.....de" für den Antragsteller (Anlage ASt 3). Hierzu hat der Antragsteller behauptet, "zugleich" (das bezieht sich offenbar auf die zuvor geschilderte Regi-

strierung des Domainnamens) habe er die Online-Spielversion auf dieser Seite errichtet (Bl. 4, vgl. ebenso die eidesstattliche Versicherung des Antragstellers vom 14. Juni 2000: Anlage ASt 13.1). Wann genau und konkrete welche Spielversion auf der Website gewesen sein soll, ist damit nicht substantiiert vorgetragen.

Aus der Zugriffsstatistik betreffend diese Website ergibt sich nichts Näheres (Anlage ASt 18), auch in der (ersten) eidesstattlichen Versicherung des Kr..... vom 10. Juli 2000 ist nur davon die Rede, dass nach "erfolgter Freischaltung am 10. Februar 2000 das Online-Spiel 'S.....' aufgespielt" worden sei, nähere Angaben zum Spiel und seinen Versionen gibt es dort nicht (Anlage ASt 18.1). Die (zweite) eidesstattliche Versicherung des Kr..... vom 11. September 2000 erwähnt die Online-Version auf der Website "www.S.....de" nicht ausdrücklich (Anlage ASt 19.1). Unzureichend ist auch die Beschreibung in der (dritten) eidesstattlichen Versicherung des Kr..... vom 15. Januar 2001; demnach sei das auf der Website "www.S.....de" angeblich seit dem 10. Februar 2000 befindliche Online-Spiel die Version, die bereits Mitte November 1999 auf den dort genannten (anderen) Internetseiten gewesen sei. Eine ausreichend konkrete Schilderung ist das nicht, diese Version bewertet - wie oben ausgeführt - Kr..... ohne nähere Bestimmung als "spielbare, fertige Version" (Anlage ASt 23).

Abgesehen von der unzureichend konkreten Schilderung des angeblich auf der Website "www.S.....de" installierten Spiels kann dem Vorbringen auch nicht mit der hinreichenden Wahrscheinlichkeit entnommen werden, dass es sich bereits damals - vor dem 20. März 2000 - um ein fertiges Online-Spiel im Sinne der oben dargestellten Rechtsprechungsgrundsätze gehandelt hätte. Die vorgetragenen Anhaltspunkte gehen eher in die gegenteilige Richtung; aus der ersten und dritten eidesstattlichen Versicherung des Kr..... ergibt sich, dass das Spiel bereits Anfang April 2000 graphisch geändert und (zunächst) von der Website genommen worden ist (Anlagen ASt 18.1 und 23).

Demgegenüber behauptet die Antragsgegnerin, ihr Mitarbeiter L..... habe im Hinblick auf ihr Spiel ("Die R.....der Su.....") in der ersten Märzwoche 2000 mittels der gängigen Internet-Suchmaschinen (YAHOO, ALTAVISTA, LYCOS, METACRAWLER und METAGER) sowie bei DENIC eG den Begriff "S....." abgefragt, unter der Adresse "www.S.....de" seien keine Inhalte - demgemäß auch kein Online-Spiel - in die Website eingestellt gewesen, laufende Nachprüfungen hätten ein unverändertes Ergebnis ergeben, erst nach dem Gespräch zwischen den Parteien am 4. April 2000 (wegen des Datums vgl. Anlagen AG 8-9) sei die Website

erstmalig mit Inhalt gefüllt und zugänglich gewesen (vgl. ebenso die eidesstattliche Versicherung des L.....vom 4. Juli 2000: Anlage AG 6). Der Antragsteller hat zwar behauptet, es sei unerklärlich, weshalb die Gegenseite das Online-Spiel auf seiner Website nicht gefunden habe, zwingend sind seine Überlegungen hierzu aber nicht (vgl. die eidesstattliche Versicherung des Antragstellers vom 10. Juli 2000: Anlage ASt 18.4).

Das wird durch die oben bereits erörterte Schilderung des Telefonats zwischen dem Antragsteller und U..... vom 30. März 2000 bestätigt, in dem der Antragsteller nicht etwa von einem bereits auf der Website "www.S.....de" vorliegenden Spiel gesprochen, sondern dem U..... nur mitgeteilt hat, er sei Inhaber der Domain "www.S.....de" und habe bei einer Programmierfirma ein ähnliches Produkt wie "Die R.....der Su....." in Auftrag gegeben, die Antragsgegnerin sei aber schneller an den Markt gekommen (vgl. Anlage AG 7). Der Antragsteller hat die Darstellung des Telefonats nicht bestritten. Es hätte aber für ihn schon nach der Lebenserfahrung selbstverständlich sein müssen, das angeblich bereits auf seiner Website befindliche Online-Spiel "S....." anzusprechen, zumal es bei jenem Telefonat um eine geplante Zusammenarbeit zwischen den Parteien und insbesondere um die Möglichkeit eines Onlineverkaufs des Spiels "Die R.....der Su....." der Antragsgegnerin auf der Website "www.S.....de" des Antragstellers ging und dann auf derselben Website ein weiteres Spiel mit ähnlichem Namen gewesen wäre.

In die gleiche Richtung geht der unstrittige Umstand, dass der Antragsteller bei seinem Gespräch mit der Antragsgegnerin am 4. April 2000 wegen einer Zusammenarbeit bzw. wegen der vergleichweisen Beilegung der Titellkollision von der Existenz eines Online-Spiels auf seiner Website "www.S.....de" nicht gesprochen hat; bei jenem Gespräch hat der Antragsteller nicht etwa die Unterlassung der Benutzung des Titels "Die R.....der Su....." verlangt, sondern es war unstrittig um die Übertragung des Domainnamens "www.S.....de" und der Verfügungsmarke gegangen (vgl. die eidesstattlichen Versicherungen des Geschäftsführers der Antragsgegnerin Dr. Ku.....und des damaligen Mitarbeiters der Antragsgegnerin P.....vom 4. Juli 2000: Anlagen AG 8-9; vgl. hierzu das inhaltlich gleichlautende Schreiben des Antragstellers vom 7. April 2000: Anlage ASt 5). Der Antragsteller hat sein Verhalten damit erklärt, er habe u. a. aus Geheimhaltungsgründen seine Position nicht offenbart. Plausibel ist diese Erklärung nicht, zwingend ohnehin nicht.

5.) Der Unterlassungsantrag ist gemäß §§ 5, 15 Abs. 2, 4 MarkenG aus dem Domainnamen "www.S.....de" als Geschäftsbezeichnung des Antragstellers nicht begründet.

Allerdings gilt der Grundsatz, dass der Kennzeichenschutz gemäß § 5 Abs. 2 MarkenG für Bezeichnungen mit originärer Unterscheidungskraft bereits mit der Aufnahme der Benutzung des Zeichens im geschäftlichen Verkehr entsteht, ohne dass es einer Verkehrsgeltung der Bezeichnung bedarf, auch im Bereich von unterscheidungskräftigen Internet-Domainnamen. Das hat zur Folge, dass diese mit der ersten Ingebrauchnahme schutzfähig sind, ohne dass es auf Verkehrsgeltung ankäme. Wie der Senat bereits entschieden hat, kann nicht davon ausgegangen werden, dass Internet-Domainnamen etwa ebenso wie Telegrammadressen (vgl. hierzu BGH GRUR 1955, 481) zu behandeln wären und jenen nur durch Verkehrsgeltung Kennzeichenschutz zukäme (OLG Hamburg NJW-RR 1999, 625; vgl. ebenso Landgericht München I GRUR 2000, 800).

Hieraus ergibt sich aber nicht, dass allein der formale Vorgang der Registrierung und Freischaltung einer Internet-Domain ein Kennzeichenschutzrecht zu begründen vermag. Unternehmenskennzeichen entstehen durch tatsächliche Handlungen, nicht durch formale Akte. So ist z. B. auch die Eintragung einer Firma ins Handelsregister für den Schutz nach § 5 MarkenG nicht von wesentlicher, sondern allenfalls indizieller Bedeutung (Ingerl/Rohnke, a. a. O., § 5 MarkenG Rz. 21).

Nichts anderes kann für die Freischaltung einer registrierten Domain gelten. So muss bei einem Domainnamen noch nicht festgelegt sein, für welche Branche dieser benutzt werden soll (vgl. OLG München, MarkenR 2000, 428), denkbar ist im Hinblick auf den vorliegenden Fall auch, dass der Inhalt einer Website nur ein Werk, z. B. ein Computerspiel enthält, so dass der betreffende Domainname auch oder sogar nur den Werktitel bezeichnet (vgl. Fezer, Markenrecht, 2. Auflage, § 3 MarkenG Rz. 312).

Demgemäß kommt es - entsprechend den allgemeinen Grundsätzen - auch im Bereich der Benutzung der Internet-Domain auf deren Umfang und Inhalt im tatsächlichen Gebrauch an. Eine leere ("weiße") Website unter einem (als solchen unterscheidungskräftigen) Domainnamen kann für sich noch kein kennzeichenrechtliches Verbotungsrecht begründen. Das wird in der bisherigen Rechtsprechung - soweit erkennbar - auch nicht vertreten. Bei dem vom Senat bereits entschiedenen Sachverhalt war die inhaltliche Benutzung der Website für bestimmte Dienstleistungen unter dem dortigen Domainnamen und damit die Benutzungsaufnahme einer Geschäfts-

bezeichnung unstreitig gegeben (OLG Hamburg, a. a. O.). Bei den vom Antragsteller herangezogenen Beispielen ging es insbesondere um die Registrierung einer Domain als rechtsverletzende Benutzungshandlung, die Frage, welche Handlungen beim Kennzeichengebrauch Rechte begründen können, ist nicht im einfachen "Umkehrschluss" - so aber der Antragsteller - zu beantworten.

Wie oben ausgeführt, ist das Vorbringen des Antragstellers zur Installation eines On-line-Spiels auf seiner Internetseite unter "www.S.....de" nach der Freischaltung bis zum 20. März 2000 nicht ausreichend konkret und nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Entsprechendes gilt für die Angaben zum Merchandise-Shop (vgl. die erste und die dritte eidesstattliche Versicherung des Kr..... - Anlage ASt 18.1 und Bl. 98), die auch sonst nur dahin gehen, es seien auf der Website Merchandisingartikel wie T-Shirts, Mousepads und Tassen zum Thema "S....." beworben und vertrieben worden (vgl. die vierte eidesstattliche Versicherung des Kr.....: Anlage ASt 23). Nähere Ausführungen dagegen fehlen, von einer Ingebrauchnahme der Geschäftsbezeichnung vor dem 20. März 2000 kann demgemäß nicht ausgegangen werden.

IV.

Nach alledem war die Berufung des Antragstellers unbegründet.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

RiOLG Rieger ist
erkrankt und kann
daher nicht unter-
schreiben.

Brüning

Spannuth

Brüning



HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT

URTEIL

IM NAMEN DES VOLKES

3 U 200/00
312 0 427/00

In dem Rechtsstreit

Verkündet am:
15. Februar 2001

B...

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle.

Antragsteller,
Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

☐

gegen

K..... GmbH,

Antragsgegnerin,
Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

☐

hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, 3. Zivilsenat, durch die Richter

Brüning, Spannuth, Rieger

nach der am 25. Januar 2001 geschlossenen mündlichen Verhandlung für Recht
erkannt:

Spa./Ba-Bu.

Die Berufung des Antragstellers gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 12, vom 11. Juli 2000 wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

und beschlossen:

Der Wert des Streitgegenstandes wird auch für das Berufungsverfahren auf 100.000,- DM festgesetzt.

Tatbestand

Der Antragsteller befasst sich mit der Veröffentlichung und Vermarktung eines Spiels mit der Bezeichnung "S.....".

Die Antragsgegnerin schaltete in der 12. Kalenderwoche (20. bis 26. März) 2000 eine Titelschutzanzeige für den Titel "Die R.....der Su....." (Anlage ASt 10) und vertreibt unter diesem Titel ein Computerspiel (vgl. Anlage ASt 12).

Der Antragsteller beanstandet die Verwendung des Titels "Die R.....der Su....." als Verletzung seiner Rechte und nimmt die Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassung in Anspruch.

Mit der Beschlussverfügung des Landgerichts vom 15. Juni 2000 ist der Antragsgegnerin unter Androhung von Ordnungsmitteln verboten worden,

im geschäftlichen Verkehr zur Kennzeichnung eines CD-ROM-Spiels die Bezeichnung "Die R.....der Su....." zu verwenden und/oder verwenden zu lassen.

Mit Urteil vom 11. Juli 2000 hat das Landgericht die einstweilige Verfügung vom 15. Juni 2000 aufgehoben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Antragstellers, der seinen Verfügungsantrag weiter verfolgt. Die Antragsgegnerin verteidigt das angefochtene Urteil.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung des Antragstellers hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht seine einstweilige Verfügung aufgehoben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückgewiesen.

I.

Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Dringlichkeit für das einstweilige Verfügungsverfahren gegeben ist.

Die in Wettbewerbsrechtsstreitigkeiten bestehende Vermutung der Eilbedürftigkeit (§ 25 UWG) gilt entsprechend der früheren Rechtsprechung zu § 16 UWG und zu § 24 WZG auch für Markenrechtsstreitigkeiten (OLG Hamburg GRUR 1999, 739; Ingerl/Rohnke, MarkenG, vor §§ 14-19 MarkenG Rz. 49 m. w. Nw.).

Die Dringlichkeitsvermutung ist nicht widerlegt. Der Antragsteller ist gegen die Antragsgegnerin nach Kenntnis des Verletzungsfalls alsbald und nicht verzögert vorgegangen.

1.) Nach dem unwiderlegt gebliebenen Vorbringen des Antragstellers hat dieser durch die Pressemitteilung der Antragsgegnerin vom 28. März 2000 erfahren, dass diese ein Computerspiel mit der Bezeichnung "Die R.....der Su....." veröffentlichen will.

2.) Anschließend ist der Antragsteller zügig gegen die Antragsgegnerin vorgegangen.

(a) Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin ist dabei nicht allein auf den Umstand abzustellen, dass die Abmahnung seitens des Antragstellers allerdings erst mit Schreiben vom 12. Mai 2000 unter Fristsetzung bis zum 2. Juni 2000 erfolgt ist (Anlage AG 1). Es kommt auf den zeitlichen Abstand von rund 6 Wochen zwischen Kenntnissnahme des Verletzungsfalls und der Abmahnung nicht entscheidend an, weil der Antragsteller in der Zwischenzeit nicht untätig geworden ist, sondern als Verletzter vernünftige Schritte unternommen hat, die nicht die Schlussfolgerung rechtfertigen, die Sache sei dem Antragsteller nicht eilig gewesen.

Es hatte bereits am 4. April 2000 zwischen den Parteien Verhandlungen wegen der Bezeichnungen "S....." bzw. "Die R.....der Su....." gegeben (vgl. Anlage ASt 5), die ohne eine Einigung verliefen. Mit Schreiben vom 12. April 2000 ließ die

Antragsgegnerin den Antragsteller wegen der Markenmeldung "S....." abmahnen, und zwar u. a. gestützt auf den Titel "Die R.....der Su....." (Anlage ASt 6). Es liegt auf der Hand, dass die Gegenabmahnung des Antragstellers - sie erfolgte schließlich mit Schreiben vom 12. Mai 2000 (Anlage AG 1) - einer Überprüfung der Sach- und Rechtslage erforderte und eine Vorkorrespondenz mit der Gegenseite sinnvoll erscheinen ließ (vgl. Anlagen ASt 14-16).

(b) Auch in der Zeit nach der Abmahnung vom 12. Mai 2000 ist der Antragsteller hinreichend zügig verfahren.

Diese Abmahnung ließ die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 26. Mai 2000 abschlägig beantworten (Anlage AG 2), daraufhin erneuerte der Antragsteller in einem Nachfassschreiben vom 2. Juni 2000 die Abmahnung unter Fristsetzung bis zum 7. Juni 2000 (Anlage AG 4); der Verfügungsantrag ist schließlich am 15. Juni 2000 bei Gericht eingegangen (Bl. 1).

II.

Der Antragsteller ist nicht gehindert (§ 242 BGB), gegen die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung vorzugehen.

Mangels hinreichender Glaubhaftmachung kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Antragsteller rechtsverbindlich zugesagt hätte, wegen der vorliegenden Streitigkeit dauerhaft auf das Einreichen eines Verfügungsantrages zu verzichten.

1.) Die Antragsgegnerin hat hierzu vorgetragen, nach ihrer abschlägigen Antwort vom 26. Mai 2000 (Anlage AG 2) auf die Abmahnung durch den Antragsteller habe Rechtsanwalt K.....(als Prozessbevollmächtigter der Antragsgegnerin) mit Rechtsanwältin A..... (als Prozessbevollmächtigte des Antragstellers) telefoniert, um nach einem Nachweis für den angeblichen Werktitelschutz des Antragstellers (für: "S.....") zu fragen; die Parteivertreter seien sich einig darüber gewesen, dass die Frage der Priorität (gegenüber: "Die R.....der Su.....") sich nur gerichtlich abschließend klären ließe. Rechtsanwalt K.....habe sich weiter erkundigt, ob der Antragsteller beabsichtige, hierzu eine einstweilige Verfügung zu beantragen. Rechtsanwältin A..... habe erwidert, dass sie eine einstweilige Verfügung nicht beantragen werde. Auf die Nachfrage, dass damit die Einlegung einer Schutzschrift überflüssig sei, habe Rechtsanwältin A..... anwaltlich versichert, dass sie eine einstweilige Verfügung nicht beantragen werde (Anlage AG 3).

2.) Es ist schon nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin nicht mit hinreichender Sicherheit davon auszugehen, dass der Antragsteller auf ein Vorgehen im einstweiligen Verfügungsverfahren generell und rechtsverbindlich verzichtet hätte. Maßgeblich ist insoweit allein der objektivierte Erklärungsinhalt der telefonischen Äußerungen von Rechtsanwältin A..... am 31. Mai 2000. Von einem ausdrücklich erklärten endgültigen Verzicht seitens der Rechtsanwältin A..... ist im Vortrag der Antragsgegnerin dazu nicht die Rede. Auch die eidesstattliche Versicherung des Rechtsanwalts K....., der mit Rechtsanwältin A..... jenes Telefonat geführt hatte, enthält eine solche Schilderung des Gesprächs nicht (Anlage AG 3).

3.) Zudem behauptet der Antragsteller, Rechtsanwältin A..... habe bei jenem Telefonat am 31. Mai 2000 auf die Frage von Rechtsanwalt K....., ob er die vorbereitete Schutzschrift einreichen solle, mitgeteilt, dass sie auf Grund der schwebenden Vergleichsverhandlungen einen Verfügungsantrag derzeit nicht stellen würde. In dem Abmahnschreiben vom 12. Mai 2000 sei eine Frist bis zum 2. Juni 2000 gesetzt worden (Anlage AG 1). Die Nachfrage von Rechtsanwalt K..... sei so zu verstehen gewesen, dass er hinsichtlich dieser Fristsetzung habe sicher gehen wollen, dass kein Verfügungsverfahren anhängig gemacht würde; dass Rechtsanwalt K..... die Erwiderung so aufgefasst habe, dass ein solcher Verfügungsantrag grundsätzlich ausgeschlossen sein solle, sei nicht nachvollziehbar. Die Antragsgegnerin ist im Berufungsverfahren dieser Schilderung des Telefonats nicht mehr entgegengetreten.

Die von der Antragsgegnerin behauptete "anwaltliche Versicherung" von Rechtsanwältin A....., sie werde keine einstweilige Verfügung beantragen, kann durchaus nur auf eine bestimmte Zeitspanne - hier bis zum Ende der in der Abmahnung (Anlage AG 1) gesetzten Frist - bezogen gewesen sein, ohne dass es um einen rechtsverbindlichen und endgültigen Verzicht gegangen sein muss. Damals hat es unstreitig Vergleichsbemühungen zwischen den Parteien gegeben; die Lebenserfahrung spricht eher für ein nur vorübergehendes Stillhalteabkommen ohne einen endgültigen Bindungswillen.

III.

Der Unterlassungsantrag ist auch nach Auffassung des Senats nicht begründet.

1.) Gegenstand des Unterlassungsantrages ist das Verwenden der Bezeichnung "Die R..... der Su....." zur Kennzeichnung eines CD-ROM-Spiels, d. h. die titelmäßige Verwendung dieser Bezeichnung hierfür.

2.) Der Unterlassungsantrag ist gemäß §§ 3, 4 Nr. 1, 14 Abs. 2-5 MarkenG aus der Wortmarke S..... (Verfügungsmarke; Anlage ASt 4) nicht begründet.

Der Antragsteller hat zwar die Verfügungsmarke am 30. 3. 2000 angemeldet (wegen der Klassen: Bl. 4), eine Eintragung der Marke ist aber unstrittig noch nicht erfolgt. Außerdem hätte die Antragsgegnerin insoweit eine bessere Priorität vom 20. März 2000, und zwar - wie unter 3) ausgeführt wird - im Hinblick auf den angegriffenen Werktitel "Die R.....der Su....." für ihr Computerspiel.

3.) Der Unterlassungsantrag ist gemäß §§ 5, 15 Abs. 2, 4 MarkenG aus dem Werktitel "S....." für die Kaufversion des so bezeichneten Computerspiels des Antragstellers ebenfalls nicht begründet.

(a) Wie der Antragsteller nicht verkennt, hat die Antragsgegnerin hinsichtlich des beanstandeten Werktitels "Die R.....der Su....." die Priorität vom 20. März 2000.

Die Antragsgegnerin hat - wie ausgeführt - bereits in der 12. Kalenderwoche (20. bis 26. März) 2000 eine Titelschutzanzeige für den Titel "Die R.....der Su....." geschaltet (Anlage ASt 10 = AG 5). Sie vertreibt unstrittig unter diesem Titel ein Computerspiel (CD-ROM-Spiel; vgl. Anlage ASt 12), das am 28. März 2000 in Zusammenarbeit mit dem Fernsehsender RTL veröffentlicht worden ist (Anlage AG 6).

Für die Begründung ihres Titelschutzrechts ist maßgeblich auf die Veröffentlichung der Titelschutzanzeige und demgemäß auf den 20. März 2000 abzustellen. Die Titelschutzanzeige verlegt den Titelschutz vor, vorausgesetzt das Werk erscheint innerhalb angemessener Frist unter dem Titel (BGH GRUR 1989, 760 - Titelschutzanzeige); das ist vorliegend für das Spiel "Die R.....der Su....." der Fall.

(b) Der Antragsteller hat aus dem Werktitel "S....." für die Kaufversion seines Computerspiels gegenüber der angegriffenen Bezeichnung kein älteres Recht.

Der Schutz eines Werktitels entsteht durch Benutzungsaufnahme, sofern - wovon hier bei der Bezeichnung "S....." für ein Computerspiel ausgegangen werden kann - die notwendige originäre Kennzeichnungskraft des Titels vorliegt. Eine Benutzung des Titels "S....." für die Kaufversion vor dem 20. März 2000 ist nicht gegeben.

Der Antragsteller selbst hat in der Antragsschrift vortragen lassen, er stehe "nunmehr kurz vor der Vollendung seines CD-ROM-Spiels" (Schriftsatz vom 14. Juni 2000: Bl. 4; vgl. ebenso seine eigene eidesstattliche Versicherung vom 14. Juni 2000: Anlage ASt

13.1). Im Schriftsatz vom 10. Juli 2000 hat er vortragen lassen, das "kaufbare CD-ROM-Spiel" werde in "ca. 10 bis 14 Tagen" erscheinen (Bl. 41, 42; vgl. ebenso die eidesstattliche Versicherung des mit der Erstellung des Spiels beauftragten W.....vom 10. Juli 2000: Anlage ASt 18.3).

Eine vorverlegte Entstehung des Titelschutzes betreffend die Kaufversion des Computerspiels "S....." kommt vorliegend nicht in Betracht, jedenfalls nicht mit der Folge einer gegenüber der Antragsgegnerin besseren Priorität vor dem 20. März 2000. Der Antragsteller hat keine Titelschutzanzeige geschaltet, es sind auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass es sonstige zeitnahe Maßnahmen gegeben hätte, die das Entstehen des Titelschutzes insoweit vorverlegen könnten.

Hierfür käme bei einem Computerprogramm insbesondere eine der Auslieferung des fertigen Produkts unmittelbar vorausgehende öffentliche (werbende) Ankündigung in Betracht, allerdings wären an sie wegen der Rechtssicherheit und wegen der möglichen Schaltung einer Titelschutzanzeige strenge Anforderungen zu stellen (BGH GRUR 1997, 902 - FTOS, GRUR 1998, 1010 - WINCAD). Dem ist die hier in Rede stehende Spielversion, die der Antragsteller nach seinem Vorbringen zuvor im November 1999 unter "S....." ins Internet als Online-Spiel gestellt hat (Anlage ASt 23), und die Einrichtung der Internet-Domain "www.S.....de" am 10. Februar 2000 (Anlage ASt 3) nicht gleichzusetzen:

Zum einen befand sich in jenen Zeiten nach dem eigenen Vorbringen des Antragstellers die Kaufversion des Spiels noch in der Entwicklung, die Kaufversion war noch im Juni 2000 nicht endgültig fertig und demgemäß noch nicht festgelegt (vgl. Anlage ASt 13.1). Das wird im übrigen durch die Schilderung eines Telefonats zwischen dem Antragsteller und U....., einem Mitarbeiter der Antragsgegnerin, vom 30. März 2000 bestätigt, in dem der Antragsteller nicht etwa von einem bereits fertigen Spiel gesprochen hat, sondern dem U..... mitgeteilt hat, er hätte bei einer Programmierfirma ein ähnliches Produkt wie "Die R.....der Su....." in Auftrag gegeben, die Antragsgegnerin sei aber schneller an den Markt gekommen (vgl. die eidesstattliche Versicherung des U..... vom 3. Juli 2000: Anlage AG 7). Zum anderen wären solche bloßen Werbemaßnahmen weit vorgelagert und ohne hinreichend konkreten Bezug auf das als Kaufversion noch nicht fertige Computerspiel keine öffentlichen, einer Titelschutzanzeige entsprechenden Werbeankündigungen.

4.) Der Unterlassungsantrag ist gemäß §§ 5, 15 Abs. 2, 4 MarkenG aus dem Werktitel "S....." für ein Online-Computerspiel des Antragstellers ebenfalls nicht begründet.

(a) Für Online-Computerspiele, die vom Hersteller kostenlos zur Benutzung ins Internet gestellt werden, kommt - wie bei anderen Werktiteln auch - ein Titelschutzrecht in Betracht. Grundsätzlich richtet sich die Entstehung eines solchen Schutzrechts nach den allgemein für besondere Kennzeichnungen gültigen Regeln, nach denen die Aufnahme der Benutzung eines unterscheidungskräftigen Titels für ein bestimmtes Werk im nach außen gerichteten geschäftlichen Verkehr erforderlich ist (BGH a. a. O. - Titelschutzanzeige). Für Online-Computerspiele im Internet gilt grundsätzlich nichts anderes.

Wird im Entwicklungsstadium der Kaufversion eines Spiels - wie vorliegend der Antragsteller für sein "S....."-Spiel behauptet - bereits eine Onlineversion ins Internet gestellt, so muss darin nicht nur eine Vorbereitungsmaßnahme für die Kaufversion gesehen werden. Eine solche verkürzte Betrachtungsweise würde dem Umstand nicht gerecht werden, dass ein Online-Computerspiel durchaus ein fertiges, eigenständiges Werk verkörpern kann und ihm seine Eigenständigkeit nicht etwa deswegen abzusprechen ist, weil es daneben bzw. später eine (andere) Version auf CD-ROM zu kaufen gibt.

Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin nichts anderes zu entnehmen:

In der Entscheidung "FTOS" (BGH a. a. O.) ging es um die Priorität eines Titels für ein Computerprogramm, das unter der Kennzeichnung "FTOS" zum Piloteinsatz freigegeben worden war und bei einem Kunden versuchsweise verwendet wurde. Zutreffend hat der Bundesgerichtshof einen solchen Pilotbetrieb nicht schon als titelschutzbegründende Benutzung, sondern als regelmäßig noch zur Herstellungsphase gehörend bewertet, weil die Erprobung des Programms bei einem Kunden im Echtbetrieb dazu gedient habe, nicht erkannte Fehler noch rechtzeitig vor der endgültigen Markteinführung beseitigen zu können. Mit den vorliegend in Rede stehenden zwei "S....."-Spielversionen (die eine Online im Internet, die andere als CD-ROM) ist jene Fallgestaltung nicht vergleichbar, auch wenn die Erfahrungen mit der Onlineversion für die Kaufversion des Spiels genutzt werden können und nach der Darstellung des Antragstellers auch einbezogen worden sind.

In der Entscheidung "WINCAD" (BGH a. a. O.) hat der Bundesgerichtshof zutreffend ausgeführt, die schutzbegründende Ingebrauchnahme eines Werktitels liege regelmäßig erst dann vor, wenn das betreffende Werk unter seinem Titel existent sei, hierfür sei der Vertrieb des fertigen, mit der fraglichen Bezeichnung versehenen Produkts erforderlich. Im dortigen Fall war das Computerprogramm aber nicht gleich unter dem für die Priorität maßgeblichen Titel erschienen, sondern erst in einer fremdsprachigen Programmversion unter einer anderen Bezeichnung und mit begleitenden Werbemaßnahmen für das spätere Computerprogramm. Auch dieser Sachverhalt weicht wesentlich vom vorliegenden ab, denn für die Onlineversion des Spiels des Antragstellers steht kein von der Bezeichnung "S....." abweichender Titel in Rede.

(b) Nach den oben dargestellten Rechtsprechungsgrundsätzen kommt demgemäß ein Titelschutz für ein Online-Computerspiel auch dann in Betracht, wenn es ein solches Spiel später in einer Kaufversion gibt. Das setzt aber, wie bei allen anderen Werktiteln auch, voraus, dass es sich bei dem Online-Spiel um ein - jedenfalls für sich gesehen - fertiges Werk handelt.

Wie oben ausgeführt, ist für die Schutzbegründung die Titelbenutzung für ein bestimmtes Werk im nach außen gerichteten geschäftlichen Verkehr erforderlich. Wird ein Online-Computerspiel ins Internet gestellt, so kann es je nach seiner Darstellung gegenüber dem Publikum und nach seinem werksubstanzlichen Gehalt noch im Stadium des unverbindlichen und bloß vorübergehenden Experiments anzusiedeln sein oder sich schon um ein fertiges Spiel handeln.

Hierbei ist nicht zu verkennen, dass es fließende Übergänge geben kann, denn in Internet werden - wie zwischen den Parteien nicht streitig ist und keiner vertieften Ausführung bedarf - nicht selten auch nur provisorische Darstellungen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, die alsbald wieder verschwinden oder erst später eine definitive Festlegung erfahren. Auf der anderen Seite gibt es im Internet - wie in anderen Bereichen des Titelschutzes - auch Fälle, in denen ein bereits fertiges Werk anschließend überarbeitet wird und selbstverständlich muss - wie der Antragsteller an sich zutreffend einwendet - eine solche Überarbeitung nicht die Unfertigkeit des früheren Werkstadiums belegen, Umkehrschlüsse sind aber ebenso nicht zwingend.

(c) Jedenfalls sind deswegen, aber auch aus den oben dargestellten Gründen der Rechtssicherheit, insoweit an die hinreichend substantiierte Darlegung und gegebenenfalls - im Verfügungsverfahren - an die Glaubhaftmachung der prioritätsbestim-

menden Tatsachen strenge Anforderungen zu stellen. Diese erfüllt das Vorbringen des Antragstellers, das die Gegenseite bestritten hat, nicht:

(aa) Hinsichtlich der nach der Behauptung des Antragstellers im November 1999 ins Internet gestellten Online-Spielversion ergeben sich keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine konkrete Werkfestlegung.

Zum einen ist schon im Auftragsschreiben des Antragstellers vom 12. Oktober 1999 an Wolfgang Warmdt, der das "S....."-Spiel erstellen soll, davon die Rede, dass "erste Entwürfe" bis 15. Dezember 1999 vorliegen sollen (Anlage ASt 1), in dem Antwortschreiben des W.....vom 15. November 1999 wird dem Antragsteller mitgeteilt, er könne sich auf der Homepage des W....."schon mal eine spielbare Demo-Version ansehen" (Anlage ASt 2). In der eidesstattlichen Versicherung des W.....vom 10. Juli 2000 heißt es dazu, er - W.....- habe "schon mal eine Testversion" auf seiner Homepage für den Antragsteller erstellt (Anlage ASt 18.3).

Zum anderen ist in der eidesstattlichen Versicherung des W.....davon die Rede, dass bereits zwei bis drei Tage nach dem Schreiben vom 15. November 1999 die "spielbare Version" ins Internet (unter der dort genannten Adresse) eingespeist worden sei, sie - W.....und der Antragsteller - hätten vereinbart, die Online-Spielversion dem breiten Publikum zugänglich zu machen. Bei dieser Version habe es sich "nicht mehr um eine - unfertige - Testversion" gehandelt. Die "Vorbereitungshandlungen (Konzept, Entwicklung, Zeichnungen etc.)" seien "längst abgeschlossen" gewesen (Anlage ASt 18.3).

Hieraus ergibt sich nicht mit der notwendigen Eindeutigkeit eine definitive Ingebrauchnahme des Werktitels "S....." für ein bestimmtes Werk im nach außen gerichteten geschäftlichen Verkehr. Das Online-Spiel in der damaligen Version ist nicht vorgelegt worden, die vorgelegten Ausdrücke sind solche erst vom 14. Juni 2000 (Anlage ASt 11) bzw. vom 25. August 2000 (Anlage ASt 19; vgl. ebenso die späteren, undatierten Ausdrücke gemäß Anlagen ASt 18.2, 20).

Die Beschreibung eines Online-Spiels als "nicht mehr unfertig" sind ersichtlich vorwiegend von Wertungen bestimmt, überprüfbare Tatsachen werden insoweit nicht behauptet. Zudem ergibt sich aus der eigenen eidesstattlichen Versicherung des Antragstellers vom 14. Juni 2000, dass dieser selbst das im November 1999 auf der Homepage des W.....befindliche Spiel nur als "Demoversion" und als "Test" für

weitere Schritte angesehen hat (Anlage ASt 13.1), das steht der Annahme eines schon fertigen Online-Spiel zur damaligen Zeit entgegen.

Auch die (erste) eidesstattliche Versicherung des Kr..... vom 10. Juli 2000, eines Mitinhabers der Krefelder Firma des Antragstellers ("F.....": F.....Group), enthält hinsichtlich des Spiels und seiner Versionen keine näheren Angaben (Anlage ASt 18.1), das gilt auch für dessen (dritte) eidesstattliche Versicherung vom 14. November 2000 (Bl. 98). Die (zweite) eidesstattliche Versicherung des Kr..... vom 11. September 2000 nimmt zwar auf die damals (am 11. September 2000) aktuelle "S....."-Spielversion, wie sie auf der (der eidesstattlichen Versicherung) beigefügten CD-ROM festgelegt sei, Bezug und beschreibt einige Unterschiede zur im Internet im November 1999 spielbaren Version durch Schilderung gewisser Qualitätsverbesserungen und dem Hinweis auf die Korrektur "kleinerer Fehler" (Anlage ASt 19.1); damit wird aber weder das Online-Spiel von November 1999 hinreichend genau beschrieben, noch ausreichend greifbare Tatsachen vorgetragen, die den Schluss rechtfertigten, es sei bereits ein fertiges Online-Spiel im Sinne der oben dargestellten Rechtsprechungsgrundsätze unter der Bezeichnung "S....." vorhanden gewesen. Entsprechendes gilt für die (vierte) eidesstattliche Versicherung des Kr..... vom 15. Januar 2001, in der die Online-Spielversion vom November 1999 ohne nähere Bestimmung als "spielbare, fertige Version" bezeichnet wird (Anlage ASt 23).

(bb) Nichts anderes ergibt sich für die Zeit zwischen Dezember 1999 und Januar 2000. In diesen Zeitraum siedelt der Antragsteller zwar die Links an, der er nach seiner eidesstattlichen Versicherung vom 14. Juni 2000 auf seinen dort genannten Internetseiten als Hinweis auf das Online-Spiel auf der Homepage des W.....gesetzt habe, das er aber selbst - wie ausgeführt - als Demoversion bezeichnet (Anlage ASt 13.1). Nähere Angaben enthalten insoweit auch nicht die eidesstattlichen Versicherungen des Kr..... (Anlagen ASt 18.1, 19.1 und 23 sowie Bl. 98).

(cc) Das Vorbringen des Antragstellers zur Installation eines Online-Spiels auf seiner Internetseite unter dessen Domainnamen "www.S.....de" nach der Registrierung dieser Internet-Adresse ist für die Zeit vor dem 20. März 2000 ebenfalls nicht als ausreichend konkret dargelegt bzw. nicht hinreichend glaubhaft gemacht anzusehen.

Am 10. Februar 2000 registrierte die DENIC eG den Domainnamen "www.S.....de" für den Antragsteller (Anlage ASt 3). Hierzu hat der Antragsteller behauptet, "zugleich" (das bezieht sich offenbar auf die zuvor geschilderte Regi-

strierung des Domainnamens) habe er die Online-Spielversion auf dieser Seite errichtet (Bl. 4, vgl. ebenso die eidesstattliche Versicherung des Antragstellers vom 14. Juni 2000: Anlage ASt 13.1). Wann genau und konkrete welche Spielversion auf der Website gewesen sein soll, ist damit nicht substantiiert vorgetragen.

Aus der Zugriffsstatistik betreffend diese Website ergibt sich nichts Näheres (Anlage ASt 18), auch in der (ersten) eidesstattlichen Versicherung des Kr..... vom 10. Juli 2000 ist nur davon die Rede, dass nach "erfolgter Freischaltung am 10. Februar 2000 das Online-Spiel 'S.....' aufgespielt" worden sei, nähere Angaben zum Spiel und seinen Versionen gibt es dort nicht (Anlage ASt 18.1). Die (zweite) eidesstattliche Versicherung des Kr..... vom 11. September 2000 erwähnt die Online-Version auf der Website "www.S.....de" nicht ausdrücklich (Anlage ASt 19.1). Unzureichend ist auch die Beschreibung in der (dritten) eidesstattlichen Versicherung des Kr..... vom 15. Januar 2001; demnach sei das auf der Website "www.S.....de" angeblich seit dem 10. Februar 2000 befindliche Online-Spiel die Version, die bereits Mitte November 1999 auf den dort genannten (anderen) Internetseiten gewesen sei. Eine ausreichend konkrete Schilderung ist das nicht, diese Version bewertet - wie oben ausgeführt - Kr..... ohne nähere Bestimmung als "spielbare, fertige Version" (Anlage ASt 23).

Abgesehen von der unzureichend konkreten Schilderung des angeblich auf der Website "www.S.....de" installierten Spiels kann dem Vorbringen auch nicht mit der hinreichenden Wahrscheinlichkeit entnommen werden, dass es sich bereits damals - vor dem 20. März 2000 - um ein fertiges Online-Spiel im Sinne der oben dargestellten Rechtsprechungsgrundsätze gehandelt hätte. Die vorgetragenen Anhaltspunkte gehen eher in die gegenteilige Richtung; aus der ersten und dritten eidesstattlichen Versicherung des Kr..... ergibt sich, dass das Spiel bereits Anfang April 2000 graphisch geändert und (zunächst) von der Website genommen worden ist (Anlagen ASt 18.1 und 23).

Demgegenüber behauptet die Antragsgegnerin, ihr Mitarbeiter L..... habe im Hinblick auf ihr Spiel ("Die R.....der Su.....") in der ersten Märzwoche 2000 mittels der gängigen Internet-Suchmaschinen (YAHOO, ALTAVISTA, LYCOS, METACRAWLER und METAGER) sowie bei DENIC eG den Begriff "S....." abgefragt, unter der Adresse "www.S.....de" seien keine Inhalte - demgemäß auch kein Online-Spiel - in die Website eingestellt gewesen, laufende Nachprüfungen hätten ein unverändertes Ergebnis ergeben, erst nach dem Gespräch zwischen den Parteien am 4. April 2000 (wegen des Datums vgl. Anlagen AG 8-9) sei die Website

erstmalig mit Inhalt gefüllt und zugänglich gewesen (vgl. ebenso die eidesstattliche Versicherung des L.....vom 4. Juli 2000: Anlage AG 6). Der Antragsteller hat zwar behauptet, es sei unerklärlich, weshalb die Gegenseite das Online-Spiel auf seiner Website nicht gefunden habe, zwingend sind seine Überlegungen hierzu aber nicht (vgl. die eidesstattliche Versicherung des Antragstellers vom 10. Juli 2000: Anlage ASt 18.4).

Das wird durch die oben bereits erörterte Schilderung des Telefonats zwischen dem Antragsteller und U..... vom 30. März 2000 bestätigt, in dem der Antragsteller nicht etwa von einem bereits auf der Website "www.S.....de" vorliegenden Spiel gesprochen, sondern dem U..... nur mitgeteilt hat, er sei Inhaber der Domain "www.S.....de" und habe bei einer Programmierfirma ein ähnliches Produkt wie "Die R.....der Su....." in Auftrag gegeben, die Antragsgegnerin sei aber schneller an den Markt gekommen (vgl. Anlage AG 7). Der Antragsteller hat die Darstellung des Telefonats nicht bestritten. Es hätte aber für ihn schon nach der Lebenserfahrung selbstverständlich sein müssen, das angeblich bereits auf seiner Website befindliche Online-Spiel "S....." anzusprechen, zumal es bei jenem Telefonat um eine geplante Zusammenarbeit zwischen den Parteien und insbesondere um die Möglichkeit eines Onlineverkaufs des Spiels "Die R.....der Su....." der Antragsgegnerin auf der Website "www.S.....de" des Antragstellers ging und dann auf derselben Website ein weiteres Spiel mit ähnlichem Namen gewesen wäre.

In die gleiche Richtung geht der unstreitige Umstand, dass der Antragsteller bei seinem Gespräch mit der Antragsgegnerin am 4. April 2000 wegen einer Zusammenarbeit bzw. wegen der vergleichweisen Beilegung der Titellkollision von der Existenz eines Online-Spiels auf seiner Website "www.S.....de" nicht gesprochen hat; bei jenem Gespräch hat der Antragsteller nicht etwa die Unterlassung der Benutzung des Titels "Die R.....der Su....." verlangt, sondern es war unstreitig um die Übertragung des Domainnamens "www.S.....de" und der Verfügungsmarke gegangen (vgl. die eidesstattlichen Versicherungen des Geschäftsführers der Antragsgegnerin Dr. Ku.....und des damaligen Mitarbeiters der Antragsgegnerin P.....vom 4. Juli 2000: Anlagen AG 8-9; vgl. hierzu das inhaltlich gleichlautende Schreiben des Antragstellers vom 7. April 2000: Anlage ASt 5). Der Antragsteller hat sein Verhalten damit erklärt, er habe u. a. aus Geheimhaltungsgründen seine Position nicht offenbart. Plausibel ist diese Erklärung nicht, zwingend ohnehin nicht.

5.) Der Unterlassungsantrag ist gemäß §§ 5, 15 Abs. 2, 4 MarkenG aus dem Domainnamen "www.S.....de" als Geschäftsbezeichnung des Antragstellers nicht begründet.

Allerdings gilt der Grundsatz, dass der Kennzeichenschutz gemäß § 5 Abs. 2 MarkenG für Bezeichnungen mit originärer Unterscheidungskraft bereits mit der Aufnahme der Benutzung des Zeichens im geschäftlichen Verkehr entsteht, ohne dass es einer Verkehrsgeltung der Bezeichnung bedarf, auch im Bereich von unterscheidungskräftigen Internet-Domainnamen. Das hat zur Folge, dass diese mit der ersten Ingebrauchnahme schutzfähig sind, ohne dass es auf Verkehrsgeltung ankäme. Wie der Senat bereits entschieden hat, kann nicht davon ausgegangen werden, dass Internet-Domainnamen etwa ebenso wie Telegrammadressen (vgl. hierzu BGH GRUR 1955, 481) zu behandeln wären und jenen nur durch Verkehrsgeltung Kennzeichenschutz zukäme (OLG Hamburg NJW-RR 1999, 625; vgl. ebenso Landgericht München I GRUR 2000, 800).

Hieraus ergibt sich aber nicht, dass allein der formale Vorgang der Registrierung und Freischaltung einer Internet-Domain ein Kennzeichenschutzrecht zu begründen vermag. Unternehmenskennzeichen entstehen durch tatsächliche Handlungen, nicht durch formale Akte. So ist z. B. auch die Eintragung einer Firma ins Handelsregister für den Schutz nach § 5 MarkenG nicht von wesentlicher, sondern allenfalls indizieller Bedeutung (Ingerl/Rohnke, a. a. O., § 5 MarkenG Rz. 21).

Nichts anderes kann für die Freischaltung einer registrierten Domain gelten. So muss bei einem Domainnamen noch nicht festgelegt sein, für welche Branche dieser benutzt werden soll (vgl. OLG München, MarkenR 2000, 428), denkbar ist im Hinblick auf den vorliegenden Fall auch, dass der Inhalt einer Website nur ein Werk, z. B. ein Computerspiel enthält, so dass der betreffende Domainname auch oder sogar nur den Werktitel bezeichnet (vgl. Fezer, Markenrecht, 2. Auflage, § 3 MarkenG Rz. 312).

Demgemäß kommt es - entsprechend den allgemeinen Grundsätzen - auch im Bereich der Benutzung der Internet-Domain auf deren Umfang und Inhalt im tatsächlichen Gebrauch an. Eine leere ("weiße") Website unter einem (als solchen unterscheidungskräftigen) Domainnamen kann für sich noch kein kennzeichenrechtliches Verbotungsrecht begründen. Das wird in der bisherigen Rechtsprechung - soweit erkennbar - auch nicht vertreten. Bei dem vom Senat bereits entschiedenen Sachverhalt war die inhaltliche Benutzung der Website für bestimmte Dienstleistungen unter dem dortigen Domainnamen und damit die Benutzungsaufnahme einer Geschäfts-

bezeichnung unstreitig gegeben (OLG Hamburg, a. a. O.). Bei den vom Antragsteller herangezogenen Beispielen ging es insbesondere um die Registrierung einer Domain als rechtsverletzende Benutzungshandlung, die Frage, welche Handlungen beim Kennzeichengebrauch Rechte begründen können, ist nicht im einfachen "Umkehrschluss" - so aber der Antragsteller - zu beantworten.

Wie oben ausgeführt, ist das Vorbringen des Antragstellers zur Installation eines On-line-Spiels auf seiner Internetseite unter "www.S.....de" nach der Freischaltung bis zum 20. März 2000 nicht ausreichend konkret und nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Entsprechendes gilt für die Angaben zum Merchandise-Shop (vgl. die erste und die dritte eidesstattliche Versicherung des Kr..... - Anlage ASt 18.1 und Bl. 98), die auch sonst nur dahin gehen, es seien auf der Website Merchandisingartikel wie T-Shirts, Mousepads und Tassen zum Thema "S....." beworben und vertrieben worden (vgl. die vierte eidesstattliche Versicherung des Kr.....: Anlage ASt 23). Nähere Ausführungen dagegen fehlen, von einer Ingebrauchnahme der Geschäftsbezeichnung vor dem 20. März 2000 kann demgemäß nicht ausgegangen werden.

IV.

Nach alledem war die Berufung des Antragstellers unbegründet.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

RiOLG Rieger ist
erkrankt und kann
daher nicht unter-
schreiben.

Brüning

Spannuth

Brüning