



[Redacted]

Anlage zum Protokoll
vom 05.07.2002
Verkündet am 05.07.2002
Berghaus, J.S. in
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

OBERLANDESGERICHT KÖLN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

der Firma th [Redacted] Telekommunikationssysteme GmbH, vertreten durch ihren
Geschäftsführer Hans-Jürgen Kain, Robert [Redacted] 11, 51049 Pfaff-
stadt,

Beklagte und Berufungsklägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [Redacted] -

gegen

die Firma [Redacted] GmbH OHG, vertreten durch ihre persönlich
haftenden Gesellschafter, die Firmen [Redacted] (Germany) Verwaltungs GmbH
die [Redacted] (Germany) Management GmbH, diese vertreten durch ihren Geschäfts-
führer [Redacted] Greger, Werner G. Prauß, [Redacted] Sieferle und
Hans-Burkhard Ziemann, Eisen [Redacted] 11, 50667 Mülheim,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin [Redacted]

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln
auf die mündliche Verhandlung vom 15. Mai 2002
unter Mitwirkung seiner Mitglieder Dr. Schwippert, Schütze und Pietsch

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 19.06.2001 verkündete Urteil der 33. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 33 O 21/01 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Sicherheitsleistung beträgt hinsichtlich des titulierten Unterlassungsanspruchs 500.000,00 € und hinsichtlich des Kostenerstattungsanspruchs der Klägerin 120% des zu vollstreckenden Betrages.

Beiden Parteien wird gestattet, die Sicherheitsleistung auch durch schriftliche, unwiderrufliche, unbedingte und unbefristete Bürgschaft eines im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts zu erbringen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

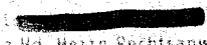
Tatbestand:

Bei der Klägerin handelt es sich um ein im Jahre 1995 gegründetes Unternehmen, das bis vor kurzem unter der Firmenbezeichnung „VIAG INTERKOM

GmbH & Co. OHG“ Telekommunikations- und Internetdienstleistungen für den deutschen Markt, insbesondere innovative Dienste, die auf der Integration von Festnetz und Mobilfunk beruhen, anbot. Im Verlaufe des Berufungsrechtszugs hat sie ihren Firmennamen in „O2 (Germany) GmbH & Co. OHG“ geändert. Vor ihrer Umfirmierung hat sie das Unternehmenskennzeichen „VIAG INTERKOM“ mit der Darstellung einer „gelb-/orangenen Kugel“ verwendet. Wegen der Einzelheiten dieser Verwendung wird auf die als Anlagen K 1 und K 6 zur Klageschrift vom 22.01.2001 zu den Akten gereichten, nachfolgend fotografisch wiedergegebenen Abbildungen des Unternehmenskennzeichens verwiesen:

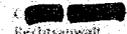
Anlage K1 Interkom 

VIAG INTERKOM GmbH & Co. OHG München


i.Hd. Herrn Rechtsanwalt Dr. 



L. 
Rechts- u. Patentanwaltskanzlei
09. JUNI 2000
Friedr.


Rechtsanwalt
Zivil- und Vertragsrecht
Fon 089 - 
Fax 089 - 
www.viaginterkom.de

07. Juni 2000



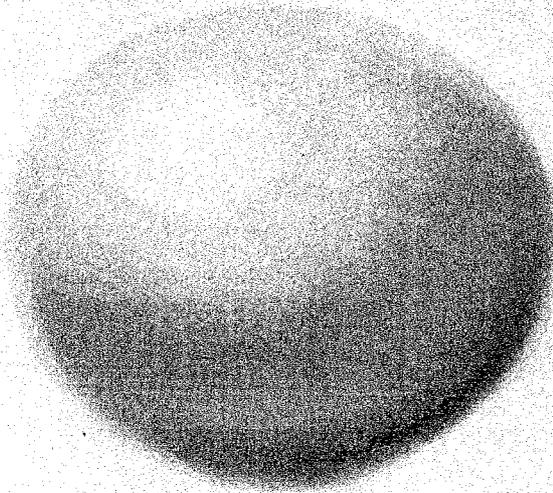
Die Klägerin ist Inhaberin der am 02.10.1997 für die Waren und Dienstleistungen der Klasse 1 – 42, unter anderem auch für die Klasse 38 „Telekommunikation“ eingetragenen deutschen Bildmarke 397 42 570, deren Farbe im Markenregister mit „orange“ angegeben ist und wegen deren Ausgestaltung auf die nachfolgende Farbkopie verwiesen wird. Gegen diese am 05.09.1997 angemeldete Bildmarke hat die Beklagte Widerspruch eingelegt. Sie verlangt deren Löschung.

DE Markenblatt Heft 31 vom 10.11.1997

Cl. 38

(m) 397 42 570

01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14



Darüber hinaus ist die Klägerin Inhaberin der am 04.01.1999 für dieselben Klassen eingetragenen, nachstehend ebenfalls wiedergegebenen Wort-/Bildmarke 398 62 424 „interkom mit gelb-/orangener Kugel (im folgenden auch als „Wort-/Bildmarke“ oder „Klagemarke“ bezeichnet), über die es in der Markenregisterbeschreibung allerdings heißt, es handele sich um eine farbige Eintragung mit den Farben dunkelblau und orange.

Interkom



Die Beklagte, die Firma thetakom. Telekommunikationssysteme GmbH, befasst sich mit dem Vertrieb von Software, die dazu dient, Telefax-, E-mail- und Voice-Nachrichten in einer vereinheitlichten Mailbox zu empfangen und durch eine einheitliche Bedieneroberfläche am Computer sichtbar zu machen. Im Handelsregister ist sie mit dem Unternehmensgegenstand „Telekommunikationssysteme, insbesondere Entwicklung, Herstellung und Vertrieb von Software, elektronischen Systemen und Komponenten (Hardware)“ eingetragen. Anfang November 2000 begegneten sich die Parteien auf der Messe „Systems“ in München. Anlässlich dieser Messe stellte die Klägerin fest, dass die Beklagte die den Gegenstand ihres jetzigen Unterlassungsbegehrens bildende, auf Seite 4 dieses Urteils bereits wiedergegebene und im nachfolgenden erstinstanzlichen Klageantrag der Klägerin nochmals eingeblendete „thetakom. Kugel“ verwendet. Die Klägerin hat die Beklagte daraufhin auf Unterlassung der Verwendung dieses Unternehmenskennzeichens in Anspruch genommen und die Ansicht vertreten, die Beklagte verletze durch die Verwendung dieses Unternehmenskennzeichens ihre älteren Marken-, Firmen- und auch Namensrechte. Außerdem verstoße die Beklagte gegen die Bestimmung des § 1 UWG, weil sie es darauf angelegt habe, sich an den guten Ruf ihres Unternehmens anzuhängen. In diesem Zusammenhang hat die Klägerin behauptet, sie habe im Jahre 2000 einen Umsatz in Höhe von mehr als 3 Mrd. DM erzielt, sie habe ihr Unternehmenskennzeichen „VIAG INTERKOM mit gelb-/orangener Kugel“ mit einem jährlichen Werbebudget in dreistelliger Millionenhöhe beworben. Wegen der Einzelheiten des diesbezüglichen Vorbringens der Klägerin wird auf ihre Ausführungen in der Klageschrift vom 22.01.2001 (Blatt ff. d.A.) und in ihrem Schriftsatz vom 08.05.2001 (Blatt 131 ff. d.A.) verwiesen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte unter gleichzeitiger Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland für ein auf die Entwicklung, Herstellung und den Vertrieb von Telekommunikationssystemen, insbesondere die Entwicklung, Herstellung und den Vertrieb von Software, elektronischen Systemen und Komponenten

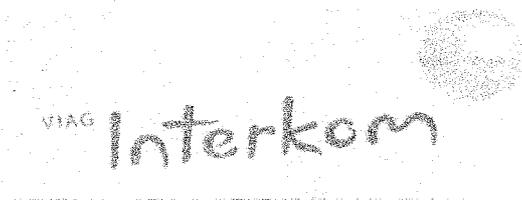
(Hardware) gerichtetes Unternehmen das nachfolgend wiedergegebene Zeichen zu benutzen:



Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die für den Unterlassungsanspruch der Klägerin notwendige Verwechslungsgefahr in Abrede gestellt. Darüber hinaus hat sie behauptet, die Klägerin verwende die für sie eingetragenen Marken nicht in der eingetragenen Form. Eine Verwendung finde vielmehr ausschließlich in der Form des als Anlage B 1 zur Klageerwiderung (Blatt 96 d.A.) vorgelegten und nachfolgend wiedergegebenen Logos statt:



Durch das angefochtene Urteil, auf das wegen der Einzelheiten verwiesen wird, hat das Landgericht die Beklagte antragsgemäß zur Unterlassung verurteilt. Zur Begründung seiner Entscheidung hat es im wesentlichen ausgeführt, das Unternehmenskennzeichen der Beklagten und die Wort-/Bildmarke Nr. 398 62 424 „interkom mit gelb-/orangener Kugel“ stünden sich verwechslungsfähig gegenüber. Deshalb verstoße die Beklagte gegen § 14 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung

mit Abs. 5 MarkenG. Zum anderen handele die Beklagte der Vorschrift des § 1 UWG zuwider, weil sie sich an das sehr bekannte Logo der Klägerin angehängt habe und diese deshalb im Sinne des § 1 UWG behindere. Wegen der Einzelheiten hat das Landgericht insoweit die aus Blatt 17 ff. d.A. ersichtliche Entscheidung der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 07.09.2000 – 31 O 466/00 – in Bezug genommen.

Ihr Unternehmenskennzeichen und die Wort-/Bildmarke der Klägerin seien miteinander nicht verwechslungsfähig, die auf Seite 5 dieses Urteils wiedergegebene Bildmarke 397 42 570 „gelb-/orange Kugel“ sei nicht eintragungsfähig. Im übrigen hat die Beklagte die Ansicht vertreten, die Regelung des § 1 UWG sei neben den Vorschriften des Markengesetzes nicht anwendbar. Außerdem lägen deren Voraussetzungen nicht vor.

Gegen das ihr am 03.07.2001 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 03.08.2001 Berufung eingelegt und diese innerhalb der mehrfach verlängerten Berufungsbegründungsfrist mit einem am 05.11.2001 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz begründet. Die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und ist der Auffassung, ihre mit der Klage beanstandete mehrgliedrige Wort-/Bildbezeichnung halte von beiden Klagemarken, insbesondere aber der Wort-/Bildmarke, einen ausreichenden Abstand. Weder die Übereinstimmung der beiderseitigen Wortbezeichnungen in der letzten Silbe „kom“ noch die von der Klägerin verwendete, von ihr fälschlicherweise als „gelb-/orange“ bezeichnete Kugel könnten als prägende Elemente der Wort-/Bildmarke angesehen werden. Die Kugel sei – insoweit unstreitig – in der Markeneintragung als „orange“ bezeichnet. Das Landgericht habe den Inhalt und Schutzzumfang der Wort-/Bildmarke zu weit gefasst und seiner Würdigung eine unzulässige zergliedernde Betrachtungsweise zugrundegelegt. Der Bildbestandteil „Kugel“ der Wort-/Bildmarke sei äußerst kennzeichnungsschwach. Im Streitfall orientiere sich der Verkehr an dem Kennwort und nicht an dem Bildelement, auch aus der Entscheidung „Rote Kreisfläche“ des Bundespatentgerichtes (GRUR 1996, 895 ff.) folge, dass einfache geometrische/farbige Elemente bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr außer Betracht zu bleiben hätten. Dazu zähle auch der Bildbestandteil des Zeichens der Klägerin. Überdies sei bei der Prüfung des §

14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zu berücksichtigen, dass die Parteien nicht in branchennahen Bereichen tätig seien. Dem maßgeblichen Gesamteindruck nach unterschieden sich ihr Unternehmenskennzeichen und die Wort-/Bildmarke der Klägerin deutlich. Eine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, auch eine mittelbare, sei deshalb nicht zu befürchten. Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Vorbringens der Beklagten wird der Inhalt ihrer Berufungsbegründung vom 05.11.2001 (Blatt 181 ff. d.A.) und ihres Schriftsatzes vom 21.02.2002 (Blatt 230 ff. d.A.) in Bezug genommen.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil zu ändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Auch sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen, verteidigt das angefochtene Urteil als richtig und nimmt für ihre Wort-/Bildmarke eine erhöhte Verkehrsbekanntheit in Anspruch. Dazu behauptet sie, rund 80% der maßgeblichen Verbraucher ordneten ein Kennzeichen im Telekommunikationsbereich, das am oberen rechten Rand seines Wortbestandteils mit einer heraufgestellten gelb-/orangenen Kugel versehen ist, ihr – der Klägerin – zu. Die gelb-/orangene Kugel habe sie massiv beworben. Im Jahr 2000 habe sie hierfür rund 98 Mio. DM und im Jahr 2001 rund 69 Mio. DM aufgewandt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen, die ebenso wie die Akte 398 62 424.0 sowie die – allerdings nur in Schwarz-/Weißkopie vorliegende – Akte 397 42 570.8/38-S99/01 des deutschen Patent- und Markenamtes sämtlich Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

Entscheidungsgründe:

Die in formeller Hinsicht nicht zu beanstandende Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Vielmehr hat das Landgericht dem Klagebegehren zu Recht stattgegeben und seine Entscheidung dabei auf die Vorschrift des § 14 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit Abs. 5 MarkenG gestützt. Der Senat nimmt die diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichts namentlich zur Verwechslungsgefahr vorab zur Vermeidung von Wiederholungen ausdrücklich als richtig in Bezug und fasst nachfolgend zusammen, warum ihm das Berufungsvorbringen der Beklagten keine Veranlassung gibt, die Berechtigung des geltend gemachten Unterlassungsbegehrens anders zu sehen als das Landgericht es getan hat.

Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist – wie das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung zu Recht hervorgehoben hat – nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vom Standpunkt eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Adressaten der betreffenden Art von Waren oder Dienstleistungen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, namentlich der Kennzeichnungskraft der Klagemarke, der Nähe der in Betracht zu ziehenden Waren und/oder Dienstleistungen, für welche die Zeichen jeweils in Gebrauch sind oder gebraucht werden sollen, sowie des Grades der Ähnlichkeit der zu vergleichenden Kennzeichnungen zu beurteilen (vgl. hierzu zuletzt etwa BGH WRP 2002, 537 ff. „Bank 24“; BGH GRUR 2001, 507 ff. = WRP 2001, 694 ff. „EVIAN/REVIAN“; BGH GRUR 2000, 506 ff. „Attaché/Tisserand“ und BGH GRUR 2001, 158, 159 = WRP 2001, 41 „Drei-Streifen-Kennzeichnung“). Zwischen den genannten, die Verwechslungsgefahr determinierenden Faktoren besteht dabei eine Wechselwirkung dergestalt, dass der Ähnlichkeitsgrad um so geringer sein kann, je größer die Kennzeichnungskraft und/oder die Waren- bzw. Dienstleistungsnähe ist, während umgekehrt ein höherer Ähnlichkeitsgrad erforderlich ist, wenn die Kennzeichnungskraft der Klagemarke nur schwach und/oder der Waren- bzw. Dienstleistungsabstand größer ist. Ein geringer Grad der Ähnlichkeit

der Waren oder Dienstleistungen kann deshalb durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken oder durch eine erhöhte Kennzeichnungskraft ausgeglichen werden und umgekehrt (BGH GRUR 2000, 506 „Attaché/Tisserand“; BGH GRUR 2000, 875, 876 „Davidoff“; BGH, a.a.O. „EVIAN/REVIAN“; BGH GRUR 1995, 216, 219 „Oxigenol II“; BGH WRP 2000, 525, 526 „comtes/ComTel“; siehe auch EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736 Tz. 19 „Lloyd“). Bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr, einer Frage, die nicht Tatsachen-, sondern Rechtsfrage ist (vgl. u.a.: BGH GRUR 1995, 808, 810 „P3-plastoclin“ und BGH WRP 2000, 535, 539 „Attaché/Tisserand“), ist Ausgangspunkt der anhand der dargestellten Kriterien vorzunehmenden Würdigung stets der Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Zeichen. Dabei kommt es entscheidend darauf an, wie die Marke auf den Durchschnittsverbraucher der betreffenden Art von Waren oder Dienstleistungen wirkt. Ein in zergliedernder, semantischer Betrachtungsweise gewährter Elementeschutz einzelner Zeichenbestandteile kommt nicht in Betracht; der Schutz eines aus einem zusammengesetzten Zeichen herausgelösten Elements ist dem Markenrecht vielmehr fremd (vgl. BGH WRP 2000, 529, 531 „ARD-1“; BGH GRUR 1999, 735, 736 „Monoflam/Polyflam“, jeweils m.w.N.). Das folgt daraus, dass der markenrechtliche Schutz von der eingetragenen Gestaltung der Marke auszugehen hat, und eine Ähnlichkeit mit einer Marke nur in deren konkreter Verwendung festgestellt werden kann (BGH GRUR 1999, 583, 584 „LORA DI RECUARO“ sowie BGH GRUR 1996, 775, 776 „Sali Toff“). Dabei entspricht es der Lebenserfahrung, dass der Verkehr ein Kennzeichen in seiner Gesamtheit mit all seinen Bestandteilen, wie es ihm in der konkreten Verwendung entgegentritt, aufnimmt, ohne es einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (BGH GRUR 2001, 1161, 1163 „CompuNet/ComNet“). Dieser Grundsatz schließt allerdings nicht aus, dass einem einzelnen Bestandteil eines mehrgliedrigen, aus mehreren Wort- und/oder Bildelementen kombinierten Zeichens unter Umständen eine besondere, den Gesamteindruck des Zeichens dominierende Kennzeichnungskraft beigemessen und deshalb bei einer Übereinstimmung der beanstandeten Bezeichnung mit dem so geprägten Zeichen die Verwechslungsgefahr im Einzelfall zu bejahen sein kann (BGH GRUR 1999, 583, 584 „LORA DI RECUARO“; BGH GRUR 1996, 977 „DRANO/P3-drano“). Bei der auf dieser Grundlage vorzunehmenden Würdigung der Verwechslungsfähigkeit der sich im Streitfall gegenüberstehen-

den Zeichen ist sodann dem Erfahrungssatz Rechnung zu tragen, dass der Durchschnittsverbraucher regelmäßig nicht die Möglichkeit hat, verschiedene Marken oder Kennzeichnungen unmittelbar miteinander zu vergleichen, und dass er sich deshalb auf das unvollkommene Bild verlassen muss, das er von einer Marke im Gedächtnis behalten hat (EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736 Tz. 26 „Lloyd“; BGH WRP 2000, 535, 539 „Attaché/Tisserand“; BGHZ 126, 287, 293 „Rotes Kreuz“). Dabei bleiben jedenfalls in aller Regel die Übereinstimmungen im maßgeblichen Gesamteindruck stärker in seinem Erinnerungsbild haften. Aus diesem Grunde ist bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr grundsätzlich mehr auf die gegebenen Übereinstimmungen der zu vergleichenden Kennzeichnungen als auf die Abweichungen abzustellen. Auch das entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. nur BGH a.a.O., „Monoflam/Polyflam“ und BGH GRUR 1998, 924, 925 = WRP 1998, 875 „salvent/salventerol“, jeweils m.w.N.). Andererseits besteht aber auch kein Erfahrungssatz, der die Annahme gestattet, einzelne Bestandteile eines Zeichens würden vom Verkehr überhaupt nicht zur Kenntnis genommen und bei der Beurteilung des Eindrucks, den das Zeichen bei seinen Adressaten hervorruft und hinterlässt, vollständig übergangen (BGH GRUR 1996, 774, 775 „falke-run/LE RUN“ m.w.N.). Letztlich ist für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr von Bedeutung, dass bei aus Wort- und Bildelementen kombinierten Zeichen für den Gesamteindruck meist der Wortbestandteil maßgebend ist, da er für den Verkehr als Kennwort regelmäßig die einfachste Bezeichnungsform darstellt (BGH GRUR 1996, 198, 200 „Springende Raubkatze“). Das bedeutet aber nicht, dass farbige Bildelemente nicht wahrgenommen würden. Vielmehr gehört es zum allgemeinen Erfahrungswissen, dass Farben jedenfalls in bestimmten Fällen deutlich wahrgenommen werden, sich als durchaus einprägsam erweisen und vor allem in besonderer Weise geeignet sind, die Aufmerksamkeit des Verbrauchers zu erregen und auch kennzeichnend zu wirken, indem sie dem Publikum die Herkunft einer Ware – Entsprechendes gilt für eine Dienstleistung – anzeigen (vgl. hierzu im Zusammenhang mit einer Farbmarke BGH GRUR 2002, 171, 175 „Marlboro-Dach“).

Auf der Basis dieser Kriterien hat das Landgericht die notwendige Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zum maßgeblichen Kollisions-

sionszeitpunkt im Ergebnis zu Recht angenommen. Allerdings teilt der Senat nicht die auf Seite 8 der Entscheidung der Kammer anklingende Rechtsauffassung, der angesprochene Verkehr könne das von der Beklagten benutzte Zeichen irrtümlich für die klägerische Marke halten und somit einer unmittelbaren Verwechslung unterliegen. Auch wenn es für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr auf den Gesamteindruck der gegenüberstehenden Zeichen im Hinblick auf die klanglichen, optischen und begrifflichen Wirkungen ankommt und eine hinreichende Übereinstimmung in nur einer dieser Hinsichten bereits die Annahme einer Verwechslungsgefahr begründen kann (vgl. BGH WRP 1999, 1041, 1042 „Schlüssel“ und für den gleichgelagerten Fall des Firmenrechtsschutzes BGH NJW 1992, 695, 696 „dipa/dib“), ist aufgrund des Gesamteindrucks der sich gegenüberstehenden Zeichen davon auszugehen, dass namentlich wegen der Wortbestandteile „interkom“ einerseits und „thetacom.“ andererseits sowie ihrer konkreten Schreibweise und auch farblichen Ausgestaltung die Unterschiede der sich gegenüberstehenden Zeichen noch so groß sind, dass der angesprochene Verkehr das eine Zeichen nicht versehentlich für das andere hält. Die vom Landgericht in seiner Entscheidung angesprochene Gefahr, dass die Zeichen im Verkehr nicht mit ausreichender Sicherheit auseinandergehalten werden könnten, besteht deshalb nach Auffassung des Senats nicht.

Dem Verteidigungsvorbringen der Beklagten verhilft das gleichwohl nicht zum Erfolg, und zwar deshalb, weil die sich gegenüberstehenden Zeichen miteinander mittelbar verwechslungsfähig sind. Denn es besteht die realistische Gefahr, dass der angesprochene Verkehr das Verletzerzeichen dem Inhaber der klägerischen Marke zugeordnet, also dem Irrtum unterliegt, die sich gegenüberstehenden Zeichen hätten die gleiche betriebliche Herkunft. Der Wort-/Bildmarke der Klägerin kommt von Hause aus durchschnittliche Kennzeichnungskraft zu. Dabei ist auf die eingetragene Form der Marke abzustellen, weil das dem Inhaber einer Marke nach § 14 Abs. 1 MarkenG zustehende ausschließliche Recht aus dem Erwerb des Markenschutzes nach § 4 MarkenG und damit im Falle des § 4 Nr. 1 MarkenG aus der Marke in der eingetragenen Form folgt (allgemeine Meinung; vgl. statt vieler BGH NJW 2000, 3716, 3718 „Subway/Subwear“). Solange – wie im Streitfall – die fünfjährige Benutzungsschon-

frist des § 25 Abs. 2 Satz 1 MarkenG nicht abgelaufen ist, ist es demgemäß für die Entscheidung des Rechtsstreits ohne Belang, ob die Klägerin ihre Wort-/Bildmarke „interkom mit gelb-/orangener Kugel“ dadurch im Sinne des § 26 Abs. 3 Satz 1 MarkenG rechtserhaltend benutzt hat, dass sie dem Wortbestandteil „interkom“ ihrer Marke den – allerdings wesentlich kleiner geschriebenen - Wortbestandteil „VIAG“ vorangestellt hat.

Was den festzulegenden Gesamteindruck der aus mehreren Bestandteilen zusammengesetzten klägerischen Marke in ihrer eingetragenen Form angeht, so wird dieser nicht durch ein einziges dominantes Element geprägt, sondern durch das Zusammenwirken von Wort- und Bildelementen. Zwar entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. etwa BGH WRP 2000, 535, 539 „Attaché/Tisserand“), dass sich der Verkehr bei kombinierten Wort-/Bildzeichen in aller Regel eher an dem Wort- als an dem Bildbestandteil zu orientieren pflegt, und zwar deshalb, weil das Kennwort normalerweise die einfachste Form ist, die Ware oder Dienstleistung zu bezeichnen. Die originäre Kennzeichnungskraft der Wortbestandteile der Klagemarke ist indes eher als gering anzusehen. Die dritte Silbe „kom“ prägt die Wortbezeichnung nicht, weil sie aus Sicht des angesprochenen Verkehrs, zu dem auch die Mitglieder des Senats gehören und was diese deshalb aus eigener Sachkunde und Erfahrung zu beurteilen in der Lage sind, den Dienstleistungsbereich „Kommunikation“ beschreibt, in dem die Klägerin (und auch die Beklagte) tätig ist. Der Wortbestandteil „inter“ hat zwar nicht ausschließlich beschreibende Funktion, ist aber nicht sonderlich phantasievoll und kennzeichnungsschwach. Im Ergebnis ändert das jedoch nichts daran, dass der Klagemarke von Hause aus durchschnittliche Kennzeichnungskraft beizumessen ist. Insoweit ist nämlich – wie bereits gesagt – auf den durch das Zusammenwirken aller Zeichenbestandteile vermittelten Gesamteindruck abzustellen. Aus der Sicht des angesprochenen Verkehrs beruht die Kennzeichnungskraft der Klagemarke auf der Kombination der Wortbestandteile einerseits und eines entgegen der Auffassung der Beklagten sehr markanten Bildelements in Form einer in mehreren Farben schattierenden Kugel. Der Senat hat sich durch die Hinzuziehung der Markenakte und deren Lektüre davon überzeugt, dass der Markeneintragung eine sogar dreifarbige Kugel (Gelb, Orange und ein wenig Weiß) zugrunde liegt und dass die Be-

schreibung in der Markeneintragung, die Kugel sei „orange“, den tatsächlichen Eintragungsstand nicht richtig wiedergibt. Dieses Bildelement zeichnet sich nicht nur durch das markante und in optischer Hinsicht ansprechende Ineinanderfließen dreier Farben (Orange, Gelb und Weiß), sondern auch dadurch aus, dass es rechts oberhalb des Wortbestandteils „interkom“ angebracht ist und deshalb besonders ins Auge fällt. Gerade dieses dreifarbige Bildelement, bei dem die Farben orange und gelb klar dominieren, wird vom Verkehr besonders deutlich wahrgenommen, er prägt es sich ein und erinnert es als Herkunftshinweis. Insgesamt kann deshalb gerade wegen der Tatsache, dass das Bildelement der Klagemarke wegen seiner konkreten farblichen Ausgestaltung und seiner konkreten Verbindung zu den jedenfalls kennzeichnungsschwachen Wortelementen ein besonderes Gepräge gibt, kein Zweifel an einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft bestehen.

Eine Schwächung der Kennzeichnungskraft durch Drittzeichen kann nicht angenommen werden. Denn kein im Kommunikationsbereich tätiges Unternehmen außer den Parteien benutzt als Kennzeichen oder auch als „Logo“ ein Bildelement, das den von den Parteien benutzten Bildelementen auch nur annähernd ähnlich ist. Jedenfalls hat keine der beiden Parteien die Benutzung solcher zur Schwächung des Klagezeichens geeigneten Bildelemente vorgetragen. Ein Vortrag hierzu wäre aber erforderlich gewesen, weil eine Schwächung des Schutzzumfangs einer Marke nur dann angenommen werden kann, wenn andere Zeichen vorhanden sind, welche in erheblichem Umfang genutzt werden und welche dem klägerischen Zeichen oder dessen kollisionsbegründenden Bestandteilen – hier in optischer Hinsicht - ähnlich nahe kommen wie das angegriffene Verletzerzeichen (siehe zu dieser Frage OLG Frankfurt, GRUR 1997, 52 und Ingerl/Rohnke, Markengesetz 1998, § 14 Rdnr. 227).

Allerdings teilt der Senat auch nicht den von der Klägerin vertretenen und auch vom Landgericht bei der Prüfung des § 1 UWG in anderem Zusammenhang mitgetragenen Standpunkt, die durchschnittliche Kennzeichnungskraft sei im Ergebnis als überdurchschnittlich einzustufen, weil die Klagemarke einen sehr hohen Bekanntheitsgrad erlangt habe. Der klägerische Vortrag ist insoweit bereits un schlüssig. Er beschränkt sich – verkürzt wiedergegeben – auf die Be-

hauptung, man habe im Jahre 2000 einen Umsatz in Höhe von mehr als 3 Mrd. DM erzielt, das jährliche Werbebudget liege im dreistelligen Millionenbereich, man habe die gelb-/orangene Kugel im Jahre 2000 mit einem Werbeaufwand von rund 98 Mio. DM und im Jahre 2001 mit einem solchen von rund 69 Mio. DM beworben. Insoweit fehlt es nämlich schon an jedwedem Vortrag, wie denn das Bildelement einer Wort-/Bildmarke in welchen Medien und in welcher Form dargestellt beworben worden sein soll, dass der angesprochene Verkehr hinreichend Gelegenheit gehabt hat, eine in bestimmten Farben ausgestaltete Kugel als Unternehmenskennzeichen der Klägerin wahrzunehmen und zu erinnern.

Nähere Ausführungen hierzu sind indes entbehrlich, und zwar deshalb, weil auch bei einer „nur“ durchschnittlichen Kennzeichnungskraft wegen der Besonderheiten des Streitfalles und namentlich der Wechselwirkung der die Verwechslungsgefahr bestimmenden Faktoren an dem Vorliegen einer für den Verwechslungsstatbestand des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ausreichenden mittelbaren Verwechslungsgefahr kein Zweifel bestehen kann. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, dass die Beklagte bei der mit der Klage angegriffenen Kennzeichnung ihrer Firmenbezeichnung „thetacom.“ eine nach Form, Farbgebung und auch Platzierung praktisch identische Kugel folgen lässt, was zwanglos zum Beispiel aus dem auf Seite 4 dieses Urteils fotografisch wiedergegebenen Messeauftritt der Parteien im Jahre 2000 folgt. Zwar sieht der Verkehr, dass ihm hier zwei Firmen begegnen, deren Unternehmensgegenstand nicht identisch ist, die jedoch beide im Telekommunikationsbereich tätig sind und – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – jedenfalls branchennahe Leistungen erbringen oder aber nach ihrem eingetragenen Unternehmensgegenstand jedenfalls erbringen können. Wegen der Verwendung nahezu identischer, jedenfalls aber einander hoch ähnlicher Bildelemente der sich gegenüberstehenden Kennzeichnungen drängt sich dem Verkehr die Annahme geradezu auf, dasjenige Unternehmen, das unter der Bezeichnung „thetacom. mit gelb-/orangener Kugel“ seine Dienstleistungen im Telekommunikationsbereich anbietet, tue und dürfe dies tun, weil es mit dem Unternehmen, das ebenfalls im Telekommunikationsbereich unter einer bestimmten Firmenbezeichnung tätig ist und eine sehr ähnliche Kennzeichnung verwendet, vertraglich oder (konzern-) organisatorisch verbunden ist.

Erweist sich der mit der Klage geltend gemachte Unterlassungsanspruch demgemäß bereits aus § 14 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit Abs. 5 MarkenG wegen bestehender mittelbarer Verwechslungsgefahr als begründet, kann im übrigen offen bleiben, ob auch andere Anspruchsgrundlagen das Unterlassungsbegehren tragen könnten. Das gilt namentlich für die Vorschrift des § 1 UWG unter dem vom Landgericht als gegeben erachteten Gesichtspunkt der Rufausbeutung.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 108 ZPO.

Der Wert der Beschwer der Beklagten übersteigt 20.000,00 €.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO n.F. in Verbindung mit § 26 Nr. 7 EGZPO liegen nicht vor. Der Rechtssache kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordert die Rechtsfortbildung oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch den Bundesgerichtshof. Vielmehr hat der Senat bei der Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG die ständige und neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs namentlich zur Verwechslungsgefahr berücksichtigt, ohne von ihr abzuweichen.

Richterin am OLG Schütze ist
in Urlaub und deshalb an der
Unterschriftsleistung gehindert.

Dr. Schwippert

Dr. Schwippert

Pietsch



~~Handwritten signature~~

Anlage zum Protokoll
vom 05.07.2002
Verkündet am 05.07.2002
Berghaus, J.S. in
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

OBERLANDESGERICHT KÖLN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

der Firma ~~Telekommunikationssysteme GmbH~~, vertreten durch ihren
Geschäftsführer ~~Hans-Jürgen Rans, Robert ...~~, 51049 Pfaff-
stadt,

Beklagte und Berufungsklägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt ~~K...~~ -

gegen

die Firma ~~... GmbH~~ OHG, vertreten durch ihre persönlich
haftenden Gesellschafter, die Firmen ~~... (Germany) Verwaltungs GmbH~~
die ~~... (Germany) Management GmbH~~, diese vertreten durch ihren Geschäfts-
führer ~~... Greger, Werner G. Praas, ...~~ Sieger und
Hans-Burkhard Ziemann, Eisen ~~... ..~~, 50667 Mülheim,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin ~~...~~

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln
auf die mündliche Verhandlung vom 15. Mai 2002
unter Mitwirkung seiner Mitglieder Dr. Schwippert, Schütze und Pietsch

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 19.06.2001 verkündete Urteil der 33. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 33 O 21/01 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Sicherheitsleistung beträgt hinsichtlich des titulierten Unterlassungsanspruchs 500.000,00 € und hinsichtlich des Kostenerstattungsanspruchs der Klägerin 120% des zu vollstreckenden Betrages.

Beiden Parteien wird gestattet, die Sicherheitsleistung auch durch schriftliche, unwiderrufliche, unbedingte und unbefristete Bürgschaft eines im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts zu erbringen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Bei der Klägerin handelt es sich um ein im Jahre 1995 gegründetes Unternehmen, das bis vor kurzem unter der Firmenbezeichnung „VIAG INTERKOM

GmbH & Co. OHG“ Telekommunikations- und Internetdienstleistungen für den deutschen Markt, insbesondere innovative Dienste, die auf der Integration von Festnetz und Mobilfunk beruhen, anbot. Im Verlaufe des Berufungsrechtszugs hat sie ihren Firmennamen in „O2 (Germany) GmbH & Co. OHG“ geändert. Vor ihrer Umfirmierung hat sie das Unternehmenskennzeichen „VIAG INTERKOM“ mit der Darstellung einer „gelb-/orangenen Kugel“ verwendet. Wegen der Einzelheiten dieser Verwendung wird auf die als Anlagen K 1 und K 6 zur Klageschrift vom 22.01.2001 zu den Akten gereichten, nachfolgend fotografisch wiedergegebenen Abbildungen des Unternehmenskennzeichens verwiesen:

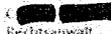
Anlage K1 Interkom 

VIAG INTERKOM GmbH & Co. OHG München


i.Hd. Herrn Rechtsanwalt Dr. 



L. 
Rechts- u. Patentanwaltskanzlei
09. JUNI 2000
Friedr.


Rechtsanwalt
Zivil- und Vertragsrecht
Fon 089 - 
Fax 089 - 
www.viaginterkom.de

07. Juni 2000



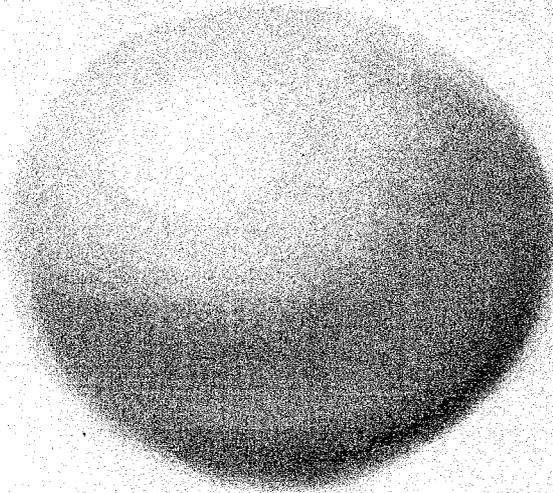
Die Klägerin ist Inhaberin der am 02.10.1997 für die Waren und Dienstleistungen der Klasse 1 – 42, unter anderem auch für die Klasse 38 „Telekommunikation“ eingetragenen deutschen Bildmarke 397 42 570, deren Farbe im Markenregister mit „orange“ angegeben ist und wegen deren Ausgestaltung auf die nachfolgende Farbkopie verwiesen wird. Gegen diese am 05.09.1997 angemeldete Bildmarke hat die Beklagte Widerspruch eingelegt. Sie verlangt deren Löschung.

DE Markenblatt Heft 31 vom 10.11.1997

Cl. 38

(m) 397 42 570

01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14



Darüber hinaus ist die Klägerin Inhaberin der am 04.01.1999 für dieselben Klassen eingetragenen, nachstehend ebenfalls wiedergegebenen Wort-/Bildmarke 398 62 424 „interkom mit gelb-/orangener Kugel (im folgenden auch als „Wort-/Bildmarke“ oder „Klagemarke“ bezeichnet), über die es in der Markenregisterbeschreibung allerdings heißt, es handele sich um eine farbige Eintragung mit den Farben dunkelblau und orange.

Interkom



Die Beklagte, die Firma thetakom. Telekommunikationssysteme GmbH, befasst sich mit dem Vertrieb von Software, die dazu dient, Telefax-, E-mail- und Voice-Nachrichten in einer vereinheitlichten Mailbox zu empfangen und durch eine einheitliche Bedieneroberfläche am Computer sichtbar zu machen. Im Handelsregister ist sie mit dem Unternehmensgegenstand „Telekommunikationssysteme, insbesondere Entwicklung, Herstellung und Vertrieb von Software, elektronischen Systemen und Komponenten (Hardware)“ eingetragen. Anfang November 2000 begegneten sich die Parteien auf der Messe „Systems“ in München. Anlässlich dieser Messe stellte die Klägerin fest, dass die Beklagte die den Gegenstand ihres jetzigen Unterlassungsbegehrens bildende, auf Seite 4 dieses Urteils bereits wiedergegebene und im nachfolgenden erstinstanzlichen Klageantrag der Klägerin nochmals eingeblendete „thetakom. Kugel“ verwendet. Die Klägerin hat die Beklagte daraufhin auf Unterlassung der Verwendung dieses Unternehmenskennzeichens in Anspruch genommen und die Ansicht vertreten, die Beklagte verletze durch die Verwendung dieses Unternehmenskennzeichens ihre älteren Marken-, Firmen- und auch Namensrechte. Außerdem verstoße die Beklagte gegen die Bestimmung des § 1 UWG, weil sie es darauf angelegt habe, sich an den guten Ruf ihres Unternehmens anzuhängen. In diesem Zusammenhang hat die Klägerin behauptet, sie habe im Jahre 2000 einen Umsatz in Höhe von mehr als 3 Mrd. DM erzielt, sie habe ihr Unternehmenskennzeichen „VIAG INTERKOM mit gelb-/orangener Kugel“ mit einem jährlichen Werbebudget in dreistelliger Millionenhöhe beworben. Wegen der Einzelheiten des diesbezüglichen Vorbringens der Klägerin wird auf ihre Ausführungen in der Klageschrift vom 22.01.2001 (Blatt ff. d.A.) und in ihrem Schriftsatz vom 08.05.2001 (Blatt 131 ff. d.A.) verwiesen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte unter gleichzeitiger Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland für ein auf die Entwicklung, Herstellung und den Vertrieb von Telekommunikationssystemen, insbesondere die Entwicklung, Herstellung und den Vertrieb von Software, elektronischen Systemen und Komponenten

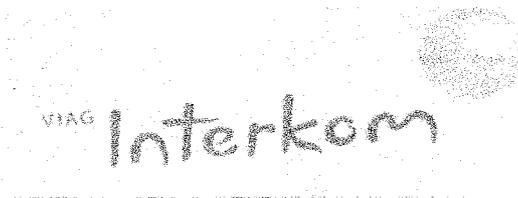
(Hardware) gerichtetes Unternehmen das nachfolgend wiedergegebene Zeichen zu benutzen:



Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die für den Unterlassungsanspruch der Klägerin notwendige Verwechslungsgefahr in Abrede gestellt. Darüber hinaus hat sie behauptet, die Klägerin verwende die für sie eingetragenen Marken nicht in der eingetragenen Form. Eine Verwendung finde vielmehr ausschließlich in der Form des als Anlage B 1 zur Klageerwiderung (Blatt 96 d.A.) vorgelegten und nachfolgend wiedergegebenen Logos statt:



Durch das angefochtene Urteil, auf das wegen der Einzelheiten verwiesen wird, hat das Landgericht die Beklagte antragsgemäß zur Unterlassung verurteilt. Zur Begründung seiner Entscheidung hat es im wesentlichen ausgeführt, das Unternehmenskennzeichen der Beklagten und die Wort-/Bildmarke Nr. 398 62 424 „interkom mit gelb-/orangener Kugel“ stünden sich verwechslungsfähig gegenüber. Deshalb verstoße die Beklagte gegen § 14 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung

mit Abs. 5 MarkenG. Zum anderen handele die Beklagte der Vorschrift des § 1 UWG zuwider, weil sie sich an das sehr bekannte Logo der Klägerin angehängt habe und diese deshalb im Sinne des § 1 UWG behindere. Wegen der Einzelheiten hat das Landgericht insoweit die aus Blatt 17 ff. d.A. ersichtliche Entscheidung der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 07.09.2000 – 31 O 466/00 – in Bezug genommen.

Ihr Unternehmenskennzeichen und die Wort-/Bildmarke der Klägerin seien miteinander nicht verwechslungsfähig, die auf Seite 5 dieses Urteils wiedergegebene Bildmarke 397 42 570 „gelb-/orange Kugel“ sei nicht eintragungsfähig. Im übrigen hat die Beklagte die Ansicht vertreten, die Regelung des § 1 UWG sei neben den Vorschriften des Markengesetzes nicht anwendbar. Außerdem lägen deren Voraussetzungen nicht vor.

Gegen das ihr am 03.07.2001 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 03.08.2001 Berufung eingelegt und diese innerhalb der mehrfach verlängerten Berufungsbegründungsfrist mit einem am 05.11.2001 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz begründet. Die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und ist der Auffassung, ihre mit der Klage beanstandete mehrgliedrige Wort-/Bildbezeichnung halte von beiden Klagemarken, insbesondere aber der Wort-/Bildmarke, einen ausreichenden Abstand. Weder die Übereinstimmung der beiderseitigen Wortbezeichnungen in der letzten Silbe „kom“ noch die von der Klägerin verwendete, von ihr fälschlicherweise als „gelb-/orange“ bezeichnete Kugel könnten als prägende Elemente der Wort-/Bildmarke angesehen werden. Die Kugel sei – insoweit unstreitig – in der Markeneintragung als „orange“ bezeichnet. Das Landgericht habe den Inhalt und Schutzzumfang der Wort-/Bildmarke zu weit gefasst und seiner Würdigung eine unzulässige zergliedernde Betrachtungsweise zugrundegelegt. Der Bildbestandteil „Kugel“ der Wort-/Bildmarke sei äußerst kennzeichnungsschwach. Im Streitfall orientiere sich der Verkehr an dem Kennwort und nicht an dem Bildelement, auch aus der Entscheidung „Rote Kreisfläche“ des Bundespatentgerichtes (GRUR 1996, 895 ff.) folge, dass einfache geometrische/farbige Elemente bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr außer Betracht zu bleiben hätten. Dazu zähle auch der Bildbestandteil des Zeichens der Klägerin. Überdies sei bei der Prüfung des §

14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zu berücksichtigen, dass die Parteien nicht in branchennahen Bereichen tätig seien. Dem maßgeblichen Gesamteindruck nach unterschieden sich ihr Unternehmenskennzeichen und die Wort-/Bildmarke der Klägerin deutlich. Eine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, auch eine mittelbare, sei deshalb nicht zu befürchten. Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Vorbringens der Beklagten wird der Inhalt ihrer Berufungsbegründung vom 05.11.2001 (Blatt 181 ff. d.A.) und ihres Schriftsatzes vom 21.02.2002 (Blatt 230 ff. d.A.) in Bezug genommen.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil zu ändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Auch sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen, verteidigt das angefochtene Urteil als richtig und nimmt für ihre Wort-/Bildmarke eine erhöhte Verkehrsbekanntheit in Anspruch. Dazu behauptet sie, rund 80% der maßgeblichen Verbraucher ordneten ein Kennzeichen im Telekommunikationsbereich, das am oberen rechten Rand seines Wortbestandteils mit einer heraufgestellten gelb-/orangenen Kugel versehen ist, ihr – der Klägerin – zu. Die gelb-/orangene Kugel habe sie massiv beworben. Im Jahr 2000 habe sie hierfür rund 98 Mio. DM und im Jahr 2001 rund 69 Mio. DM aufgewandt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen, die ebenso wie die Akte 398 62 424.0 sowie die – allerdings nur in Schwarz-/Weißkopie vorliegende – Akte 397 42 570.8/38-S99/01 des deutschen Patent- und Markenamtes sämtlich Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

Entscheidungsgründe:

Die in formeller Hinsicht nicht zu beanstandende Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Vielmehr hat das Landgericht dem Klagebegehren zu Recht stattgegeben und seine Entscheidung dabei auf die Vorschrift des § 14 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit Abs. 5 MarkenG gestützt. Der Senat nimmt die diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichts namentlich zur Verwechslungsgefahr vorab zur Vermeidung von Wiederholungen ausdrücklich als richtig in Bezug und fasst nachfolgend zusammen, warum ihm das Berufungsvorbringen der Beklagten keine Veranlassung gibt, die Berechtigung des geltend gemachten Unterlassungsbegehrens anders zu sehen als das Landgericht es getan hat.

Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist – wie das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung zu Recht hervorgehoben hat – nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vom Standpunkt eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Adressaten der betreffenden Art von Waren oder Dienstleistungen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, namentlich der Kennzeichnungskraft der Klagemarke, der Nähe der in Betracht zu ziehenden Waren und/oder Dienstleistungen, für welche die Zeichen jeweils in Gebrauch sind oder gebraucht werden sollen, sowie des Grades der Ähnlichkeit der zu vergleichenden Kennzeichnungen zu beurteilen (vgl. hierzu zuletzt etwa BGH WRP 2002, 537 ff. „Bank 24“; BGH GRUR 2001, 507 ff. = WRP 2001, 694 ff. „EVIAN/REVIAN“; BGH GRUR 2000, 506 ff. „Attaché/Tisserand“ und BGH GRUR 2001, 158, 159 = WRP 2001, 41 „Drei-Streifen-Kennzeichnung“). Zwischen den genannten, die Verwechslungsgefahr determinierenden Faktoren besteht dabei eine Wechselwirkung dergestalt, dass der Ähnlichkeitsgrad um so geringer sein kann, je größer die Kennzeichnungskraft und/oder die Waren- bzw. Dienstleistungsnähe ist, während umgekehrt ein höherer Ähnlichkeitsgrad erforderlich ist, wenn die Kennzeichnungskraft der Klagemarke nur schwach und/oder der Waren- bzw. Dienstleistungsabstand größer ist. Ein geringer Grad der Ähnlichkeit

der Waren oder Dienstleistungen kann deshalb durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken oder durch eine erhöhte Kennzeichnungskraft ausgeglichen werden und umgekehrt (BGH GRUR 2000, 506 „Attaché/Tisserand“; BGH GRUR 2000, 875, 876 „Davidoff“; BGH, a.a.O. „EVIAN/REVIAN“; BGH GRUR 1995, 216, 219 „Oxigenol II“; BGH WRP 2000, 525, 526 „comtes/ComTel“; siehe auch EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736 Tz. 19 „Lloyd“). Bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr, einer Frage, die nicht Tatsachen-, sondern Rechtsfrage ist (vgl. u.a.: BGH GRUR 1995, 808, 810 „P3-plastoclin“ und BGH WRP 2000, 535, 539 „Attaché/Tisserand“), ist Ausgangspunkt der anhand der dargestellten Kriterien vorzunehmenden Würdigung stets der Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Zeichen. Dabei kommt es entscheidend darauf an, wie die Marke auf den Durchschnittsverbraucher der betreffenden Art von Waren oder Dienstleistungen wirkt. Ein in zergliedernder, semantischer Betrachtungsweise gewährter Elementeschutz einzelner Zeichenbestandteile kommt nicht in Betracht; der Schutz eines aus einem zusammengesetzten Zeichen herausgelösten Elements ist dem Markenrecht vielmehr fremd (vgl. BGH WRP 2000, 529, 531 „ARD-1“; BGH GRUR 1999, 735, 736 „Monoflam/Polyflam“, jeweils m.w.N.). Das folgt daraus, dass der markenrechtliche Schutz von der eingetragenen Gestaltung der Marke auszugehen hat, und eine Ähnlichkeit mit einer Marke nur in deren konkreter Verwendung festgestellt werden kann (BGH GRUR 1999, 583, 584 „LORA DI RECUARO“ sowie BGH GRUR 1996, 775, 776 „Sali Toff“). Dabei entspricht es der Lebenserfahrung, dass der Verkehr ein Kennzeichen in seiner Gesamtheit mit all seinen Bestandteilen, wie es ihm in der konkreten Verwendung entgegentritt, aufnimmt, ohne es einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (BGH GRUR 2001, 1161, 1163 „CompuNet/ComNet“). Dieser Grundsatz schließt allerdings nicht aus, dass einem einzelnen Bestandteil eines mehrgliedrigen, aus mehreren Wort- und/oder Bildelementen kombinierten Zeichens unter Umständen eine besondere, den Gesamteindruck des Zeichens dominierende Kennzeichnungskraft beigemessen und deshalb bei einer Übereinstimmung der beanstandeten Bezeichnung mit dem so geprägten Zeichen die Verwechslungsgefahr im Einzelfall zu bejahen sein kann (BGH GRUR 1999, 583, 584 „LORA DI RECUARO“; BGH GRUR 1996, 977 „DRANO/P3-drano“). Bei der auf dieser Grundlage vorzunehmenden Würdigung der Verwechslungsfähigkeit der sich im Streitfall gegenüberstehen-

den Zeichen ist sodann dem Erfahrungssatz Rechnung zu tragen, dass der Durchschnittsverbraucher regelmäßig nicht die Möglichkeit hat, verschiedene Marken oder Kennzeichnungen unmittelbar miteinander zu vergleichen, und dass er sich deshalb auf das unvollkommene Bild verlassen muss, das er von einer Marke im Gedächtnis behalten hat (EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736 Tz. 26 „Lloyd“; BGH WRP 2000, 535, 539 „Attaché/Tisserand“; BGHZ 126, 287, 293 „Rotes Kreuz“). Dabei bleiben jedenfalls in aller Regel die Übereinstimmungen im maßgeblichen Gesamteindruck stärker in seinem Erinnerungsbild haften. Aus diesem Grunde ist bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr grundsätzlich mehr auf die gegebenen Übereinstimmungen der zu vergleichenden Kennzeichnungen als auf die Abweichungen abzustellen. Auch das entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. nur BGH a.a.O., „Monoflam/Polyflam“ und BGH GRUR 1998, 924, 925 = WRP 1998, 875 „salvent/salventerol“, jeweils m.w.N.). Andererseits besteht aber auch kein Erfahrungssatz, der die Annahme gestattet, einzelne Bestandteile eines Zeichens würden vom Verkehr überhaupt nicht zur Kenntnis genommen und bei der Beurteilung des Eindrucks, den das Zeichen bei seinen Adressaten hervorruft und hinterlässt, vollständig übergangen (BGH GRUR 1996, 774, 775 „falke-run/LE RUN“ m.w.N.). Letztlich ist für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr von Bedeutung, dass bei aus Wort- und Bildelementen kombinierten Zeichen für den Gesamteindruck meist der Wortbestandteil maßgebend ist, da er für den Verkehr als Kennwort regelmäßig die einfachste Bezeichnungsform darstellt (BGH GRUR 1996, 198, 200 „Springende Raubkatze“). Das bedeutet aber nicht, dass farbige Bildelemente nicht wahrgenommen würden. Vielmehr gehört es zum allgemeinen Erfahrungswissen, dass Farben jedenfalls in bestimmten Fällen deutlich wahrgenommen werden, sich als durchaus einprägsam erweisen und vor allem in besonderer Weise geeignet sind, die Aufmerksamkeit des Verbrauchers zu erregen und auch kennzeichnend zu wirken, indem sie dem Publikum die Herkunft einer Ware – Entsprechendes gilt für eine Dienstleistung – anzeigen (vgl. hierzu im Zusammenhang mit einer Farbmarke BGH GRUR 2002, 171, 175 „Marlboro-Dach“).

Auf der Basis dieser Kriterien hat das Landgericht die notwendige Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zum maßgeblichen Kollisions-

sionszeitpunkt im Ergebnis zu Recht angenommen. Allerdings teilt der Senat nicht die auf Seite 8 der Entscheidung der Kammer anklingende Rechtsauffassung, der angesprochene Verkehr könne das von der Beklagten benutzte Zeichen irrtümlich für die klägerische Marke halten und somit einer unmittelbaren Verwechslung unterliegen. Auch wenn es für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr auf den Gesamteindruck der gegenüberstehenden Zeichen im Hinblick auf die klanglichen, optischen und begrifflichen Wirkungen ankommt und eine hinreichende Übereinstimmung in nur einer dieser Hinsichten bereits die Annahme einer Verwechslungsgefahr begründen kann (vgl. BGH WRP 1999, 1041, 1042 „Schlüssel“ und für den gleichgelagerten Fall des Firmenrechtsschutzes BGH NJW 1992, 695, 696 „dipa/dib“), ist aufgrund des Gesamteindrucks der sich gegenüberstehenden Zeichen davon auszugehen, dass namentlich wegen der Wortbestandteile „interkom“ einerseits und „thetacom.“ andererseits sowie ihrer konkreten Schreibweise und auch farblichen Ausgestaltung die Unterschiede der sich gegenüberstehenden Zeichen noch so groß sind, dass der angesprochene Verkehr das eine Zeichen nicht versehentlich für das andere hält. Die vom Landgericht in seiner Entscheidung angesprochene Gefahr, dass die Zeichen im Verkehr nicht mit ausreichender Sicherheit auseinandergehalten werden könnten, besteht deshalb nach Auffassung des Senats nicht.

Dem Verteidigungsvorbringen der Beklagten verhilft das gleichwohl nicht zum Erfolg, und zwar deshalb, weil die sich gegenüberstehenden Zeichen miteinander mittelbar verwechslungsfähig sind. Denn es besteht die realistische Gefahr, dass der angesprochene Verkehr das Verletzerzeichen dem Inhaber der klägerischen Marke zugeordnet, also dem Irrtum unterliegt, die sich gegenüberstehenden Zeichen hätten die gleiche betriebliche Herkunft. Der Wort-/Bildmarke der Klägerin kommt von Hause aus durchschnittliche Kennzeichnungskraft zu. Dabei ist auf die eingetragene Form der Marke abzustellen, weil das dem Inhaber einer Marke nach § 14 Abs. 1 MarkenG zustehende ausschließliche Recht aus dem Erwerb des Markenschutzes nach § 4 MarkenG und damit im Falle des § 4 Nr. 1 MarkenG aus der Marke in der eingetragenen Form folgt (allgemeine Meinung; vgl. statt vieler BGH NJW 2000, 3716, 3718 „Subway/Subwear“). Solange – wie im Streitfall – die fünfjährige Benutzungsschon-

frist des § 25 Abs. 2 Satz 1 MarkenG nicht abgelaufen ist, ist es demgemäß für die Entscheidung des Rechtsstreits ohne Belang, ob die Klägerin ihre Wort-/Bildmarke „interkom mit gelb-/orangener Kugel“ dadurch im Sinne des § 26 Abs. 3 Satz 1 MarkenG rechtserhaltend benutzt hat, dass sie dem Wortbestandteil „interkom“ ihrer Marke den – allerdings wesentlich kleiner geschriebenen - Wortbestandteil „VIAG“ vorangestellt hat.

Was den festzulegenden Gesamteindruck der aus mehreren Bestandteilen zusammengesetzten klägerischen Marke in ihrer eingetragenen Form angeht, so wird dieser nicht durch ein einziges dominantes Element geprägt, sondern durch das Zusammenwirken von Wort- und Bildelementen. Zwar entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. etwa BGH WRP 2000, 535, 539 „Attaché/Tisserand“), dass sich der Verkehr bei kombinierten Wort-/Bildzeichen in aller Regel eher an dem Wort- als an dem Bildbestandteil zu orientieren pflegt, und zwar deshalb, weil das Kennwort normalerweise die einfachste Form ist, die Ware oder Dienstleistung zu bezeichnen. Die originäre Kennzeichnungskraft der Wortbestandteile der Klagemarke ist indes eher als gering anzusehen. Die dritte Silbe „kom“ prägt die Wortbezeichnung nicht, weil sie aus Sicht des angesprochenen Verkehrs, zu dem auch die Mitglieder des Senats gehören und was diese deshalb aus eigener Sachkunde und Erfahrung zu beurteilen in der Lage sind, den Dienstleistungsbereich „Kommunikation“ beschreibt, in dem die Klägerin (und auch die Beklagte) tätig ist. Der Wortbestandteil „inter“ hat zwar nicht ausschließlich beschreibende Funktion, ist aber nicht sonderlich phantasievoll und kennzeichnungsschwach. Im Ergebnis ändert das jedoch nichts daran, dass der Klagemarke von Hause aus durchschnittliche Kennzeichnungskraft beizumessen ist. Insoweit ist nämlich – wie bereits gesagt – auf den durch das Zusammenwirken aller Zeichenbestandteile vermittelten Gesamteindruck abzustellen. Aus der Sicht des angesprochenen Verkehrs beruht die Kennzeichnungskraft der Klagemarke auf der Kombination der Wortbestandteile einerseits und eines entgegen der Auffassung der Beklagten sehr markanten Bildelements in Form einer in mehreren Farben schattierenden Kugel. Der Senat hat sich durch die Hinzuziehung der Markenakte und deren Lektüre davon überzeugt, dass der Markeneintragung eine sogar dreifarbige Kugel (Gelb, Orange und ein wenig Weiß) zugrunde liegt und dass die Be-

schreibung in der Markeneintragung, die Kugel sei „orange“, den tatsächlichen Eintragungsstand nicht richtig wiedergibt. Dieses Bildelement zeichnet sich nicht nur durch das markante und in optischer Hinsicht ansprechende Ineinanderverfließen dreier Farben (Orange, Gelb und Weiß), sondern auch dadurch aus, dass es rechts oberhalb des Wortbestandteils „interkom“ angebracht ist und deshalb besonders ins Auge fällt. Gerade dieses dreifarbige Bildelement, bei dem die Farben orange und gelb klar dominieren, wird vom Verkehr besonders deutlich wahrgenommen, er prägt es sich ein und erinnert es als Herkunftshinweis. Insgesamt kann deshalb gerade wegen der Tatsache, dass das Bildelement der Klagemarke wegen seiner konkreten farblichen Ausgestaltung und seiner konkreten Verbindung zu den jedenfalls kennzeichnungsschwachen Wortelementen ein besonderes Gepräge gibt, kein Zweifel an einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft bestehen.

Eine Schwächung der Kennzeichnungskraft durch Drittzeichen kann nicht angenommen werden. Denn kein im Kommunikationsbereich tätiges Unternehmen außer den Parteien benutzt als Kennzeichen oder auch als „Logo“ ein Bildelement, das den von den Parteien benutzten Bildelementen auch nur annähernd ähnlich ist. Jedenfalls hat keine der beiden Parteien die Benutzung solcher zur Schwächung des Klagezeichens geeigneten Bildelemente vorgetragen. Ein Vortrag hierzu wäre aber erforderlich gewesen, weil eine Schwächung des Schutzzumfangs einer Marke nur dann angenommen werden kann, wenn andere Zeichen vorhanden sind, welche in erheblichem Umfang genutzt werden und welche dem klägerischen Zeichen oder dessen kollisionsbegründenden Bestandteilen – hier in optischer Hinsicht - ähnlich nahe kommen wie das angegriffene Verletzerzeichen (siehe zu dieser Frage OLG Frankfurt, GRUR 1997, 52 und Ingerl/Rohnke, Markengesetz 1998, § 14 Rdnr. 227).

Allerdings teilt der Senat auch nicht den von der Klägerin vertretenen und auch vom Landgericht bei der Prüfung des § 1 UWG in anderem Zusammenhang mitgetragenen Standpunkt, die durchschnittliche Kennzeichnungskraft sei im Ergebnis als überdurchschnittlich einzustufen, weil die Klagemarke einen sehr hohen Bekanntheitsgrad erlangt habe. Der klägerische Vortrag ist insoweit bereits un schlüssig. Er beschränkt sich – verkürzt wiedergegeben – auf die Be-

hauptung, man habe im Jahre 2000 einen Umsatz in Höhe von mehr als 3 Mrd. DM erzielt, das jährliche Werbebudget liege im dreistelligen Millionenbereich, man habe die gelb-/orangene Kugel im Jahre 2000 mit einem Werbeaufwand von rund 98 Mio. DM und im Jahre 2001 mit einem solchen von rund 69 Mio. DM beworben. Insoweit fehlt es nämlich schon an jedwedem Vortrag, wie denn das Bildelement einer Wort-/Bildmarke in welchen Medien und in welcher Form dargestellt beworben worden sein soll, dass der angesprochene Verkehr hinreichend Gelegenheit gehabt hat, eine in bestimmten Farben ausgestaltete Kugel als Unternehmenskennzeichen der Klägerin wahrzunehmen und zu erinnern.

Nähere Ausführungen hierzu sind indes entbehrlich, und zwar deshalb, weil auch bei einer „nur“ durchschnittlichen Kennzeichnungskraft wegen der Besonderheiten des Streitfalles und namentlich der Wechselwirkung der die Verwechslungsgefahr bestimmenden Faktoren an dem Vorliegen einer für den Verwechslungsstatbestand des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ausreichenden mittelbaren Verwechslungsgefahr kein Zweifel bestehen kann. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, dass die Beklagte bei der mit der Klage angegriffenen Kennzeichnung ihrer Firmenbezeichnung „thetacom.“ eine nach Form, Farbgebung und auch Platzierung praktisch identische Kugel folgen lässt, was zwanglos zum Beispiel aus dem auf Seite 4 dieses Urteils fotografisch wiedergegebenen Messeauftritt der Parteien im Jahre 2000 folgt. Zwar sieht der Verkehr, dass ihm hier zwei Firmen begegnen, deren Unternehmensgegenstand nicht identisch ist, die jedoch beide im Telekommunikationsbereich tätig sind und – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – jedenfalls branchennahe Leistungen erbringen oder aber nach ihrem eingetragenen Unternehmensgegenstand jedenfalls erbringen können. Wegen der Verwendung nahezu identischer, jedenfalls aber einander hoch ähnlicher Bildelemente der sich gegenüberstehenden Kennzeichnungen drängt sich dem Verkehr die Annahme geradezu auf, dasjenige Unternehmen, das unter der Bezeichnung „thetacom. mit gelb-/orangener Kugel“ seine Dienstleistungen im Telekommunikationsbereich anbietet, tue und dürfe dies tun, weil es mit dem Unternehmen, das ebenfalls im Telekommunikationsbereich unter einer bestimmten Firmenbezeichnung tätig ist und eine sehr ähnliche Kennzeichnung verwendet, vertraglich oder (konzern-) organisatorisch verbunden ist.

Erweist sich der mit der Klage geltend gemachte Unterlassungsanspruch demgemäß bereits aus § 14 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit Abs. 5 MarkenG wegen bestehender mittelbarer Verwechslungsgefahr als begründet, kann im übrigen offen bleiben, ob auch andere Anspruchsgrundlagen das Unterlassungsbegehren tragen könnten. Das gilt namentlich für die Vorschrift des § 1 UWG unter dem vom Landgericht als gegeben erachteten Gesichtspunkt der Rufausbeutung.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 108 ZPO.

Der Wert der Beschwer der Beklagten übersteigt 20.000,00 €.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO n.F. in Verbindung mit § 26 Nr. 7 EGZPO liegen nicht vor. Der Rechtssache kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordert die Rechtsfortbildung oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch den Bundesgerichtshof. Vielmehr hat der Senat bei der Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG die ständige und neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs namentlich zur Verwechslungsgefahr berücksichtigt, ohne von ihr abzuweichen.

Richterin am OLG Schütze ist
in Urlaub und deshalb an der
Unterschriftsleistung gehindert.

Dr. Schwippert

Dr. Schwippert

Pietsch



[Redacted]

Anlage zum Protokoll
vom 05.07.2002
Verkündet am 05.07.2002
Berghaus, J.S. in
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

OBERLANDESGERICHT KÖLN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

der Firma th [Redacted] Telekommunikationssysteme GmbH, vertreten durch ihren
Geschäftsführer Hans-Jürgen Kain, Robert [Redacted] 11, 51049 Pfaff-
stadt,

Beklagte und Berufungsklägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [Redacted] -

gegen

die Firma [Redacted] GmbH & Co. OHG, vertreten durch ihre persönlich
haftenden Gesellschafter, die Firmen [Redacted] (Germany) Verwaltungs GmbH
die [Redacted] (Germany) Management GmbH, diese vertreten durch ihren Geschäfts-
führer [Redacted] Greger, Werner G. Prauß, [Redacted] Sieferle und
Hans-Burkhard Ziemann, Eisen [Redacted] 11, 50667 Mülheim,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin [Redacted]

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln
auf die mündliche Verhandlung vom 15. Mai 2002
unter Mitwirkung seiner Mitglieder Dr. Schwippert, Schütze und Pietsch

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 19.06.2001 verkündete Urteil der 33. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 33 O 21/01 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Sicherheitsleistung beträgt hinsichtlich des titulierten Unterlassungsanspruchs 500.000,00 € und hinsichtlich des Kostenerstattungsanspruchs der Klägerin 120% des zu vollstreckenden Betrages.

Beiden Parteien wird gestattet, die Sicherheitsleistung auch durch schriftliche, unwiderrufliche, unbedingte und unbefristete Bürgschaft eines im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts zu erbringen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Bei der Klägerin handelt es sich um ein im Jahre 1995 gegründetes Unternehmen, das bis vor kurzem unter der Firmenbezeichnung „VIAG INTERKOM

GmbH & Co. OHG“ Telekommunikations- und Internetdienstleistungen für den deutschen Markt, insbesondere innovative Dienste, die auf der Integration von Festnetz und Mobilfunk beruhen, anbot. Im Verlaufe des Berufungsrechtszugs hat sie ihren Firmennamen in „O2 (Germany) GmbH & Co. OHG“ geändert. Vor ihrer Umfirmierung hat sie das Unternehmenskennzeichen „VIAG INTERKOM“ mit der Darstellung einer „gelb-/orangenen Kugel“ verwendet. Wegen der Einzelheiten dieser Verwendung wird auf die als Anlagen K 1 und K 6 zur Klageschrift vom 22.01.2001 zu den Akten gereichten, nachfolgend fotografisch wiedergegebenen Abbildungen des Unternehmenskennzeichens verwiesen:

Anlage K1 Interkom 

VIAG INTERKOM GmbH & Co. OHG München

z. Hd. Herrn Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

L. [REDACTED] S. [REDACTED]
Rechts- u. Patentanwaltskanzlei

09. JUNI 2000

Friedr.

Rechtsanwalt
Zivil- und Vertragsrecht
Fon 089 - [REDACTED]
Fax 089 - [REDACTED]

www.viaginterkom.de

07. Juni 2000



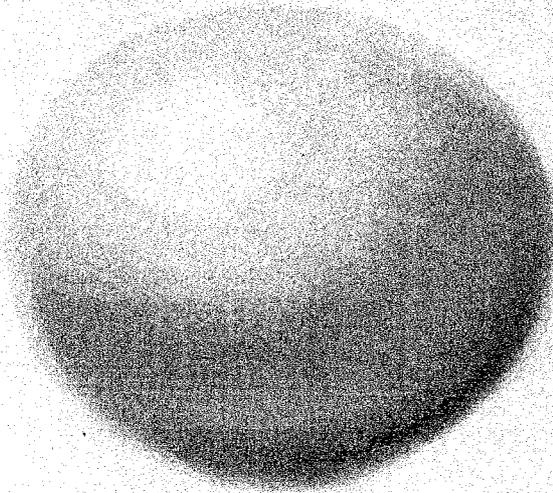
Die Klägerin ist Inhaberin der am 02.10.1997 für die Waren und Dienstleistungen der Klasse 1 – 42, unter anderem auch für die Klasse 38 „Telekommunikation“ eingetragenen deutschen Bildmarke 397 42 570, deren Farbe im Markenregister mit „orange“ angegeben ist und wegen deren Ausgestaltung auf die nachfolgende Farbkopie verwiesen wird. Gegen diese am 05.09.1997 angemeldete Bildmarke hat die Beklagte Widerspruch eingelegt. Sie verlangt deren Löschung.

DE Markenblatt Heft 31 vom 10.11.1997

Cl. 38

(m) 397 42 570

01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14



Darüber hinaus ist die Klägerin Inhaberin der am 04.01.1999 für dieselben Klassen eingetragenen, nachstehend ebenfalls wiedergegebenen Wort-/Bildmarke 398 62 424 „interkom mit gelb-/orangener Kugel (im folgenden auch als „Wort-/Bildmarke“ oder „Klagemarke“ bezeichnet), über die es in der Markenregisterbeschreibung allerdings heißt, es handele sich um eine farbige Eintragung mit den Farben dunkelblau und orange.

Interkom



Die Beklagte, die Firma thetakom. Telekommunikationssysteme GmbH, befasst sich mit dem Vertrieb von Software, die dazu dient, Telefax-, E-mail- und Voice-Nachrichten in einer vereinheitlichten Mailbox zu empfangen und durch eine einheitliche Bedieneroberfläche am Computer sichtbar zu machen. Im Handelsregister ist sie mit dem Unternehmensgegenstand „Telekommunikationssysteme, insbesondere Entwicklung, Herstellung und Vertrieb von Software, elektronischen Systemen und Komponenten (Hardware)“ eingetragen. Anfang November 2000 begegneten sich die Parteien auf der Messe „Systems“ in München. Anlässlich dieser Messe stellte die Klägerin fest, dass die Beklagte die den Gegenstand ihres jetzigen Unterlassungsbegehrens bildende, auf Seite 4 dieses Urteils bereits wiedergegebene und im nachfolgenden erstinstanzlichen Klageantrag der Klägerin nochmals eingeblendete „thetakom. Kugel“ verwendet. Die Klägerin hat die Beklagte daraufhin auf Unterlassung der Verwendung dieses Unternehmenskennzeichens in Anspruch genommen und die Ansicht vertreten, die Beklagte verletze durch die Verwendung dieses Unternehmenskennzeichens ihre älteren Marken-, Firmen- und auch Namensrechte. Außerdem verstoße die Beklagte gegen die Bestimmung des § 1 UWG, weil sie es darauf angelegt habe, sich an den guten Ruf ihres Unternehmens anzuhängen. In diesem Zusammenhang hat die Klägerin behauptet, sie habe im Jahre 2000 einen Umsatz in Höhe von mehr als 3 Mrd. DM erzielt, sie habe ihr Unternehmenskennzeichen „VIAG INTERKOM mit gelb-/orangener Kugel“ mit einem jährlichen Werbebudget in dreistelliger Millionenhöhe beworben. Wegen der Einzelheiten des diesbezüglichen Vorbringens der Klägerin wird auf ihre Ausführungen in der Klageschrift vom 22.01.2001 (Blatt ff. d.A.) und in ihrem Schriftsatz vom 08.05.2001 (Blatt 131 ff. d.A.) verwiesen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte unter gleichzeitiger Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland für ein auf die Entwicklung, Herstellung und den Vertrieb von Telekommunikationssystemen, insbesondere die Entwicklung, Herstellung und den Vertrieb von Software, elektronischen Systemen und Komponenten

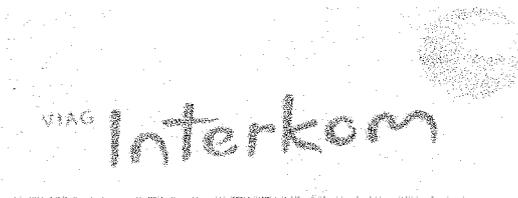
(Hardware) gerichtetes Unternehmen das nachfolgend wiedergegebene Zeichen zu benutzen:



Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die für den Unterlassungsanspruch der Klägerin notwendige Verwechslungsgefahr in Abrede gestellt. Darüber hinaus hat sie behauptet, die Klägerin verwende die für sie eingetragenen Marken nicht in der eingetragenen Form. Eine Verwendung finde vielmehr ausschließlich in der Form des als Anlage B 1 zur Klageerwiderung (Blatt 96 d.A.) vorgelegten und nachfolgend wiedergegebenen Logos statt:



Durch das angefochtene Urteil, auf das wegen der Einzelheiten verwiesen wird, hat das Landgericht die Beklagte antragsgemäß zur Unterlassung verurteilt. Zur Begründung seiner Entscheidung hat es im wesentlichen ausgeführt, das Unternehmenskennzeichen der Beklagten und die Wort-/Bildmarke Nr. 398 62 424 „interkom mit gelb-/orangener Kugel“ stünden sich verwechslungsfähig gegenüber. Deshalb verstoße die Beklagte gegen § 14 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung

mit Abs. 5 MarkenG. Zum anderen handele die Beklagte der Vorschrift des § 1 UWG zuwider, weil sie sich an das sehr bekannte Logo der Klägerin angehängt habe und diese deshalb im Sinne des § 1 UWG behindere. Wegen der Einzelheiten hat das Landgericht insoweit die aus Blatt 17 ff. d.A. ersichtliche Entscheidung der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 07.09.2000 – 31 O 466/00 – in Bezug genommen.

Ihr Unternehmenskennzeichen und die Wort-/Bildmarke der Klägerin seien miteinander nicht verwechslungsfähig, die auf Seite 5 dieses Urteils wiedergegebene Bildmarke 397 42 570 „gelb-/orange Kugel“ sei nicht eintragungsfähig. Im übrigen hat die Beklagte die Ansicht vertreten, die Regelung des § 1 UWG sei neben den Vorschriften des Markengesetzes nicht anwendbar. Außerdem lägen deren Voraussetzungen nicht vor.

Gegen das ihr am 03.07.2001 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 03.08.2001 Berufung eingelegt und diese innerhalb der mehrfach verlängerten Berufungsbegründungsfrist mit einem am 05.11.2001 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz begründet. Die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und ist der Auffassung, ihre mit der Klage beanstandete mehrgliedrige Wort-/Bildbezeichnung halte von beiden Klagemarken, insbesondere aber der Wort-/Bildmarke, einen ausreichenden Abstand. Weder die Übereinstimmung der beiderseitigen Wortbezeichnungen in der letzten Silbe „kom“ noch die von der Klägerin verwendete, von ihr fälschlicherweise als „gelb-/orange“ bezeichnete Kugel könnten als prägende Elemente der Wort-/Bildmarke angesehen werden. Die Kugel sei – insoweit unstreitig – in der Markeneintragung als „orange“ bezeichnet. Das Landgericht habe den Inhalt und Schutzzumfang der Wort-/Bildmarke zu weit gefasst und seiner Würdigung eine unzulässige zergliedernde Betrachtungsweise zugrundegelegt. Der Bildbestandteil „Kugel“ der Wort-/Bildmarke sei äußerst kennzeichnungsschwach. Im Streitfall orientiere sich der Verkehr an dem Kennwort und nicht an dem Bildelement, auch aus der Entscheidung „Rote Kreisfläche“ des Bundespatentgerichtes (GRUR 1996, 895 ff.) folge, dass einfache geometrische/farbige Elemente bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr außer Betracht zu bleiben hätten. Dazu zähle auch der Bildbestandteil des Zeichens der Klägerin. Überdies sei bei der Prüfung des §

14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zu berücksichtigen, dass die Parteien nicht in branchennahen Bereichen tätig seien. Dem maßgeblichen Gesamteindruck nach unterschieden sich ihr Unternehmenskennzeichen und die Wort-/Bildmarke der Klägerin deutlich. Eine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, auch eine mittelbare, sei deshalb nicht zu befürchten. Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Vorbringens der Beklagten wird der Inhalt ihrer Berufungsbegründung vom 05.11.2001 (Blatt 181 ff. d.A.) und ihres Schriftsatzes vom 21.02.2002 (Blatt 230 ff. d.A.) in Bezug genommen.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil zu ändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Auch sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen, verteidigt das angefochtene Urteil als richtig und nimmt für ihre Wort-/Bildmarke eine erhöhte Verkehrsbekanntheit in Anspruch. Dazu behauptet sie, rund 80% der maßgeblichen Verbraucher ordneten ein Kennzeichen im Telekommunikationsbereich, das am oberen rechten Rand seines Wortbestandteils mit einer heraufgestellten gelb-/orangenen Kugel versehen ist, ihr – der Klägerin – zu. Die gelb-/orangene Kugel habe sie massiv beworben. Im Jahr 2000 habe sie hierfür rund 98 Mio. DM und im Jahr 2001 rund 69 Mio. DM aufgewandt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen, die ebenso wie die Akte 398 62 424.0 sowie die – allerdings nur in Schwarz-/Weißkopie vorliegende – Akte 397 42 570.8/38-S99/01 des deutschen Patent- und Markenamtes sämtlich Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

Entscheidungsgründe:

Die in formeller Hinsicht nicht zu beanstandende Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Vielmehr hat das Landgericht dem Klagebegehren zu Recht stattgegeben und seine Entscheidung dabei auf die Vorschrift des § 14 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit Abs. 5 MarkenG gestützt. Der Senat nimmt die diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichts namentlich zur Verwechslungsgefahr vorab zur Vermeidung von Wiederholungen ausdrücklich als richtig in Bezug und fasst nachfolgend zusammen, warum ihm das Berufungsvorbringen der Beklagten keine Veranlassung gibt, die Berechtigung des geltend gemachten Unterlassungsbegehrens anders zu sehen als das Landgericht es getan hat.

Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist – wie das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung zu Recht hervorgehoben hat – nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vom Standpunkt eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Adressaten der betreffenden Art von Waren oder Dienstleistungen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, namentlich der Kennzeichnungskraft der Klagemarke, der Nähe der in Betracht zu ziehenden Waren und/oder Dienstleistungen, für welche die Zeichen jeweils in Gebrauch sind oder gebraucht werden sollen, sowie des Grades der Ähnlichkeit der zu vergleichenden Kennzeichnungen zu beurteilen (vgl. hierzu zuletzt etwa BGH WRP 2002, 537 ff. „Bank 24“; BGH GRUR 2001, 507 ff. = WRP 2001, 694 ff. „EVIAN/REVIAN“; BGH GRUR 2000, 506 ff. „Attaché/Tisserand“ und BGH GRUR 2001, 158, 159 = WRP 2001, 41 „Drei-Streifen-Kennzeichnung“). Zwischen den genannten, die Verwechslungsgefahr determinierenden Faktoren besteht dabei eine Wechselwirkung dergestalt, dass der Ähnlichkeitsgrad um so geringer sein kann, je größer die Kennzeichnungskraft und/oder die Waren- bzw. Dienstleistungsnähe ist, während umgekehrt ein höherer Ähnlichkeitsgrad erforderlich ist, wenn die Kennzeichnungskraft der Klagemarke nur schwach und/oder der Waren- bzw. Dienstleistungsabstand größer ist. Ein geringer Grad der Ähnlichkeit

der Waren oder Dienstleistungen kann deshalb durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken oder durch eine erhöhte Kennzeichnungskraft ausgeglichen werden und umgekehrt (BGH GRUR 2000, 506 „Attaché/Tisserand“; BGH GRUR 2000, 875, 876 „Davidoff“; BGH, a.a.O. „EVIAN/REVIAN“; BGH GRUR 1995, 216, 219 „Oxigenol II“; BGH WRP 2000, 525, 526 „comtes/ComTel“; siehe auch EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736 Tz. 19 „Lloyd“). Bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr, einer Frage, die nicht Tatsachen-, sondern Rechtsfrage ist (vgl. u.a.: BGH GRUR 1995, 808, 810 „P3-plastoclin“ und BGH WRP 2000, 535, 539 „Attaché/Tisserand“), ist Ausgangspunkt der anhand der dargestellten Kriterien vorzunehmenden Würdigung stets der Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Zeichen. Dabei kommt es entscheidend darauf an, wie die Marke auf den Durchschnittsverbraucher der betreffenden Art von Waren oder Dienstleistungen wirkt. Ein in zergliedernder, semantischer Betrachtungsweise gewährter Elementeschutz einzelner Zeichenbestandteile kommt nicht in Betracht; der Schutz eines aus einem zusammengesetzten Zeichen herausgelösten Elements ist dem Markenrecht vielmehr fremd (vgl. BGH WRP 2000, 529, 531 „ARD-1“; BGH GRUR 1999, 735, 736 „Monoflam/Polyflam“, jeweils m.w.N.). Das folgt daraus, dass der markenrechtliche Schutz von der eingetragenen Gestaltung der Marke auszugehen hat, und eine Ähnlichkeit mit einer Marke nur in deren konkreter Verwendung festgestellt werden kann (BGH GRUR 1999, 583, 584 „LORA DI RECUARO“ sowie BGH GRUR 1996, 775, 776 „Sali Toff“). Dabei entspricht es der Lebenserfahrung, dass der Verkehr ein Kennzeichen in seiner Gesamtheit mit all seinen Bestandteilen, wie es ihm in der konkreten Verwendung entgegentritt, aufnimmt, ohne es einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (BGH GRUR 2001, 1161, 1163 „CompuNet/ComNet“). Dieser Grundsatz schließt allerdings nicht aus, dass einem einzelnen Bestandteil eines mehrgliedrigen, aus mehreren Wort- und/oder Bildelementen kombinierten Zeichens unter Umständen eine besondere, den Gesamteindruck des Zeichens dominierende Kennzeichnungskraft beigemessen und deshalb bei einer Übereinstimmung der beanstandeten Bezeichnung mit dem so geprägten Zeichen die Verwechslungsgefahr im Einzelfall zu bejahen sein kann (BGH GRUR 1999, 583, 584 „LORA DI RECUARO“; BGH GRUR 1996, 977 „DRANO/P3-drano“). Bei der auf dieser Grundlage vorzunehmenden Würdigung der Verwechslungsfähigkeit der sich im Streitfall gegenüberstehen-

den Zeichen ist sodann dem Erfahrungssatz Rechnung zu tragen, dass der Durchschnittsverbraucher regelmäßig nicht die Möglichkeit hat, verschiedene Marken oder Kennzeichnungen unmittelbar miteinander zu vergleichen, und dass er sich deshalb auf das unvollkommene Bild verlassen muss, das er von einer Marke im Gedächtnis behalten hat (EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736 Tz. 26 „Lloyd“; BGH WRP 2000, 535, 539 „Attaché/Tisserand“; BGHZ 126, 287, 293 „Rotes Kreuz“). Dabei bleiben jedenfalls in aller Regel die Übereinstimmungen im maßgeblichen Gesamteindruck stärker in seinem Erinnerungsbild haften. Aus diesem Grunde ist bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr grundsätzlich mehr auf die gegebenen Übereinstimmungen der zu vergleichenden Kennzeichnungen als auf die Abweichungen abzustellen. Auch das entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. nur BGH a.a.O., „Monoflam/Polyflam“ und BGH GRUR 1998, 924, 925 = WRP 1998, 875 „salvent/salventerol“, jeweils m.w.N.). Andererseits besteht aber auch kein Erfahrungssatz, der die Annahme gestattet, einzelne Bestandteile eines Zeichens würden vom Verkehr überhaupt nicht zur Kenntnis genommen und bei der Beurteilung des Eindrucks, den das Zeichen bei seinen Adressaten hervorruft und hinterlässt, vollständig übergangen (BGH GRUR 1996, 774, 775 „falke-run/LE RUN“ m.w.N.). Letztlich ist für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr von Bedeutung, dass bei aus Wort- und Bildelementen kombinierten Zeichen für den Gesamteindruck meist der Wortbestandteil maßgebend ist, da er für den Verkehr als Kennwort regelmäßig die einfachste Bezeichnungsform darstellt (BGH GRUR 1996, 198, 200 „Springende Raubkatze“). Das bedeutet aber nicht, dass farbige Bildelemente nicht wahrgenommen würden. Vielmehr gehört es zum allgemeinen Erfahrungswissen, dass Farben jedenfalls in bestimmten Fällen deutlich wahrgenommen werden, sich als durchaus einprägsam erweisen und vor allem in besonderer Weise geeignet sind, die Aufmerksamkeit des Verbrauchers zu erregen und auch kennzeichnend zu wirken, indem sie dem Publikum die Herkunft einer Ware – Entsprechendes gilt für eine Dienstleistung – anzeigen (vgl. hierzu im Zusammenhang mit einer Farbmarke BGH GRUR 2002, 171, 175 „Marlboro-Dach“).

Auf der Basis dieser Kriterien hat das Landgericht die notwendige Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zum maßgeblichen Kollisions-

sionszeitpunkt im Ergebnis zu Recht angenommen. Allerdings teilt der Senat nicht die auf Seite 8 der Entscheidung der Kammer anklingende Rechtsauffassung, der angesprochene Verkehr könne das von der Beklagten benutzte Zeichen irrtümlich für die klägerische Marke halten und somit einer unmittelbaren Verwechslung unterliegen. Auch wenn es für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr auf den Gesamteindruck der gegenüberstehenden Zeichen im Hinblick auf die klanglichen, optischen und begrifflichen Wirkungen ankommt und eine hinreichende Übereinstimmung in nur einer dieser Hinsichten bereits die Annahme einer Verwechslungsgefahr begründen kann (vgl. BGH WRP 1999, 1041, 1042 „Schlüssel“ und für den gleichgelagerten Fall des Firmenrechtsschutzes BGH NJW 1992, 695, 696 „dipa/dib“), ist aufgrund des Gesamteindrucks der sich gegenüberstehenden Zeichen davon auszugehen, dass namentlich wegen der Wortbestandteile „interkom“ einerseits und „thetacom.“ andererseits sowie ihrer konkreten Schreibweise und auch farblichen Ausgestaltung die Unterschiede der sich gegenüberstehenden Zeichen noch so groß sind, dass der angesprochene Verkehr das eine Zeichen nicht versehentlich für das andere hält. Die vom Landgericht in seiner Entscheidung angesprochene Gefahr, dass die Zeichen im Verkehr nicht mit ausreichender Sicherheit auseinandergehalten werden könnten, besteht deshalb nach Auffassung des Senats nicht.

Dem Verteidigungsvorbringen der Beklagten verhilft das gleichwohl nicht zum Erfolg, und zwar deshalb, weil die sich gegenüberstehenden Zeichen miteinander mittelbar verwechslungsfähig sind. Denn es besteht die realistische Gefahr, dass der angesprochene Verkehr das Verletzerzeichen dem Inhaber der klägerischen Marke zugeordnet, also dem Irrtum unterliegt, die sich gegenüberstehenden Zeichen hätten die gleiche betriebliche Herkunft. Der Wort-/Bildmarke der Klägerin kommt von Hause aus durchschnittliche Kennzeichnungskraft zu. Dabei ist auf die eingetragene Form der Marke abzustellen, weil das dem Inhaber einer Marke nach § 14 Abs. 1 MarkenG zustehende ausschließliche Recht aus dem Erwerb des Markenschutzes nach § 4 MarkenG und damit im Falle des § 4 Nr. 1 MarkenG aus der Marke in der eingetragenen Form folgt (allgemeine Meinung; vgl. statt vieler BGH NJW 2000, 3716, 3718 „Subway/Subwear“). Solange – wie im Streitfall – die fünfjährige Benutzungsschon-

frist des § 25 Abs. 2 Satz 1 MarkenG nicht abgelaufen ist, ist es demgemäß für die Entscheidung des Rechtsstreits ohne Belang, ob die Klägerin ihre Wort-/Bildmarke „interkom mit gelb-/orangener Kugel“ dadurch im Sinne des § 26 Abs. 3 Satz 1 MarkenG rechtserhaltend benutzt hat, dass sie dem Wortbestandteil „interkom“ ihrer Marke den – allerdings wesentlich kleiner geschriebenen - Wortbestandteil „VIAG“ vorangestellt hat.

Was den festzulegenden Gesamteindruck der aus mehreren Bestandteilen zusammengesetzten klägerischen Marke in ihrer eingetragenen Form angeht, so wird dieser nicht durch ein einziges dominantes Element geprägt, sondern durch das Zusammenwirken von Wort- und Bildelementen. Zwar entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. etwa BGH WRP 2000, 535, 539 „Attaché/Tisserand“), dass sich der Verkehr bei kombinierten Wort-/Bildzeichen in aller Regel eher an dem Wort- als an dem Bildbestandteil zu orientieren pflegt, und zwar deshalb, weil das Kennwort normalerweise die einfachste Form ist, die Ware oder Dienstleistung zu bezeichnen. Die originäre Kennzeichnungskraft der Wortbestandteile der Klagemarke ist indes eher als gering anzusehen. Die dritte Silbe „kom“ prägt die Wortbezeichnung nicht, weil sie aus Sicht des angesprochenen Verkehrs, zu dem auch die Mitglieder des Senats gehören und was diese deshalb aus eigener Sachkunde und Erfahrung zu beurteilen in der Lage sind, den Dienstleistungsbereich „Kommunikation“ beschreibt, in dem die Klägerin (und auch die Beklagte) tätig ist. Der Wortbestandteil „inter“ hat zwar nicht ausschließlich beschreibende Funktion, ist aber nicht sonderlich phantasievoll und kennzeichnungsschwach. Im Ergebnis ändert das jedoch nichts daran, dass der Klagemarke von Hause aus durchschnittliche Kennzeichnungskraft beizumessen ist. Insoweit ist nämlich – wie bereits gesagt – auf den durch das Zusammenwirken aller Zeichenbestandteile vermittelten Gesamteindruck abzustellen. Aus der Sicht des angesprochenen Verkehrs beruht die Kennzeichnungskraft der Klagemarke auf der Kombination der Wortbestandteile einerseits und eines entgegen der Auffassung der Beklagten sehr markanten Bildelements in Form einer in mehreren Farben schattierenden Kugel. Der Senat hat sich durch die Hinzuziehung der Markenakte und deren Lektüre davon überzeugt, dass der Markeneintragung eine sogar dreifarbige Kugel (Gelb, Orange und ein wenig Weiß) zugrunde liegt und dass die Be-

schreibung in der Markeneintragung, die Kugel sei „orange“, den tatsächlichen Eintragungsstand nicht richtig wiedergibt. Dieses Bildelement zeichnet sich nicht nur durch das markante und in optischer Hinsicht ansprechende Ineinanderfließen dreier Farben (Orange, Gelb und Weiß), sondern auch dadurch aus, dass es rechts oberhalb des Wortbestandteils „interkom“ angebracht ist und deshalb besonders ins Auge fällt. Gerade dieses dreifarbige Bildelement, bei dem die Farben orange und gelb klar dominieren, wird vom Verkehr besonders deutlich wahrgenommen, er prägt es sich ein und erinnert es als Herkunftshinweis. Insgesamt kann deshalb gerade wegen der Tatsache, dass das Bildelement der Klagemarke wegen seiner konkreten farblichen Ausgestaltung und seiner konkreten Verbindung zu den jedenfalls kennzeichnungsschwachen Wortelementen ein besonderes Gepräge gibt, kein Zweifel an einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft bestehen.

Eine Schwächung der Kennzeichnungskraft durch Drittzeichen kann nicht angenommen werden. Denn kein im Kommunikationsbereich tätiges Unternehmen außer den Parteien benutzt als Kennzeichen oder auch als „Logo“ ein Bildelement, das den von den Parteien benutzten Bildelementen auch nur annähernd ähnlich ist. Jedenfalls hat keine der beiden Parteien die Benutzung solcher zur Schwächung des Klagezeichens geeigneten Bildelemente vorgetragen. Ein Vortrag hierzu wäre aber erforderlich gewesen, weil eine Schwächung des Schutzzumfangs einer Marke nur dann angenommen werden kann, wenn andere Zeichen vorhanden sind, welche in erheblichem Umfang genutzt werden und welche dem klägerischen Zeichen oder dessen kollisionsbegründenden Bestandteilen – hier in optischer Hinsicht - ähnlich nahe kommen wie das angegriffene Verletzerzeichen (siehe zu dieser Frage OLG Frankfurt, GRUR 1997, 52 und Ingerl/Rohnke, Markengesetz 1998, § 14 Rdnr. 227).

Allerdings teilt der Senat auch nicht den von der Klägerin vertretenen und auch vom Landgericht bei der Prüfung des § 1 UWG in anderem Zusammenhang mitgetragenen Standpunkt, die durchschnittliche Kennzeichnungskraft sei im Ergebnis als überdurchschnittlich einzustufen, weil die Klagemarke einen sehr hohen Bekanntheitsgrad erlangt habe. Der klägerische Vortrag ist insoweit bereits un schlüssig. Er beschränkt sich – verkürzt wiedergegeben – auf die Be-

hauptung, man habe im Jahre 2000 einen Umsatz in Höhe von mehr als 3 Mrd. DM erzielt, das jährliche Werbebudget liege im dreistelligen Millionenbereich, man habe die gelb-/orangene Kugel im Jahre 2000 mit einem Werbeaufwand von rund 98 Mio. DM und im Jahre 2001 mit einem solchen von rund 69 Mio. DM beworben. Insoweit fehlt es nämlich schon an jedwedem Vortrag, wie denn das Bildelement einer Wort-/Bildmarke in welchen Medien und in welcher Form dargestellt beworben worden sein soll, dass der angesprochene Verkehr hinreichend Gelegenheit gehabt hat, eine in bestimmten Farben ausgestaltete Kugel als Unternehmenskennzeichen der Klägerin wahrzunehmen und zu erinnern.

Nähere Ausführungen hierzu sind indes entbehrlich, und zwar deshalb, weil auch bei einer „nur“ durchschnittlichen Kennzeichnungskraft wegen der Besonderheiten des Streitfalles und namentlich der Wechselwirkung der die Verwechslungsgefahr bestimmenden Faktoren an dem Vorliegen einer für den Verwechslungsstatbestand des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ausreichenden mittelbaren Verwechslungsgefahr kein Zweifel bestehen kann. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, dass die Beklagte bei der mit der Klage angegriffenen Kennzeichnung ihrer Firmenbezeichnung „thetacom.“ eine nach Form, Farbgebung und auch Platzierung praktisch identische Kugel folgen lässt, was zwanglos zum Beispiel aus dem auf Seite 4 dieses Urteils fotografisch wiedergegebenen Messeauftritt der Parteien im Jahre 2000 folgt. Zwar sieht der Verkehr, dass ihm hier zwei Firmen begegnen, deren Unternehmensgegenstand nicht identisch ist, die jedoch beide im Telekommunikationsbereich tätig sind und – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – jedenfalls branchennahe Leistungen erbringen oder aber nach ihrem eingetragenen Unternehmensgegenstand jedenfalls erbringen können. Wegen der Verwendung nahezu identischer, jedenfalls aber einander hoch ähnlicher Bildelemente der sich gegenüberstehenden Kennzeichnungen drängt sich dem Verkehr die Annahme geradezu auf, dasjenige Unternehmen, das unter der Bezeichnung „thetacom. mit gelb-/orangener Kugel“ seine Dienstleistungen im Telekommunikationsbereich anbietet, tue und dürfe dies tun, weil es mit dem Unternehmen, das ebenfalls im Telekommunikationsbereich unter einer bestimmten Firmenbezeichnung tätig ist und eine sehr ähnliche Kennzeichnung verwendet, vertraglich oder (konzern-) organisatorisch verbunden ist.

Erweist sich der mit der Klage geltend gemachte Unterlassungsanspruch demgemäß bereits aus § 14 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit Abs. 5 MarkenG wegen bestehender mittelbarer Verwechslungsgefahr als begründet, kann im übrigen offen bleiben, ob auch andere Anspruchsgrundlagen das Unterlassungsbegehren tragen könnten. Das gilt namentlich für die Vorschrift des § 1 UWG unter dem vom Landgericht als gegeben erachteten Gesichtspunkt der Rufausbeutung.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 108 ZPO.

Der Wert der Beschwer der Beklagten übersteigt 20.000,00 €.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO n.F. in Verbindung mit § 26 Nr. 7 EGZPO liegen nicht vor. Der Rechtssache kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordert die Rechtsfortbildung oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch den Bundesgerichtshof. Vielmehr hat der Senat bei der Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG die ständige und neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs namentlich zur Verwechslungsgefahr berücksichtigt, ohne von ihr abzuweichen.

Richterin am OLG Schütze ist
in Urlaub und deshalb an der
Unterschriftsleistung gehindert.

Dr. Schwippert

Dr. Schwippert

Pietsch



[Redacted]

Anlage zum Protokoll
vom 05.07.2002
Verkündet am 05.07.2002
Berghaus, J.S. in
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

OBERLANDESGERICHT KÖLN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

der Firma th [Redacted] Telekommunikationssysteme GmbH, vertreten durch ihren
Geschäftsführer Hans-Jürgen Kain, Robert [Redacted] 11, 51049 Pfaff-
stadt,

Beklagte und Berufungsklägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [Redacted] -

gegen

die Firma [Redacted] GmbH [Redacted] OHG, vertreten durch ihre persönlich
haftenden Gesellschafter, die Firmen [Redacted] (Germany) Verwaltungs GmbH [Redacted]
die [Redacted] (Germany) Management GmbH, diese vertreten durch ihren Geschäfts-
führer [Redacted] Greger, Werner G. Prauß, [Redacted] Siegen und
Hans-Burkhard Ziemann, Eisen [Redacted] 11, 50667 Mülheim,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin [Redacted] -

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln
auf die mündliche Verhandlung vom 15. Mai 2002
unter Mitwirkung seiner Mitglieder Dr. Schwippert, Schütze und Pietsch

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 19.06.2001 verkündete Urteil der 33. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 33 O 21/01 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Sicherheitsleistung beträgt hinsichtlich des titulierten Unterlassungsanspruchs 500.000,00 € und hinsichtlich des Kostenerstattungsanspruchs der Klägerin 120% des zu vollstreckenden Betrages.

Beiden Parteien wird gestattet, die Sicherheitsleistung auch durch schriftliche, unwiderrufliche, unbedingte und unbefristete Bürgschaft eines im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts zu erbringen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Bei der Klägerin handelt es sich um ein im Jahre 1995 gegründetes Unternehmen, das bis vor kurzem unter der Firmenbezeichnung „VIAG INTERKOM

GmbH & Co. OHG“ Telekommunikations- und Internetdienstleistungen für den deutschen Markt, insbesondere innovative Dienste, die auf der Integration von Festnetz und Mobilfunk beruhen, anbot. Im Verlaufe des Berufungsrechtszugs hat sie ihren Firmennamen in „O2 (Germany) GmbH & Co. OHG“ geändert. Vor ihrer Umfirmierung hat sie das Unternehmenskennzeichen „VIAG INTERKOM“ mit der Darstellung einer „gelb-/orangenen Kugel“ verwendet. Wegen der Einzelheiten dieser Verwendung wird auf die als Anlagen K 1 und K 6 zur Klageschrift vom 22.01.2001 zu den Akten gereichten, nachfolgend fotografisch wiedergegebenen Abbildungen des Unternehmenskennzeichens verwiesen:

Anlage K1 Interkom 

VIAG INTERKOM GmbH & Co. OHG München

z. Hd. Herrn Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

L. [REDACTED] S. [REDACTED]
Rechts- u. Patentanwaltskanzlei

09. JUNI 2000

Friedr.

Rechtsanwalt
Zivil- und Vertragsrecht
Fon 089 - [REDACTED]
Fax 089 - [REDACTED]

www.viaginterkom.de

07. Juni 2000



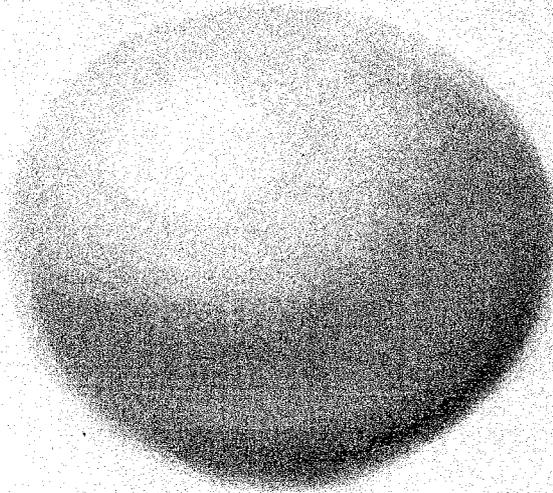
Die Klägerin ist Inhaberin der am 02.10.1997 für die Waren und Dienstleistungen der Klasse 1 – 42, unter anderem auch für die Klasse 38 „Telekommunikation“ eingetragenen deutschen Bildmarke 397 42 570, deren Farbe im Markenregister mit „orange“ angegeben ist und wegen deren Ausgestaltung auf die nachfolgende Farbkopie verwiesen wird. Gegen diese am 05.09.1997 angemeldete Bildmarke hat die Beklagte Widerspruch eingelegt. Sie verlangt deren Löschung.

DE Markenblatt Heft 31 vom 10.11.1997

Cl. 38

(m) 397 42 570

01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14



Darüber hinaus ist die Klägerin Inhaberin der am 04.01.1999 für dieselben Klassen eingetragenen, nachstehend ebenfalls wiedergegebenen Wort-/Bildmarke 398 62 424 „interkom mit gelb-/orangener Kugel (im folgenden auch als „Wort-/Bildmarke“ oder „Klagemarke“ bezeichnet), über die es in der Markenregisterbeschreibung allerdings heißt, es handele sich um eine farbige Eintragung mit den Farben dunkelblau und orange.

Interkom



Die Beklagte, die Firma thetakom. Telekommunikationssysteme GmbH, befasst sich mit dem Vertrieb von Software, die dazu dient, Telefax-, E-mail- und Voice-Nachrichten in einer vereinheitlichten Mailbox zu empfangen und durch eine einheitliche Bedieneroberfläche am Computer sichtbar zu machen. Im Handelsregister ist sie mit dem Unternehmensgegenstand „Telekommunikationssysteme, insbesondere Entwicklung, Herstellung und Vertrieb von Software, elektronischen Systemen und Komponenten (Hardware)“ eingetragen. Anfang November 2000 begegneten sich die Parteien auf der Messe „Systems“ in München. Anlässlich dieser Messe stellte die Klägerin fest, dass die Beklagte die den Gegenstand ihres jetzigen Unterlassungsbegehrens bildende, auf Seite 4 dieses Urteils bereits wiedergegebene und im nachfolgenden erstinstanzlichen Klageantrag der Klägerin nochmals eingeblendete „thetakom. Kugel“ verwendet. Die Klägerin hat die Beklagte daraufhin auf Unterlassung der Verwendung dieses Unternehmenskennzeichens in Anspruch genommen und die Ansicht vertreten, die Beklagte verletze durch die Verwendung dieses Unternehmenskennzeichens ihre älteren Marken-, Firmen- und auch Namensrechte. Außerdem verstoße die Beklagte gegen die Bestimmung des § 1 UWG, weil sie es darauf angelegt habe, sich an den guten Ruf ihres Unternehmens anzuhängen. In diesem Zusammenhang hat die Klägerin behauptet, sie habe im Jahre 2000 einen Umsatz in Höhe von mehr als 3 Mrd. DM erzielt, sie habe ihr Unternehmenskennzeichen „VIAG INTERKOM mit gelb-/orangener Kugel“ mit einem jährlichen Werbebudget in dreistelliger Millionenhöhe beworben. Wegen der Einzelheiten des diesbezüglichen Vorbringens der Klägerin wird auf ihre Ausführungen in der Klageschrift vom 22.01.2001 (Blatt ff. d.A.) und in ihrem Schriftsatz vom 08.05.2001 (Blatt 131 ff. d.A.) verwiesen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte unter gleichzeitiger Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland für ein auf die Entwicklung, Herstellung und den Vertrieb von Telekommunikationssystemen, insbesondere die Entwicklung, Herstellung und den Vertrieb von Software, elektronischen Systemen und Komponenten

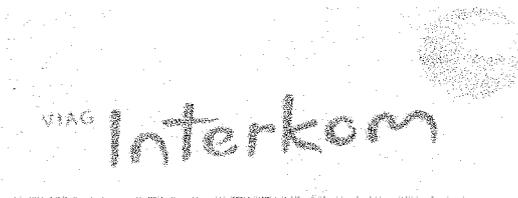
(Hardware) gerichtetes Unternehmen das nachfolgend wiedergegebene Zeichen zu benutzen:



Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die für den Unterlassungsanspruch der Klägerin notwendige Verwechslungsgefahr in Abrede gestellt. Darüber hinaus hat sie behauptet, die Klägerin verwende die für sie eingetragenen Marken nicht in der eingetragenen Form. Eine Verwendung finde vielmehr ausschließlich in der Form des als Anlage B 1 zur Klageerwiderung (Blatt 96 d.A.) vorgelegten und nachfolgend wiedergegebenen Logos statt:



Durch das angefochtene Urteil, auf das wegen der Einzelheiten verwiesen wird, hat das Landgericht die Beklagte antragsgemäß zur Unterlassung verurteilt. Zur Begründung seiner Entscheidung hat es im wesentlichen ausgeführt, das Unternehmenskennzeichen der Beklagten und die Wort-/Bildmarke Nr. 398 62 424 „interkom mit gelb-/orangener Kugel“ stünden sich verwechslungsfähig gegenüber. Deshalb verstoße die Beklagte gegen § 14 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung

mit Abs. 5 MarkenG. Zum anderen handele die Beklagte der Vorschrift des § 1 UWG zuwider, weil sie sich an das sehr bekannte Logo der Klägerin angehängt habe und diese deshalb im Sinne des § 1 UWG behindere. Wegen der Einzelheiten hat das Landgericht insoweit die aus Blatt 17 ff. d.A. ersichtliche Entscheidung der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 07.09.2000 – 31 O 466/00 – in Bezug genommen.

Ihr Unternehmenskennzeichen und die Wort-/Bildmarke der Klägerin seien miteinander nicht verwechslungsfähig, die auf Seite 5 dieses Urteils wiedergegebene Bildmarke 397 42 570 „gelb-/orange Kugel“ sei nicht eintragungsfähig. Im übrigen hat die Beklagte die Ansicht vertreten, die Regelung des § 1 UWG sei neben den Vorschriften des Markengesetzes nicht anwendbar. Außerdem lägen deren Voraussetzungen nicht vor.

Gegen das ihr am 03.07.2001 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 03.08.2001 Berufung eingelegt und diese innerhalb der mehrfach verlängerten Berufungsbegründungsfrist mit einem am 05.11.2001 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz begründet. Die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und ist der Auffassung, ihre mit der Klage beanstandete mehrgliedrige Wort-/Bildbezeichnung halte von beiden Klagemarken, insbesondere aber der Wort-/Bildmarke, einen ausreichenden Abstand. Weder die Übereinstimmung der beiderseitigen Wortbezeichnungen in der letzten Silbe „kom“ noch die von der Klägerin verwendete, von ihr fälschlicherweise als „gelb-/orange“ bezeichnete Kugel könnten als prägende Elemente der Wort-/Bildmarke angesehen werden. Die Kugel sei – insoweit unstreitig – in der Markeneintragung als „orange“ bezeichnet. Das Landgericht habe den Inhalt und Schutzzumfang der Wort-/Bildmarke zu weit gefasst und seiner Würdigung eine unzulässige zergliedernde Betrachtungsweise zugrundegelegt. Der Bildbestandteil „Kugel“ der Wort-/Bildmarke sei äußerst kennzeichnungsschwach. Im Streitfall orientiere sich der Verkehr an dem Kennwort und nicht an dem Bildelement, auch aus der Entscheidung „Rote Kreisfläche“ des Bundespatentgerichtes (GRUR 1996, 895 ff.) folge, dass einfache geometrische/farbige Elemente bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr außer Betracht zu bleiben hätten. Dazu zähle auch der Bildbestandteil des Zeichens der Klägerin. Überdies sei bei der Prüfung des §

14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zu berücksichtigen, dass die Parteien nicht in branchennahen Bereichen tätig seien. Dem maßgeblichen Gesamteindruck nach unterschieden sich ihr Unternehmenskennzeichen und die Wort-/Bildmarke der Klägerin deutlich. Eine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, auch eine mittelbare, sei deshalb nicht zu befürchten. Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Vorbringens der Beklagten wird der Inhalt ihrer Berufungsbegründung vom 05.11.2001 (Blatt 181 ff. d.A.) und ihres Schriftsatzes vom 21.02.2002 (Blatt 230 ff. d.A.) in Bezug genommen.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil zu ändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Auch sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen, verteidigt das angefochtene Urteil als richtig und nimmt für ihre Wort-/Bildmarke eine erhöhte Verkehrsbekanntheit in Anspruch. Dazu behauptet sie, rund 80% der maßgeblichen Verbraucher ordneten ein Kennzeichen im Telekommunikationsbereich, das am oberen rechten Rand seines Wortbestandteils mit einer heraufgestellten gelb-/orangenen Kugel versehen ist, ihr – der Klägerin – zu. Die gelb-/orangene Kugel habe sie massiv beworben. Im Jahr 2000 habe sie hierfür rund 98 Mio. DM und im Jahr 2001 rund 69 Mio. DM aufgewandt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen, die ebenso wie die Akte 398 62 424.0 sowie die – allerdings nur in Schwarz-/Weißkopie vorliegende – Akte 397 42 570.8/38-S99/01 des deutschen Patent- und Markenamtes sämtlich Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

Entscheidungsgründe:

Die in formeller Hinsicht nicht zu beanstandende Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Vielmehr hat das Landgericht dem Klagebegehren zu Recht stattgegeben und seine Entscheidung dabei auf die Vorschrift des § 14 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit Abs. 5 MarkenG gestützt. Der Senat nimmt die diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichts namentlich zur Verwechslungsgefahr vorab zur Vermeidung von Wiederholungen ausdrücklich als richtig in Bezug und fasst nachfolgend zusammen, warum ihm das Berufungsvorbringen der Beklagten keine Veranlassung gibt, die Berechtigung des geltend gemachten Unterlassungsbegehrens anders zu sehen als das Landgericht es getan hat.

Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist – wie das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung zu Recht hervorgehoben hat – nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vom Standpunkt eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Adressaten der betreffenden Art von Waren oder Dienstleistungen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, namentlich der Kennzeichnungskraft der Klagemarke, der Nähe der in Betracht zu ziehenden Waren und/oder Dienstleistungen, für welche die Zeichen jeweils in Gebrauch sind oder gebraucht werden sollen, sowie des Grades der Ähnlichkeit der zu vergleichenden Kennzeichnungen zu beurteilen (vgl. hierzu zuletzt etwa BGH WRP 2002, 537 ff. „Bank 24“; BGH GRUR 2001, 507 ff. = WRP 2001, 694 ff. „EVIAN/REVIAN“; BGH GRUR 2000, 506 ff. „Attaché/Tisserand“ und BGH GRUR 2001, 158, 159 = WRP 2001, 41 „Drei-Streifen-Kennzeichnung“). Zwischen den genannten, die Verwechslungsgefahr determinierenden Faktoren besteht dabei eine Wechselwirkung dergestalt, dass der Ähnlichkeitsgrad um so geringer sein kann, je größer die Kennzeichnungskraft und/oder die Waren- bzw. Dienstleistungsnähe ist, während umgekehrt ein höherer Ähnlichkeitsgrad erforderlich ist, wenn die Kennzeichnungskraft der Klagemarke nur schwach und/oder der Waren- bzw. Dienstleistungsabstand größer ist. Ein geringer Grad der Ähnlichkeit

der Waren oder Dienstleistungen kann deshalb durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken oder durch eine erhöhte Kennzeichnungskraft ausgeglichen werden und umgekehrt (BGH GRUR 2000, 506 „Attaché/Tisserand“; BGH GRUR 2000, 875, 876 „Davidoff“; BGH, a.a.O. „EVIAN/REVIAN“; BGH GRUR 1995, 216, 219 „Oxigenol II“; BGH WRP 2000, 525, 526 „comtes/ComTel“; siehe auch EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736 Tz. 19 „Lloyd“). Bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr, einer Frage, die nicht Tatsachen-, sondern Rechtsfrage ist (vgl. u.a.: BGH GRUR 1995, 808, 810 „P3-plastoclin“ und BGH WRP 2000, 535, 539 „Attaché/Tisserand“), ist Ausgangspunkt der anhand der dargestellten Kriterien vorzunehmenden Würdigung stets der Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Zeichen. Dabei kommt es entscheidend darauf an, wie die Marke auf den Durchschnittsverbraucher der betreffenden Art von Waren oder Dienstleistungen wirkt. Ein in zergliedernder, semantischer Betrachtungsweise gewährter Elementeschutz einzelner Zeichenbestandteile kommt nicht in Betracht; der Schutz eines aus einem zusammengesetzten Zeichen herausgelösten Elements ist dem Markenrecht vielmehr fremd (vgl. BGH WRP 2000, 529, 531 „ARD-1“; BGH GRUR 1999, 735, 736 „Monoflam/Polyflam“, jeweils m.w.N.). Das folgt daraus, dass der markenrechtliche Schutz von der eingetragenen Gestaltung der Marke auszugehen hat, und eine Ähnlichkeit mit einer Marke nur in deren konkreter Verwendung festgestellt werden kann (BGH GRUR 1999, 583, 584 „LORA DI RECUARO“ sowie BGH GRUR 1996, 775, 776 „Sali Toff“). Dabei entspricht es der Lebenserfahrung, dass der Verkehr ein Kennzeichen in seiner Gesamtheit mit all seinen Bestandteilen, wie es ihm in der konkreten Verwendung entgegentritt, aufnimmt, ohne es einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (BGH GRUR 2001, 1161, 1163 „CompuNet/ComNet“). Dieser Grundsatz schließt allerdings nicht aus, dass einem einzelnen Bestandteil eines mehrgliedrigen, aus mehreren Wort- und/oder Bildelementen kombinierten Zeichens unter Umständen eine besondere, den Gesamteindruck des Zeichens dominierende Kennzeichnungskraft beigemessen und deshalb bei einer Übereinstimmung der beanstandeten Bezeichnung mit dem so geprägten Zeichen die Verwechslungsgefahr im Einzelfall zu bejahen sein kann (BGH GRUR 1999, 583, 584 „LORA DI RECUARO“; BGH GRUR 1996, 977 „DRANO/P3-drano“). Bei der auf dieser Grundlage vorzunehmenden Würdigung der Verwechslungsfähigkeit der sich im Streitfall gegenüberstehen-

den Zeichen ist sodann dem Erfahrungssatz Rechnung zu tragen, dass der Durchschnittsverbraucher regelmäßig nicht die Möglichkeit hat, verschiedene Marken oder Kennzeichnungen unmittelbar miteinander zu vergleichen, und dass er sich deshalb auf das unvollkommene Bild verlassen muss, das er von einer Marke im Gedächtnis behalten hat (EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736 Tz. 26 „Lloyd“; BGH WRP 2000, 535, 539 „Attaché/Tisserand“; BGHZ 126, 287, 293 „Rotes Kreuz“). Dabei bleiben jedenfalls in aller Regel die Übereinstimmungen im maßgeblichen Gesamteindruck stärker in seinem Erinnerungsbild haften. Aus diesem Grunde ist bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr grundsätzlich mehr auf die gegebenen Übereinstimmungen der zu vergleichenden Kennzeichnungen als auf die Abweichungen abzustellen. Auch das entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. nur BGH a.a.O., „Monoflam/Polyflam“ und BGH GRUR 1998, 924, 925 = WRP 1998, 875 „salvent/salventerol“, jeweils m.w.N.). Andererseits besteht aber auch kein Erfahrungssatz, der die Annahme gestattet, einzelne Bestandteile eines Zeichens würden vom Verkehr überhaupt nicht zur Kenntnis genommen und bei der Beurteilung des Eindrucks, den das Zeichen bei seinen Adressaten hervorruft und hinterlässt, vollständig übergangen (BGH GRUR 1996, 774, 775 „falke-run/LE RUN“ m.w.N.). Letztlich ist für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr von Bedeutung, dass bei aus Wort- und Bildelementen kombinierten Zeichen für den Gesamteindruck meist der Wortbestandteil maßgebend ist, da er für den Verkehr als Kennwort regelmäßig die einfachste Bezeichnungsform darstellt (BGH GRUR 1996, 198, 200 „Springende Raubkatze“). Das bedeutet aber nicht, dass farbige Bildelemente nicht wahrgenommen würden. Vielmehr gehört es zum allgemeinen Erfahrungswissen, dass Farben jedenfalls in bestimmten Fällen deutlich wahrgenommen werden, sich als durchaus einprägsam erweisen und vor allem in besonderer Weise geeignet sind, die Aufmerksamkeit des Verbrauchers zu erregen und auch kennzeichnend zu wirken, indem sie dem Publikum die Herkunft einer Ware – Entsprechendes gilt für eine Dienstleistung – anzeigen (vgl. hierzu im Zusammenhang mit einer Farbmarke BGH GRUR 2002, 171, 175 „Marlboro-Dach“).

Auf der Basis dieser Kriterien hat das Landgericht die notwendige Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zum maßgeblichen Kollisions-

sionszeitpunkt im Ergebnis zu Recht angenommen. Allerdings teilt der Senat nicht die auf Seite 8 der Entscheidung der Kammer anklingende Rechtsauffassung, der angesprochene Verkehr könne das von der Beklagten benutzte Zeichen irrtümlich für die klägerische Marke halten und somit einer unmittelbaren Verwechslung unterliegen. Auch wenn es für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr auf den Gesamteindruck der gegenüberstehenden Zeichen im Hinblick auf die klanglichen, optischen und begrifflichen Wirkungen ankommt und eine hinreichende Übereinstimmung in nur einer dieser Hinsichten bereits die Annahme einer Verwechslungsgefahr begründen kann (vgl. BGH WRP 1999, 1041, 1042 „Schlüssel“ und für den gleichgelagerten Fall des Firmenrechtsschutzes BGH NJW 1992, 695, 696 „dipa/dib“), ist aufgrund des Gesamteindrucks der sich gegenüberstehenden Zeichen davon auszugehen, dass namentlich wegen der Wortbestandteile „interkom“ einerseits und „thetacom.“ andererseits sowie ihrer konkreten Schreibweise und auch farblichen Ausgestaltung die Unterschiede der sich gegenüberstehenden Zeichen noch so groß sind, dass der angesprochene Verkehr das eine Zeichen nicht versehentlich für das andere hält. Die vom Landgericht in seiner Entscheidung angesprochene Gefahr, dass die Zeichen im Verkehr nicht mit ausreichender Sicherheit auseinandergehalten werden könnten, besteht deshalb nach Auffassung des Senats nicht.

Dem Verteidigungsvorbringen der Beklagten verhilft das gleichwohl nicht zum Erfolg, und zwar deshalb, weil die sich gegenüberstehenden Zeichen miteinander mittelbar verwechslungsfähig sind. Denn es besteht die realistische Gefahr, dass der angesprochene Verkehr das Verletzerzeichen dem Inhaber der klägerischen Marke zugeordnet, also dem Irrtum unterliegt, die sich gegenüberstehenden Zeichen hätten die gleiche betriebliche Herkunft. Der Wort-/Bildmarke der Klägerin kommt von Hause aus durchschnittliche Kennzeichnungskraft zu. Dabei ist auf die eingetragene Form der Marke abzustellen, weil das dem Inhaber einer Marke nach § 14 Abs. 1 MarkenG zustehende ausschließliche Recht aus dem Erwerb des Markenschutzes nach § 4 MarkenG und damit im Falle des § 4 Nr. 1 MarkenG aus der Marke in der eingetragenen Form folgt (allgemeine Meinung; vgl. statt vieler BGH NJW 2000, 3716, 3718 „Subway/Subwear“). Solange – wie im Streitfall – die fünfjährige Benutzungsschon-

frist des § 25 Abs. 2 Satz 1 MarkenG nicht abgelaufen ist, ist es demgemäß für die Entscheidung des Rechtsstreits ohne Belang, ob die Klägerin ihre Wort-/Bildmarke „interkom mit gelb-/orangener Kugel“ dadurch im Sinne des § 26 Abs. 3 Satz 1 MarkenG rechtserhaltend benutzt hat, dass sie dem Wortbestandteil „interkom“ ihrer Marke den – allerdings wesentlich kleiner geschriebenen - Wortbestandteil „VIAG“ vorangestellt hat.

Was den festzulegenden Gesamteindruck der aus mehreren Bestandteilen zusammengesetzten klägerischen Marke in ihrer eingetragenen Form angeht, so wird dieser nicht durch ein einziges dominantes Element geprägt, sondern durch das Zusammenwirken von Wort- und Bildelementen. Zwar entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. etwa BGH WRP 2000, 535, 539 „Attaché/Tisserand“), dass sich der Verkehr bei kombinierten Wort-/Bildzeichen in aller Regel eher an dem Wort- als an dem Bildbestandteil zu orientieren pflegt, und zwar deshalb, weil das Kennwort normalerweise die einfachste Form ist, die Ware oder Dienstleistung zu bezeichnen. Die originäre Kennzeichnungskraft der Wortbestandteile der Klagemarke ist indes eher als gering anzusehen. Die dritte Silbe „kom“ prägt die Wortbezeichnung nicht, weil sie aus Sicht des angesprochenen Verkehrs, zu dem auch die Mitglieder des Senats gehören und was diese deshalb aus eigener Sachkunde und Erfahrung zu beurteilen in der Lage sind, den Dienstleistungsbereich „Kommunikation“ beschreibt, in dem die Klägerin (und auch die Beklagte) tätig ist. Der Wortbestandteil „inter“ hat zwar nicht ausschließlich beschreibende Funktion, ist aber nicht sonderlich phantasievoll und kennzeichnungsschwach. Im Ergebnis ändert das jedoch nichts daran, dass der Klagemarke von Hause aus durchschnittliche Kennzeichnungskraft beizumessen ist. Insoweit ist nämlich – wie bereits gesagt – auf den durch das Zusammenwirken aller Zeichenbestandteile vermittelten Gesamteindruck abzustellen. Aus der Sicht des angesprochenen Verkehrs beruht die Kennzeichnungskraft der Klagemarke auf der Kombination der Wortbestandteile einerseits und eines entgegen der Auffassung der Beklagten sehr markanten Bildelements in Form einer in mehreren Farben schattierenden Kugel. Der Senat hat sich durch die Hinzuziehung der Markenakte und deren Lektüre davon überzeugt, dass der Markeneintragung eine sogar dreifarbige Kugel (Gelb, Orange und ein wenig Weiß) zugrunde liegt und dass die Be-

schreibung in der Markeneintragung, die Kugel sei „orange“, den tatsächlichen Eintragungsstand nicht richtig wiedergibt. Dieses Bildelement zeichnet sich nicht nur durch das markante und in optischer Hinsicht ansprechende Ineinanderfließen dreier Farben (Orange, Gelb und Weiß), sondern auch dadurch aus, dass es rechts oberhalb des Wortbestandteils „interkom“ angebracht ist und deshalb besonders ins Auge fällt. Gerade dieses dreifarbige Bildelement, bei dem die Farben orange und gelb klar dominieren, wird vom Verkehr besonders deutlich wahrgenommen, er prägt es sich ein und erinnert es als Herkunftshinweis. Insgesamt kann deshalb gerade wegen der Tatsache, dass das Bildelement der Klagemarke wegen seiner konkreten farblichen Ausgestaltung und seiner konkreten Verbindung zu den jedenfalls kennzeichnungsschwachen Wortelementen ein besonderes Gepräge gibt, kein Zweifel an einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft bestehen.

Eine Schwächung der Kennzeichnungskraft durch Drittzeichen kann nicht angenommen werden. Denn kein im Kommunikationsbereich tätiges Unternehmen außer den Parteien benutzt als Kennzeichen oder auch als „Logo“ ein Bildelement, das den von den Parteien benutzten Bildelementen auch nur annähernd ähnlich ist. Jedenfalls hat keine der beiden Parteien die Benutzung solcher zur Schwächung des Klagezeichens geeigneten Bildelemente vorgetragen. Ein Vortrag hierzu wäre aber erforderlich gewesen, weil eine Schwächung des Schutzzumfangs einer Marke nur dann angenommen werden kann, wenn andere Zeichen vorhanden sind, welche in erheblichem Umfang genutzt werden und welche dem klägerischen Zeichen oder dessen kollisionsbegründenden Bestandteilen – hier in optischer Hinsicht - ähnlich nahe kommen wie das angegriffene Verletzerzeichen (siehe zu dieser Frage OLG Frankfurt, GRUR 1997, 52 und Ingerl/Rohnke, Markengesetz 1998, § 14 Rdnr. 227).

Allerdings teilt der Senat auch nicht den von der Klägerin vertretenen und auch vom Landgericht bei der Prüfung des § 1 UWG in anderem Zusammenhang mitgetragenen Standpunkt, die durchschnittliche Kennzeichnungskraft sei im Ergebnis als überdurchschnittlich einzustufen, weil die Klagemarke einen sehr hohen Bekanntheitsgrad erlangt habe. Der klägerische Vortrag ist insoweit bereits un schlüssig. Er beschränkt sich – verkürzt wiedergegeben – auf die Be-

hauptung, man habe im Jahre 2000 einen Umsatz in Höhe von mehr als 3 Mrd. DM erzielt, das jährliche Werbebudget liege im dreistelligen Millionenbereich, man habe die gelb-/orangene Kugel im Jahre 2000 mit einem Werbeaufwand von rund 98 Mio. DM und im Jahre 2001 mit einem solchen von rund 69 Mio. DM beworben. Insoweit fehlt es nämlich schon an jedwedem Vortrag, wie denn das Bildelement einer Wort-/Bildmarke in welchen Medien und in welcher Form dargestellt beworben worden sein soll, dass der angesprochene Verkehr hinreichend Gelegenheit gehabt hat, eine in bestimmten Farben ausgestaltete Kugel als Unternehmenskennzeichen der Klägerin wahrzunehmen und zu erinnern.

Nähere Ausführungen hierzu sind indes entbehrlich, und zwar deshalb, weil auch bei einer „nur“ durchschnittlichen Kennzeichnungskraft wegen der Besonderheiten des Streitfalles und namentlich der Wechselwirkung der die Verwechslungsgefahr bestimmenden Faktoren an dem Vorliegen einer für den Verwechslungsstatbestand des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ausreichenden mittelbaren Verwechslungsgefahr kein Zweifel bestehen kann. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, dass die Beklagte bei der mit der Klage angegriffenen Kennzeichnung ihrer Firmenbezeichnung „thetacom.“ eine nach Form, Farbgebung und auch Platzierung praktisch identische Kugel folgen lässt, was zwanglos zum Beispiel aus dem auf Seite 4 dieses Urteils fotografisch wiedergegebenen Messeauftritt der Parteien im Jahre 2000 folgt. Zwar sieht der Verkehr, dass ihm hier zwei Firmen begegnen, deren Unternehmensgegenstand nicht identisch ist, die jedoch beide im Telekommunikationsbereich tätig sind und – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – jedenfalls branchennahe Leistungen erbringen oder aber nach ihrem eingetragenen Unternehmensgegenstand jedenfalls erbringen können. Wegen der Verwendung nahezu identischer, jedenfalls aber einander hoch ähnlicher Bildelemente der sich gegenüberstehenden Kennzeichnungen drängt sich dem Verkehr die Annahme geradezu auf, dasjenige Unternehmen, das unter der Bezeichnung „thetacom. mit gelb-/orangener Kugel“ seine Dienstleistungen im Telekommunikationsbereich anbietet, tue und dürfe dies tun, weil es mit dem Unternehmen, das ebenfalls im Telekommunikationsbereich unter einer bestimmten Firmenbezeichnung tätig ist und eine sehr ähnliche Kennzeichnung verwendet, vertraglich oder (konzern-) organisatorisch verbunden ist.

Erweist sich der mit der Klage geltend gemachte Unterlassungsanspruch demgemäß bereits aus § 14 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit Abs. 5 MarkenG wegen bestehender mittelbarer Verwechslungsgefahr als begründet, kann im übrigen offen bleiben, ob auch andere Anspruchsgrundlagen das Unterlassungsbegehren tragen könnten. Das gilt namentlich für die Vorschrift des § 1 UWG unter dem vom Landgericht als gegeben erachteten Gesichtspunkt der Rufausbeutung.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 108 ZPO.

Der Wert der Beschwer der Beklagten übersteigt 20.000,00 €.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO n.F. in Verbindung mit § 26 Nr. 7 EGZPO liegen nicht vor. Der Rechtssache kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordert die Rechtsfortbildung oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch den Bundesgerichtshof. Vielmehr hat der Senat bei der Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG die ständige und neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs namentlich zur Verwechslungsgefahr berücksichtigt, ohne von ihr abzuweichen.

Richterin am OLG Schütze ist
in Urlaub und deshalb an der
Unterschriftsleistung gehindert.

Dr. Schwippert

Dr. Schwippert

Pietsch