

6 U 181/01  
84 O 7/01  
(LG Köln)



Anlage zum Protokoll  
vom 14.08.2002  
Verkündet am 14.08.2002  
Berghaus, J.S. in  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

OBERLANDESGERICHT KÖLN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

1.  
der Free Lotto Association GmbH & Co KG, vertreten durch ihre  
persönlich haftende Gesellschafterin, die Free Lotto Association GmbH, diese  
vertreten durch ihren Geschäftsführer, Füllbachstraße 9, 40151 Münster, Dorf

Klägerin, Widerbeklagte, Widerklägerin und  
Berufungsklägerin,

2.  
der Free Lotto Association GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer,  
Füllbachstraße 9, 40151 Münster

Drittwiderbeklagte, Widerklägerin und  
Berufungsklägerin,

3.  
des Herrn Dietrich Mehlhorn, ebenda,

Drittwiderbeklagten und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [redacted] Köln,

g e g e n

die Westfälische Lotto GmbH & Co oHG, vertreten durch die Nordwest-Lotto in  
Nordrhein-Westfalen GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer, Herrn Dr.  
Wolfgang Westmann, Westphal Str. 108, 4412, 48151 Münster,

Beklagte, Widerklägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte: die beim Oberlandesgericht Köln zugelassenen Rechtsanwältinnen der überörtlichen Sozietät ~~Ge...~~,  
~~Ma...~~

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21.06.2002 unter Mitwirkung seiner Mitglieder Dr. Schwippert, Pietsch und Schütze

**für Recht erkannt:**

Auf die Berufung der Klägerin und der Drittwiderbeklagten wird das am 23.08.2001 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 84 O 7/01 - teilweise abgeändert und insgesamt im Hauptauspruch wie folgt neu gefasst:

A.

Die Klage wird abgewiesen.

B.

Auf die Widerklage

I.

werden die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) verurteilt,

1.

es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr

1.1.

im Bereich der Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie der Fachberatung für Lotto und Toto selbst und/oder durch Dritte die Firma

„Free Lotto Association GmbH & Co ~~Int...~~ KG“

und/oder die Firma

„Free Lotto Association GmbH“

und/oder das Firmenschlagwort

„Freelotto“

zu verwenden und/oder verwenden zu lassen;

1.2.

für die Bewerbung und/oder das Angebot von Spielergemeinschaften zur Teilnahme an Lotterien des Deutschen Lotto- und Totoblocks die Internetadresse

freelotto.de

zu benutzen;

1.3.

die Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie die Fachberatung für Lotto und Toto unter dem Zeichen

FreeLotto,

wie es unter dem Aktenzeichen 30016314 zur Eintragung als Wortmarke beim DPMA angemeldet worden ist, anzubieten und/oder zu bewerben und/oder in den Verkehr zu bringen;

2.

der Beklagten Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang sie Handlungen gemäß der vorstehenden Ziffer 1.1. seit dem 07.01.1999, gemäß der vorstehenden Ziffer 1.2. seit dem 04.09.1998 vorgenommen haben, und zwar unter Angabe der Umsätze, die unter den in den Ziffern 1.1. und 1.2. wiedergegebenen Kennzeichen erzielt wurden sowie über den Umfang und die Art der jeweils getätigten Werbung, aufgeliert nach Kalendervierteljahren.

## II.

wird festgestellt, dass die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) verpflichtet sind, der Beklagten allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch Handlungen gemäß der vorstehenden Ziffer II. 1.1. seit dem 07.01.1999, gemäß der vorstehenden Ziffer II. 1.2. seit dem 04.09.1998 bereits entstanden ist oder künftig noch entstehen wird.

## III.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) werden verurteilt, die in ihrem Besitz befindlichen Gegenstände, die mit einem oder mehreren der in Ziffer II.1.1., II. 1.2. wiedergegebenen Zeichen versehen sind zu vernichten, insbesondere Werbematerial und Geschäftspapiere.

Im übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

## C.

Die Zwischenfeststellungswiderklage wird abgewiesen.

## D.

Von den in erster Instanz angefallenen Gerichtskosten hat die Klägerin 92% zu tragen, davon 84 % gemeinsam mit den Drittwiderbeklagten zu 2) und zu 3) als Gesamtschuldner; 8 % der in erster Instanz angefallenen Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt.

Die in erster Instanz entstandenen außergerichtlichen Kosten der Klägerin hat die Beklagte in Höhe von 8%, diejenigen der Drittwiderbeklagten zu 2) und zu 3) in Höhe von jeweils 10 % zu tragen; die außergerichtlichen Kosten der Beklagten werden der Klägerin mit 92% auferlegt, davon 84% gemeinsam mit den Drittwiderbeklagten zu 2) und zu 3) als Gesamtschuldner. Im übrigen tragen die Parteien ihre außergerichtlichen Kosten der ersten Instanz selbst.

Die gerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin mit 68% auferlegt, wovon sie 63% mit der Drittwiderbeklagten zu 2) sowie 48% mit dem Drittwiderbeklagten zu 3) als Gesamtschuldner zu tragen hat; die Beklagte hat 32% der im Berufungsverfahren entstandenen Gerichtskosten zu tragen.

Von den außergerichtlichen Kosten der Klägerin hat die Beklagte 32%, von denjenigen der Drittwiderbeklagten zu 2) werden ihr 37% und von denjenigen des Drittwiderbeklagten zu 3) 47 % auferlegt. Die in der Berufung angefallenen außergerichtlichen Kosten der Beklagten hat die Klägerin in Höhe von 68% zu tragen, davon 63% gemeinsam mit der Drittwiderbeklagten zu 2) und 53% mit dem Drittwiderbeklagten zu 3) als Gesamtschuldner. Im übrigen tragen die Parteien ihre im Berufungsverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten jeweils selbst.

E.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien dürfen die gegen sie betriebene Zwangsvollstreckung jeweils gegen Leistung einer Sicherheit in der nachstehend bestimmten Höhe abwenden, falls nicht die jeweils vollstreckende Partei zuvor Sicherheit in derselben Höhe leistet.

Die Sicherheit beträgt bei Vollstreckung

des Unterlassungsausspruchs unter Ziff. B. I.1.1.:	150.000,00 €;
des Unterlassungsausspruchs unter Ziff. B. I.1.2.:	50.000,00 €;
des Unterlassungsausspruchs unter Ziff. B. I.1.3.:	30.000,00 €;
des Auskunftsanspruchs unter Ziff. B. I.2.:	10.000,00 €;
des Vernichtungsausspruchs unter B.III.:	3.000,00 €;
des Kostenausspruchs durch die Klägerin:	5.000,00 €;
des Kostenausspruchs durch die Drittwiderbeklagte zu 2):	6.000,00 €;
des Kostenausspruchs durch den Drittwiderbeklagten zu 3):	7.000,00 €;
des Kostenausspruchs durch die Beklagte:	14.000,00 €

F.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G.

Die mit diesem Urteil für die Klägerin, die Drittwiderbeklagte zu 2) sowie die Beklagte verbundene Beschwer übersteigt jeweils die Summe von 20.000,00 €.

## Tatbestand

Die Beklagte ist eine der 16 Gesellschafterinnen des Deutschen Lotto- und Totoblocks. Sie betreibt im Land Nordrhein-Westfalen die Organisation und Durchführung einer Vielzahl von Gewinnspielen, darunter das sog. „Samstags-Lotto“ und das „Mittwochs-Lotto“. Nach einer durch das DPMA im Jahre 2001 vorgenommenen Berichtigung ist sie unter ihrer im Urteilsrubrum angegebenen Firma gemeinsam mit ihren 15 Mitgesellschafterinnen als Inhaberin der mit Priorität zum 02.09.1996 als durchgesetztes Zeichen u.a. für „Lotteriespiele“, die „Organisation, Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und anderen Geld- und Glücksspielen“ sowie die „Veranstaltung und Durchführung von Glücksspielen im Wege der Telekommunikation, insbesondere über Internet“ eingetragenen Wortmarke LOTTO 396 38 296 im Markenregister aufgeführt. Hinsichtlich der näheren Einzelheiten insoweit wird auf die als Anlage B 1 zu den Akten gereichte Fotokopie des Registerauszugs (Bl. 26 d.A.) sowie das Schreiben des DPMA vom 19.07.2001 ( Bl. 277 d.A.) Bezug genommen. Diese Marke ist Gegenstand eines von einer Fa. LottoTeam Patente Service GmbH beim Deutschen Patent- und Markenamt betriebenen Lösungsverfahrens (AZ: 396 38 296.7 / 28 S 121/00 Lösch), in dem hauptsächlich geltend gemacht wird, dass zu Unrecht die Voraussetzungen der Verkehrsdurchsetzung angenommen worden seien, die aus einem angeblich rein beschreibenden Gattungsbegriff bestehende Marke daher lösungsreif sei. Zu den weiteren Einzelheiten des erwähnten Lösungsverfahrens wird auf die von der Drittwiderbeklagten zu 2) überreichte Anlage DWB 1 - 3 (Bl. 67 - 69 d.A.) verwiesen.

Die Klägerin befasst sich nach ihrem derzeitigen Unternehmensgegenstand u. a. mit der Übernahme und Verwaltung von Beteiligungen sowie der Beschaffung von Finanzierungsmitteln für der Firmengruppe zugehörige oder nahestehende Gesellschaften. Bis Anfang 2001 bestand ihr Unternehmensgegenstand in der „Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie der Fachberatung für Lotto und Toto und dem Betrieb von Annahmestellen der Nordwestdeutschen Klassenlotterie“. Hinsichtlich der näheren Einzelheiten insoweit wird auf die in Fotokopie zu den Akten gereichten Handelsregisterauszüge (Bl. 11 und Bl. 209 ff d.A. = Anlage DW B 15) Bezug genommen. Bei der

Drittwidderbeklagten zu 2) handelt es sich um die mit der Geschäftsführung und Vertretung der Klägerin befasste persönlich haftende Gesellschafterin. Der Drittwidderbeklagte zu 3) war bis zu seinem im Juni 2002 mitgeteilten Ausscheiden Geschäftsführer der Drittwidderbeklagten zu 2).

Unter dem Datum des 02.03.2000 hat die Klägerin beim DPMA die Bezeichnung „FreeLotto“ als Wortmarke für Dienstleistungen der Klasse 36 zur Eintragung angemeldet. Diese Markenmeldung wurde mit Beschluss des DPMA vom 04.12.2001 zurückgewiesen.

In einem bei dem Landgericht Köln zu dem Aktenzeichen 84 O 66/01 (= 6 U 48/01 OLG Köln) geführten Rechtsstreit ging die Beklagte gegen einen Herrn Thorsten Speckmann vor, welcher bei der DENIC e.G. den Domain-Namen „freelotto.de“ hatte registrieren lassen, unter dem unter Verweis auf die Gesellschaften des deutschen Lotto- und Totoblocks bzw. auf den "Deutschen Lotto Block" die Bildung und Zusammenstellung von Spielergemeinschaften nach einem bestimmten System angeboten wurde. Die Beklagte nahm Herrn Speckmann in jenem Verfahren - u.a. gestützt auf die o.g. Marke LOTTO 396 38 296 - auf Unterlassung in Anspruch, im Datennetz Internet oder in anderen in der Bundesrepublik Deutschland abrufbaren Datennetzen die Bezeichnung „freelotto“ als second-level-Domain-Namen zu benutzen und in die Löschung dieser für ihn registrierten Internet-Domain gegenüber der DENIC e.G. einzuwilligen. Das Landgericht hat Herrn Speckmann in jenem Verfahren entsprechend diesen Begehren verurteilt, was der erkennende Senat in seinem auf die Berufung des Herrn Speckmann ergangenen Urteil vom 02.11.2001 unter Vornahme lediglich einer Beschränkung des sachlichen Bereichs des Unterlassungsausspruchs, im wesentlichen bestätigt hat.

Mit der Behauptung, Herr Speckmann habe bei der Vornahme der Registrierung des bereits seit 04.09.1998 von ihr selbst benutzten Domain-Namens „freelotto.de“ lediglich als ihr Agent gehandelt, dem daher keine selbständigen Rechte an dieser Bezeichnung zustehen sollten und zustünden, hat die Klägerin Herrn Speckmann im Rahmen der vorliegenden Klage als Hauptintervention zu dem vorbezeichneten Verfahren 84 O 66/01 LG Köln u.a. auf Abgabe einer Willenserklärung in Anspruch genommen, dass die Rechte „aus der Registrantenstellung bei der DENIC e.G. an

der Domain „freelotto.de“ auf sie übergehen bzw. die vorbezeichneten Rechte auf sie übertragen werden. Nachdem das Landgericht das Verfahren hinsichtlich der gegenüber Herrn S. [REDACTED] verfolgten Klageanträge abgetrennt hat, hat dieser die Ansprüche anerkannt (Bl. 104 d.A.).

Gegenüber der Beklagten hat die Klägerin vorliegend u.a. die Feststellung begehrt, dass sie keine Rechte der Beklagten verletze, wenn sie als Inhaberin der Domain „freelotto.de“ eingetragen ist und/oder dass der Beklagten keine besseren Rechte an dieser Bezeichnung zustehen. Insoweit haben die Parteien die Feststellungsklage nach Erhebung der nachfolgend näher dargestellten Widerklage der Beklagten, mit welcher diese u.a. das Verbot der Verwendung der Internetadresse „freelotto.de“ durch die Klägerin begehrt, im Termin zur mündlichen Verhandlung bei dem Landgericht übereinstimmend für erledigt erklärt (Bl. 269 d.A.).

Die Klägerin verlangt von der Beklagten nunmehr noch die Abgabe einer Erklärung, wonach gegenüber der DENIC eG die Aufhebung eines dort zu Gunsten der Beklagten registrierten Dispute-Eintrags betreffend die Domain „freelotto.de“ beantragt werde. Hilfsweise begehrt die Klägerin von der Beklagten die Unterlassung, bzgl. der erwähnten Domain bei der DENIC Dispute-Anträge zu stellen.

Die Beklagte, so hat die Klägerin zur Begründung dieser Petita ausgeführt, könne für sich keine Rechtsstellung reklamieren, welche die Verwendung der für sie, die Klägerin, registrierten Domain „freelotto.de“ hindere und die daher die Beibehaltung oder Beantragung eines Dispute-Eintrags rechtfertige. Aus der Wortmarke „LOTTO“ ergebe sich eine solche Position schon deshalb nicht, weil die Beklagte nicht befugt sei, Rechte, welche durch die für sämtliche Gesellschaften des Deutschen- Lotto und Totoblocks gemeinsam eingetragene Marke etwa begründet worden seien, allein geltend zu machen. Überdies sei in Abrede zu stellen, dass die Beklagte überhaupt Mitinhaberin der Marke LOTTO sei; denn vor der durch das DPMA vorgenommenen Berichtigung der Markeneintragung sei - was unstreitig ist - eine „Westdeutsche Lotterie GmbH & Co KG“ eingetragen gewesen, die aber niemals Rechtsvorgängerin der vorher unter „Westdeutsche Lotterie GmbH & Co“ firmierenden Beklagten, einer OHG, gewesen sei. Im übrigen lägen aber auch die materiellen Voraussetzungen



einer den Gebrauch der Domain „freelotto.de“ hindernden markenrechtlichen Verwechslungsgefahr nicht vor. Jedenfalls aber sei das Verfahren bis zur Entscheidung über den gegenüber der Marke LOTTO betriebenen Löschungsantrag auszusetzen; diesem Löschungsantrag komme eine erhebliche Erfolgsaussicht zu, weil die Markeneintragung zu Unrecht erfolgt sei; die Beklagte könne ebenso wie die übrigen Gesellschaften des Deutschen Lottoblocks eine bundesweite Durchsetzung des von Hause aus rein beschreibenden und daher freizuhaltenden Begriffs „LOTTO“ als Marke nicht nachweisen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

gegenüber der DENIC eG Domain Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft (Wilmshausenstraße 26, 60529 Frankfurt am Main) die Aufhebung des für sie vorgenommenen DISPUTE-Eintrags bezüglich der Domain „freelotto.de“ zu erklären,

hilfsweise,

es unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000,00 DM - ersatzweise Ordnungshaft - oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, bezüglich der Domain „freelotto.de“ bei der DENIC eG Domain Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft (Wilmshausenstraße 26, 60529 Frankfurt am Main) DISPUTE-Anträge zu stellen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Widerklagend hat die Beklagte beantragt,

I.

die Klägerin sowie die Drittwiderbeklagten zu verurteilen,

1.

es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 500.000,00 DM,

ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr

1.1.

im Bereich der Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie der Fachberatung für Lotto und Toto selbst und/oder durch Dritte die Firma

„Free Lotto Association GmbH & Co International KG“

und/oder die Firma

„Free Lotto Association GmbH“

und/oder das Firmenschlagwort

„Freelotto“

zu verwenden und/oder verwenden zu lassen;

1.2.

die Internetadresse

freelotto.de

selbst und/oder durch Dritte zu verwenden und/oder verwenden zu lassen;

1.3

die Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie die Fachberatung für Lotto und Toto unter der Wortmarke

FreeLotto,

wie sie unter dem Aktenzeichen 300163614 zur Eintragung beim DPMA angemeldet worden ist, anzubieten und/oder zu bewerben und/oder in den Verkehr zu bringen;

2.

der Beklagten Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang sie Handlungen gemäß der vorstehenden Ziffer 1.1 seit dem 07.01.1999, gemäß der vorstehenden Ziffer 1.2 seit dem 04.09.1998 sowie der vorstehenden Ziffer 1.3 seit dem 02.03.2000 vorgenommen haben, und zwar unter Angabe der Umsätze, die unter den in den Ziffern 1.1 und 1.2 wiedergegebenen Kennzeichen sowie mit nach der Ziffer 1.3 gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen erzielt wurden sowie über den Umfang und die Art der jeweils getätigten Werbung, aufgeliert nach Kalendervierteljahren;

3. der Beklagten Auskunft über Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer der gelieferten oder bestellten Gegenstände gemäß der Ziffer 1.3 zu erteilen;

II. festzustellen, dass die Klägerin und die Drittwiderbeklagten verpflichtet sind, der Beklagten allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch Handlungen gemäß der vorstehenden Ziffer I. 1.1 seit dem 07.01.1999, gemäß der vorstehenden Ziffer I. 1.2 seit dem 04.09.1998 sowie gemäß der vorstehenden Ziffer I. 1.3 seit dem 02.03.2000 bereits entstanden ist oder künftig noch entstehen wird;

III. die Klägerin und die Drittwiderbeklagten zu verurteilen, die in ihrem Besitz befindlichen Gegenstände, die mit einem oder mehreren der in Ziffer I. 1.1, 1.2, 1.3 wiedergegebenen Zeichen versehen sind zu vernichten, insbesondere Werbematerial und Geschäftspapiere.

Die Verwendung der Bezeichnung „freelotto“ - sei es als Domain-Name, sei es in der jeweils angegriffenen Form und Schreibweise als Marke oder Unternehmenskennzeichen - verletze, so hat die Beklagte vertreten, die ihr in bezug auf die Wortmarke „LOTTO“ zustehenden Rechte, die sie allein geltend zu machen befugt sei. Der in diesen Bezeichnungen enthaltene Bestandteil „lotto“ bzw. „Lotto“ präge jeweils den Gesamteindruck der beanstandeten Zeichen, deren Gebrauch die Gefahr von Verwechslungen mit der im Verkehr durchgesetzten Wortmarke LOTTO i. S. des markenrechtlichen Verletzungstatbestandes des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG hervorrufe. Überdies, so hat die Beklagte geltend gemacht, seien die Widerklageansprüche aber auch aus § 3 UWG gerechtfertigt. Insbesondere aus dem letztgenannten Grund bestehe kein Anlass, den Rechtsstreit mit Blick auf das hinsichtlich der Klagemarke anhängige Lösungsverfahren auszusetzen, das im übrigen aber auch keinerlei Aussichten auf Erfolg habe.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagten haben beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagten haben ihre Passivlegitimation in Abrede gestellt. Die Klägerin sei als reine Holdinggesellschaft nicht im „operativen“ Geschäft

der Vermittlung der Teilnahme an dem von der Beklagten und den sonstigen Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks veranstalteten Lotto oder der hierauf bezogenen Fachberatung tätig. Weder sie noch die Drittwiderbeklagten hätten im übrigen geschäftliche Aktivitäten in bezug auf „Toto“ entfaltet. Allein die Markenmeldung „FreeLotto“ begründe die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Begehungsfahr nicht. Hinsichtlich des beanstandeten Gebrauchs der Bezeichnungen „Free Lotto“/„Freelotto“/„FreeLotto“ als Unternehmenskennzeichen und/oder als Marke lägen schließlich ebensowenig die sachlichen Voraussetzungen einer markenrechtlichen Verwechslungsfahr vor, wie in bezug auf die Verwendung von „freelotto“ als Domain-Name.

Mit Urteil vom 23.08.2001, auf welches zur näheren Sachdarstellung Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen und die Klägerin sowie die Drittwiderbeklagten entsprechend der Widerklage verurteilt. Zur Begründung dieser Entscheidung hat es im wesentlichen ausgeführt, dass hinsichtlich des mit der Widerklage beanstandeten Zeichengebrauchs die Gefahr von Verwechslungen mit der Wortmarke LOTTO i.S. des Verletzungstatbestandes des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG bestehe und die Beklagte gemäß § 744 Abs. 2 BGB befugt sei, die aus den streitbefangenen Verletzungshandlungen entstehenden Ansprüche geltend zu machen; umgekehrt seien die Beklagten hinsichtlich sämtlicher Ansprüche passivlegitimiert, weil ihrerseits mit Blick jedenfalls auf die früher maßgeblichen Unternehmensgegenstände der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) die erforderliche Begehungsfahr bestehe. Anlass für eine Aussetzung des Verfahrens bestehe nicht, weil der Ausgang des in bezug auf die Marke LOTTO anhängigen Lösungsverfahrens noch völlig ungewiss sei.

Mit ihrer gegen dieses Urteil gerichteten Berufung verfolgen die Klägerin und die Drittwiderbeklagten ihre erstinstanzlichen Prozessbegehren weiter. Sie wiederholen und bekräftigen ihren in erster Instanz verfochtenen Standpunkt, wonach der Beklagten die Prozessführungsbefugnis und Aktivlegitimation abzusprechen sei, aus der Wortmarke LOTTO hergeleitete etwaige Ansprüche allein geltend zu machen und zu verfolgen. Entgegen der in dem angefochtenen Urteil zum Ausdruck gebrachten Wertung könne sich die Beklagte zu ihren Gunsten dabei nicht auf § 744 Abs. 2 BGB stützen. Mit Blick auf die durch handelsregisterliche Eintragungen belegten

Unternehmensgegenstände der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) bestehe ferner auch eine für die Unterlassungsansprüche aber vorauszusetzende Begehungsfahr nicht, so dass die Klägerin und die Drittwiderbeklagten hinsichtlich der gestellten Unterlassungsanträge nicht passivlegitimiert seien. Der Unterlassungsantrag gemäß Ziff. I.1.1 der Widerklage und der hierauf beruhende Verbotstenor des angefochtenen Urteils seien überdies in der Sache zu weit gefasst; gleiches gelte hinsichtlich des Unterlassungsantrags unter Ziff. I.1.2 bzw. des diesem stattgebenden Urteilsausspruchs. Zu Unrecht habe das Landgericht weiter aber auch eine in Anbetracht der streitbefangenen Bezeichnungen bestehende Verwechslungsgefahr bejaht. Der Begriff „Lotto“ sei von Hause aus rein beschreibend, er habe auch nicht etwa durch einen intensiven Gebrauch im Verkehr eine Unterscheidungs- und Hinweisfunktion in bezug auf ein bestimmtes, von einem bestimmten Unternehmen veranstaltetes „Lotto“ erlangt. Die mit dem erstinstanzlichen Urteil titulierten Annexbegehren gingen in der Sache teilweise zu weit, teilweise liefen sie auf rechtlich Unmögliches hinaus.

Nachdem der Drittwiderbeklagte zu 3) im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat eine dem Unterlassungsbegehren der Beklagten in der Fassung ihres nachfolgend wiedergegebenen Berufungsantrags entsprechende strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung abgegeben hat, haben die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs betreffend den Drittwiderbeklagten zu 3) übereinstimmend für erledigt erklärt; sodann hat die Beklagte auf die gegenüber dem Drittwiderbeklagten zu 3) geltend gemachten Annexbegehren verzichtet.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagten beantragen,

das angefochtene Urteil des Landgerichts abzuändern und die Beklagte unter Abweisung der Widerklage im übrigen zu verurteilen,

gegenüber der DENIC eG Domain Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft (Wiesbaden, Lt. 36, 60000 Frankfurt/Main) die Aufhebung des für sie vorgenommenen DISPUTE-Eintrags bezüglich der Domain „freelotto.de“ zu erklären,

hilfsweise,

es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 € - ersatzweise Ordnungshaft - oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, bezüglich der Domain „freelotto.de“ bei der DENIC eG Domain Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft (Wiesbaden, 6, 60 Frankfurt) DISPUTE-Anträge zu stellen.

Die Beklagte, die das Schadensersatzfeststellungsbegehren gemäß Ziff. II ihrer Widerklage in der Berufung zunächst auf die Feststellung der Schadensersatzverpflichtung auch gegenüber allen weiteren Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks als Gesamtgläubigerinnen erstreckt hat (Bl. 416/417 d.A.), beantragt,

die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Widerklageanträge unter Ziffer I.1.2 und I.1.3 die nachstehende Fassung erhalten:

...die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr

1.2  
für die Bewerbung und/oder das Angebot von Spielergemeinschaften zur Teilnahme an Lotterien des Deutschen Lotto- und Totoblocks die Internetadresse

**freelotto.de**

zu benutzen;

1.3  
die Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie die Fachberatung für Lotto und Toto unter dem Zeichen

**FreeLotto,**

wie es unter dem Aktenzeichen 30016314 zur Eintragung als Wortmarke beim DPMA angemeldet worden ist, anzubieten und/oder zu bewerben und/oder in Verkehr zu bringen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil, in welchem das Landgericht die Voraussetzungen der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr sowie ferner ihre, der Klägerin, Aktivlegitimation ebenso zutreffend bejaht habe wie die Passivlegitimation der Klägerin und der Drittwiderbeklagten. Zu Recht habe das Landgericht schließlich auch die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung über das gegen die Marke LOTTO gerichtete Löschungsbegehren abgelehnt; es spreche vielmehr alles dafür, dass der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung gelingen, der Löschungsantrag daher erfolglos bleiben werde.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) stellen letzteres in Abrede. Selbst wenn aber die erforderliche Verkehrsdurchsetzung der Bezeichnung LOTTO als Marke belegt werde, so entfalte dies allenfalls für den gegenwärtigen Status Aussagekraft und besage nichts über die Verkehrsdurchsetzung im hier maßgeblichen Zeitpunkt der Markeneintragung. Eine etwa festgestellte Verkehrsdurchsetzung wirke nicht zurück auf diesen Zeitpunkt. Da sie aber bereits vor einer etwa festgestellten Verkehrsdurchsetzung der Marke LOTTO unter den den Bestandteil „Free Lotto“ aufweisenden Unternehmenskennzeichen auf den Markt getreten seien, seien hieran zu ihren Gunsten Zwischenrechte entstanden, die eine Koexistenzlage gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 MarkenG nach sich zögen.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) beantragen mit einer im Termin zur mündlichen Verhandlung als Zwischenfeststellungswiderklage bezeichneten Widerklage,

festzustellen, dass der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) an den Unternehmenskennzeichnungen „Free Lotto ~~Assoluto~~ GmbH & Co ~~Internationale~~ KG“ und „Free Lotto ~~Assoluto~~ GmbH“ Zwischenrechte gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 MarkenG gegenüber der Marke „LOTTO“ zustehen.

Die Beklagte beantragt,

diese Widerklage zurückzuweisen,

die sie für unzulässig, darüber hinaus aber auch für unbegründet hält.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten im Vorbringen der Parteien wird auf ihre in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze samt Anlagen Bezug genommen.

### Entscheidungsgründe

Die in formeller Hinsicht einwandfreie, insgesamt zulässige Berufung der Klägerin und der Drittwiderbeklagten hat in der Sache nur zum Teil Erfolg.

Soweit nach der hinsichtlich des Drittwiderbeklagten zu 3) übereinstimmend herbeigeführten Teilerledigung der Widerklage sowie deren teilweiser, in der Berufung erfolgter Rücknahme noch eine materielle Entscheidung zu treffen war, stellt sich die Widerklage im ganz überwiegenden Umfang als zulässig und begründet dar (A.). Der Beklagten stehen die gegenüber der Klägerin und Drittwiderbeklagten zu 2) noch geltend gemachten Unterlassungsansprüche in vollem Umfang zu. Lediglich hinsichtlich der auf Auskunftserteilung sowie der auf die Feststellung der Schadensersatzverpflichtung und die Vernichtung der im Besitz der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) gerichteten Widerklagebegehren muss die Beklagte sich eine Einschränkung gefallen lassen. Denn hinsichtlich des mit dem Unterlassungsantrag unter Ziff. I. 1.3. der Widerklage beanstandeten Gebrauchs des zur Eintragung als Wortmarke angemeldeten Zeichens „FreeLotto“ besteht zwar die einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch rechtfertigende Gefahr erstmaliger Begehung. Einen Schadensersatzanspruch kann die Beklagte aus dieser nur drohenden Verletzungshandlung indessen nicht herleiten, so dass sich insoweit nicht nur das Schadensersatzfeststellungsbegehren, sondern darüber hinaus auch das Auskunftspetition als unbegründet erweist, soweit dieses der Vorbereitung eines solchen Schadensersatzanspruchs dienen soll; nämliches gilt im Ergebnis aber auch



hinsichtlich des daneben geltend gemachten selbständigen Auskunftsanspruchs sowie des Vernichtungsanspruchs.

Die Klägerin vermag demgegenüber mit ihrer Klage im noch zu beurteilenden Umfang ebensowenig durchzudringen (B.) wie mit der gemeinsam mit der Drittwiderbeklagten zu 2) erhobenen Zwischenfeststellungswiderklage (C.).

Im Einzelnen:

#### A.

##### I.

Zu Recht hat das Landgericht es der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) in dem angefochtenen Urteil untersagt, die den Bestandteil „Free Lotto“ aufweisenden Firmen und/oder das Firmenschlagwort „Freelotto“ im Bereich der Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie der Fachberatung für Lotto und Toto zu benutzen und/oder benutzen zu lassen. Ebenfalls zu Recht erfolgte die Verurteilung, den Gebrauch des seinerzeit als Wortmarke zur Eintragung angemeldeten Zeichens „FreeLotto“ sowie der Internetadresse „freelotto.de“ zu unterlassen. Soweit in bezug auf den sachlichen Bereich, für den die Verwendung der vorbezeichneten Internetadresse untersagt werden kann, Beschränkungen vorzunehmen sind, hat die Beklagte dem mit ihrem in der Berufung neu gefassten Antrag und der darin liegenden Teilklagerücknahme Rechnung getragen.

Der Beklagten stehen all diese, gegen die Firmierung, die Internetadresse sowie das als Marke angemeldete Zeichen gerichteten Unterlassungsansprüche aus den §§ 4 Nr. 1, 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG zu.

##### 1.

Soweit die Klägerin und die Drittwiderbeklagten einwenden, das gegen die Verwendung von „Free Lotto“ als Firmenbestandteil gerichtete Widerklagepetitum gemäß Ziff. I. 1.1 und 1.2 sei in der Sache zu weit gefasst, weil nicht das Verbot der gesamten Firma, sondern nur das des darin enthaltenen Bestandteils „Free Lotto“ verlangt werden könne, überzeugt das nicht. Der Begründung der Widerklage lässt sich zweifelsfrei entnehmen, dass die Beklagte die Firmen der Klägerin und ihrer

Komplementärin, der Drittwiderbeklagten zu 2), gerade und nur wegen des darin jeweils enthaltenen Elements „Free Lotto“ beanstandet. Der Umstand, dass in den vorbezeichneten Widerklageanträgen und der darauf beruhenden Verurteilung in dem angefochtenen Urteil die vollen Firmen aufgeführt sind, dient daher lediglich der Wiedergabe der konkreten Verletzungshandlungen; das titulierte Verbot erstreckt sich nach seiner Begründung eindeutig nur auf die in den Firmen enthaltenen Elemente „Free Lotto“.

Dem weiteren, im Ansatz zutreffenden Einwand, das gegen die Verwendung der Internetadresse „freelotto.de“ gerichtete Widerklagebegehren sei ebenfalls in der Sache zu weitgehend, weil nur hinsichtlich der „Bewerbung und/oder des Angebots von Spielergemeinschaften zur Teilnahme an den Lotterien des Deutschen Lotto- und Totoblocks“ eine Verletzungshandlung gegeben sei bzw. drohe, hat die Beklagte mit der Umformulierung ihres Antrags in der Berufung abgeholfen.

2.

Das landgerichtliche Urteil hält den mit der Berufung vorgebrachten Einwänden ebenfalls stand, soweit darin die Prozessführungsbefugnis und Aktivlegitimation der Beklagten bejaht worden ist, die vorbezeichneten Unterlassungsansprüche allein geltend zu machen. Die Beklagte kann, obwohl sie neben den übrigen 15 Gesellschafterinnen des Deutschen Lotto- und Totoblocks lediglich als Mitinhaberin des am 27.08.1997 mit Priorität zum 02.09.1996 als durchgesetzte Marke eingetragenen Wortzeichens „LOTTO“ registriert ist, gemäß der in § 744 Abs. 2 BGB getroffenen Regelung den Unterlassungsanspruch selbständig in eigenem Namen geltend machen (vgl. BGH WRP 2000, 1148/1149 – „Ballermann“ – m.w.N.).

Soweit die Klägerin und die Drittwiderbeklagten in Abrede stellen, dass überhaupt die Beklagte als Mitinhaberin der Marke LOTTO in das Markenregister eingetragen ist, rechtfertigt das keine abweichende Beurteilung. Maßgeblich ist die Eintragungslage, wie sie sich nach der durch das DPMA vorgenommenen Berichtigung darstellt. Danach ist aber die Beklagte neben den übrigen Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks als Mitinhaberin der Marke registriert. Soweit vorher eine „Westfälische Lotterie GmbH & Co KG“ in dem Markenregister in dieser Position eingetragen war, führt das zu keiner abweichenden Beurteilung. Unabhängig davon, dass die

vorherige Registerlage - jedenfalls was die Markenberechtigung für den in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch angeht - nichts an der Maßgeblichkeit des aktuellen Registerstandes ändert, lässt die frühere Eintragung der erwähnten KG in der Sache keine durchgreifenden Zweifel daran zu, dass sich dahinter die Beklagte verbarg und diese daher auch schon vor der durch das DPMA vorgenommenen Berichtigung als Mitinhaberin der Marke eingetragen war. Denn unstreitig existierte eine solche KG nicht und war es die ausweislich des Handelsregisterauszugs HRA 4379 (Bl. 273 d.A.) bis zum 24.01.2000 unter „Westdeutsche Lotterie GmbH & Co“ firmierende Beklagte, die sich mit den übrigen im Markenregister eingetragenen Gesellschaften zum Deutschen Lotto- und Totoblock zusammengeschlossen hat. Gerade die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks führten aber die gemeinsame Markenmeldung durch und erstrebten die Eintragung als gemeinschaftliche Markeninhaber. Vor diesem Hintergrund stellt die Eintragung der vorbezeichneten „KG“ eine offenkundige Falschbezeichnung dar, welche die Identität der in das Markenregister eingetragenen Beklagten unberührt ließ und lässt.

Ist die Beklagte danach gemeinsam mit den übrigen Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks als Mitinhaberin der streitbefangenen Marke LOTTO registriert, so ist sie nach den heranzuziehenden Regeln des Rechts der Gemeinschaft gem. §§ 741 ff BGB - konkret § 744 Abs. 2 BGB - für die geltend gemachten Unterlassungsansprüche prozessführungsbefugt und aktivlegitimiert. Zwar trifft es zu, dass es im Streitfall nicht - wie dies nach dem Sachverhalt der vorstehend zitierten, die Aktivlegitimation eines von mehreren Markeninhabern gem. § 744 Abs. 2 BGB bejahenden „Ballermann“-Entscheidung des BGH zu beurteilen war - um eine „einheitliche“ Individualmarke geht, deren Geltung von jedem der mehreren Anmelder bzw. eingetragenen Markeninhaber für das gesamte Bundesgebiet beansprucht wird. Hier geht es vielmehr um ein Zeichen, das bundesweite Geltung erst aus der Summe der regionalen Verwendung durch alle Anmelder/eingetragene Markeninhaber erlangt. Indessen ändert das nichts daran, dass alle Anmelder - hier konkret die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks - gemeinsam als Inhaber der Wortmarke „LOTTO“ eingetragen worden sind mit der Folge, dass sie insoweit als Gemeinschaft i.S. der §§ 741 ff BGB anzusehen sind, daher auch die Regelung des § 744 Abs. 2 BGB greift. Selbst wenn - wie das die Klägerin und die

Drittwiderbeklagten vertreten - die Eintragung der Wortmarke LOTTO in dieser Form für die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks nicht hätte erfolgen dürfen, weil keine der einzelnen Gesellschaften jeweils für sich eine bundesweite Durchsetzung nachweisen kann, sondern eine solche - wenn überhaupt - nur auf dem Gebiet ihrer jeweiligen regionalen Tätigkeit erreicht hat, ändert dies nichts an der Maßgeblichkeit der Eintragung. Allerdings liegt es angesichts der weitreichenden bundesweiten Koordinierung und des abgestimmten Auftrittes der Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks (vgl. dazu BGH NJW RR 1999, 1266) nicht fern, dass der Verkehr das Zeichen LOTTO - selbst wenn es nur durch eine Gesellschaft des Deutschen Lotto- und Totoblocks innerhalb eines bestimmten Bundesgebiets verwendet wird - als ein solches der Gruppe der Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks aufgefasst hat und auffasst, oder dass der Verkehr jedenfalls der Meinung ist, dass - auch wenn verschiedene Unternehmen das Zeichen LOTTO verwenden - diese irgendwie miteinander rechtlich oder organisatorisch verbunden sind. Dann spricht vieles dafür, die Verwendung durch eine zum Deutschen Lotto- und Totoblock gehörende Gesellschaft gleichzeitig auch den anderen Gesellschaften zugute kommen zu lassen (vgl. BGH Z 21, 182/191 - „Ihr Funkberater“; BGH Z 34, 299/308 ff - „Almglocke“ -; vgl. auch Fezer, MarkenG, 3. Aufl. § 97 Rdn. 13 f). Letztlich kann es aber dahinstehen, was konkret hinter der Markeneintragung steht, ob diese also in der geschehenen Form korrekt als eine mehreren Markeninhabern zustehende Individualmarke eingetragen ist oder ob diese in Wirklichkeit beispielsweise nur als Kollektivmarke hätte eingetragen werden können und dürfen (vgl. aber § 98 MarkenG i.V. mit § 7 Nr. 3 MarkenG). Denn maßgeblich ist die Eintragungslage, an welche das erkennende Gericht im Verletzerprozess bzgl. absoluter Schutzhindernisse gebunden ist (vgl. Fezer, a.a.O., § 8 Rdn. 414), was im hier betroffenen Fall, in dem es um das Vorliegen der Verkehrsdurchsetzung in der Person der eingetragenen Markeninhaber geht, die Markeninhaberschaft umschließt. Ob die dieser Eintragungsentscheidung vorausgegangenen Erwägungen falsch oder richtig sind und ob deshalb die Markeneintragung - in der konkreten Form - richtig oder falsch ist, ist im Lösungsverfahren geltend zu machen, wobei dort im Zusammenhang mit dem Bestehen eines absoluten Eintragungshindernisses geltend zu machen und durch die zuständige Behörde ggf. (auch) zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 MarkenG (bundesweite Verkehrsdurchsetzung) durch alle

Anmelder/Markeninhaber gleichermaßen nachgewiesen werden müssen und ggf. nachgewiesen sind.

3.

Was die Passivlegitimation der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) angeht, so ergibt sich diese aus der Verwendung ihrer Firmen sowie der als solche unstrittigen Verwendung der Internetadresse sowie der auf die Bezeichnung „FreeLotto“ bezogenen Markenmeldung.

Nach den in Fotokopie vorgelegten Handelsregistrauszügen HRA 12479 (Bl. 11 f d.A.) und HRB 31966 des Amtsgerichts Düsseldorf (Bl. 209 ff d.A) wurden am 07.01.1999 die Änderung der Firma der Klägerin in "Free Lotto A[redacted] GmbH & Co International KG", am 30.12.1998 die Änderung der Firma der Drittwiderbeklagten zu 2) in "Free Lotto A[redacted] GmbH" in das Handelsregister eingetragen; seither treten die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) unter diesen Unternehmenskennzeichen im Verkehr auf, so dass das materielle Anspruchsmerkmal der Wiederholungsgefahr, und zwar auch soweit die Verwendung des Begriffs "Freelotto" als Firmenschlagwort in Frage steht, zu bejahen ist. Gleiches gilt hinsichtlich der Verwendung der Bezeichnung "freelotto" als Internetdomain, welche die Klägerin ausweislich des als Anlage B 2 vorgelegten Internetausdrucks vom 19.02.2001 bereits in der Vergangenheit genutzt hat und ausweislich der aktuellen Internetausdrucke gemäß Anlage BE 1 vom 03.04.2002 auch weiterhin noch nutzt.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) bewegen sich dabei auch in einem Bereich, in dem - aus den nachfolgend unter Abschnitt 4. erläuterten Gründen - eine Kollisionslage, nämlich die Gefahr von Verwechslungen mit der Marke LOTTO besteht. Dabei trifft es zwar zu, dass sie nach ihrem gegenwärtig - seit 14.03.2001 im Handelsregister HRB 31966 (vgl. Bl. 212 d. A.) dokumentierten - Unternehmensgegenstand nicht mehr die Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften betreiben und danach auch nicht mehr in der Fachberatung für Lotto und Toto tätig sind. Eben dies entsprach aber bis dahin dem Unternehmensgegenstand der Klägerin, die Geschäftsführung und Vertretung der sich damit befassenden Klägerin wiederum war Gegenstand der Drittwiderbeklagten

zu 2). Die zwischenzeitliche Änderung dieser Unternehmensgegenstände beseitigt die Gefahr einer wiederholten Verwendung der die Bestandteile „Free Lotto“ aufweisenden Firmen in den von den ursprünglichen Gegenständen abgedeckten Tätigkeitsbereichen nicht. Unabhängig davon, dass die Klägerin ausweislich des aktuellen Internetausdrucks vom 03.04.2002 eine Website unterhält, in der u.a. zumindest der Kontakt zu „Anbietern freier gewerblicher Lotto-Spielgemeinschaften“ vermittelt wird, und damit heute noch in einem der „Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften“ jedenfalls nahestehenden Bereich tätig ist, können auch die neuen Unternehmensgegenstände wieder geändert und auf den früheren Status zurückgeführt werden.

Soweit die Verwendung des Domain-Namens „freelotto.de“ in Frage steht, so ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen ebenfalls, dass dessen wiederholte Verwendung innerhalb eines Bereichs droht, in dem die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) auf die Marke LOTTO treffen

Was den zur Unterlassung begehrten Gebrauch des als Wortmarke angemeldeten Zeichens „FreeLotto“ angeht, ist zwar nicht ersichtlich, dass die Klägerin oder die Drittwiderbeklagte zu 2) dieses zur Kennzeichnung von im Bereich der Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften oder der Fachberatung für Lotto und Toto erbrachten Dienstleistungen tatsächlich im geschäftlichen Verkehr bereits verwendet haben. Indessen begründet die Einreichung der Markenmeldung beim DPMA die für den Unterlassungsanspruch ausreichende Gefahr hinsichtlich der erstmaligen Benutzung des Zeichens für diese Dienstleistungen (vgl. OLG Köln WRP 1997, 872 -„Swing/Spring“-; Ingerl/Rohnke, MarkenG, Vor §§ 14 - 19 Rdn. 26 m.w.N.). Etwas Gegenteiliges lässt sich auch den von der Klagepartei zitierten Ausführungen in Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 7. Auflage, 10. Kapitel Rdn. 13 nicht entnehmen, wonach in der „Eintragung“ einer Marke eine die Begehungsgefahr begründende Vorbereitungshandlung zu sehen ist. Denn danach ist es nicht ausgeschlossen, schon die Anmeldung als eine die Begehungsgefahr begründende Vorbereitungshandlung anzuerkennen, weil bereits die der Eintragung vorgelagerte Markenmeldung die ernsthafte und konkrete Absicht des Anmelders indiziert, das Zeichen im geschäftlichen Verkehr zu benutzen. Die danach mit der

Markenanmeldung begründete Erstbegehungsgefahr ist durch die Zurückweisung dieser Anmeldung durch das DPMA nicht entfallen. Wird die Anmeldung, so wie hier, deshalb zurückgewiesen, weil der Eintragung ein absolutes Schutzhindernis i.S. von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegenstehe, so deutet nichts darauf hin, dass der Anmelder nunmehr von der künftigen Benutzung absehen wird, etwa weil er das Zeichen nur dann gebrauchen will, wenn er dies exklusiv tun kann. Vielmehr spricht alles dafür, dass er die Bezeichnung, auch ohne dass diese als Marke geschützt ist, in jedem Fall im geschäftlichen Verkehr verwenden will. Im Streitfall liegt das vor allem deshalb nahe, weil die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) die Bezeichnung in anderen Schreibweisen bereits in Bereichen nutzen, die zumindest in engem Zusammenhang mit den von der Markenanmeldung erfassten Dienstleistungen stehen, so dass ein Gebrauch des Zeichens „FreeLotto“ als Kennzeichnungsmittel der hier in Frage stehenden Dienstleistungen indiziert ist.

4.

Auch die sachlichen Voraussetzungen des in § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG geregelten markenrechtlichen Kollisions- bzw. Verletzungstatbestandes der Verwechslungsgefahr sind erfüllt.

Ob bei einander gegenüberstehenden Zeichen die Gefahr einer Verwechslung besteht, ist nach deren jeweiligem Gesamteindruck festzustellen. Dabei kommt es auf die Nähe der in Betracht zu ziehenden Waren oder Dienstleistungen, auf die Kennzeichnungskraft der Klagemarke sowie auf das Maß der Ähnlichkeit der zu vergleichenden Kennzeichnungen an. Zwischen den dargestellten, die Verwechslungsgefahr bestimmenden Faktoren besteht dabei eine Wechselbeziehung dergestalt, dass der Ähnlichkeitsgrad umso geringer sein kann, je größer die Kennzeichnungskraft und/oder die Waren- oder Dienstleistungsnähe ist, während umgekehrt ein höherer Ähnlichkeitsgrad erforderlich ist, wenn die Kennzeichnungskraft der Klagemarke nur schwach und/oder der Waren- bzw. Dienstleistungsabstand erheblich ist (vgl. BGH WRP 2002, 987/989 –„Festspielhaus“; ders. GRUR 2002, 65/66 –„Ichthyol“-; ders. GRUR 2000, 875/876 –„Davidoff“-; ders. WRP 2000, 631/632 –„MAG-LITE“-; EuGH GRUR 1998, 387 –„Springende Raubkatze“- jeweils m.w.N.). Mit der Beklagten und dem ihr insoweit folgenden

Landgericht ist nach diesen Maßstäben die Verwechslungsgefahr im Streitfall zu bejahen.

a)

Was die Ähnlichkeit der von den zu vergleichenden Zeichen jeweils erfassten Dienstleistungen angeht, so liegt eine solche ohne weiteres vor. Denn die Veranstaltung und Durchführung von Lotterien, Geld- und anderen Glücksspielen u.a. im Wege der Telekommunikation, für welche die Marke LOTTO geschützt ist, ist der die Teilnahme an eben diesen Glücksspielen organisierenden Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie der Fachberatung für Lotto und Toto, also den Dienstleistungsbereichen, in denen die beanstandeten Zeichen der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) genutzt wurden bzw. werden sollen, in hohem Maße ähnlich. Das gilt auch, soweit eine Verwendung der angegriffenen Bezeichnungen in bezug auf „Toto“ in Rede steht, bei dem es sich ebenfalls um ein gegen Geldeinsatz gespieltes Glücksspiel handelt. Hinsichtlich der beanstandeten Verwendung der Bezeichnung „freelotto.de“ als Internetadresse gilt das Gleiche: Bei Internet-Domain-Namen beurteilt sich die Frage, für welche Ware oder Dienstleistung sie verwendet wird, in aller Regel anhand der Produkte oder Dienstleistungen, über die unter dem Domain-Namen informiert oder für die geworben wird (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 14 Rdn. 242). Ausweislich der von der Beklagten vorgelegten Internetausdrucke wird der second-level-Domain-Namen „freelotto“ durch die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) u.a. zur Werbung für die Anbieter freier gewerblicher Lotto-Spielgemeinschaften verwendet, die an dem durch den Deutschen Lotto- und Totoblock veranstalteten „Lotto“ teilnehmen wollen. Auch diese unter der second-level-Domain „freelotto“ beworbene Dienstleistung ist der Dienstleistung „Organisation, Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und anderen Spielen“ sowie „Veranstaltung und Durchführung von Glücksspielen im Wege der Telekommunikation, insbesondere über Internet“, für die wiederum die Marke LOTTO eingetragen ist, in hohem Maße ähnlich. Denn zur Organisation und Durchführung von Lotterien und sonstigen Glücksspielen zählt die Bereitstellung der Möglichkeiten der Teilnahme hieran; eine besondere Form der Teilnahmemöglichkeit in Form von Spielergemeinschaften wird aber unter dem streitbefangenen second-level-Domain-Namen beworben.



b)

Was das die zeichenrechtliche Verwechslungsgefahr mitbeeinflussende Kriterium der Ähnlichkeit der zu vergleichenden Bezeichnungen angeht, so spricht im Streitfall zwar - wie dies der Senat in seinem in dem Verfahren 6 U 48/01 verkündeten Urteil vom 02.11.2001 bereits ausgeführt hat - manches dafür, die Zeichenähnlichkeit als lediglich gering einzuordnen. Denn es liegen Umstände vor, die den Schluss darauf nahe legen, dass die Zeichenähnlichkeit auf der Grundlage einer Gegenüberstellung einerseits von „LOTTO“ und andererseits der Zeichenbestandteile „Free Lotto“ in den zu beurteilenden Schreibweisen vorzunehmen ist. Der für die Beurteilung der Zeichenähnlichkeit maßgebliche Gesamteindruck der angegriffenen Bezeichnung ist nicht etwa anhand einer zergliedernden, semantischen Betrachtungsweise zu ermitteln. Vielmehr kann die Ähnlichkeit einer Marke mit einer anderen Kennzeichnung nur in bezug auf die konkrete Form, in der diese eingetragen und/oder verwendet wird, festgestellt werden. Das schließt es zwar nicht aus, einem bestimmten Zeichenbestandteil unter Umständen eine besondere, das gesamte Zeichen prägende Kennzeichnungskraft beizumessen, so dass bei Übereinstimmung der zu vergleichenden Zeichen in dem jeweils prägenden Bestandteil eine Verwechslungsgefahr zu bejahen sein kann (vgl. BGH GRUR 1996, 200/201 – „Innovadiclophlont“-). Den in den Firmen der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) enthaltenen Elementen „GmbH & Co KG“ bzw. „GmbH“ kann als die jeweilige Gesellschaftsform angebenen und daher rein beschreibenden Angaben eine solche den Gesamteindruck der Bezeichnungen prägende Kraft nicht zukommen. Nämliches gilt hinsichtlich des in die Firma der Klägerin eingestellten Zusatzes „International“, der eine Aussage über den Umfang der unternehmerischen Betätigung trifft, und dem als solcher eine sich ebenfalls in rein beschreibender Funktion erschöpfende Bedeutung beizumessen ist. Eine den Gesamteindruck der beanstandeten Zeichen prägende Kraft kann daher nur von den darin enthaltenen Elementen „Free Lotto“ ausgehen. Indessen liegt es hier - entgegen der von dem DPMA in seinem die Markenmeldung „FreeLotto“ der Klägerin zurückweisenden Beschluss vom 04.12.2001 zum Ausdruck gebrachten Einschätzung - eher fern, dem in den angegriffenen Zeichen jeweils enthaltenen Bestandteil „Lotto“/„lotto“ nach den oben dargestellten Grundsätzen eine den Gesamteindruck des Zeichens dominierende Kraft beizumessen. Zwar wird der Verkehr den in den beanstandeten Zeichen enthaltenen Bestandteil „Lotto“/„lotto“ neben „Free“/„free“ überhaupt als

eigenständiges Element wahrnehmen. Denn dem Verkehr begegnet im allgemeinen Sprachgebrauch nicht nur der Begriff „Lotto“ als selbständiges Einzelwort, mit dem eine bestimmte – u.a. durch den Deutschen Lotto- und Totoblock angebotene - Form der Lotterie bzw. generell des Glücksspiels bezeichnet wird, sondern dies gilt auch für den Begriff „free“. Der letztgenannte, dem anglo-amerikanischen Sprachraum entstammende Begriff ist auch innerhalb des deutschen Sprachraum weithin als eigenständiger, in die Alltagssprache integrierter Begriff verbreitet und wird als Synonym für „frei“/„ungebunden“ in einer denkbar breiten Ausdrucksvariante verwendet und – nicht zuletzt wegen seiner Nähe zu dem entsprechenden deutschen Begriff „frei“ – zwanglos verstanden. Dies stützt die Annahme, dass der angesprochene Verkehr in den streitbefangenen Bezeichnungselementen „Free“ und „Lotto“, auch soweit diese als Einwortzeichen zusammengestellt sind, zwei eigenständige und für sich genommen einen jeweils „kompletten“ Aussagegehalt enthaltende Bestandteile wiedererkennt, so dass die Prüfung veranlasst ist, ob eines dieser beiden Elemente den Gesamteindruck des Domain-Namens prägt. Gegen letzteres spricht jedoch, dass sowohl dem Begriff „Lotto“ als auch dem Begriff „free“ ein (auch) beschreibender Aussagewert zukommt. Selbst wenn sich – was hier unterstellt werden kann – der Begriff „Lotto“ für den Deutschen Lotto- und Totoblock durchgesetzt und für diesen im Verkehr eine hohe Bekanntheit und gesteigerte Kennzeichnungskraft erreicht hat, ändert das nichts daran, dass gerade aus der konkret kombinierten Wortfolge ein eigenständiger Aussagewert entsteht, der seinerseits einen gewissen Phantasiegehalt aufweist. Denn die Wortfolge „freelotto“ ist nicht etwa ausschließlich im Sinn von „kostenfreies“ Lotto bzw. die „kostenlose Teilnahme an/der kostenlose Zugang zu“ Lotto zu identifizieren, sondern kann aus der Sicht eines objektiven aufmerksamen Betrachters auch im Sinne eines „ungebundenen“ Lottos, also eines nicht an vorhandene Marktstrukturen, konkret den Deutschen Lotto- und Totoblock als Veranstalter gebundenen Lottospiels oder auch in bezug auf die freie = „unkonventionelle“ Interpretation von Regeln verstanden werden. Die aus den Begriffen „free“ und „lotto“ entstandene Wortfolge ist daher nicht eindeutig und regt zum Nachdenken an, um den Sinn zu entschlüsseln. Vor diesem Hintergrund scheint es aber fernliegend, dass der Verkehr den in der Begriffskombination „Free Lotto“/„FreeLotto“/„freelotto“ enthaltenen Bestandteil „free“ neben „lotto“ als rein beschreibende Angabe übergehen wird. Letztlich kann es allerdings offen bleiben, ob beide Elemente der angegriffenen Bezeichnungen

gleichgewichtig deren Gesamteindruck bestimmen bzw. der darin enthaltene Bestandteil „lotto“ nicht allein prägend (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 399) ist. Das bedarf hier deshalb nicht der Entscheidung, weil selbst bei Gegenüberstellung einerseits von „LOTTO“ und andererseits von „Free Lotto“/„FreeLotto“/„freelotto“ und bei Zugrundelegen der sich dabei herausstellenden deutlichen Unterschiede in klanglicher, schriftbildlicher und begrifflicher Hinsicht, die Verwechslungsgefahr – wie nachfolgend ausgeführt – zu bejahen ist.

c)

Denn selbst einem geringen Ähnlichkeitsgrad der Zeichen steht eine derart hohe Kennzeichnungskraft der Marke „LOTTO“ gegenüber, dass für einen mehr als nur unbeachtlichen Teil des angesprochenen Verkehrs, dem die Mitglieder des erkennenden Senats ebenso wie diejenigen der erstinstanzlich entscheidenden Kammer angehören, die Gefahr markenrechtlich relevanter Verwechslungen besteht.

Allerdings trifft es im Ansatz zu, dass es sich bei dem Begriff „Lotto“ von Hause aus um einen eine bestimmte Art des Lotteriespiels beschreibenden Begriff handelt (vgl.: Der große Brockhaus, 18. Auflage, sowie Duden, jeweils zum Stichwort: „Lotto“). Die Beklagte hat indessen substantiiert dargelegt, dass der Deutsche Lotto- und Totoblock den Begriff „Lotto“ intensiv in Benutzung genommen und bekannt gemacht hat, so dass dieser in hohem Maß geeignet ist, sich dem Publikum als Marke einzuprägen, d.h. in Erinnerung behalten und wiedererkannt zu werden (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 181 m.w.N.). Eine solche gesteigerte Kennzeichnungskraft lässt sich zwar nicht allein dem Umstand entnehmen, dass die Marke kraft Verkehrsdurchsetzung (§ 8 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 MarkenG) für die Gesellschafterinnen des Deutschen Lotto- und Totoblocks eingetragen worden ist. Denn ist ein Zeichen aufgrund von Verkehrsdurchsetzung eingetragen, so kommt ihm grundsätzlich normale, d.h. durchschnittliche Kennzeichnungskraft zu (BGH NJW RR 1993, 553 – „Apetito/Apitta“-; ders. GRUR 1991, 609 – „SL“-; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 8 Rdn. 150 und § 14 Rdn. 221). Indessen kann bei einem entsprechend hohen Durchsetzungsgrad auch die Kennzeichnungskraft als überdurchschnittlich eingeordnet werden und damit den Schutzbereich der Marke in einer Weise vergrößern, dass selbst bei verhältnismäßig geringer Ähnlichkeit des angegriffenen

Zeichens die Gefahr von Verwechslungen ggf. zu bejahen ist (Ingerl/Rohnke, a.a.O. m.w.N.). So liegt der Fall hier.

Dem Vortrag der Beklagten lässt sich zwar ebensowenig wie dem sonstigen Akteninhalt entnehmen, welchen konkreten Durchsetzungsgrad die Gesellschaften des deutschen Lotto- und Totoblocks seinerzeit gegenüber dem Deutschen Patent- und Markenamt behauptet haben, um die Markeneintragung zu erwirken. Fest steht lediglich, dass ein demoskopisches Gutachten im Eintragungsverfahren nicht vorgelegt worden war, sondern dass sich die Markenanmelderinnen darauf berufen haben, seit 1955 den Begriff „Lotto“ durch die regelmäßige Veranstaltung dieses Glücksspiels unter der entsprechenden Bezeichnung sowie die umfangreiche Ausgabe von „Lottoscheinen“, die flächendeckende Einrichtung von „Lotto-Annahmestellen“ und umfangreiche, kontinuierlich betriebene Werbemaßnahmen sowie schließlich die „öffentliche Ziehung der Lottozahlen“ und ihre Veröffentlichung im Fernsehen – u.a. in den Tagesnachrichten - in einer so nachhaltigen Weise im Verkehr bekannt gemacht zu haben, dass die weitaus überwiegende Anzahl der Verbraucher mit „Lotto“ zwanglos gerade das „Lotto“-Spiel des Deutschen Lotto- und Totoblocks assoziiert. Diese, im vorliegenden Prozess seitens der Beklagten näher erläuterten Umstände indizieren einen sehr hohen Durchsetzungsgrad des Begriffs „Lotto“ und lassen den Schluss darauf zu, dass dieser sich im Verkehr in hohem Maße als Herkunftshinweis auf den Deutschen Lotto- und Totoblock bzw. die diesen bildenden Gesellschafterinnen, darunter die Beklagte, durchgesetzt hat. Dem steht es nicht entgegen, dass nach der in dem Verfahren 6 U 48/01 vorgelegten gfk-Befragung lediglich insgesamt 49,3 % der Befragten auf die – sinngemäße – Frage, was sie mit dem Begriff „Lotto“ verbinden, Antworten gaben, die einen eindeutigen Rückschluss gerade auf das vom Deutschen Lotto- und Totoblock veranstaltete Lotto zulassen. Denn die übrigen, eine solche Zuordnung nicht auf Anhieb erkennen lassenden Antworten (z.B. „Glücksspiel“, „Gewinnspiel“ usw.) sind so allgemein, dass sie kein zuverlässiges Indiz *gegen* die nach den obigen Umständen, insbesondere die jahrzehntelange Tradition und Verbreitung des Lottos des Deutschen Lotto- und Totoblocks naheliegende Vorstellung darstellen, dass mit Lotto gerade *dieses* Lotto gemeint ist. Hinzu kommt, dass auch die Klägerin und die Drittwiderbeklagten keinen anderen Veranstalter genannt haben, der unter der Bezeichnung „Lotto“ eine Lotterie der hier betroffenen Art durchgeführt hat. Weder

die von der NKL noch die von der SKL veranstalteten Lotterien werden unter dieser Bezeichnung angeboten, noch bedienen sich andere Veranstalter dieses Begriffs. Aus diesem Grund lassen sich aus den Ergebnissen der von der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) als Anlage BB 6 vorgelegten Verkehrsbefragung der NFO Infratest ebenfalls keine der dargelegten Hinweiskriterien der Bezeichnung „Lotto“ entgegenstehenden Feststellungen herleiten. Selbst wenn nach dieser im Januar 2002 durchgeführten Befragung 47,7 % der Befragten in dem Begriff „Lotto“ ausschließlich den Hinweis auf ein bestimmtes Glücksspiel und nicht einen Hinweis auf ein Unternehmen sehen, spricht dies nach den vorbezeichneten Umständen der tatsächlichen Organisation und Veranstaltung des gerade unter der Bezeichnung „Lotto“ beworbenen und angebotenen Glücksspiels nicht ohne weiteres gegen eine derartige auf den Veranstalter hinweisende Funktion. Die Beklagte und ihre im Deutschen Toto- und Lottoblock zusammengeschlossenen 15 Mitgesellschafterinnen können sich darauf berufen, den Begriff „Lotto“ bereits seit 1955 in ununterbrochener Folge zur Kennzeichnung des von ihnen veranstalteten und durchgeführten Lotteriespiels verwendet zu haben. Seit 1965 wird die im Rahmen der Durchführung dieses Lotteriespiels veranstaltete „Ziehung der Lottozahlen“ bundesweit von den öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalten der ARD unter Verwendung des Begriffs „Lotto“ ausgestrahlt. Darüber hinaus existieren bundesweit unstrittig 21.000 „Lotto-Annahmestellen“, in denen – wiederum mit dem Begriff „Lotto“ gekennzeichnete „Lottospielscheine“ – ausgefüllt und zur Teilnahme an der solcherart bezeichneten, von der Klägerin und ihren Mitgesellschafterinnen durchgeführten Lotterie abgegeben werden können. Selbst wenn man dem beschreibenden Charakter des Begriffs „Lotto“ Rechnung trägt, spricht doch vor diesem Hintergrund alles dafür, aus dem nach den vorstehenden Umständen dokumentierten hohen Durchsetzungsgrad eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der Marke LOTTO herzuleiten. Dabei trifft es zwar zu, dass - wie dies die Klägerin und die Drittwiderbeklagte einwenden - die langjährige und intensive Benutzung der Bezeichnung nur dann zu einer Steigerung der von Hause aus als durchschnittlich einzuordnenden Kennzeichnungskraft der als durchgesetzt eingetragenen Marke führen kann, wenn diese als Kennzeichen und nicht etwa als Beschreibung bzw. als Gattungsbegriff für das beworbene und durchgeführte Lotteriespiel verwendet worden ist. Nach der dem Senat aus seiner Lebenserfahrung bekannten und als solche auch unstrittigen Verwendung des Begriffs, wie sie in der Werbung, bei der öffentlichen Ziehung der Lottozahlen, auf

den Lottoscheinen und in den Lottoannahmestellen stattgefunden hat und stattfindet, ist jedoch von einer solchen zumindest auch kennzeichenmäßigen Benutzung auszugehen.

Die vorstehenden, die Beurteilung der Verwechslungsgefahr wechselbezüglich beeinflussenden Parameter abwägend, ist im Streitfall die Gefahr von Verwechslungen nicht von der Hand zu weisen: Zwar wird die Gefahr von Zeichenverwechslungen, mithin die unmittelbare Verwechslungsgefahr, angesichts der aufgezeigten Verschiedenheit der zu vergleichenden Zeichen der Parteien zu verneinen sein. Jedoch besteht danach die Gefahr mittelbarer Verwechslungen. Denn ein mehr als nur unbeachtlicher Teil des angesprochenen Verkehrs wird davon ausgehen, dass es sich bei der Bezeichnung „Free Lotto“ in den streitbefangenen Schreibweisen um Abwandlungen des ihm bekannten und dem Deutschen Lottoblock zugeordneten Zeichens „Lotto“ handelt, unter denen „frei“ zugängliche, d.h. für jedermann verfügbare Informationen über das Glücksspiel Lotto einschließlich seiner Durchführung und Organisation und/oder die Möglichkeit der Teilnahme angeboten werden. Dieser Teil des Verkehrs erkennt zwar, dass es sich bei den streitbefangenen Bezeichnungen um verschiedene handelt, rechnet diese jedoch aufgrund der dargestellten Umstände irrig ein und demselben Unternehmen, hier konkret den Inhaberinnen der Marke LOTTO zu und erliegt daher der mittelbaren Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt des Serienzeichens. Diese liegt vor, wenn die Zeichen in einem Bestandteil übereinstimmen, den der Verkehr als Stamm mehrerer Zeichen eines Unternehmens ansieht und deshalb wegen dieses „wesensgleichen“ Stamms dem gleichen Zeicheninhaber zuordnet (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 428 m.w.N.). Mit der Anerkennung der mittelbaren Verwechslungsgefahr unter dem Aspekt des Serienzeichens wird der im Verkehr bekannten Übung vieler Unternehmen Rechnung getragen, sich eines Stammzeichens für alle ihre Waren zu bedienen und dieses – als solches erkennbar bleibende – Stammzeichen für einzelne Waren- oder Dienstleistungen abzuwandeln. Die Annahme eines solchen Serienzeichens für den Verkehr ist insbesondere dann nahliegend, wenn das Stammzeichen von dem Markeninhaber bereits zur Bildung mehrerer Zeichen benutzt und im Verkehr verwendet worden ist. Dies stellt jedoch keine unerlässliche Voraussetzung dar. Auch in einem erstmalig verwendeten Zeichen kann der Verkehr ein Stammzeichen sehen, wofür allerdings konkrete

Anhaltspunkte zu verlangen und strenge Anforderungen an die Wesensgleichheit des Stammbestandteils mit dem angegriffenen Zeichen zu stellen sind (vgl. Ingerl/Rohnke, a. a. O., § 14 Rdn. 428 m.w.N.). Im Streitfall sind diese Anforderungen erfüllt, da nach den beklagtenseits vorgelegten Anlagen BE 7 und BE 8 nicht nur konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Gesellschafterinnen des Deutschen Lottoblocks nunmehr dazu übergehen, aus diesem Zeichen Abwandlungen zu bilden, um beispielsweise im Internet Informationsmöglichkeiten über ihr Lotto zur Verfügung zu stellen oder die Möglichkeit zur Teilnahme an Lotterien durch Zuhilfenahme der Mittel der Telekommunikation anzubieten, sondern der in den angegriffenen Bezeichnungen als „Stammbestandteil“ erkannte Begriff „Lotto“ ist dem Klagezeichen auch identisch (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 430).

Die von der Klägerin und der Drittwiderbeklagte zu 2) angeführten zahlreichen, jeweils den Bestandteil „Lotto“ aufweisenden Drittzeichen stehen der Bejahung der Verwechslungsgefahr nicht entgegen. Treten diese Zeichen tatsächlich dem Verkehr in relevantem Umfang gegenüber, so wird dieser dann zwar eher dazu neigen, den anderen Zeichenbestandteilen ein besonderes unterscheidendes Gewicht beizumessen. Unabhängig davon, ob danach im Streitfall tatsächlich die Gefahr von Verwechslungen eines beachtlichen Teils der Zeichenadressaten ausgeschlossen wäre, lassen sich indessen weder dem Vortrag der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) noch dem Sachverhalt im übrigen Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die erwähnten, den jeweiligen Bestandteil „Lotto“ aufweisenden Drittzeichen in relevantem Umfang in Benutzung genommen worden sind und daher den Verkehr in der aufgezeigten Weise bei der Wahrnehmung der streitbefangenen Bezeichnungen beeinflussen können.

5.

Soweit die Klägerin und die Drittwiderbeklagte mit Blick auf die in § 22 Abs. 1 Nr. 2 2. Alternative, Abs. 2 MarkenG getroffene Regelung eine Koexistenzlage begründet sehen, nach welcher die Beklagte den Gebrauch ihrer streitbefangenen Unternehmenskennzeichen hinzunehmen habe, vermögen sie damit nicht durchzudringen. Gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2, 2. Alternative MarkenG kann der Inhaber einer prioritätsälteren Marke die Benutzung einer eingetragenen Marke mit jüngerem

Zeitrang nicht untersagen, wenn sein Antrag auf Löschung dieses jüngeren Zeichens zurückgewiesen worden ist oder zurückzuweisen wäre, weil die Eintragung der prioritätsälteren Marke am Tag der Veröffentlichung der Eintragung der Marke mit jüngerm Zeitrang wegen absoluter Schutzhindernisse hätte gelöscht werden können. Mit der Behauptung, die als durchgesetztes Zeichen eingetragene Marke LOTTO sei bereits im Eintragungszeitpunkt am 27.08.1997, jedenfalls aber zu dem Zeitpunkt, als ihre in bezug auf die vorstehenden Unternehmenskennzeichen geltend gemachten Rechte entstanden seien, (noch) nicht im Verkehr durchgesetzt gewesen, wenden die Klägerin und die Drittwiderbeklagten zu 2) ein solches absolutes Schutzhindernis, nämlich die fehlende Unterscheidungskraft oder ein Freihaltebedürfnis (§§ 8 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2; 50 Abs. 1 Nr. 3; 51 Abs. 4; MarkenG) ein. Eine die Unterlassungsansprüche der Beklagten nach Vorgabe dieser Bestimmung ausschließende Situation kann im vorliegenden Prozess indessen nicht festgestellt werden. Vom Wortlaut her greift die Vorschrift des § 22 Abs. 1 MarkenG schon im Ansatz nicht, weil es sich danach bei dem jüngeren, von dem Inhaber der älteren Marke hinzunehmenden Zeichen um eine eingetragene Marke handeln muss, so dass aus nicht eingetragenen jüngeren Bezeichnungen - und nur um solche handelt es sich bei den von der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) angeführten „Free Lotto“-Unternehmenskennzeichen - keine Koexistenzberechtigung hergeleitet werden kann. Ob mit Ingerl/Rohnke (MarkenG, § 22 Rdn. 14) eine Anwendung der Bestimmung des § 22 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG auf sämtliche, also auch nicht eingetragene (jüngere) Kennzeichenrechte zu befürworten ist, bedarf indessen keiner Entscheidung durch den Senat. Denn auch in diesem Fall greift der Einwand der Koexistenz gem. § 22 Abs. 1 Nr. 2 2. Alternative, Abs. 2 MarkenG nicht. Die ursprüngliche Lösungsreife einer eingetragenen Marke, also ihre Lösungsreife wegen bereits im Eintragungszeitpunkt bestehender absoluter Schutzhindernisse kann im Verletzungsprozess nicht als Einwendung geltend gemacht werden, sondern ist der Prüfung im Lösungsverfahren gem. § 54 MarkenG vorbehalten. Der Richter des Verletzungsprozesses ist - wie dies oben unter Abschnitt A. I. 2. bereits angesprochen ist - an die Markeneintragung gebunden. Auch die in § 22 Abs. 1 Nr. 2 2. Alternative MarkenG getroffene Regelung eröffnet nicht die Möglichkeit, diese Bindungswirkung zu durchbrechen und nunmehr im Verletzerprozess zu überprüfen, ob im Zeitpunkt der Eintragung der prioritätsälteren Marke die Eintragungsvoraussetzungen vorlagen (vgl. OLG Köln WRP 2001, 57/59 „Kinder



Kram“-; Fezer, Markenrecht, 3. Auflage, § 22 Rdn. 3; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 22 Rdn. 12). Die Eintragung entfaltet danach zwar nur eine Bindungswirkung hinsichtlich der in diesem Zeitpunkt in bezug auf absolute Schutzhindernisse vorhandenen Eintragungsfähigkeit der Marke, nicht aber auch eine solche für den nach § 22 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG maßgeblichen Zeitpunkt der Entstehung der jüngeren Kennzeichenrechte. Im Streitfall liegen indessen aus den bereits unter Abschnitt A. I. 4. c) dargestellten Erwägungen keine Anhaltspunkte vor, dass sich in der Zeitspanne ab Eintragung der Marke am 27.08.1997 bis zur Aufnahme der Benutzung der „Free Lotto“-Unternehmenskennzeichen durch die Klägerin und die Drittwiderbeklagten zu 2), die unter ihren jetzigen Firmen am 07.01.1999 bzw. am 30.12.1998 in das Handelsregister eingetragen wurden, ein Verfall der Eintragungsvoraussetzungen der Marke LOTTO ergeben hat und daher die gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG erforderliche Verkehrsdurchsetzung, von deren Vorhandensein im Zeitpunkt der Eintragung der Marke LOTTO auszugehen ist, nachträglich wieder entfallen ist.

## II.

Die Auskunfts- und Schadensersatzfeststellungsbegehren ergeben sich hinsichtlich der unter Ziff. I. 1.1 und 1.2 beanstandeten Handlungen aus den §§ 14 Abs. 6 MarkenG i.V. mit § 242 BGB. Dass es der Klägerin und der Drittwiderbeklagten unmöglich ist, die insoweit verlangten und geschuldeten Informationen zu erteilen, ist nicht ersichtlich; sie sind vielmehr in der Lage, die unter den in Frage stehenden Bezeichnungen vorgenommenen Handlungen und damit etwa erzielte Umsätze, ggf. unter Heranziehung von Hilfspersonen zu ermitteln und der Beklagten zur Verfügung zu stellen, die auf dieser Grundlage den ggf. ersetzt verlangten Schaden ermitteln kann. Soweit die Beklagte die Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz und zur Auskunft auch hinsichtlich der mit dem Unterlassungsantrag unter Ziff. I.1.3 angegriffenen Verwendung des als Wortmarke angemeldeten Zeichens „FreeLotto“ begehrt, stellt sich dies indessen als unberechtigt dar. Da insoweit lediglich die erstmalige Verwendung des beanstandeten Zeichengebrauchs, mithin die erst zukünftige Vornahme einer Verletzungshandlung droht, kann der Beklagten hieraus noch kein Schaden entstanden sein, zu dessen Ersatz die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) verpflichtet sind. Aus diesem Grund scheidet auch der die Geltendmachung eines solchen Schadensersatzanspruchs vorbereitende unselbständige Auskunftsanspruch. Aber auch mit dem unter Ziff. 3 der Widerklage

formulierten, auf § 19 Abs. 2 MarkenG gestützten selbständigen Auskunftsbegehren, mit dem Informationen über die gewerblichen Abnehmer der „gelieferten und bestellten Gegenstände“ verlangt werden, vermag die Beklagte nicht durchzudringen. Dem steht es zwar nicht entgegen, dass das in Frage stehende Zeichen „FreeLotto“ nicht für Waren, sondern zur Kennzeichnung von Dienstleistungen in Benutzung genommen werden soll. Denn die nach § 19 MarkenG geschuldete Auskunft erfasst auch Geschäftspapiere und Werbemittel i.S. des § 14 Abs. 3 Nr. 5 MarkenG (Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 19 Rdn. 10 m.w.N.). Die Benutzung eines Zeichens als Kennzeichnungsmittel für Dienstleistungen bringt aber in aller Regel die Verwendung eben dieses Zeichens in die damit gekennzeichnete Dienstleistung anbietenden und/oder bewerbenden Geschäftspapieren und Werbeunterlagen mit sich. Voraussetzung der in Rede stehenden Auskunft ist jedoch eine bereits erfolgte Verwendung derartiger Unterlagen im geschäftlichen Verkehr, weil andernfalls die in Frage stehende Auskunft von vornherein ins Leere läuft. Weder dem Vortrag der Beklagten noch dem Sachverhalt im übrigen lässt sich jedoch entnehmen, dass die Klägerin und/oder die Drittwiderbeklagte zu 2) das in Frage stehende Zeichen „FreeLotto“ auf die vorbeschriebene Weise jemals im geschäftlichen Verkehr in Geschäftspapieren oder in Werbemitteln verwendet haben.

### III.

Entsprechendes gilt hinsichtlich des geltend gemachten Vernichtungsanspruchs. Soweit dieser sich auf die unter Ziff. I. 1.1. und 1.2 aufgeführten Bezeichnungen bzw. die mit diesen versehenen Gegenstände bezieht, steht der Beklagten ein Anspruch auf Vernichtung aus § 18 Abs. 1 MarkenG zu, der ebenfalls Geschäftspapiere und Werbemittel i.S. des § 14 Abs. 3 Nr. 5 MarkenG erfasst (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 18 Rdn. 10). Da die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) unter den hier betroffenen Bezeichnungen bereits im geschäftlichen Verkehr aufgetreten sind, spricht alles dafür, dass sie diese auch in noch in ihrem Besitz oder in ihrem Eigentum befindlichen Geschäftspapieren und Werbemitteln verwendet haben, so dass der Vernichtungsanspruch greift. Anderes gilt jedoch hinsichtlich des in bezug auf das als Wortmarke angemeldete Zeichen „FreeLotto“ gemäß Ziff. I.1.3 der Widerklage. Angesichts der hinsichtlich der Verletzungshandlung lediglich bestehenden Erstbegehungsgefahr ist nicht ersichtlich und lässt sich auch dem

Vortrag der Beklagten nicht entnehmen, dass die Klägerin und/oder die Drittwiderbeklagte zu 2) bereits Geschäftspapiere und/oder Werbematerialien in ihrem Besitz haben, in denen das Zeichen verwendet ist. Vor diesem Hintergrund greift die begehrte Vernichtung aber von vornherein ins Leere, jedenfalls aber spricht alles dafür, dass bereits das die Benutzungshandlung gemäß § 14 Abs. 3 Nr. 5 MarkenG umfassende Verbot des (drohenden) Zeichengebrauchs ausreicht, um i.S. von § 18 Abs. 1 letzter Halbsatz MarkenG auf anderweitige Weise den durch die Rechtsverletzung verursachten Zustand zu beseitigen, so dass es der Anordnung der Vernichtung nicht bedarf.

#### B.

Aus den unter Abschnitt A. dargestellten Gründen folgt zugleich die Unbegründetheit der Klage. Denn hat die Klägerin den Gebrauch der Domain „freelotto“ zu unterlassen, weil der Beklagten demgegenüber aus der Marke LOTTO ein besseres Recht zusteht, scheidet sowohl das auf die Aufhebung des Dispute-Eintrags betreffend diese Domain gerichtete Klagebegehren als auch das Hilfsbegehren, derartige Dispute-Einträge künftig zu unterlassen.

#### C.

Was das von der Klägerin und der Drittwiderbeklagten als Zwischenfeststellungswiderklage bezeichnete Rechtsschutzbegehren angeht, gilt folgendes:

Es kann dahinstehen, ob die zunächst als eine das Vorliegen eines Feststellungsinteresses voraussetzende Feststellungswiderklage bezeichnete Widerklage zulässigerweise in eine Zwischenfeststellungswiderklage umbenannt werden konnte und ob diese zulässig ist. Aus den unter A. I. 5. dargestellten Gründen ist sie jedenfalls nicht begründet.

#### D.

Ebenso wie das erstinstanzlich entscheidende Landgericht sieht der Senat schließlich keinen Anlass, den Rechtsstreit mit Blick auf das in bezug auf die

Klagemarke bei dem Deutschen Patent- und Markenamt betriebene Lösungsverfahren nach Maßgabe von § 148 ZPO auszusetzen.

Grundsätzlich ist im Markenverletzungsverfahren davon auszugehen, dass die eingetragene Marke in Kraft steht und deshalb als solche schutzfähig ist. Der Einwand, eine Marke sei trotz des Vorliegens eines absoluten Schutzhindernisses (hier: §§ 8 Abs. 2 Nr. 2, 50 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG) - mithin zu Unrecht - eingetragen worden, kann gemäß § 54 Abs. 1 MarkenG nur durch einen Lösungsantrag beim Patentamt geltend gemacht werden (vgl. BGH WRP 2000, 632 — „MAG-LITE“ -; ders. GRUR 1998, 413 f — „Analgin“ -; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 15). Die bei Einleitung eines Lösungsverfahrens im Markenverletzungsprozess danach lediglich in Betracht zu ziehende prozessuale Möglichkeit der Aussetzung gemäß § 148 ZPO erfordert — neben der Voreingrifflichkeit — indessen, dass das Lösungsverfahren einige Erfolgsaussichten aufweist (vgl. BGH GRUR 1987, 284 — „Transportfahrzeug“ -). Letzteres kann im Streitfall nicht bejaht werden. Neben den oben bereits dargestellten, die Bekanntheit der Klagemarke und ihre hohe Kennzeichnungskraft betreffenden Umständen sprechen die Ergebnisse der oben erwähnten demoskopischen Gutachten dagegen, der von der LottoTeam Partnership Service GmbH betriebenen Löschung der Klagemarke die erforderliche Erfolgsaussicht beizumessen. Entgegen der Meinung der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) lassen diese Gutachten nicht schon aus sich heraus den Schluss auf eine dem Nachweis der Verkehrsdurchsetzung nicht genügende Bekanntheit und Zuordnung der Bezeichnung „LOTTO“ zu. Vielmehr indizieren die mit dieser Befragung ermittelten Werte einen hinreichend hohen Bekanntheitsgrad von „LOTTO“, so dass danach die der begehrten Löschung aber entgegenstehende Annahme nahe liegt, der Verkehr verstehe diese Bezeichnung als eine auf das Lotteriespiel der Klägerinnen und ihrer Mitgesellschafterinnen hinweisende, mithin i.S. von § 8 Abs. 3 MarkenG durchgesetzte Kennzeichnung. Das gilt auch, wenn man mit der Beklagten einen hohen, die Quote von 50 % deutlich übersteigenden Durchsetzungsgrad fordern will. Nach den Ergebnissen der Befragungen war jedenfalls einem Anteil von über 50 % der Befragten der Begriff „LOTTO“ im Zusammenhang mit Glücksspielen bereits bekannt und assoziierte ein deutlich darüber liegender Teil dabei „LOTTO“ spontan mit dem Lotto der Beklagten und der anderen Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks. Angesichts des

Umstandes, dass die unter der Bezeichnung „LOTTO“ veranstaltete und durchgeführte Lotterie von mehreren, im Deutschen Lotto- und Totoblock zusammengefassten selbständigen Gesellschaften veranstaltet und durchgeführt wird, schließt selbst die Annahme der Befragten, dass „Lotto“ - sinngemäß - von verschiedenen Veranstaltern komme, nicht aus, dass „LOTTO“ gleichwohl einem zum Deutschen Lotto- und Totoblock gehörigen Veranstalter zugeordnet wird. Vor diesem Hintergrund kann dem gegen die Marke LOTTO gerichteten Löschantrag aber das zu fordernde Ausmaß der Erfolgsaussicht nicht zugesprochen werden und ist daher die im vorliegenden Verletzerprozess begehrte Aussetzung nicht gerechtfertigt.

#### E.

Die Kostenfolge ergibt sich aus den §§ 92 Abs. 1, 91 a ZPO i.V. mit § 269 Abs. 3 ZPO. Soweit die Parteien die Hauptsache hinsichtlich des Drittwiderbeklagten zu 3) einvernehmlich zur Erledigung gebracht haben, waren die Kosten bis zu dessen Unterlassungserklärung ebenso zu verteilen, wie dies für das Verhältnis zwischen der Beklagten und der Drittwiderbeklagten zu 2) betreffend die Widerklage gilt. Unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes entspricht dies billigem Ermessen, weil der Drittwiderbeklagte zu 3) aus den obigen Gründen in gleichem Umfang auf die Widerklage hin verurteilt worden wäre wie die Drittwiderbeklagte zu 2).

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 108, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Nichtzulassung der Revision beruht auf folgender Erwägung: In dem sich im wesentlichen mit nämlichen Rechtsfragen befassenden Parallelverfahren 6 U 48/01 hat der dortige Beklagte Thorsten Speckmann Revision eingelegt, über deren Annahme der Bundesgerichtshof in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung der ZPO zu entscheiden hat. Die auf der Grundlage der Bestimmungen der §§ 543 ff ZPO in der seit dem 01.01.2002 geltenden Fassung i.V. mit § 26 Nr. 7 und Nr. 8 EGZPO erfolgte Nichtzulassung der Revision im vorliegenden Verfahren setzt den Bundesgerichtshof als Rechtsinstanz in die Lage, in den beiden Parallelverfahren

einheitlich selbst darüber zu befinden, ob eine mündliche Revisionsverhandlung durchgeführt werden soll.

Die gemäß § 544 ZPO n. F. i.V. mit § 26 Nr. 8 EGZPO festzusetzende Beschwer orientiert sich am Wert des jeweiligen Unterliegens der Parteien im vorliegenden Rechtsstreit.

Streitwert in der Berufung:

I.

bis zum 03.04.2002: 325.000,00 €;

Klage: 25.000,00 €

(das Hilfsgebegehren wirkte sich gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 GKG nicht streitwerterhöhend aus),

Widerklage: 300.000,00 €;

Unterlassungsantrag I.1.1.:	150.000,00 €
Unterlassungsantrag I.1.2. :	50.000,00 €
Unterlassungsantrag I.1.3.:	30.000,00 €
Auskunftsantrag I.2.	15.000,00 €
Auskunftsantrag.3.:	5.000,00 €
Schadensersatzfeststellungsantrag II.:	45.000,00 €
Vernichtungsantrag III. :	5.000,00 €;

II.

ab 04.04.2002 (Eingang der neu formulierten Widerklage) bis zum 19.06.2002:  
460.000,00 €

Klage: 25.000,00 €;

Widerklage: 435.000,00 €

Unterlassungsantrag I.1.1. :	150.000,00 €
Unterlassungsantrag I. 1.2.	50.000,00 €
Unterlassungsantrag 1.3:	30.000,00 €
Auskunftsantrag I. 2.	15.000,00 €
Auskunftsantrag I. 3.	5.000,00 €
Schadensersatzfeststellungsantrag II:	180.000,00 €
Vernichtungsantrag III.	5.000,00 €;

III.

ab 20.06.2002 (Eingang der Zwischenfeststellungswiderklage) bis zum 21.06.2002:  
510.000,00 €:

Klage: 25.000,00 €,  
Widerklage: 435.000,00 € (wie oben unter II.),  
Zwischenfeststellungswiderklage: 50.000,00 €;

IV.

danach: 375.000,00 €,

Klage: 25.000,00 €  
Widerklage: 300.000,00 € (wie oben unter I.),  
Zwischenfeststellungswiderklage: 50.000,00 €.

Schütze

Pietsch

Schütze

Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht  
Dr. Schwippert ist  
infolge urlausbedingter  
Ortsabwesenheit verhindert,  
seine Unterschrift beizufügen

6 U 181/01  
84 O 7/01  
(LG Köln)



Anlage zum Protokoll  
vom 14.08.2002  
Verkündet am 14.08.2002  
Berghaus, J.S. in  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

OBERLANDESGERICHT KÖLN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

1.  
der Free Lotto Association GmbH & Co KG, vertreten durch ihre  
persönlich haftende Gesellschafterin, die Free Lotto Association GmbH, diese  
vertreten durch ihren Geschäftsführer, Füllbachstraße 9, 40151 Münster, Dorf

Klägerin, Widerbeklagte, Widerklägerin und  
Berufungsklägerin,

2.  
der Free Lotto Association GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer,  
Füllbachstraße 9, 40151 Münster

Drittwiderbeklagte, Widerklägerin und  
Berufungsklägerin,

3.  
des Herrn Dietrich Mehlhorn, ebenda,

Drittwiderbeklagten und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [redacted] Köln,

g e g e n

die Westfälische Lotto GmbH & Co oHG, vertreten durch die Nordwest-Lotto in  
Nordrhein-Westfalen GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer, Herrn Dr.  
Wolfgang Westmann, Westfälische Str. 108, 4412, 48151 Münster,

Beklagte, Widerklägerin und Berufungsbeklagte,



Prozessbevollmächtigte: die beim Oberlandesgericht Köln zugelassenen Rechtsanwältinnen der überörtlichen Sozietät ~~Ge...~~,  
~~Ma...~~

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21.06.2002 unter Mitwirkung seiner Mitglieder Dr. Schwippert, Pietsch und Schütze

**für Recht erkannt:**

Auf die Berufung der Klägerin und der Drittwiderbeklagten wird das am 23.08.2001 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 84 O 7/01 - teilweise abgeändert und insgesamt im Hauptauspruch wie folgt neu gefasst:

A.

Die Klage wird abgewiesen.

B.

Auf die Widerklage

I.

werden die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) verurteilt,

1.

es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr

1.1.

im Bereich der Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie der Fachberatung für Lotto und Toto selbst und/oder durch Dritte die Firma

„Free Lotto Association GmbH & Co ~~International~~ KG“

und/oder die Firma

„Free Lotto Association GmbH“

und/oder das Firmenschlagwort

„Freelotto“

zu verwenden und/oder verwenden zu lassen;

1.2.

für die Bewerbung und/oder das Angebot von Spielergemeinschaften zur Teilnahme an Lotterien des Deutschen Lotto- und Totoblocks die Internetadresse

freelotto.de

zu benutzen;

1.3.

die Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie die Fachberatung für Lotto und Toto unter dem Zeichen

FreeLotto,

wie es unter dem Aktenzeichen 30016314 zur Eintragung als Wortmarke beim DPMA angemeldet worden ist, anzubieten und/oder zu bewerben und/oder in den Verkehr zu bringen;

2.

der Beklagten Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang sie Handlungen gemäß der vorstehenden Ziffer 1.1. seit dem 07.01.1999, gemäß der vorstehenden Ziffer 1.2. seit dem 04.09.1998 vorgenommen haben, und zwar unter Angabe der Umsätze, die unter den in den Ziffern 1.1. und 1.2. wiedergegebenen Kennzeichen erzielt wurden sowie über den Umfang und die Art der jeweils getätigten Werbung, aufgeliert nach Kalendervierteljahren.

## II.

wird festgestellt, dass die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) verpflichtet sind, der Beklagten allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch Handlungen gemäß der vorstehenden Ziffer II. 1.1. seit dem 07.01.1999, gemäß der vorstehenden Ziffer II. 1.2. seit dem 04.09.1998 bereits entstanden ist oder künftig noch entstehen wird.

## III.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) werden verurteilt, die in ihrem Besitz befindlichen Gegenstände, die mit einem oder mehreren der in Ziffer II.1.1., II. 1.2. wiedergegebenen Zeichen versehen sind zu vernichten, insbesondere Werbematerial und Geschäftspapiere.

Im übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

## C.

Die Zwischenfeststellungswiderklage wird abgewiesen.

## D.

Von den in erster Instanz angefallenen Gerichtskosten hat die Klägerin 92% zu tragen, davon 84 % gemeinsam mit den Drittwiderbeklagten zu 2) und zu 3) als Gesamtschuldner; 8 % der in erster Instanz angefallenen Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt.

Die in erster Instanz entstandenen außergerichtlichen Kosten der Klägerin hat die Beklagte in Höhe von 8%, diejenigen der Drittwiderbeklagten zu 2) und zu 3) in Höhe von jeweils 10 % zu tragen; die außergerichtlichen Kosten der Beklagten werden der Klägerin mit 92% auferlegt, davon 84% gemeinsam mit den Drittwiderbeklagten zu 2) und zu 3) als Gesamtschuldner. Im übrigen tragen die Parteien ihre außergerichtlichen Kosten der ersten Instanz selbst.

Die gerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin mit 68% auferlegt, wovon sie 63% mit der Drittwiderbeklagten zu 2) sowie 48% mit dem Drittwiderbeklagten zu 3) als Gesamtschuldner zu tragen hat; die Beklagte hat 32% der im Berufungsverfahren entstandenen Gerichtskosten zu tragen.

Von den außergerichtlichen Kosten der Klägerin hat die Beklagte 32%, von denjenigen der Drittwiderbeklagten zu 2) werden ihr 37% und von denjenigen des Drittwiderbeklagten zu 3) 47 % auferlegt. Die in der Berufung angefallenen außergerichtlichen Kosten der Beklagten hat die Klägerin in Höhe von 68% zu tragen, davon 63% gemeinsam mit der Drittwiderbeklagten zu 2) und 53% mit dem Drittwiderbeklagten zu 3) als Gesamtschuldner. Im übrigen tragen die Parteien ihre im Berufungsverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten jeweils selbst.

E.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien dürfen die gegen sie betriebene Zwangsvollstreckung jeweils gegen Leistung einer Sicherheit in der nachstehend bestimmten Höhe abwenden, falls nicht die jeweils vollstreckende Partei zuvor Sicherheit in derselben Höhe leistet.

Die Sicherheit beträgt bei Vollstreckung

des Unterlassungsausspruchs unter Ziff. B. I.1.1.:	150.000,00 €;
des Unterlassungsausspruchs unter Ziff. B. I.1.2.:	50.000,00 €;
des Unterlassungsausspruchs unter Ziff. B. I.1.3.:	30.000,00 €;
des Auskunftsanspruchs unter Ziff. B. I.2.:	10.000,00 €;
des Vernichtungsausspruchs unter B.III.:	3.000,00 €;
des Kostenausspruchs durch die Klägerin:	5.000,00 €;
des Kostenausspruchs durch die Drittwiderbeklagte zu 2):	6.000,00 €;
des Kostenausspruchs durch den Drittwiderbeklagten zu 3):	7.000,00 €;
des Kostenausspruchs durch die Beklagte:	14.000,00 €

F.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G.

Die mit diesem Urteil für die Klägerin, die Drittwiderbeklagte zu 2) sowie die Beklagte verbundene Beschwer übersteigt jeweils die Summe von 20.000,00 €.

## Tatbestand

Die Beklagte ist eine der 16 Gesellschafterinnen des Deutschen Lotto- und Totoblocks. Sie betreibt im Land Nordrhein-Westfalen die Organisation und Durchführung einer Vielzahl von Gewinnspielen, darunter das sog. „Samstags-Lotto“ und das „Mittwochs-Lotto“. Nach einer durch das DPMA im Jahre 2001 vorgenommenen Berichtigung ist sie unter ihrer im Urteilsrubrum angegebenen Firma gemeinsam mit ihren 15 Mitgesellschafterinnen als Inhaberin der mit Priorität zum 02.09.1996 als durchgesetztes Zeichen u.a. für „Lotteriespiele“, die „Organisation, Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und anderen Geld- und Glücksspielen“ sowie die „Veranstaltung und Durchführung von Glücksspielen im Wege der Telekommunikation, insbesondere über Internet“ eingetragenen Wortmarke LOTTO 396 38 296 im Markenregister aufgeführt. Hinsichtlich der näheren Einzelheiten insoweit wird auf die als Anlage B 1 zu den Akten gereichte Fotokopie des Registerauszugs (Bl. 26 d.A.) sowie das Schreiben des DPMA vom 19.07.2001 ( Bl. 277 d.A.) Bezug genommen. Diese Marke ist Gegenstand eines von einer Fa. LottoTeam Patente Service GmbH beim Deutschen Patent- und Markenamt betriebenen Lösungsverfahrens (AZ: 396 38 296.7 / 28 S 121/00 Lös), in dem hauptsächlich geltend gemacht wird, dass zu Unrecht die Voraussetzungen der Verkehrsdurchsetzung angenommen worden seien, die aus einem angeblich rein beschreibenden Gattungsbegriff bestehende Marke daher lösungsreif sei. Zu den weiteren Einzelheiten des erwähnten Lösungsverfahrens wird auf die von der Drittwiderbeklagten zu 2) überreichte Anlage DWB 1 - 3 (Bl. 67 - 69 d.A.) verwiesen.

Die Klägerin befasst sich nach ihrem derzeitigen Unternehmensgegenstand u. a. mit der Übernahme und Verwaltung von Beteiligungen sowie der Beschaffung von Finanzierungsmitteln für der Firmengruppe zugehörige oder nahestehende Gesellschaften. Bis Anfang 2001 bestand ihr Unternehmensgegenstand in der „Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie der Fachberatung für Lotto und Toto und dem Betrieb von Annahmestellen der Nordwestdeutschen Klassenlotterie“. Hinsichtlich der näheren Einzelheiten insoweit wird auf die in Fotokopie zu den Akten gereichten Handelsregisterauszüge (Bl. 11 und Bl. 209 ff d.A. = Anlage DW B 15) Bezug genommen. Bei der

Drittwidderbeklagten zu 2) handelt es sich um die mit der Geschäftsführung und Vertretung der Klägerin befasste persönlich haftende Gesellschafterin. Der Drittwidderbeklagte zu 3) war bis zu seinem im Juni 2002 mitgeteilten Ausscheiden Geschäftsführer der Drittwidderbeklagten zu 2).

Unter dem Datum des 02.03.2000 hat die Klägerin beim DPMA die Bezeichnung „FreeLotto“ als Wortmarke für Dienstleistungen der Klasse 36 zur Eintragung angemeldet. Diese Markenmeldung wurde mit Beschluss des DPMA vom 04.12.2001 zurückgewiesen.

In einem bei dem Landgericht Köln zu dem Aktenzeichen 84 O 66/01 (= 6 U 48/01 OLG Köln) geführten Rechtsstreit ging die Beklagte gegen einen Herrn Thorsten Speckmann vor, welcher bei der DENIC e.G. den Domain-Namen „freelotto.de“ hatte registrieren lassen, unter dem unter Verweis auf die Gesellschaften des deutschen Lotto- und Totoblocks bzw. auf den "Deutschen Lotto Block" die Bildung und Zusammenstellung von Spielergemeinschaften nach einem bestimmten System angeboten wurde. Die Beklagte nahm Herrn Speckmann in jenem Verfahren - u.a. gestützt auf die o.g. Marke LOTTO 396 38 296 - auf Unterlassung in Anspruch, im Datennetz Internet oder in anderen in der Bundesrepublik Deutschland abrufbaren Datennetzen die Bezeichnung „freelotto“ als second-level-Domain-Namen zu benutzen und in die Löschung dieser für ihn registrierten Internet-Domain gegenüber der DENIC e.G. einzuwilligen. Das Landgericht hat Herrn Speckmann in jenem Verfahren entsprechend diesen Begehren verurteilt, was der erkennende Senat in seinem auf die Berufung des Herrn Speckmann ergangenen Urteil vom 02.11.2001 unter Vornahme lediglich einer Beschränkung des sachlichen Bereichs des Unterlassungsausspruchs, im wesentlichen bestätigt hat.

Mit der Behauptung, Herr Speckmann habe bei der Vornahme der Registrierung des bereits seit 04.09.1998 von ihr selbst benutzten Domain-Namens „freelotto.de“ lediglich als ihr Agent gehandelt, dem daher keine selbständigen Rechte an dieser Bezeichnung zustehen sollten und zustünden, hat die Klägerin Herrn Speckmann im Rahmen der vorliegenden Klage als Hauptintervention zu dem vorbezeichneten Verfahren 84 O 66/01 LG Köln u.a. auf Abgabe einer Willenserklärung in Anspruch genommen, dass die Rechte „aus der Registrantenstellung bei der DENIC e.G. an

der Domain „freelotto.de“ auf sie übergehen bzw. die vorbezeichneten Rechte auf sie übertragen werden. Nachdem das Landgericht das Verfahren hinsichtlich der gegenüber Herrn S. [REDACTED] verfolgten Klageanträge abgetrennt hat, hat dieser die Ansprüche anerkannt (Bl. 104 d.A.).

Gegenüber der Beklagten hat die Klägerin vorliegend u.a. die Feststellung begehrt, dass sie keine Rechte der Beklagten verletze, wenn sie als Inhaberin der Domain „freelotto.de“ eingetragen ist und/oder dass der Beklagten keine besseren Rechte an dieser Bezeichnung zustehen. Insoweit haben die Parteien die Feststellungsklage nach Erhebung der nachfolgend näher dargestellten Widerklage der Beklagten, mit welcher diese u.a. das Verbot der Verwendung der Internetadresse „freelotto.de“ durch die Klägerin begehrt, im Termin zur mündlichen Verhandlung bei dem Landgericht übereinstimmend für erledigt erklärt (Bl. 269 d.A.).

Die Klägerin verlangt von der Beklagten nunmehr noch die Abgabe einer Erklärung, wonach gegenüber der DENIC eG die Aufhebung eines dort zu Gunsten der Beklagten registrierten Dispute-Eintrags betreffend die Domain „freelotto.de“ beantragt werde. Hilfsweise begehrt die Klägerin von der Beklagten die Unterlassung, bzgl. der erwähnten Domain bei der DENIC Dispute-Anträge zu stellen.

Die Beklagte, so hat die Klägerin zur Begründung dieser Petita ausgeführt, könne für sich keine Rechtsstellung reklamieren, welche die Verwendung der für sie, die Klägerin, registrierten Domain „freelotto.de“ hindere und die daher die Beibehaltung oder Beantragung eines Dispute-Eintrags rechtfertige. Aus der Wortmarke „LOTTO“ ergebe sich eine solche Position schon deshalb nicht, weil die Beklagte nicht befugt sei, Rechte, welche durch die für sämtliche Gesellschaften des Deutschen- Lotto und Totoblocks gemeinsam eingetragene Marke etwa begründet worden seien, allein geltend zu machen. Überdies sei in Abrede zu stellen, dass die Beklagte überhaupt Mitinhaberin der Marke LOTTO sei; denn vor der durch das DPMA vorgenommenen Berichtigung der Markeneintragung sei - was unstreitig ist - eine „Westdeutsche Lotterie GmbH & Co KG“ eingetragen gewesen, die aber niemals Rechtsvorgängerin der vorher unter „Westdeutsche Lotterie GmbH & Co“ firmierenden Beklagten, einer OHG, gewesen sei. Im übrigen lägen aber auch die materiellen Voraussetzungen

einer den Gebrauch der Domain „freelotto.de“ hindernden markenrechtlichen Verwechslungsgefahr nicht vor. Jedenfalls aber sei das Verfahren bis zur Entscheidung über den gegenüber der Marke LOTTO betriebenen Löschungsantrag auszusetzen; diesem Löschungsantrag komme eine erhebliche Erfolgsaussicht zu, weil die Markeneintragung zu Unrecht erfolgt sei; die Beklagte könne ebenso wie die übrigen Gesellschaften des Deutschen Lottoblocks eine bundesweite Durchsetzung des von Hause aus rein beschreibenden und daher freizuhaltenden Begriffs „LOTTO“ als Marke nicht nachweisen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

gegenüber der DENIC eG Domain Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft (Wilmshausenstraße 26, 60529 Frankfurt am Main) die Aufhebung des für sie vorgenommenen DISPUTE-Eintrags bezüglich der Domain „freelotto.de“ zu erklären,

hilfsweise,

es unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000,00 DM - ersatzweise Ordnungshaft - oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, bezüglich der Domain „freelotto.de“ bei der DENIC eG Domain Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft (Wilmshausenstraße 26, 60529 Frankfurt am Main) DISPUTE-Anträge zu stellen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Widerklagend hat die Beklagte beantragt,

I.

die Klägerin sowie die Drittwiderbeklagten zu verurteilen,

1.

es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 500.000,00 DM,



ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr

1.1.

im Bereich der Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie der Fachberatung für Lotto und Toto selbst und/oder durch Dritte die Firma

„Free Lotto Association GmbH & Co International KG“

und/oder die Firma

„Free Lotto Association GmbH“

und/oder das Firmenschlagwort

„Freelotto“

zu verwenden und/oder verwenden zu lassen;

1.2.

die Internetadresse

freelotto.de

selbst und/oder durch Dritte zu verwenden und/oder verwenden zu lassen;

1.3

die Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie die Fachberatung für Lotto und Toto unter der Wortmarke

FreeLotto,

wie sie unter dem Aktenzeichen 300163614 zur Eintragung beim DPMA angemeldet worden ist, anzubieten und/oder zu bewerben und/oder in den Verkehr zu bringen;

2.

der Beklagten Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang sie Handlungen gemäß der vorstehenden Ziffer 1.1 seit dem 07.01.1999, gemäß der vorstehenden Ziffer 1.2 seit dem 04.09.1998 sowie der vorstehenden Ziffer 1.3 seit dem 02.03.2000 vorgenommen haben, und zwar unter Angabe der Umsätze, die unter den in den Ziffern 1.1 und 1.2 wiedergegebenen Kennzeichen sowie mit nach der Ziffer 1.3 gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen erzielt wurden sowie über den Umfang und die Art der jeweils getätigten Werbung, aufgeliert nach Kalendervierteljahren;

3. der Beklagten Auskunft über Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer der gelieferten oder bestellten Gegenstände gemäß der Ziffer 1.3 zu erteilen;

II. festzustellen, dass die Klägerin und die Drittwiderbeklagten verpflichtet sind, der Beklagten allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch Handlungen gemäß der vorstehenden Ziffer I. 1.1 seit dem 07.01.1999, gemäß der vorstehenden Ziffer I. 1.2 seit dem 04.09.1998 sowie gemäß der vorstehenden Ziffer I. 1.3 seit dem 02.03.2000 bereits entstanden ist oder künftig noch entstehen wird;

III. die Klägerin und die Drittwiderbeklagten zu verurteilen, die in ihrem Besitz befindlichen Gegenstände, die mit einem oder mehreren der in Ziffer I. 1.1, 1.2, 1.3 wiedergegebenen Zeichen versehen sind zu vernichten, insbesondere Werbematerial und Geschäftspapiere.

Die Verwendung der Bezeichnung „freelotto“ - sei es als Domain-Name, sei es in der jeweils angegriffenen Form und Schreibweise als Marke oder Unternehmenskennzeichen - verletze, so hat die Beklagte vertreten, die ihr in bezug auf die Wortmarke „LOTTO“ zustehenden Rechte, die sie allein geltend zu machen befugt sei. Der in diesen Bezeichnungen enthaltene Bestandteil „lotto“ bzw. „Lotto“ präge jeweils den Gesamteindruck der beanstandeten Zeichen, deren Gebrauch die Gefahr von Verwechslungen mit der im Verkehr durchgesetzten Wortmarke LOTTO i. S. des markenrechtlichen Verletzungstatbestandes des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG hervorrufe. Überdies, so hat die Beklagte geltend gemacht, seien die Widerklageansprüche aber auch aus § 3 UWG gerechtfertigt. Insbesondere aus dem letztgenannten Grund bestehe kein Anlass, den Rechtsstreit mit Blick auf das hinsichtlich der Klagemarke anhängige Lösungsverfahren auszusetzen, das im übrigen aber auch keinerlei Aussichten auf Erfolg habe.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagten haben beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagten haben ihre Passivlegitimation in Abrede gestellt. Die Klägerin sei als reine Holdinggesellschaft nicht im „operativen“ Geschäft

der Vermittlung der Teilnahme an dem von der Beklagten und den sonstigen Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks veranstalteten Lotto oder der hierauf bezogenen Fachberatung tätig. Weder sie noch die Drittwiderbeklagten hätten im übrigen geschäftliche Aktivitäten in bezug auf „Toto“ entfaltet. Allein die Markenmeldung „FreeLotto“ begründe die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Begehungsfahr nicht. Hinsichtlich des beanstandeten Gebrauchs der Bezeichnungen „Free Lotto“/„Freelotto“/„FreeLotto“ als Unternehmenskennzeichen und/oder als Marke lägen schließlich ebensowenig die sachlichen Voraussetzungen einer markenrechtlichen Verwechslungsfahr vor, wie in bezug auf die Verwendung von „freelotto“ als Domain-Name.

Mit Urteil vom 23.08.2001, auf welches zur näheren Sachdarstellung Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen und die Klägerin sowie die Drittwiderbeklagten entsprechend der Widerklage verurteilt. Zur Begründung dieser Entscheidung hat es im wesentlichen ausgeführt, dass hinsichtlich des mit der Widerklage beanstandeten Zeichengebrauchs die Gefahr von Verwechslungen mit der Wortmarke LOTTO i.S. des Verletzungstatbestandes des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG bestehe und die Beklagte gemäß § 744 Abs. 2 BGB befugt sei, die aus den streitbefangenen Verletzungshandlungen entstehenden Ansprüche geltend zu machen; umgekehrt seien die Beklagten hinsichtlich sämtlicher Ansprüche passivlegitimiert, weil ihrerseits mit Blick jedenfalls auf die früher maßgeblichen Unternehmensgegenstände der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) die erforderliche Begehungsfahr bestehe. Anlass für eine Aussetzung des Verfahrens bestehe nicht, weil der Ausgang des in bezug auf die Marke LOTTO anhängigen Lösungsverfahrens noch völlig ungewiss sei.

Mit ihrer gegen dieses Urteil gerichteten Berufung verfolgen die Klägerin und die Drittwiderbeklagten ihre erstinstanzlichen Prozessbegehren weiter. Sie wiederholen und bekräftigen ihren in erster Instanz verfochtenen Standpunkt, wonach der Beklagten die Prozessführungsbefugnis und Aktivlegitimation abzusprechen sei, aus der Wortmarke LOTTO hergeleitete etwaige Ansprüche allein geltend zu machen und zu verfolgen. Entgegen der in dem angefochtenen Urteil zum Ausdruck gebrachten Wertung könne sich die Beklagte zu ihren Gunsten dabei nicht auf § 744 Abs. 2 BGB stützen. Mit Blick auf die durch handelsregisterliche Eintragungen belegten

Unternehmensgegenstände der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) bestehe ferner auch eine für die Unterlassungsansprüche aber vorauszusetzende Begehungsfahr nicht, so dass die Klägerin und die Drittwiderbeklagten hinsichtlich der gestellten Unterlassungsanträge nicht passivlegitimiert seien. Der Unterlassungsantrag gemäß Ziff. I.1.1 der Widerklage und der hierauf beruhende Verbotstenor des angefochtenen Urteils seien überdies in der Sache zu weit gefasst; gleiches gelte hinsichtlich des Unterlassungsantrags unter Ziff. I.1.2 bzw. des diesem stattgebenden Urteilsausspruchs. Zu Unrecht habe das Landgericht weiter aber auch eine in Anbetracht der streitbefangenen Bezeichnungen bestehende Verwechslungsgefahr bejaht. Der Begriff „Lotto“ sei von Hause aus rein beschreibend, er habe auch nicht etwa durch einen intensiven Gebrauch im Verkehr eine Unterscheidungs- und Hinweisfunktion in bezug auf ein bestimmtes, von einem bestimmten Unternehmen veranstaltetes „Lotto“ erlangt. Die mit dem erstinstanzlichen Urteil titulierten Annexbegehren gingen in der Sache teilweise zu weit, teilweise liefen sie auf rechtlich Unmögliches hinaus.

Nachdem der Drittwiderbeklagte zu 3) im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat eine dem Unterlassungsbegehren der Beklagten in der Fassung ihres nachfolgend wiedergegebenen Berufungsantrags entsprechende strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung abgegeben hat, haben die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs betreffend den Drittwiderbeklagten zu 3) übereinstimmend für erledigt erklärt; sodann hat die Beklagte auf die gegenüber dem Drittwiderbeklagten zu 3) geltend gemachten Annexbegehren verzichtet.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagten beantragen,

das angefochtene Urteil des Landgerichts abzuändern und die Beklagte unter Abweisung der Widerklage im übrigen zu verurteilen,

gegenüber der DENIC eG Domain Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft (Wiesbaden, Lt. 36, 60000 Frankfurt/Main) die Aufhebung des für sie vorgenommenen DISPUTE-Eintrags bezüglich der Domain „freelotto.de“ zu erklären,

hilfsweise,

es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 € - ersatzweise Ordnungshaft - oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, bezüglich der Domain „freelotto.de“ bei der DENIC eG Domain Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft (Wiesbaden, 6, 60 Frankfurt) DISPUTE-Anträge zu stellen.

Die Beklagte, die das Schadensersatzfeststellungsbegehren gemäß Ziff. II ihrer Widerklage in der Berufung zunächst auf die Feststellung der Schadensersatzverpflichtung auch gegenüber allen weiteren Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks als Gesamtgläubigerinnen erstreckt hat (Bl. 416/417 d.A.), beantragt,

die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Widerklageanträge unter Ziffer I.1.2 und I.1.3 die nachstehende Fassung erhalten:

...die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr

1.2  
für die Bewerbung und/oder das Angebot von Spielergemeinschaften zur Teilnahme an Lotterien des Deutschen Lotto- und Totoblocks die Internetadresse

**freelotto.de**

zu benutzen;

1.3  
die Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie die Fachberatung für Lotto und Toto unter dem Zeichen

**FreeLotto,**

wie es unter dem Aktenzeichen 30016314 zur Eintragung als Wortmarke beim DPMA angemeldet worden ist, anzubieten und/oder zu bewerben und/oder in Verkehr zu bringen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil, in welchem das Landgericht die Voraussetzungen der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr sowie ferner ihre, der Klägerin, Aktivlegitimation ebenso zutreffend bejaht habe wie die Passivlegitimation der Klägerin und der Drittwiderbeklagten. Zu Recht habe das Landgericht schließlich auch die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung über das gegen die Marke LOTTO gerichtete Löschungsbegehren abgelehnt; es spreche vielmehr alles dafür, dass der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung gelingen, der Lösungsantrag daher erfolglos bleiben werde.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) stellen letzteres in Abrede. Selbst wenn aber die erforderliche Verkehrsdurchsetzung der Bezeichnung LOTTO als Marke belegt werde, so entfalte dies allenfalls für den gegenwärtigen Status Aussagekraft und besage nichts über die Verkehrsdurchsetzung im hier maßgeblichen Zeitpunkt der Markeneintragung. Eine etwa festgestellte Verkehrsdurchsetzung wirke nicht zurück auf diesen Zeitpunkt. Da sie aber bereits vor einer etwa festgestellten Verkehrsdurchsetzung der Marke LOTTO unter den den Bestandteil „Free Lotto“ aufweisenden Unternehmenskennzeichen auf den Markt getreten seien, seien hieran zu ihren Gunsten Zwischenrechte entstanden, die eine Koexistenzlage gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 MarkenG nach sich zögen.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) beantragen mit einer im Termin zur mündlichen Verhandlung als Zwischenfeststellungswiderklage bezeichneten Widerklage,

festzustellen, dass der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) an den Unternehmenskennzeichnungen „Free Lotto A. [redacted] GmbH & Co Internat. [redacted] KG“ und „Free Lotto A. [redacted] GmbH“ Zwischenrechte gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 MarkenG gegenüber der Marke „LOTTO“ zustehen.

Die Beklagte beantragt,

diese Widerklage zurückzuweisen,

die sie für unzulässig, darüber hinaus aber auch für unbegründet hält.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten im Vorbringen der Parteien wird auf ihre in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze samt Anlagen Bezug genommen.

### Entscheidungsgründe

Die in formeller Hinsicht einwandfreie, insgesamt zulässige Berufung der Klägerin und der Drittwiderbeklagten hat in der Sache nur zum Teil Erfolg.

Soweit nach der hinsichtlich des Drittwiderbeklagten zu 3) übereinstimmend herbeigeführten Teilerledigung der Widerklage sowie deren teilweiser, in der Berufung erfolgter Rücknahme noch eine materielle Entscheidung zu treffen war, stellt sich die Widerklage im ganz überwiegenden Umfang als zulässig und begründet dar (A.). Der Beklagten stehen die gegenüber der Klägerin und Drittwiderbeklagten zu 2) noch geltend gemachten Unterlassungsansprüche in vollem Umfang zu. Lediglich hinsichtlich der auf Auskunftserteilung sowie der auf die Feststellung der Schadensersatzverpflichtung und die Vernichtung der im Besitz der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) gerichteten Widerklagebegehren muss die Beklagte sich eine Einschränkung gefallen lassen. Denn hinsichtlich des mit dem Unterlassungsantrag unter Ziff. I. 1.3. der Widerklage beanstandeten Gebrauchs des zur Eintragung als Wortmarke angemeldeten Zeichens „FreeLotto“ besteht zwar die einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch rechtfertigende Gefahr erstmaliger Begehung. Einen Schadensersatzanspruch kann die Beklagte aus dieser nur drohenden Verletzungshandlung indessen nicht herleiten, so dass sich insoweit nicht nur das Schadensersatzfeststellungsbegehren, sondern darüber hinaus auch das Auskunftspetition als unbegründet erweist, soweit dieses der Vorbereitung eines solchen Schadensersatzanspruchs dienen soll; nämliches gilt im Ergebnis aber auch

hinsichtlich des daneben geltend gemachten selbständigen Auskunftsanspruchs sowie des Vernichtungsanspruchs.

Die Klägerin vermag demgegenüber mit ihrer Klage im noch zu beurteilenden Umfang ebensowenig durchzudringen (B.) wie mit der gemeinsam mit der Drittwiderbeklagten zu 2) erhobenen Zwischenfeststellungswiderklage (C.).

Im Einzelnen:

#### A.

##### I.

Zu Recht hat das Landgericht es der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) in dem angefochtenen Urteil untersagt, die den Bestandteil „Free Lotto“ aufweisenden Firmen und/oder das Firmenschlagwort „Freelotto“ im Bereich der Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie der Fachberatung für Lotto und Toto zu benutzen und/oder benutzen zu lassen. Ebenfalls zu Recht erfolgte die Verurteilung, den Gebrauch des seinerzeit als Wortmarke zur Eintragung angemeldeten Zeichens „FreeLotto“ sowie der Internetadresse „freelotto.de“ zu unterlassen. Soweit in bezug auf den sachlichen Bereich, für den die Verwendung der vorbezeichneten Internetadresse untersagt werden kann, Beschränkungen vorzunehmen sind, hat die Beklagte dem mit ihrem in der Berufung neu gefassten Antrag und der darin liegenden Teilklagerücknahme Rechnung getragen.

Der Beklagten stehen all diese, gegen die Firmierung, die Internetadresse sowie das als Marke angemeldete Zeichen gerichteten Unterlassungsansprüche aus den §§ 4 Nr. 1, 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG zu.

##### 1.

Soweit die Klägerin und die Drittwiderbeklagten einwenden, das gegen die Verwendung von „Free Lotto“ als Firmenbestandteil gerichtete Widerklagepetitum gemäß Ziff. I. 1.1 und 1.2 sei in der Sache zu weit gefasst, weil nicht das Verbot der gesamten Firma, sondern nur das des darin enthaltenen Bestandteils „Free Lotto“ verlangt werden könne, überzeugt das nicht. Der Begründung der Widerklage lässt sich zweifelsfrei entnehmen, dass die Beklagte die Firmen der Klägerin und ihrer



Komplementärin, der Drittwiderbeklagten zu 2), gerade und nur wegen des darin jeweils enthaltenen Elements „Free Lotto“ beanstandet. Der Umstand, dass in den vorbezeichneten Widerklageanträgen und der darauf beruhenden Verurteilung in dem angefochtenen Urteil die vollen Firmen aufgeführt sind, dient daher lediglich der Wiedergabe der konkreten Verletzungshandlungen; das titulierte Verbot erstreckt sich nach seiner Begründung eindeutig nur auf die in den Firmen enthaltenen Elemente „Free Lotto“.

Dem weiteren, im Ansatz zutreffenden Einwand, das gegen die Verwendung der Internetadresse „freelotto.de“ gerichtete Widerklagebegehren sei ebenfalls in der Sache zu weitgehend, weil nur hinsichtlich der „Bewerbung und/oder des Angebots von Spielergemeinschaften zur Teilnahme an den Lotterien des Deutschen Lotto- und Totoblocks“ eine Verletzungshandlung gegeben sei bzw. drohe, hat die Beklagte mit der Umformulierung ihres Antrags in der Berufung abgeholfen.

2.

Das landgerichtliche Urteil hält den mit der Berufung vorgebrachten Einwänden ebenfalls stand, soweit darin die Prozessführungsbefugnis und Aktivlegitimation der Beklagten bejaht worden ist, die vorbezeichneten Unterlassungsansprüche allein geltend zu machen. Die Beklagte kann, obwohl sie neben den übrigen 15 Gesellschafterinnen des Deutschen Lotto- und Totoblocks lediglich als Mitinhaberin des am 27.08.1997 mit Priorität zum 02.09.1996 als durchgesetzte Marke eingetragenen Wortzeichens „LOTTO“ registriert ist, gemäß der in § 744 Abs. 2 BGB getroffenen Regelung den Unterlassungsanspruch selbständig in eigenem Namen geltend machen (vgl. BGH WRP 2000, 1148/1149 – „Ballermann“ – m.w.N.).

Soweit die Klägerin und die Drittwiderbeklagten in Abrede stellen, dass überhaupt die Beklagte als Mitinhaberin der Marke LOTTO in das Markenregister eingetragen ist, rechtfertigt das keine abweichende Beurteilung. Maßgeblich ist die Eintragungslage, wie sie sich nach der durch das DPMA vorgenommenen Berichtigung darstellt. Danach ist aber die Beklagte neben den übrigen Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks als Mitinhaberin der Marke registriert. Soweit vorher eine „Westfälische Lotterie GmbH & Co KG“ in dem Markenregister in dieser Position eingetragen war, führt das zu keiner abweichenden Beurteilung. Unabhängig davon, dass die

vorherige Registerlage - jedenfalls was die Markenberechtigung für den in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch angeht - nichts an der Maßgeblichkeit des aktuellen Registerstandes ändert, lässt die frühere Eintragung der erwähnten KG in der Sache keine durchgreifenden Zweifel daran zu, dass sich dahinter die Beklagte verbarg und diese daher auch schon vor der durch das DPMA vorgenommenen Berichtigung als Mitinhaberin der Marke eingetragen war. Denn unstreitig existierte eine solche KG nicht und war es die ausweislich des Handelsregisterauszugs HRA 4379 (Bl. 273 d.A.) bis zum 24.01.2000 unter „Westdeutsche Lotterien GmbH & Co“ firmierende Beklagte, die sich mit den übrigen im Markenregister eingetragenen Gesellschaften zum Deutschen Lotto- und Totoblock zusammengeschlossen hat. Gerade die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks führten aber die gemeinsame Markenmeldung durch und erstrebten die Eintragung als gemeinschaftliche Markeninhaber. Vor diesem Hintergrund stellt die Eintragung der vorbezeichneten „KG“ eine offenkundige Falschbezeichnung dar, welche die Identität der in das Markenregister eingetragenen Beklagten unberührt ließ und lässt.

Ist die Beklagte danach gemeinsam mit den übrigen Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks als Mitinhaberin der streitbefangenen Marke LOTTO registriert, so ist sie nach den heranzuziehenden Regeln des Rechts der Gemeinschaft gem. §§ 741 ff BGB - konkret § 744 Abs. 2 BGB - für die geltend gemachten Unterlassungsansprüche prozessführungsbefugt und aktivlegitimiert. Zwar trifft es zu, dass es im Streitfall nicht - wie dies nach dem Sachverhalt der vorstehend zitierten, die Aktivlegitimation eines von mehreren Markeninhabern gem. § 744 Abs. 2 BGB bejahenden „Ballermann“-Entscheidung des BGH zu beurteilen war - um eine „einheitliche“ Individualmarke geht, deren Geltung von jedem der mehreren Anmelder bzw. eingetragenen Markeninhaber für das gesamte Bundesgebiet beansprucht wird. Hier geht es vielmehr um ein Zeichen, das bundesweite Geltung erst aus der Summe der regionalen Verwendung durch alle Anmelder/eingetragene Markeninhaber erlangt. Indessen ändert das nichts daran, dass alle Anmelder - hier konkret die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks - gemeinsam als Inhaber der Wortmarke „LOTTO“ eingetragen worden sind mit der Folge, dass sie insoweit als Gemeinschaft i.S. der §§ 741 ff BGB anzusehen sind, daher auch die Regelung des § 744 Abs. 2 BGB greift. Selbst wenn - wie das die Klägerin und die

Drittwiderbeklagten vertreten - die Eintragung der Wortmarke LOTTO in dieser Form für die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks nicht hätte erfolgen dürfen, weil keine der einzelnen Gesellschaften jeweils für sich eine bundesweite Durchsetzung nachweisen kann, sondern eine solche - wenn überhaupt - nur auf dem Gebiet ihrer jeweiligen regionalen Tätigkeit erreicht hat, ändert dies nichts an der Maßgeblichkeit der Eintragung. Allerdings liegt es angesichts der weitreichenden bundesweiten Koordinierung und des abgestimmten Auftrittes der Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks (vgl. dazu BGH NJW RR 1999, 1266) nicht fern, dass der Verkehr das Zeichen LOTTO - selbst wenn es nur durch eine Gesellschaft des Deutschen Lotto- und Totoblocks innerhalb eines bestimmten Bundesgebiets verwendet wird - als ein solches der Gruppe der Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks aufgefasst hat und auffasst, oder dass der Verkehr jedenfalls der Meinung ist, dass - auch wenn verschiedene Unternehmen das Zeichen LOTTO verwenden - diese irgendwie miteinander rechtlich oder organisatorisch verbunden sind. Dann spricht vieles dafür, die Verwendung durch eine zum Deutschen Lotto- und Totoblock gehörende Gesellschaft gleichzeitig auch den anderen Gesellschaften zugute kommen zu lassen (vgl. BGH Z 21, 182/191 - „Ihr Funkberater“; BGH Z 34, 299/308 ff - „Almglocke“ -; vgl. auch Fezer, MarkenG, 3. Aufl. § 97 Rdn. 13 f). Letztlich kann es aber dahinstehen, was konkret hinter der Markeneintragung steht, ob diese also in der geschehenen Form korrekt als eine mehreren Markeninhabern zustehende Individualmarke eingetragen ist oder ob diese in Wirklichkeit beispielsweise nur als Kollektivmarke hätte eingetragen werden können und dürfen (vgl. aber § 98 MarkenG i.V. mit § 7 Nr. 3 MarkenG). Denn maßgeblich ist die Eintragungslage, an welche das erkennende Gericht im Verletzerprozess bzgl. absoluter Schutzhindernisse gebunden ist (vgl. Fezer, a.a.O., § 8 Rdn. 414), was im hier betroffenen Fall, in dem es um das Vorliegen der Verkehrsdurchsetzung in der Person der eingetragenen Markeninhaber geht, die Markeninhaberschaft umschließt. Ob die dieser Eintragungsentscheidung vorausgegangenen Erwägungen falsch oder richtig sind und ob deshalb die Markeneintragung - in der konkreten Form - richtig oder falsch ist, ist im Lösungsverfahren geltend zu machen, wobei dort im Zusammenhang mit dem Bestehen eines absoluten Eintragungshindernisses geltend zu machen und durch die zuständige Behörde ggf. (auch) zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 MarkenG (bundesweite Verkehrsdurchsetzung) durch alle

Anmelder/Markeninhaber gleichermaßen nachgewiesen werden müssen und ggf. nachgewiesen sind.

3.

Was die Passivlegitimation der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) angeht, so ergibt sich diese aus der Verwendung ihrer Firmen sowie der als solche unstrittigen Verwendung der Internetadresse sowie der auf die Bezeichnung „FreeLotto“ bezogenen Markenmeldung.

Nach den in Fotokopie vorgelegten Handelsregisterauszügen HRA 12479 (Bl. 11 f d.A.) und HRB 31966 des Amtsgerichts Düsseldorf (Bl. 209 ff d.A) wurden am 07.01.1999 die Änderung der Firma der Klägerin in "Free Lotto A[redacted] GmbH & Co International KG", am 30.12.1998 die Änderung der Firma der Drittwiderbeklagten zu 2) in "Free Lotto A[redacted] GmbH" in das Handelsregister eingetragen; seither treten die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) unter diesen Unternehmenskennzeichen im Verkehr auf, so dass das materielle Anspruchsmerkmal der Wiederholungsgefahr, und zwar auch soweit die Verwendung des Begriffs "Freelotto" als Firmenschlagwort in Frage steht, zu bejahen ist. Gleiches gilt hinsichtlich der Verwendung der Bezeichnung "freelotto" als Internetdomain, welche die Klägerin ausweislich des als Anlage B 2 vorgelegten Internetausdrucks vom 19.02.2001 bereits in der Vergangenheit genutzt hat und ausweislich der aktuellen Internetausdrucke gemäß Anlage BE 1 vom 03.04.2002 auch weiterhin noch nutzt.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) bewegen sich dabei auch in einem Bereich, in dem - aus den nachfolgend unter Abschnitt 4. erläuterten Gründen - eine Kollisionslage, nämlich die Gefahr von Verwechslungen mit der Marke LOTTO besteht. Dabei trifft es zwar zu, dass sie nach ihrem gegenwärtig - seit 14.03.2001 im Handelsregister HRB 31966 (vgl. Bl. 212 d. A.) dokumentierten - Unternehmensgegenstand nicht mehr die Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften betreiben und danach auch nicht mehr in der Fachberatung für Lotto und Toto tätig sind. Eben dies entsprach aber bis dahin dem Unternehmensgegenstand der Klägerin, die Geschäftsführung und Vertretung der sich damit befassenden Klägerin wiederum war Gegenstand der Drittwiderbeklagten

zu 2). Die zwischenzeitliche Änderung dieser Unternehmensgegenstände beseitigt die Gefahr einer wiederholten Verwendung der die Bestandteile „Free Lotto“ aufweisenden Firmen in den von den ursprünglichen Gegenständen abgedeckten Tätigkeitsbereichen nicht. Unabhängig davon, dass die Klägerin ausweislich des aktuellen Internetausdrucks vom 03.04.2002 eine Website unterhält, in der u.a. zumindest der Kontakt zu „Anbietern freier gewerblicher Lotto-Spielgemeinschaften“ vermittelt wird, und damit heute noch in einem der „Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften“ jedenfalls nahestehenden Bereich tätig ist, können auch die neuen Unternehmensgegenstände wieder geändert und auf den früheren Status zurückgeführt werden.

Soweit die Verwendung des Domain-Namens „freelotto.de“ in Frage steht, so ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen ebenfalls, dass dessen wiederholte Verwendung innerhalb eines Bereichs droht, in dem die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) auf die Marke LOTTO treffen

Was den zur Unterlassung begehrten Gebrauch des als Wortmarke angemeldeten Zeichens „FreeLotto“ angeht, ist zwar nicht ersichtlich, dass die Klägerin oder die Drittwiderbeklagte zu 2) dieses zur Kennzeichnung von im Bereich der Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften oder der Fachberatung für Lotto und Toto erbrachten Dienstleistungen tatsächlich im geschäftlichen Verkehr bereits verwendet haben. Indessen begründet die Einreichung der Markenmeldung beim DPMA die für den Unterlassungsanspruch ausreichende Gefahr hinsichtlich der erstmaligen Benutzung des Zeichens für diese Dienstleistungen (vgl. OLG Köln WRP 1997, 872 -„Swing/Spring“-; Ingerl/Rohnke, MarkenG, Vor §§ 14 - 19 Rdn. 26 m.w.N.). Etwas Gegenteiliges lässt sich auch den von der Klagepartei zitierten Ausführungen in Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 7. Auflage, 10. Kapitel Rdn. 13 nicht entnehmen, wonach in der „Eintragung“ einer Marke eine die Begehungsgefahr begründende Vorbereitungshandlung zu sehen ist. Denn danach ist es nicht ausgeschlossen, schon die Anmeldung als eine die Begehungsgefahr begründende Vorbereitungshandlung anzuerkennen, weil bereits die der Eintragung vorgelagerte Markenmeldung die ernsthafte und konkrete Absicht des Anmelders indiziert, das Zeichen im geschäftlichen Verkehr zu benutzen. Die danach mit der

Markenanmeldung begründete Erstbegehungsgefahr ist durch die Zurückweisung dieser Anmeldung durch das DPMA nicht entfallen. Wird die Anmeldung, so wie hier, deshalb zurückgewiesen, weil der Eintragung ein absolutes Schutzhindernis i.S. von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegenstehe, so deutet nichts darauf hin, dass der Anmelder nunmehr von der künftigen Benutzung absehen wird, etwa weil er das Zeichen nur dann gebrauchen will, wenn er dies exklusiv tun kann. Vielmehr spricht alles dafür, dass er die Bezeichnung, auch ohne dass diese als Marke geschützt ist, in jedem Fall im geschäftlichen Verkehr verwenden will. Im Streitfall liegt das vor allem deshalb nahe, weil die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) die Bezeichnung in anderen Schreibweisen bereits in Bereichen nutzen, die zumindest in engem Zusammenhang mit den von der Markenanmeldung erfassten Dienstleistungen stehen, so dass ein Gebrauch des Zeichens „FreeLotto“ als Kennzeichnungsmittel der hier in Frage stehenden Dienstleistungen indiziert ist.

4.

Auch die sachlichen Voraussetzungen des in § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG geregelten markenrechtlichen Kollisions- bzw. Verletzungstatbestandes der Verwechslungsgefahr sind erfüllt.

Ob bei einander gegenüberstehenden Zeichen die Gefahr einer Verwechslung besteht, ist nach deren jeweiligem Gesamteindruck festzustellen. Dabei kommt es auf die Nähe der in Betracht zu ziehenden Waren oder Dienstleistungen, auf die Kennzeichnungskraft der Klagemarke sowie auf das Maß der Ähnlichkeit der zu vergleichenden Kennzeichnungen an. Zwischen den dargestellten, die Verwechslungsgefahr bestimmenden Faktoren besteht dabei eine Wechselbeziehung dergestalt, dass der Ähnlichkeitsgrad umso geringer sein kann, je größer die Kennzeichnungskraft und/oder die Waren- oder Dienstleistungsnähe ist, während umgekehrt ein höherer Ähnlichkeitsgrad erforderlich ist, wenn die Kennzeichnungskraft der Klagemarke nur schwach und/oder der Waren- bzw. Dienstleistungsabstand erheblich ist (vgl. BGH WRP 2002, 987/989 „Festspielhaus“; ders. GRUR 2002, 65/66 „Ichthyol“-; ders. GRUR 2000, 875/876 „Davidoff“-; ders. WRP 2000, 631/632 „MAG-LITE“-; EuGH GRUR 1998, 387 „Springende Raubkatze“- jeweils m.w.N.). Mit der Beklagten und dem ihr insoweit folgenden

Landgericht ist nach diesen Maßstäben die Verwechslungsgefahr im Streitfall zu bejahen.

a)

Was die Ähnlichkeit der von den zu vergleichenden Zeichen jeweils erfassten Dienstleistungen angeht, so liegt eine solche ohne weiteres vor. Denn die Veranstaltung und Durchführung von Lotterien, Geld- und anderen Glücksspielen u.a. im Wege der Telekommunikation, für welche die Marke LOTTO geschützt ist, ist der die Teilnahme an eben diesen Glücksspielen organisierenden Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie der Fachberatung für Lotto und Toto, also den Dienstleistungsbereichen, in denen die beanstandeten Zeichen der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) genutzt wurden bzw. werden sollen, in hohem Maße ähnlich. Das gilt auch, soweit eine Verwendung der angegriffenen Bezeichnungen in bezug auf „Toto“ in Rede steht, bei dem es sich ebenfalls um ein gegen Geldeinsatz gespieltes Glücksspiel handelt. Hinsichtlich der beanstandeten Verwendung der Bezeichnung „freelotto.de“ als Internetadresse gilt das Gleiche: Bei Internet-Domain-Namen beurteilt sich die Frage, für welche Ware oder Dienstleistung sie verwendet wird, in aller Regel anhand der Produkte oder Dienstleistungen, über die unter dem Domain-Namen informiert oder für die geworben wird (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 14 Rdn. 242). Ausweislich der von der Beklagten vorgelegten Internetausdrucke wird der second-level-Domain-Namen „freelotto“ durch die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) u.a. zur Werbung für die Anbieter freier gewerblicher Lotto-Spielgemeinschaften verwendet, die an dem durch den Deutschen Lotto- und Totoblock veranstalteten „Lotto“ teilnehmen wollen. Auch diese unter der second-level-Domain „freelotto“ beworbene Dienstleistung ist der Dienstleistung „Organisation, Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und anderen Spielen“ sowie „Veranstaltung und Durchführung von Glücksspielen im Wege der Telekommunikation, insbesondere über Internet“, für die wiederum die Marke LOTTO eingetragen ist, in hohem Maße ähnlich. Denn zur Organisation und Durchführung von Lotterien und sonstigen Glücksspielen zählt die Bereitstellung der Möglichkeiten der Teilnahme hieran; eine besondere Form der Teilnahmemöglichkeit in Form von Spielergemeinschaften wird aber unter dem streitbefangenen second-level-Domain-Namen beworben.

b)

Was das die zeichenrechtliche Verwechslungsgefahr mitbeeinflussende Kriterium der Ähnlichkeit der zu vergleichenden Bezeichnungen angeht, so spricht im Streitfall zwar - wie dies der Senat in seinem in dem Verfahren 6 U 48/01 verkündeten Urteil vom 02.11.2001 bereits ausgeführt hat - manches dafür, die Zeichenähnlichkeit als lediglich gering einzuordnen. Denn es liegen Umstände vor, die den Schluss darauf nahe legen, dass die Zeichenähnlichkeit auf der Grundlage einer Gegenüberstellung einerseits von „LOTTO“ und andererseits der Zeichenbestandteile „Free Lotto“ in den zu beurteilenden Schreibweisen vorzunehmen ist. Der für die Beurteilung der Zeichenähnlichkeit maßgebliche Gesamteindruck der angegriffenen Bezeichnung ist nicht etwa anhand einer zergliedernden, semantischen Betrachtungsweise zu ermitteln. Vielmehr kann die Ähnlichkeit einer Marke mit einer anderen Kennzeichnung nur in bezug auf die konkrete Form, in der diese eingetragen und/oder verwendet wird, festgestellt werden. Das schließt es zwar nicht aus, einem bestimmten Zeichenbestandteil unter Umständen eine besondere, das gesamte Zeichen prägende Kennzeichnungskraft beizumessen, so dass bei Übereinstimmung der zu vergleichenden Zeichen in dem jeweils prägenden Bestandteil eine Verwechslungsgefahr zu bejahen sein kann (vgl. BGH GRUR 1996, 200/201 – „Innovadiclophlont“-). Den in den Firmen der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) enthaltenen Elementen „GmbH & Co KG“ bzw. „GmbH“ kann als die jeweilige Gesellschaftsform angebenen und daher rein beschreibenden Angaben eine solche den Gesamteindruck der Bezeichnungen prägende Kraft nicht zukommen. Nämliches gilt hinsichtlich des in die Firma der Klägerin eingestellten Zusatzes „International“, der eine Aussage über den Umfang der unternehmerischen Betätigung trifft, und dem als solcher eine sich ebenfalls in rein beschreibender Funktion erschöpfende Bedeutung beizumessen ist. Eine den Gesamteindruck der beanstandeten Zeichen prägende Kraft kann daher nur von den darin enthaltenen Elementen „Free Lotto“ ausgehen. Indessen liegt es hier - entgegen der von dem DPMA in seinem die Markenmeldung „FreeLotto“ der Klägerin zurückweisenden Beschluss vom 04.12.2001 zum Ausdruck gebrachten Einschätzung - eher fern, dem in den angegriffenen Zeichen jeweils enthaltenen Bestandteil „Lotto“/„lotto“ nach den oben dargestellten Grundsätzen eine den Gesamteindruck des Zeichens dominierende Kraft beizumessen. Zwar wird der Verkehr den in den beanstandeten Zeichen enthaltenen Bestandteil „Lotto“/„lotto“ neben „Free“/„free“ überhaupt als



eigenständiges Element wahrnehmen. Denn dem Verkehr begegnet im allgemeinen Sprachgebrauch nicht nur der Begriff „Lotto“ als selbständiges Einzelwort, mit dem eine bestimmte – u.a. durch den Deutschen Lotto- und Totoblock angebotene - Form der Lotterie bzw. generell des Glücksspiels bezeichnet wird, sondern dies gilt auch für den Begriff „free“. Der letztgenannte, dem anglo-amerikanischen Sprachraum entstammende Begriff ist auch innerhalb des deutschen Sprachraum weithin als eigenständiger, in die Alltagssprache integrierter Begriff verbreitet und wird als Synonym für „frei“/„ungebunden“ in einer denkbar breiten Ausdrucksvariante verwendet und – nicht zuletzt wegen seiner Nähe zu dem entsprechenden deutschen Begriff „frei“ – zwanglos verstanden. Dies stützt die Annahme, dass der angesprochene Verkehr in den streitbefangenen Bezeichnungselementen „Free“ und „Lotto“, auch soweit diese als Einwortzeichen zusammengestellt sind, zwei eigenständige und für sich genommen einen jeweils „kompletten“ Aussagegehalt enthaltende Bestandteile wiedererkennt, so dass die Prüfung veranlasst ist, ob eines dieser beiden Elemente den Gesamteindruck des Domain-Namens prägt. Gegen letzteres spricht jedoch, dass sowohl dem Begriff „Lotto“ als auch dem Begriff „free“ ein (auch) beschreibender Aussagewert zukommt. Selbst wenn sich – was hier unterstellt werden kann – der Begriff „Lotto“ für den Deutschen Lotto- und Totoblock durchgesetzt und für diesen im Verkehr eine hohe Bekanntheit und gesteigerte Kennzeichnungskraft erreicht hat, ändert das nichts daran, dass gerade aus der konkret kombinierten Wortfolge ein eigenständiger Aussagewert entsteht, der seinerseits einen gewissen Phantasiegehalt aufweist. Denn die Wortfolge „freelotto“ ist nicht etwa ausschließlich im Sinn von „kostenfreies“ Lotto bzw. die „kostenlose Teilnahme an/der kostenlose Zugang zu“ Lotto zu identifizieren, sondern kann aus der Sicht eines objektiven aufmerksamen Betrachters auch im Sinne eines „ungebundenen“ Lottos, also eines nicht an vorhandene Marktstrukturen, konkret den Deutschen Lotto- und Totoblock als Veranstalter gebundenen Lottospiels oder auch in bezug auf die freie = „unkonventionelle“ Interpretation von Regeln verstanden werden. Die aus den Begriffen „free“ und „lotto“ entstandene Wortfolge ist daher nicht eindeutig und regt zum Nachdenken an, um den Sinn zu entschlüsseln. Vor diesem Hintergrund scheint es aber fernliegend, dass der Verkehr den in der Begriffskombination „Free Lotto“/„FreeLotto“/„freelotto“ enthaltenen Bestandteil „free“ neben „lotto“ als rein beschreibende Angabe übergehen wird. Letztlich kann es allerdings offen bleiben, ob beide Elemente der angegriffenen Bezeichnungen

gleichgewichtig deren Gesamteindruck bestimmen bzw. der darin enthaltene Bestandteil „lotto“ nicht allein prägend (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 399) ist. Das bedarf hier deshalb nicht der Entscheidung, weil selbst bei Gegenüberstellung einerseits von „LOTTO“ und andererseits von „Free Lotto“/„FreeLotto“/„freelotto“ und bei Zugrundelegen der sich dabei herausstellenden deutlichen Unterschiede in klanglicher, schriftbildlicher und begrifflicher Hinsicht, die Verwechslungsgefahr – wie nachfolgend ausgeführt – zu bejahen ist.

c)

Denn selbst einem geringen Ähnlichkeitsgrad der Zeichen steht eine derart hohe Kennzeichnungskraft der Marke „LOTTO“ gegenüber, dass für einen mehr als nur unbeachtlichen Teil des angesprochenen Verkehrs, dem die Mitglieder des erkennenden Senats ebenso wie diejenigen der erstinstanzlich entscheidenden Kammer angehören, die Gefahr markenrechtlich relevanter Verwechslungen besteht.

Allerdings trifft es im Ansatz zu, dass es sich bei dem Begriff „Lotto“ von Hause aus um einen eine bestimmte Art des Lotteriespiels beschreibenden Begriff handelt (vgl.: Der große Brockhaus, 18. Auflage, sowie Duden, jeweils zum Stichwort: „Lotto“). Die Beklagte hat indessen substantiiert dargelegt, dass der Deutsche Lotto- und Totoblock den Begriff „Lotto“ intensiv in Benutzung genommen und bekannt gemacht hat, so dass dieser in hohem Maß geeignet ist, sich dem Publikum als Marke einzuprägen, d.h. in Erinnerung behalten und wiedererkannt zu werden (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 181 m.w.N.). Eine solche gesteigerte Kennzeichnungskraft lässt sich zwar nicht allein dem Umstand entnehmen, dass die Marke kraft Verkehrsdurchsetzung (§ 8 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 MarkenG) für die Gesellschafterinnen des Deutschen Lotto- und Totoblocks eingetragen worden ist. Denn ist ein Zeichen aufgrund von Verkehrsdurchsetzung eingetragen, so kommt ihm grundsätzlich normale, d.h. durchschnittliche Kennzeichnungskraft zu (BGH NJW RR 1993, 553 – „Apetito/Apitta“-; ders. GRUR 1991, 609 – „SL“-; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 8 Rdn. 150 und § 14 Rdn. 221). Indessen kann bei einem entsprechend hohen Durchsetzungsgrad auch die Kennzeichnungskraft als überdurchschnittlich eingeordnet werden und damit den Schutzbereich der Marke in einer Weise vergrößern, dass selbst bei verhältnismäßig geringer Ähnlichkeit des angegriffenen

Zeichens die Gefahr von Verwechslungen ggf. zu bejahen ist (Ingerl/Rohnke, a.a.O. m.w.N.). So liegt der Fall hier.

Dem Vortrag der Beklagten lässt sich zwar ebensowenig wie dem sonstigen Akteninhalt entnehmen, welchen konkreten Durchsetzungsgrad die Gesellschaften des deutschen Lotto- und Totoblocks seinerzeit gegenüber dem Deutschen Patent- und Markenamt behauptet haben, um die Markeneintragung zu erwirken. Fest steht lediglich, dass ein demoskopisches Gutachten im Eintragungsverfahren nicht vorgelegt worden war, sondern dass sich die Markenanmelderinnen darauf berufen haben, seit 1955 den Begriff „Lotto“ durch die regelmäßige Veranstaltung dieses Glücksspiels unter der entsprechenden Bezeichnung sowie die umfangreiche Ausgabe von „Lottoscheinen“, die flächendeckende Einrichtung von „Lotto-Annahmestellen“ und umfangreiche, kontinuierlich betriebene Werbemaßnahmen sowie schließlich die „öffentliche Ziehung der Lottozahlen“ und ihre Veröffentlichung im Fernsehen – u.a. in den Tagesnachrichten - in einer so nachhaltigen Weise im Verkehr bekannt gemacht zu haben, dass die weitaus überwiegende Anzahl der Verbraucher mit „Lotto“ zwanglos gerade das „Lotto“-Spiel des Deutschen Lotto- und Totoblocks assoziiert. Diese, im vorliegenden Prozess seitens der Beklagten näher erläuterten Umstände indizieren einen sehr hohen Durchsetzungsgrad des Begriffs „Lotto“ und lassen den Schluss darauf zu, dass dieser sich im Verkehr in hohem Maße als Herkunftshinweis auf den Deutschen Lotto- und Totoblock bzw. die diesen bildenden Gesellschafterinnen, darunter die Beklagte, durchgesetzt hat. Dem steht es nicht entgegen, dass nach der in dem Verfahren 6 U 48/01 vorgelegten gfk-Befragung lediglich insgesamt 49,3 % der Befragten auf die – sinngemäße – Frage, was sie mit dem Begriff „Lotto“ verbinden, Antworten gaben, die einen eindeutigen Rückschluss gerade auf das vom Deutschen Lotto- und Totoblock veranstaltete Lotto zulassen. Denn die übrigen, eine solche Zuordnung nicht auf Anhieb erkennen lassenden Antworten (z.B. „Glücksspiel“, „Gewinnspiel“ usw.) sind so allgemein, dass sie kein zuverlässiges Indiz *gegen* die nach den obigen Umständen, insbesondere die jahrzehntelange Tradition und Verbreitung des Lottos des Deutschen Lotto- und Totoblocks naheliegende Vorstellung darstellen, dass mit Lotto gerade *dieses* Lotto gemeint ist. Hinzu kommt, dass auch die Klägerin und die Drittwiderbeklagten keinen anderen Veranstalter genannt haben, der unter der Bezeichnung „Lotto“ eine Lotterie der hier betroffenen Art durchgeführt hat. Weder

die von der NKL noch die von der SKL veranstalteten Lotterien werden unter dieser Bezeichnung angeboten, noch bedienen sich andere Veranstalter dieses Begriffs. Aus diesem Grund lassen sich aus den Ergebnissen der von der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) als Anlage BB 6 vorgelegten Verkehrsbefragung der NFO Infratest ebenfalls keine der dargelegten Hinweiskriterien der Bezeichnung „Lotto“ entgegenstehenden Feststellungen herleiten. Selbst wenn nach dieser im Januar 2002 durchgeführten Befragung 47,7 % der Befragten in dem Begriff „Lotto“ ausschließlich den Hinweis auf ein bestimmtes Glücksspiel und nicht einen Hinweis auf ein Unternehmen sehen, spricht dies nach den vorbezeichneten Umständen der tatsächlichen Organisation und Veranstaltung des gerade unter der Bezeichnung „Lotto“ beworbenen und angebotenen Glücksspiels nicht ohne weiteres gegen eine derartige auf den Veranstalter hinweisende Funktion. Die Beklagte und ihre im Deutschen Toto- und Lottoblock zusammengeschlossenen 15 Mitgesellschafterinnen können sich darauf berufen, den Begriff „Lotto“ bereits seit 1955 in ununterbrochener Folge zur Kennzeichnung des von ihnen veranstalteten und durchgeführten Lotteriespiels verwendet zu haben. Seit 1965 wird die im Rahmen der Durchführung dieses Lotteriespiels veranstaltete „Ziehung der Lottozahlen“ bundesweit von den öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalten der ARD unter Verwendung des Begriffs „Lotto“ ausgestrahlt. Darüber hinaus existieren bundesweit unstrittig 21.000 „Lotto-Annahmestellen“, in denen – wiederum mit dem Begriff „Lotto“ gekennzeichnete „Lottospielscheine“ – ausgefüllt und zur Teilnahme an der solcherart bezeichneten, von der Klägerin und ihren Mitgesellschafterinnen durchgeführten Lotterie abgegeben werden können. Selbst wenn man dem beschreibenden Charakter des Begriffs „Lotto“ Rechnung trägt, spricht doch vor diesem Hintergrund alles dafür, aus dem nach den vorstehenden Umständen dokumentierten hohen Durchsetzungsgrad eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der Marke LOTTO herzuleiten. Dabei trifft es zwar zu, dass - wie dies die Klägerin und die Drittwiderbeklagte einwenden - die langjährige und intensive Benutzung der Bezeichnung nur dann zu einer Steigerung der von Hause aus als durchschnittlich einzuordnenden Kennzeichnungskraft der als durchgesetzt eingetragenen Marke führen kann, wenn diese als Kennzeichen und nicht etwa als Beschreibung bzw. als Gattungsbegriff für das beworbene und durchgeführte Lotteriespiel verwendet worden ist. Nach der dem Senat aus seiner Lebenserfahrung bekannten und als solche auch unstrittigen Verwendung des Begriffs, wie sie in der Werbung, bei der öffentlichen Ziehung der Lottozahlen, auf

den Lottoscheinen und in den Lottoannahmestellen stattgefunden hat und stattfindet, ist jedoch von einer solchen zumindest auch kennzeichenmäßigen Benutzung auszugehen.

Die vorstehenden, die Beurteilung der Verwechslungsgefahr wechselbezüglich beeinflussenden Parameter abwägend, ist im Streitfall die Gefahr von Verwechslungen nicht von der Hand zu weisen: Zwar wird die Gefahr von Zeichenverwechslungen, mithin die unmittelbare Verwechslungsgefahr, angesichts der aufgezeigten Verschiedenheit der zu vergleichenden Zeichen der Parteien zu verneinen sein. Jedoch besteht danach die Gefahr mittelbarer Verwechslungen. Denn ein mehr als nur unbeachtlicher Teil des angesprochenen Verkehrs wird davon ausgehen, dass es sich bei der Bezeichnung „Free Lotto“ in den streitbefangenen Schreibweisen um Abwandlungen des ihm bekannten und dem Deutschen Lottoblock zugeordneten Zeichens „Lotto“ handelt, unter denen „frei“ zugängliche, d.h. für jedermann verfügbare Informationen über das Glücksspiel Lotto einschließlich seiner Durchführung und Organisation und/oder die Möglichkeit der Teilnahme angeboten werden. Dieser Teil des Verkehrs erkennt zwar, dass es sich bei den streitbefangenen Bezeichnungen um verschiedene handelt, rechnet diese jedoch aufgrund der dargestellten Umstände irrig ein und demselben Unternehmen, hier konkret den Inhaberinnen der Marke LOTTO zu und erliegt daher der mittelbaren Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt des Serienzeichens. Diese liegt vor, wenn die Zeichen in einem Bestandteil übereinstimmen, den der Verkehr als Stamm mehrerer Zeichen eines Unternehmens ansieht und deshalb wegen dieses „wesensgleichen“ Stamms dem gleichen Zeicheninhaber zuordnet (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 428 m.w.N.). Mit der Anerkennung der mittelbaren Verwechslungsgefahr unter dem Aspekt des Serienzeichens wird der im Verkehr bekannten Übung vieler Unternehmen Rechnung getragen, sich eines Stammzeichens für alle ihre Waren zu bedienen und dieses – als solches erkennbar bleibende – Stammzeichen für einzelne Waren- oder Dienstleistungen abzuwandeln. Die Annahme eines solchen Serienzeichens für den Verkehr ist insbesondere dann nahliegend, wenn das Stammzeichen von dem Markeninhaber bereits zur Bildung mehrerer Zeichen benutzt und im Verkehr verwendet worden ist. Dies stellt jedoch keine unerlässliche Voraussetzung dar. Auch in einem erstmalig verwendeten Zeichen kann der Verkehr ein Stammzeichen sehen, wofür allerdings konkrete

Anhaltspunkte zu verlangen und strenge Anforderungen an die Wesensgleichheit des Stammbestandteils mit dem angegriffenen Zeichen zu stellen sind (vgl. Ingerl/Rohnke, a. a. O., § 14 Rdn. 428 m.w.N.). Im Streitfall sind diese Anforderungen erfüllt, da nach den beklagenseits vorgelegten Anlagen BE 7 und BE 8 nicht nur konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Gesellschafterinnen des Deutschen Lottoblocks nunmehr dazu übergehen, aus diesem Zeichen Abwandlungen zu bilden, um beispielsweise im Internet Informationsmöglichkeiten über ihr Lotto zur Verfügung zu stellen oder die Möglichkeit zur Teilnahme an Lotterien durch Zuhilfenahme der Mittel der Telekommunikation anzubieten, sondern der in den angegriffenen Bezeichnungen als „Stammbestandteil“ erkannte Begriff „Lotto“ ist dem Klagezeichen auch identisch (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 430).

Die von der Klägerin und der Drittwiderbeklagte zu 2) angeführten zahlreichen, jeweils den Bestandteil „Lotto“ aufweisenden Drittzeichen stehen der Bejahung der Verwechslungsgefahr nicht entgegen. Treten diese Zeichen tatsächlich dem Verkehr in relevantem Umfang gegenüber, so wird dieser dann zwar eher dazu neigen, den anderen Zeichenbestandteilen ein besonderes unterscheidendes Gewicht beizumessen. Unabhängig davon, ob danach im Streitfall tatsächlich die Gefahr von Verwechslungen eines beachtlichen Teils der Zeichenadressaten ausgeschlossen wäre, lassen sich indessen weder dem Vortrag der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) noch dem Sachverhalt im übrigen Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die erwähnten, den jeweiligen Bestandteil „Lotto“ aufweisenden Drittzeichen in relevantem Umfang in Benutzung genommen worden sind und daher den Verkehr in der aufgezeigten Weise bei der Wahrnehmung der streitbefangenen Bezeichnungen beeinflussen können.

5.

Soweit die Klägerin und die Drittwiderbeklagte mit Blick auf die in § 22 Abs. 1 Nr. 2 2. Alternative, Abs. 2 MarkenG getroffene Regelung eine Koexistenzlage begründet sehen, nach welcher die Beklagte den Gebrauch ihrer streitbefangenen Unternehmenskennzeichen hinzunehmen habe, vermögen sie damit nicht durchzudringen. Gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2, 2. Alternative MarkenG kann der Inhaber einer prioritätsälteren Marke die Benutzung einer eingetragenen Marke mit jüngerem

Zeitrang nicht untersagen, wenn sein Antrag auf Löschung dieses jüngeren Zeichens zurückgewiesen worden ist oder zurückzuweisen wäre, weil die Eintragung der prioritätsälteren Marke am Tag der Veröffentlichung der Eintragung der Marke mit jüngerm Zeitrang wegen absoluter Schutzhindernisse hätte gelöscht werden können. Mit der Behauptung, die als durchgesetztes Zeichen eingetragene Marke LOTTO sei bereits im Eintragungszeitpunkt am 27.08.1997, jedenfalls aber zu dem Zeitpunkt, als ihre in bezug auf die vorstehenden Unternehmenskennzeichen geltend gemachten Rechte entstanden seien, (noch) nicht im Verkehr durchgesetzt gewesen, wenden die Klägerin und die Drittwiderbeklagten zu 2) ein solches absolutes Schutzhindernis, nämlich die fehlende Unterscheidungskraft oder ein Freihaltebedürfnis (§§ 8 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2; 50 Abs. 1 Nr. 3; 51 Abs. 4; MarkenG) ein. Eine die Unterlassungsansprüche der Beklagten nach Vorgabe dieser Bestimmung ausschließende Situation kann im vorliegenden Prozess indessen nicht festgestellt werden. Vom Wortlaut her greift die Vorschrift des § 22 Abs. 1 MarkenG schon im Ansatz nicht, weil es sich danach bei dem jüngeren, von dem Inhaber der älteren Marke hinzunehmenden Zeichen um eine eingetragene Marke handeln muss, so dass aus nicht eingetragenen jüngeren Bezeichnungen - und nur um solche handelt es sich bei den von der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) angeführten „Free Lotto“-Unternehmenskennzeichen - keine Koexistenzberechtigung hergeleitet werden kann. Ob mit Ingerl/Rohnke (MarkenG, § 22 Rdn. 14) eine Anwendung der Bestimmung des § 22 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG auf sämtliche, also auch nicht eingetragene (jüngere) Kennzeichenrechte zu befürworten ist, bedarf indessen keiner Entscheidung durch den Senat. Denn auch in diesem Fall greift der Einwand der Koexistenz gem. § 22 Abs. 1 Nr. 2 2. Alternative, Abs. 2 MarkenG nicht. Die ursprüngliche Lösungsreife einer eingetragenen Marke, also ihre Lösungsreife wegen bereits im Eintragungszeitpunkt bestehender absoluter Schutzhindernisse kann im Verletzungsprozess nicht als Einwendung geltend gemacht werden, sondern ist der Prüfung im Lösungsverfahren gem. § 54 MarkenG vorbehalten. Der Richter des Verletzungsprozesses ist - wie dies oben unter Abschnitt A. I. 2. bereits angesprochen ist - an die Markeneintragung gebunden. Auch die in § 22 Abs. 1 Nr. 2 2. Alternative MarkenG getroffene Regelung eröffnet nicht die Möglichkeit, diese Bindungswirkung zu durchbrechen und nunmehr im Verletzerprozess zu überprüfen, ob im Zeitpunkt der Eintragung der prioritätsälteren Marke die Eintragungsvoraussetzungen vorlagen (vgl. OLG Köln WRP 2001, 57/59 - „Kinder

Kram“-; Fezer, Markenrecht, 3. Auflage, § 22 Rdn. 3; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 22 Rdn. 12). Die Eintragung entfaltet danach zwar nur eine Bindungswirkung hinsichtlich der in diesem Zeitpunkt in bezug auf absolute Schutzhindernisse vorhandenen Eintragungsfähigkeit der Marke, nicht aber auch eine solche für den nach § 22 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG maßgeblichen Zeitpunkt der Entstehung der jüngeren Kennzeichenrechte. Im Streitfall liegen indessen aus den bereits unter Abschnitt A. I. 4. c) dargestellten Erwägungen keine Anhaltspunkte vor, dass sich in der Zeitspanne ab Eintragung der Marke am 27.08.1997 bis zur Aufnahme der Benutzung der „Free Lotto“-Unternehmenskennzeichen durch die Klägerin und die Drittwiderbeklagten zu 2), die unter ihren jetzigen Firmen am 07.01.1999 bzw. am 30.12.1998 in das Handelsregister eingetragen wurden, ein Verfall der Eintragungsvoraussetzungen der Marke LOTTO ergeben hat und daher die gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG erforderliche Verkehrsdurchsetzung, von deren Vorhandensein im Zeitpunkt der Eintragung der Marke LOTTO auszugehen ist, nachträglich wieder entfallen ist.

## II.

Die Auskunfts- und Schadensersatzfeststellungsbegehren ergeben sich hinsichtlich der unter Ziff. I. 1.1 und 1.2 beanstandeten Handlungen aus den §§ 14 Abs. 6 MarkenG i.V. mit § 242 BGB. Dass es der Klägerin und der Drittwiderbeklagten unmöglich ist, die insoweit verlangten und geschuldeten Informationen zu erteilen, ist nicht ersichtlich; sie sind vielmehr in der Lage, die unter den in Frage stehenden Bezeichnungen vorgenommenen Handlungen und damit etwa erzielte Umsätze, ggf. unter Heranziehung von Hilfspersonen zu ermitteln und der Beklagten zur Verfügung zu stellen, die auf dieser Grundlage den ggf. ersetzt verlangten Schaden ermitteln kann. Soweit die Beklagte die Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz und zur Auskunft auch hinsichtlich der mit dem Unterlassungsantrag unter Ziff. I.1.3 angegriffenen Verwendung des als Wortmarke angemeldeten Zeichens „FreeLotto“ begehrt, stellt sich dies indessen als unberechtigt dar. Da insoweit lediglich die erstmalige Verwendung des beanstandeten Zeichengebrauchs, mithin die erst zukünftige Vornahme einer Verletzungshandlung droht, kann der Beklagten hieraus noch kein Schaden entstanden sein, zu dessen Ersatz die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) verpflichtet sind. Aus diesem Grund scheidet auch der die Geltendmachung eines solchen Schadensersatzanspruchs vorbereitende unselbständige Auskunftsanspruch. Aber auch mit dem unter Ziff. 3 der Widerklage



formulierten, auf § 19 Abs. 2 MarkenG gestützten selbständigen Auskunftsbegehren, mit dem Informationen über die gewerblichen Abnehmer der „gelieferten und bestellten Gegenstände“ verlangt werden, vermag die Beklagte nicht durchzudringen. Dem steht es zwar nicht entgegen, dass das in Frage stehende Zeichen „FreeLotto“ nicht für Waren, sondern zur Kennzeichnung von Dienstleistungen in Benutzung genommen werden soll. Denn die nach § 19 MarkenG geschuldete Auskunft erfasst auch Geschäftspapiere und Werbemittel i.S. des § 14 Abs. 3 Nr. 5 MarkenG (Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 19 Rdn. 10 m.w.N.). Die Benutzung eines Zeichens als Kennzeichnungsmittel für Dienstleistungen bringt aber in aller Regel die Verwendung eben dieses Zeichens in die damit gekennzeichnete Dienstleistung anbietenden und/oder bewerbenden Geschäftspapieren und Werbeunterlagen mit sich. Voraussetzung der in Rede stehenden Auskunft ist jedoch eine bereits erfolgte Verwendung derartiger Unterlagen im geschäftlichen Verkehr, weil andernfalls die in Frage stehende Auskunft von vornherein ins Leere läuft. Weder dem Vortrag der Beklagten noch dem Sachverhalt im übrigen lässt sich jedoch entnehmen, dass die Klägerin und/oder die Drittwiderbeklagte zu 2) das in Frage stehende Zeichen „FreeLotto“ auf die vorbeschriebene Weise jemals im geschäftlichen Verkehr in Geschäftspapieren oder in Werbemitteln verwendet haben.

### III.

Entsprechendes gilt hinsichtlich des geltend gemachten Vernichtungsanspruchs. Soweit dieser sich auf die unter Ziff. I. 1.1. und 1.2 aufgeführten Bezeichnungen bzw. die mit diesen versehenen Gegenstände bezieht, steht der Beklagten ein Anspruch auf Vernichtung aus § 18 Abs. 1 MarkenG zu, der ebenfalls Geschäftspapiere und Werbemittel i.S. des § 14 Abs. 3 Nr. 5 MarkenG erfasst (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 18 Rdn. 10). Da die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) unter den hier betroffenen Bezeichnungen bereits im geschäftlichen Verkehr aufgetreten sind, spricht alles dafür, dass sie diese auch in noch in ihrem Besitz oder in ihrem Eigentum befindlichen Geschäftspapieren und Werbemitteln verwendet haben, so dass der Vernichtungsanspruch greift. Anderes gilt jedoch hinsichtlich des in bezug auf das als Wortmarke angemeldete Zeichen „FreeLotto“ gemäß Ziff. I.1.3 der Widerklage. Angesichts der hinsichtlich der Verletzungshandlung lediglich bestehenden Erstbegehungsgefahr ist nicht ersichtlich und lässt sich auch dem

Vortrag der Beklagten nicht entnehmen, dass die Klägerin und/oder die Drittwiderbeklagte zu 2) bereits Geschäftspapiere und/oder Werbematerialien in ihrem Besitz haben, in denen das Zeichen verwendet ist. Vor diesem Hintergrund greift die begehrte Vernichtung aber von vornherein ins Leere, jedenfalls aber spricht alles dafür, dass bereits das die Benutzungshandlung gemäß § 14 Abs. 3 Nr. 5 MarkenG umfassende Verbot des (drohenden) Zeichengebrauchs ausreicht, um i.S. von § 18 Abs. 1 letzter Halbsatz MarkenG auf anderweitige Weise den durch die Rechtsverletzung verursachten Zustand zu beseitigen, so dass es der Anordnung der Vernichtung nicht bedarf.

#### B.

Aus den unter Abschnitt A. dargestellten Gründen folgt zugleich die Unbegründetheit der Klage. Denn hat die Klägerin den Gebrauch der Domain „freelotto“ zu unterlassen, weil der Beklagten demgegenüber aus der Marke LOTTO ein besseres Recht zusteht, scheidet sowohl das auf die Aufhebung des Dispute-Eintrags betreffend diese Domain gerichtete Klagebegehren als auch das Hilfsbegehren, derartige Dispute-Einträge künftig zu unterlassen.

#### C.

Was das von der Klägerin und der Drittwiderbeklagten als Zwischenfeststellungswiderklage bezeichnete Rechtsschutzbegehren angeht, gilt folgendes:

Es kann dahinstehen, ob die zunächst als eine das Vorliegen eines Feststellungsinteresses voraussetzende Feststellungswiderklage bezeichnete Widerklage zulässigerweise in eine Zwischenfeststellungswiderklage umbenannt werden konnte und ob diese zulässig ist. Aus den unter A. I. 5. dargestellten Gründen ist sie jedenfalls nicht begründet.

#### D.

Ebenso wie das erstinstanzlich entscheidende Landgericht sieht der Senat schließlich keinen Anlass, den Rechtsstreit mit Blick auf das in bezug auf die

Klagemarke bei dem Deutschen Patent- und Markenamt betriebene Lösungsverfahren nach Maßgabe von § 148 ZPO auszusetzen.

Grundsätzlich ist im Markenverletzungsverfahren davon auszugehen, dass die eingetragene Marke in Kraft steht und deshalb als solche schutzfähig ist. Der Einwand, eine Marke sei trotz des Vorliegens eines absoluten Schutzhindernisses (hier: §§ 8 Abs. 2 Nr. 2, 50 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG) - mithin zu Unrecht - eingetragen worden, kann gemäß § 54 Abs. 1 MarkenG nur durch einen Lösungsantrag beim Patentamt geltend gemacht werden (vgl. BGH WRP 2000, 632 — „MAG-LITE“ -; ders. GRUR 1998, 413 f — „Analgin“ -; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 15). Die bei Einleitung eines Lösungsverfahrens im Markenverletzungsprozess danach lediglich in Betracht zu ziehende prozessuale Möglichkeit der Aussetzung gemäß § 148 ZPO erfordert — neben der Vorgeiflichkeit — indessen, dass das Lösungsverfahren einige Erfolgsaussichten aufweist (vgl. BGH GRUR 1987, 284 — „Transportfahrzeug“ -). Letzteres kann im Streitfall nicht bejaht werden. Neben den oben bereits dargestellten, die Bekanntheit der Klagemarke und ihre hohe Kennzeichnungskraft betreffenden Umständen sprechen die Ergebnisse der oben erwähnten demoskopischen Gutachten dagegen, der von der LottoTeam Partnership Service GmbH betriebenen Löschung der Klagemarke die erforderliche Erfolgsaussicht beizumessen. Entgegen der Meinung der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) lassen diese Gutachten nicht schon aus sich heraus den Schluss auf eine dem Nachweis der Verkehrsdurchsetzung nicht genügende Bekanntheit und Zuordnung der Bezeichnung „LOTTO“ zu. Vielmehr indizieren die mit dieser Befragung ermittelten Werte einen hinreichend hohen Bekanntheitsgrad von „LOTTO“, so dass danach die der begehrten Löschung aber entgegenstehende Annahme nahe liegt, der Verkehr verstehe diese Bezeichnung als eine auf das Lotteriespiel der Klägerinnen und ihrer Mitgesellschafterinnen hinweisende, mithin i.S. von § 8 Abs. 3 MarkenG durchgesetzte Kennzeichnung. Das gilt auch, wenn man mit der Beklagten einen hohen, die Quote von 50 % deutlich übersteigenden Durchsetzungsgrad fordern will. Nach den Ergebnissen der Befragungen war jedenfalls einem Anteil von über 50 % der Befragten der Begriff „LOTTO“ im Zusammenhang mit Glücksspielen bereits bekannt und assoziierte ein deutlich darüber liegender Teil dabei „LOTTO“ spontan mit dem Lotto der Beklagten und der anderen Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks. Angesichts des

Umstandes, dass die unter der Bezeichnung „LOTTO“ veranstaltete und durchgeführte Lotterie von mehreren, im Deutschen Lotto- und Totoblock zusammengefassten selbständigen Gesellschaften veranstaltet und durchgeführt wird, schließt selbst die Annahme der Befragten, dass „Lotto“ - sinngemäß - von verschiedenen Veranstaltern komme, nicht aus, dass „LOTTO“ gleichwohl einem zum Deutschen Lotto- und Totoblock gehörigen Veranstalter zugeordnet wird. Vor diesem Hintergrund kann dem gegen die Marke LOTTO gerichteten Löschantrag aber das zu fordernde Ausmaß der Erfolgsaussicht nicht zugesprochen werden und ist daher die im vorliegenden Verletzerprozess begehrte Aussetzung nicht gerechtfertigt.

#### E.

Die Kostenfolge ergibt sich aus den §§ 92 Abs. 1, 91 a ZPO i.V. mit § 269 Abs. 3 ZPO. Soweit die Parteien die Hauptsache hinsichtlich des Drittwiderbeklagten zu 3) einvernehmlich zur Erledigung gebracht haben, waren die Kosten bis zu dessen Unterlassungserklärung ebenso zu verteilen, wie dies für das Verhältnis zwischen der Beklagten und der Drittwiderbeklagten zu 2) betreffend die Widerklage gilt. Unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes entspricht dies billigem Ermessen, weil der Drittwiderbeklagte zu 3) aus den obigen Gründen in gleichem Umfang auf die Widerklage hin verurteilt worden wäre wie die Drittwiderbeklagte zu 2).

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 108, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Nichtzulassung der Revision beruht auf folgender Erwägung: In dem sich im wesentlichen mit nämlichen Rechtsfragen befassenden Parallelverfahren 6 U 48/01 hat der dortige Beklagte Thorsten Speckmann Revision eingelegt, über deren Annahme der Bundesgerichtshof in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung der ZPO zu entscheiden hat. Die auf der Grundlage der Bestimmungen der §§ 543 ff ZPO in der seit dem 01.01.2002 geltenden Fassung i.V. mit § 26 Nr. 7 und Nr. 8 EGZPO erfolgte Nichtzulassung der Revision im vorliegenden Verfahren setzt den Bundesgerichtshof als Rechtsinstanz in die Lage, in den beiden Parallelverfahren

einheitlich selbst darüber zu befinden, ob eine mündliche Revisionsverhandlung durchgeführt werden soll.

Die gemäß § 544 ZPO n. F. i.V. mit § 26 Nr. 8 EGZPO festzusetzende Beschwer orientiert sich am Wert des jeweiligen Unterliegens der Parteien im vorliegenden Rechtsstreit.

Streitwert in der Berufung:

I.

bis zum 03.04.2002: 325.000,00 €;

Klage: 25.000,00 €

(das Hilfsbegehren wirkte sich gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 GKG nicht streitwerterhöhend aus),

Widerklage: 300.000,00 €;

Unterlassungsantrag I.1.1.:	150.000,00 €
Unterlassungsantrag I.1.2. :	50.000,00 €
Unterlassungsantrag I.1.3.:	30.000,00 €
Auskunftsantrag I.2.	15.000,00 €
Auskunftsantrag.3.:	5.000,00 €
Schadensersatzfeststellungsantrag II.:	45.000,00 €
Vernichtungsantrag III. :	5.000,00 €;

II.

ab 04.04.2002 (Eingang der neu formulierten Widerklage) bis zum 19.06.2002:  
460.000,00 €

Klage: 25.000,00 €;

Widerklage: 435.000,00 €

Unterlassungsantrag I.1.1. :	150.000,00 €
Unterlassungsantrag I. 1.2.	50.000,00 €
Unterlassungsantrag 1.3:	30.000,00 €
Auskunftsantrag I. 2.	15.000,00 €
Auskunftsantrag I. 3.	5.000,00 €
Schadensersatzfeststellungsantrag II:	180.000,00 €
Vernichtungsantrag III.	5.000,00 €;

III.

ab 20.06.2002 (Eingang der Zwischenfeststellungswiderklage) bis zum 21.06.2002:  
510.000,00 €:

Klage: 25.000,00 €,  
Widerklage: 435.000,00 € (wie oben unter II.),  
Zwischenfeststellungswiderklage: 50.000,00 €;

IV.

danach: 375.000,00 €,

Klage: 25.000,00 €  
Widerklage: 300.000,00 € (wie oben unter I.),  
Zwischenfeststellungswiderklage: 50.000,00 €.

Schütze

Pietsch

Schütze

Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht  
Dr. Schwippert ist  
infolge urlausbedingter  
Ortsabwesenheit verhindert,  
seine Unterschrift beizufügen

6 U 181/01  
84 O 7/01  
(LG Köln)



Anlage zum Protokoll  
vom 14.08.2002  
Verkündet am 14.08.2002  
Berghaus, J.S. in  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

OBERLANDESGERICHT KÖLN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

1.  
der Free Lotto Association GmbH & Co KG, vertreten durch ihre  
persönlich haftende Gesellschafterin, die Free Lotto Association GmbH, diese  
vertreten durch ihren Geschäftsführer, Füllbachstraße 9, 40151 Münster, Dorf

Klägerin, Widerbeklagte, Widerklägerin und  
Berufungsklägerin,

2.  
der Free Lotto Association GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer,  
Füllbachstraße 9, 40151 Münster

Drittwiderbeklagte, Widerklägerin und  
Berufungsklägerin,

3.  
des Herrn Dietrich Mehlhorn, ebenda,

Drittwiderbeklagten und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [redacted] Köln,

g e g e n

die Westfälische Lotto GmbH & Co oHG, vertreten durch die Nordwest-Lotto in  
Nordrhein-Westfalen GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer, Herrn Dr.  
Wolfgang Westmann, Westphal Str. 108, 4412, 48151 Münster,

Beklagte, Widerklägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte: die beim Oberlandesgericht Köln zugelassenen Rechtsanwältinnen der überörtlichen Sozietät ~~Ge...~~,  
~~Ma...~~

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21.06.2002 unter Mitwirkung seiner Mitglieder Dr. Schwippert, Pietsch und Schütze

**für Recht erkannt:**

Auf die Berufung der Klägerin und der Drittwiderbeklagten wird das am 23.08.2001 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 84 O 7/01 - teilweise abgeändert und insgesamt im Hauptauspruch wie folgt neu gefasst:

A.

Die Klage wird abgewiesen.

B.

Auf die Widerklage

I.

werden die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) verurteilt,

1.

es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr

1.1.

im Bereich der Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie der Fachberatung für Lotto und Toto selbst und/oder durch Dritte die Firma

„Free Lotto Association GmbH & Co ~~...~~ KG“



und/oder die Firma

„Free Lotto Association GmbH“

und/oder das Firmenschlagwort

„Freelotto“

zu verwenden und/oder verwenden zu lassen;

1.2.

für die Bewerbung und/oder das Angebot von Spielergemeinschaften zur Teilnahme an Lotterien des Deutschen Lotto- und Totoblocks die Internetadresse

freelotto.de

zu benutzen;

1.3.

die Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie die Fachberatung für Lotto und Toto unter dem Zeichen

FreeLotto,

wie es unter dem Aktenzeichen 30016314 zur Eintragung als Wortmarke beim DPMA angemeldet worden ist, anzubieten und/oder zu bewerben und/oder in den Verkehr zu bringen;

2.

der Beklagten Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang sie Handlungen gemäß der vorstehenden Ziffer 1.1. seit dem 07.01.1999, gemäß der vorstehenden Ziffer 1.2. seit dem 04.09.1998 vorgenommen haben, und zwar unter Angabe der Umsätze, die unter den in den Ziffern 1.1. und 1.2. wiedergegebenen Kennzeichen erzielt wurden sowie über den Umfang und die Art der jeweils getätigten Werbung, aufgliedert nach Kalendervierteljahren.

## II.

wird festgestellt, dass die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) verpflichtet sind, der Beklagten allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch Handlungen gemäß der vorstehenden Ziffer II. 1.1. seit dem 07.01.1999, gemäß der vorstehenden Ziffer II. 1.2. seit dem 04.09.1998 bereits entstanden ist oder künftig noch entstehen wird.

## III.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) werden verurteilt, die in ihrem Besitz befindlichen Gegenstände, die mit einem oder mehreren der in Ziffer II.1.1., II. 1.2. wiedergegebenen Zeichen versehen sind zu vernichten, insbesondere Werbematerial und Geschäftspapiere.

Im übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

## C.

Die Zwischenfeststellungswiderklage wird abgewiesen.

## D.

Von den in erster Instanz angefallenen Gerichtskosten hat die Klägerin 92% zu tragen, davon 84 % gemeinsam mit den Drittwiderbeklagten zu 2) und zu 3) als Gesamtschuldner; 8 % der in erster Instanz angefallenen Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt.

Die in erster Instanz entstandenen außergerichtlichen Kosten der Klägerin hat die Beklagte in Höhe von 8%, diejenigen der Drittwiderbeklagten zu 2) und zu 3) in Höhe von jeweils 10 % zu tragen; die außergerichtlichen Kosten der Beklagten werden der Klägerin mit 92% auferlegt, davon 84% gemeinsam mit den Drittwiderbeklagten zu 2) und zu 3) als Gesamtschuldner. Im übrigen tragen die Parteien ihre außergerichtlichen Kosten der ersten Instanz selbst.

Die gerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin mit 68% auferlegt, wovon sie 63% mit der Drittwiderbeklagten zu 2) sowie 48% mit dem Drittwiderbeklagten zu 3) als Gesamtschuldner zu tragen hat; die Beklagte hat 32% der im Berufungsverfahren entstandenen Gerichtskosten zu tragen.

Von den außergerichtlichen Kosten der Klägerin hat die Beklagte 32%, von denjenigen der Drittwiderbeklagten zu 2) werden ihr 37% und von denjenigen des Drittwiderbeklagten zu 3) 47 % auferlegt. Die in der Berufung angefallenen außergerichtlichen Kosten der Beklagten hat die Klägerin in Höhe von 68% zu tragen, davon 63% gemeinsam mit der Drittwiderbeklagten zu 2) und 53% mit dem Drittwiderbeklagten zu 3) als Gesamtschuldner. Im übrigen tragen die Parteien ihre im Berufungsverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten jeweils selbst.

E.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien dürfen die gegen sie betriebene Zwangsvollstreckung jeweils gegen Leistung einer Sicherheit in der nachstehend bestimmten Höhe abwenden, falls nicht die jeweils vollstreckende Partei zuvor Sicherheit in derselben Höhe leistet.

Die Sicherheit beträgt bei Vollstreckung

des Unterlassungsausspruchs unter Ziff. B. I.1.1.:	150.000,00 €;
des Unterlassungsausspruchs unter Ziff. B. I.1.2.:	50.000,00 €;
des Unterlassungsausspruchs unter Ziff. B. I.1.3.:	30.000,00 €;
des Auskunftsanspruchs unter Ziff. B. I.2.:	10.000,00 €;
des Vernichtungsausspruchs unter B.III.:	3.000,00 €;
des Kostenausspruchs durch die Klägerin:	5.000,00 €;
des Kostenausspruchs durch die Drittwiderbeklagte zu 2):	6.000,00 €;
des Kostenausspruchs durch den Drittwiderbeklagten zu 3):	7.000,00 €;
des Kostenausspruchs durch die Beklagte:	14.000,00 €

F.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G.

Die mit diesem Urteil für die Klägerin, die Drittwiderbeklagte zu 2) sowie die Beklagte verbundene Beschwer übersteigt jeweils die Summe von 20.000,00 €.

## Tatbestand

Die Beklagte ist eine der 16 Gesellschafterinnen des Deutschen Lotto- und Totoblocks. Sie betreibt im Land Nordrhein-Westfalen die Organisation und Durchführung einer Vielzahl von Gewinnspielen, darunter das sog. „Samstags-Lotto“ und das „Mittwochs-Lotto“. Nach einer durch das DPMA im Jahre 2001 vorgenommenen Berichtigung ist sie unter ihrer im Urteilsrubrum angegebenen Firma gemeinsam mit ihren 15 Mitgesellschafterinnen als Inhaberin der mit Priorität zum 02.09.1996 als durchgesetztes Zeichen u.a. für „Lotteriespiele“, die „Organisation, Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und anderen Geld- und Glücksspielen“ sowie die „Veranstaltung und Durchführung von Glücksspielen im Wege der Telekommunikation, insbesondere über Internet“ eingetragenen Wortmarke LOTTO 396 38 296 im Markenregister aufgeführt. Hinsichtlich der näheren Einzelheiten insoweit wird auf die als Anlage B 1 zu den Akten gereichte Fotokopie des Registerauszugs (Bl. 26 d.A.) sowie das Schreiben des DPMA vom 19.07.2001 ( Bl. 277 d.A.) Bezug genommen. Diese Marke ist Gegenstand eines von einer Fa. LottoTeam Patente Service GmbH beim Deutschen Patent- und Markenamt betriebenen Lösungsverfahrens (AZ: 396 38 296.7 / 28 S 121/00 Lös), in dem hauptsächlich geltend gemacht wird, dass zu Unrecht die Voraussetzungen der Verkehrsdurchsetzung angenommen worden seien, die aus einem angeblich rein beschreibenden Gattungsbegriff bestehende Marke daher lösungsreif sei. Zu den weiteren Einzelheiten des erwähnten Lösungsverfahrens wird auf die von der Drittwiderbeklagten zu 2) überreichte Anlage DWB 1 - 3 (Bl. 67 - 69 d.A.) verwiesen.

Die Klägerin befasst sich nach ihrem derzeitigen Unternehmensgegenstand u. a. mit der Übernahme und Verwaltung von Beteiligungen sowie der Beschaffung von Finanzierungsmitteln für der Firmengruppe zugehörige oder nahestehende Gesellschaften. Bis Anfang 2001 bestand ihr Unternehmensgegenstand in der „Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie der Fachberatung für Lotto und Toto und dem Betrieb von Annahmestellen der Nordwestdeutschen Klassenlotterie“. Hinsichtlich der näheren Einzelheiten insoweit wird auf die in Fotokopie zu den Akten gereichten Handelsregisterauszüge (Bl. 11 und Bl. 209 ff d.A. = Anlage DW B 15) Bezug genommen. Bei der

Drittwidderbeklagten zu 2) handelt es sich um die mit der Geschäftsführung und Vertretung der Klägerin befasste persönlich haftende Gesellschafterin. Der Drittwidderbeklagte zu 3) war bis zu seinem im Juni 2002 mitgeteilten Ausscheiden Geschäftsführer der Drittwidderbeklagten zu 2).

Unter dem Datum des 02.03.2000 hat die Klägerin beim DPMA die Bezeichnung „FreeLotto“ als Wortmarke für Dienstleistungen der Klasse 36 zur Eintragung angemeldet. Diese Markenmeldung wurde mit Beschluss des DPMA vom 04.12.2001 zurückgewiesen.

In einem bei dem Landgericht Köln zu dem Aktenzeichen 84 O 66/01 (= 6 U 48/01 OLG Köln) geführten Rechtsstreit ging die Beklagte gegen einen Herrn Thorsten Speckmann vor, welcher bei der DENIC e.G. den Domain-Namen „freelotto.de“ hatte registrieren lassen, unter dem unter Verweis auf die Gesellschaften des deutschen Lotto- und Totoblocks bzw. auf den "Deutschen Lotto Block" die Bildung und Zusammenstellung von Spielergemeinschaften nach einem bestimmten System angeboten wurde. Die Beklagte nahm Herrn Speckmann in jenem Verfahren - u.a. gestützt auf die o.g. Marke LOTTO 396 38 296 - auf Unterlassung in Anspruch, im Datennetz Internet oder in anderen in der Bundesrepublik Deutschland abrufbaren Datennetzen die Bezeichnung „freelotto“ als second-level-Domain-Namen zu benutzen und in die Löschung dieser für ihn registrierten Internet-Domain gegenüber der DENIC e.G. einzuwilligen. Das Landgericht hat Herrn Speckmann in jenem Verfahren entsprechend diesen Begehren verurteilt, was der erkennende Senat in seinem auf die Berufung des Herrn Speckmann ergangenen Urteil vom 02.11.2001 unter Vornahme lediglich einer Beschränkung des sachlichen Bereichs des Unterlassungsausspruchs, im wesentlichen bestätigt hat.

Mit der Behauptung, Herr Speckmann habe bei der Vornahme der Registrierung des bereits seit 04.09.1998 von ihr selbst benutzten Domain-Namens „freelotto.de“ lediglich als ihr Agent gehandelt, dem daher keine selbständigen Rechte an dieser Bezeichnung zustehen sollten und zustünden, hat die Klägerin Herrn Speckmann im Rahmen der vorliegenden Klage als Hauptintervention zu dem vorbezeichneten Verfahren 84 O 66/01 LG Köln u.a. auf Abgabe einer Willenserklärung in Anspruch genommen, dass die Rechte „aus der Registrantenstellung bei der DENIC e.G. an

der Domain „freelotto.de“ auf sie übergehen bzw. die vorbezeichneten Rechte auf sie übertragen werden. Nachdem das Landgericht das Verfahren hinsichtlich der gegenüber Herrn S. [REDACTED] verfolgten Klageanträge abgetrennt hat, hat dieser die Ansprüche anerkannt (Bl. 104 d.A.).

Gegenüber der Beklagten hat die Klägerin vorliegend u.a. die Feststellung begehrt, dass sie keine Rechte der Beklagten verletze, wenn sie als Inhaberin der Domain „freelotto.de“ eingetragen ist und/oder dass der Beklagten keine besseren Rechte an dieser Bezeichnung zustehen. Insoweit haben die Parteien die Feststellungsklage nach Erhebung der nachfolgend näher dargestellten Widerklage der Beklagten, mit welcher diese u.a. das Verbot der Verwendung der Internetadresse „freelotto.de“ durch die Klägerin begehrt, im Termin zur mündlichen Verhandlung bei dem Landgericht übereinstimmend für erledigt erklärt (Bl. 269 d.A.).

Die Klägerin verlangt von der Beklagten nunmehr noch die Abgabe einer Erklärung, wonach gegenüber der DENIC eG die Aufhebung eines dort zu Gunsten der Beklagten registrierten Dispute-Eintrags betreffend die Domain „freelotto.de“ beantragt werde. Hilfsweise begehrt die Klägerin von der Beklagten die Unterlassung, bzgl. der erwähnten Domain bei der DENIC Dispute-Anträge zu stellen.

Die Beklagte, so hat die Klägerin zur Begründung dieser Petita ausgeführt, könne für sich keine Rechtsstellung reklamieren, welche die Verwendung der für sie, die Klägerin, registrierten Domain „freelotto.de“ hindere und die daher die Beibehaltung oder Beantragung eines Dispute-Eintrags rechtfertige. Aus der Wortmarke „LOTTO“ ergebe sich eine solche Position schon deshalb nicht, weil die Beklagte nicht befugt sei, Rechte, welche durch die für sämtliche Gesellschaften des Deutschen- Lotto und Totoblocks gemeinsam eingetragene Marke etwa begründet worden seien, allein geltend zu machen. Überdies sei in Abrede zu stellen, dass die Beklagte überhaupt Mitinhaberin der Marke LOTTO sei; denn vor der durch das DPMA vorgenommenen Berichtigung der Markeneintragung sei - was unstreitig ist - eine „Westdeutsche Lotterie GmbH & Co KG“ eingetragen gewesen, die aber niemals Rechtsvorgängerin der vorher unter „Westdeutsche Lotterie GmbH & Co“ firmierenden Beklagten, einer OHG, gewesen sei. Im übrigen lägen aber auch die materiellen Voraussetzungen

einer den Gebrauch der Domain „freelotto.de“ hindernden markenrechtlichen Verwechslungsgefahr nicht vor. Jedenfalls aber sei das Verfahren bis zur Entscheidung über den gegenüber der Marke LOTTO betriebenen Löschungsantrag auszusetzen; diesem Löschungsantrag komme eine erhebliche Erfolgsaussicht zu, weil die Markeneintragung zu Unrecht erfolgt sei; die Beklagte könne ebenso wie die übrigen Gesellschaften des Deutschen Lottoblocks eine bundesweite Durchsetzung des von Hause aus rein beschreibenden und daher freizuhaltenden Begriffs „LOTTO“ als Marke nicht nachweisen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

gegenüber der DENIC eG Domain Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft (Wilmshausenstraße 26, 60529 Frankfurt am Main) die Aufhebung des für sie vorgenommenen DISPUTE-Eintrags bezüglich der Domain „freelotto.de“ zu erklären,

hilfsweise,

es unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000,00 DM - ersatzweise Ordnungshaft - oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, bezüglich der Domain „freelotto.de“ bei der DENIC eG Domain Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft (Wilmshausenstraße 26, 60529 Frankfurt am Main) DISPUTE-Anträge zu stellen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Widerklagend hat die Beklagte beantragt,

I.

die Klägerin sowie die Drittwiderbeklagten zu verurteilen,

1.

es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 500.000,00 DM,

ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr

1.1.

im Bereich der Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie der Fachberatung für Lotto und Toto selbst und/oder durch Dritte die Firma

„Free Lotto Association GmbH & Co International KG“

und/oder die Firma

„Free Lotto Association GmbH“

und/oder das Firmenschlagwort

„Freelotto“

zu verwenden und/oder verwenden zu lassen;

1.2.

die Internetadresse

freelotto.de

selbst und/oder durch Dritte zu verwenden und/oder verwenden zu lassen;

1.3

die Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie die Fachberatung für Lotto und Toto unter der Wortmarke

FreeLotto,

wie sie unter dem Aktenzeichen 300163614 zur Eintragung beim DPMA angemeldet worden ist, anzubieten und/oder zu bewerben und/oder in den Verkehr zu bringen;

2.

der Beklagten Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang sie Handlungen gemäß der vorstehenden Ziffer 1.1 seit dem 07.01.1999, gemäß der vorstehenden Ziffer 1.2 seit dem 04.09.1998 sowie der vorstehenden Ziffer 1.3 seit dem 02.03.2000 vorgenommen haben, und zwar unter Angabe der Umsätze, die unter den in den Ziffern 1.1 und 1.2 wiedergegebenen Kennzeichen sowie mit nach der Ziffer 1.3 gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen erzielt wurden sowie über den Umfang und die Art der jeweils getätigten Werbung, aufgeliedert nach Kalendervierteljahren;



3.  
der Beklagten Auskunft über Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer der gelieferten oder bestellten Gegenstände gemäß der Ziffer 1.3 zu erteilen;

II.  
festzustellen, dass die Klägerin und die Drittwiderbeklagten verpflichtet sind, der Beklagten allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch Handlungen gemäß der vorstehenden Ziffer I. 1.1 seit dem 07.01.1999, gemäß der vorstehenden Ziffer I. 1.2 seit dem 04.09.1998 sowie gemäß der vorstehenden Ziffer I. 1.3 seit dem 02.03.2000 bereits entstanden ist oder künftig noch entstehen wird;

III.  
die Klägerin und die Drittwiderbeklagten zu verurteilen, die in ihrem Besitz befindlichen Gegenstände, die mit einem oder mehreren der in Ziffer I. 1.1, 1.2, 1.3 wiedergegebenen Zeichen versehen sind zu vernichten, insbesondere Werbematerial und Geschäftspapiere.

Die Verwendung der Bezeichnung „freelotto“ - sei es als Domain-Name, sei es in der jeweils angegriffenen Form und Schreibweise als Marke oder Unternehmenskennzeichen - verletze, so hat die Beklagte vertreten, die ihr in bezug auf die Wortmarke „LOTTO“ zustehenden Rechte, die sie allein geltend zu machen befugt sei. Der in diesen Bezeichnungen enthaltene Bestandteil „lotto“ bzw. „Lotto“ präge jeweils den Gesamteindruck der beanstandeten Zeichen, deren Gebrauch die Gefahr von Verwechslungen mit der im Verkehr durchgesetzten Wortmarke LOTTO i. S. des markenrechtlichen Verletzungstatbestandes des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG hervorrufe. Überdies, so hat die Beklagte geltend gemacht, seien die Widerklageansprüche aber auch aus § 3 UWG gerechtfertigt. Insbesondere aus dem letztgenannten Grund bestehe kein Anlass, den Rechtsstreit mit Blick auf das hinsichtlich der Klagemarke anhängige Lösungsverfahren auszusetzen, das im übrigen aber auch keinerlei Aussichten auf Erfolg habe.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagten haben beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagten haben ihre Passivlegitimation in Abrede gestellt. Die Klägerin sei als reine Holdinggesellschaft nicht im „operativen“ Geschäft

der Vermittlung der Teilnahme an dem von der Beklagten und den sonstigen Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks veranstalteten Lotto oder der hierauf bezogenen Fachberatung tätig. Weder sie noch die Drittwiderbeklagten hätten im übrigen geschäftliche Aktivitäten in bezug auf „Toto“ entfaltet. Allein die Markenmeldung „FreeLotto“ begründe die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Begehungsfahr nicht. Hinsichtlich des beanstandeten Gebrauchs der Bezeichnungen „Free Lotto“/„Freelotto“/„FreeLotto“ als Unternehmenskennzeichen und/oder als Marke lägen schließlich ebensowenig die sachlichen Voraussetzungen einer markenrechtlichen Verwechslungsfahr vor, wie in bezug auf die Verwendung von „freelotto“ als Domain-Name.

Mit Urteil vom 23.08.2001, auf welches zur näheren Sachdarstellung Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen und die Klägerin sowie die Drittwiderbeklagten entsprechend der Widerklage verurteilt. Zur Begründung dieser Entscheidung hat es im wesentlichen ausgeführt, dass hinsichtlich des mit der Widerklage beanstandeten Zeichengebrauchs die Gefahr von Verwechslungen mit der Wortmarke LOTTO i.S. des Verletzungstatbestandes des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG bestehe und die Beklagte gemäß § 744 Abs. 2 BGB befugt sei, die aus den streitbefangenen Verletzungshandlungen entstehenden Ansprüche geltend zu machen; umgekehrt seien die Beklagten hinsichtlich sämtlicher Ansprüche passivlegitimiert, weil ihrerseits mit Blick jedenfalls auf die früher maßgeblichen Unternehmensgegenstände der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) die erforderliche Begehungsfahr bestehe. Anlass für eine Aussetzung des Verfahrens bestehe nicht, weil der Ausgang des in bezug auf die Marke LOTTO anhängigen Lösungsverfahrens noch völlig ungewiss sei.

Mit ihrer gegen dieses Urteil gerichteten Berufung verfolgen die Klägerin und die Drittwiderbeklagten ihre erstinstanzlichen Prozessbegehren weiter. Sie wiederholen und bekräftigen ihren in erster Instanz verfochtenen Standpunkt, wonach der Beklagten die Prozessführungsbefugnis und Aktivlegitimation abzusprechen sei, aus der Wortmarke LOTTO hergeleitete etwaige Ansprüche allein geltend zu machen und zu verfolgen. Entgegen der in dem angefochtenen Urteil zum Ausdruck gebrachten Wertung könne sich die Beklagte zu ihren Gunsten dabei nicht auf § 744 Abs. 2 BGB stützen. Mit Blick auf die durch handelsregisterliche Eintragungen belegten

Unternehmensgegenstände der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) bestehe ferner auch eine für die Unterlassungsansprüche aber vorauszusetzende Begehungsfahr nicht, so dass die Klägerin und die Drittwiderbeklagten hinsichtlich der gestellten Unterlassungsanträge nicht passivlegitimiert seien. Der Unterlassungsantrag gemäß Ziff. I.1.1 der Widerklage und der hierauf beruhende Verbotstenor des angefochtenen Urteils seien überdies in der Sache zu weit gefasst; gleiches gelte hinsichtlich des Unterlassungsantrags unter Ziff. I.1.2 bzw. des diesem stattgebenden Urteilsausspruchs. Zu Unrecht habe das Landgericht weiter aber auch eine in Anbetracht der streitbefangenen Bezeichnungen bestehende Verwechslungsgefahr bejaht. Der Begriff „Lotto“ sei von Hause aus rein beschreibend, er habe auch nicht etwa durch einen intensiven Gebrauch im Verkehr eine Unterscheidungs- und Hinweisfunktion in bezug auf ein bestimmtes, von einem bestimmten Unternehmen veranstaltetes „Lotto“ erlangt. Die mit dem erstinstanzlichen Urteil titulierten Annexbegehren gingen in der Sache teilweise zu weit, teilweise liefen sie auf rechtlich Unmögliches hinaus.

Nachdem der Drittwiderbeklagte zu 3) im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat eine dem Unterlassungsbegehren der Beklagten in der Fassung ihres nachfolgend wiedergegebenen Berufungsantrags entsprechende strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung abgegeben hat, haben die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs betreffend den Drittwiderbeklagten zu 3) übereinstimmend für erledigt erklärt; sodann hat die Beklagte auf die gegenüber dem Drittwiderbeklagten zu 3) geltend gemachten Annexbegehren verzichtet.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagten beantragen,

das angefochtene Urteil des Landgerichts abzuändern und die Beklagte unter Abweisung der Widerklage im übrigen zu verurteilen,

gegenüber der DENIC eG Domain Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft (Wiesbaden, Lt. 36, 60000 Frankfurt/Main) die Aufhebung des für sie vorgenommenen DISPUTE-Eintrags bezüglich der Domain „freelotto.de“ zu erklären,

hilfsweise,

es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 € - ersatzweise Ordnungshaft - oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, bezüglich der Domain „freelotto.de“ bei der DENIC eG Domain Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft (Wiesbaden, 6, 60 Frankfurt) DISPUTE-Anträge zu stellen.

Die Beklagte, die das Schadensersatzfeststellungsbegehren gemäß Ziff. II ihrer Widerklage in der Berufung zunächst auf die Feststellung der Schadensersatzverpflichtung auch gegenüber allen weiteren Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks als Gesamtgläubigerinnen erstreckt hat (Bl. 416/417 d.A.), beantragt,

die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Widerklageanträge unter Ziffer I.1.2 und I.1.3 die nachstehende Fassung erhalten:

...die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr

1.2  
für die Bewerbung und/oder das Angebot von Spielergemeinschaften zur Teilnahme an Lotterien des Deutschen Lotto- und Totoblocks die Internetadresse

**freelotto.de**

zu benutzen;

1.3  
die Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie die Fachberatung für Lotto und Toto unter dem Zeichen

**FreeLotto,**

wie es unter dem Aktenzeichen 30016314 zur Eintragung als Wortmarke beim DPMA angemeldet worden ist, anzubieten und/oder zu bewerben und/oder in Verkehr zu bringen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil, in welchem das Landgericht die Voraussetzungen der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr sowie ferner ihre, der Klägerin, Aktivlegitimation ebenso zutreffend bejaht habe wie die Passivlegitimation der Klägerin und der Drittwiderbeklagten. Zu Recht habe das Landgericht schließlich auch die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung über das gegen die Marke LOTTO gerichtete Löschungsbegehren abgelehnt; es spreche vielmehr alles dafür, dass der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung gelingen, der Lösungsantrag daher erfolglos bleiben werde.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) stellen letzteres in Abrede. Selbst wenn aber die erforderliche Verkehrsdurchsetzung der Bezeichnung LOTTO als Marke belegt werde, so entfalte dies allenfalls für den gegenwärtigen Status Aussagekraft und besage nichts über die Verkehrsdurchsetzung im hier maßgeblichen Zeitpunkt der Markeneintragung. Eine etwa festgestellte Verkehrsdurchsetzung wirke nicht zurück auf diesen Zeitpunkt. Da sie aber bereits vor einer etwa festgestellten Verkehrsdurchsetzung der Marke LOTTO unter den den Bestandteil „Free Lotto“ aufweisenden Unternehmenskennzeichen auf den Markt getreten seien, seien hieran zu ihren Gunsten Zwischenrechte entstanden, die eine Koexistenzlage gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 MarkenG nach sich zögen.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) beantragen mit einer im Termin zur mündlichen Verhandlung als Zwischenfeststellungswiderklage bezeichneten Widerklage,

festzustellen, dass der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) an den Unternehmenskennzeichnungen „Free Lotto A. [REDACTED] GmbH & Co Internat. [REDACTED] KG“ und „Free Lotto A. [REDACTED] GmbH“ Zwischenrechte gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 MarkenG gegenüber der Marke „LOTTO“ zustehen.

Die Beklagte beantragt,

diese Widerklage zurückzuweisen,

die sie für unzulässig, darüber hinaus aber auch für unbegründet hält.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten im Vorbringen der Parteien wird auf ihre in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze samt Anlagen Bezug genommen.

### Entscheidungsgründe

Die in formeller Hinsicht einwandfreie, insgesamt zulässige Berufung der Klägerin und der Drittwiderbeklagten hat in der Sache nur zum Teil Erfolg.

Soweit nach der hinsichtlich des Drittwiderbeklagten zu 3) übereinstimmend herbeigeführten Teilerledigung der Widerklage sowie deren teilweiser, in der Berufung erfolgter Rücknahme noch eine materielle Entscheidung zu treffen war, stellt sich die Widerklage im ganz überwiegenden Umfang als zulässig und begründet dar (A.). Der Beklagten stehen die gegenüber der Klägerin und Drittwiderbeklagten zu 2) noch geltend gemachten Unterlassungsansprüche in vollem Umfang zu. Lediglich hinsichtlich der auf Auskunftserteilung sowie der auf die Feststellung der Schadensersatzverpflichtung und die Vernichtung der im Besitz der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) gerichteten Widerklagebegehren muss die Beklagte sich eine Einschränkung gefallen lassen. Denn hinsichtlich des mit dem Unterlassungsantrag unter Ziff. I. 1.3. der Widerklage beanstandeten Gebrauchs des zur Eintragung als Wortmarke angemeldeten Zeichens „FreeLotto“ besteht zwar die einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch rechtfertigende Gefahr erstmaliger Begehung. Einen Schadensersatzanspruch kann die Beklagte aus dieser nur drohenden Verletzungshandlung indessen nicht herleiten, so dass sich insoweit nicht nur das Schadensersatzfeststellungsbegehren, sondern darüber hinaus auch das Auskunftspetition als unbegründet erweist, soweit dieses der Vorbereitung eines solchen Schadensersatzanspruchs dienen soll; nämliches gilt im Ergebnis aber auch

hinsichtlich des daneben geltend gemachten selbständigen Auskunftsanspruchs sowie des Vernichtungsanspruchs.

Die Klägerin vermag demgegenüber mit ihrer Klage im noch zu beurteilenden Umfang ebensowenig durchzudringen (B.) wie mit der gemeinsam mit der Drittwiderbeklagten zu 2) erhobenen Zwischenfeststellungswiderklage (C.).

Im Einzelnen:

#### A.

##### I.

Zu Recht hat das Landgericht es der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) in dem angefochtenen Urteil untersagt, die den Bestandteil „Free Lotto“ aufweisenden Firmen und/oder das Firmenschlagwort „Freelotto“ im Bereich der Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie der Fachberatung für Lotto und Toto zu benutzen und/oder benutzen zu lassen. Ebenfalls zu Recht erfolgte die Verurteilung, den Gebrauch des seinerzeit als Wortmarke zur Eintragung angemeldeten Zeichens „FreeLotto“ sowie der Internetadresse „freelotto.de“ zu unterlassen. Soweit in bezug auf den sachlichen Bereich, für den die Verwendung der vorbezeichneten Internetadresse untersagt werden kann, Beschränkungen vorzunehmen sind, hat die Beklagte dem mit ihrem in der Berufung neu gefassten Antrag und der darin liegenden Teilklagerrücknahme Rechnung getragen.

Der Beklagten stehen all diese, gegen die Firmierung, die Internetadresse sowie das als Marke angemeldete Zeichen gerichteten Unterlassungsansprüche aus den §§ 4 Nr. 1, 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG zu.

##### 1.

Soweit die Klägerin und die Drittwiderbeklagten einwenden, das gegen die Verwendung von „Free Lotto“ als Firmenbestandteil gerichtete Widerklagepetitum gemäß Ziff. I. 1.1 und 1.2 sei in der Sache zu weit gefasst, weil nicht das Verbot der gesamten Firma, sondern nur das des darin enthaltenen Bestandteils „Free Lotto“ verlangt werden könne, überzeugt das nicht. Der Begründung der Widerklage lässt sich zweifelsfrei entnehmen, dass die Beklagte die Firmen der Klägerin und ihrer

Komplementärin, der Drittwiderbeklagten zu 2), gerade und nur wegen des darin jeweils enthaltenen Elements „Free Lotto“ beanstandet. Der Umstand, dass in den vorbezeichneten Widerklageanträgen und der darauf beruhenden Verurteilung in dem angefochtenen Urteil die vollen Firmen aufgeführt sind, dient daher lediglich der Wiedergabe der konkreten Verletzungshandlungen; das titulierte Verbot erstreckt sich nach seiner Begründung eindeutig nur auf die in den Firmen enthaltenen Elemente „Free Lotto“.

Dem weiteren, im Ansatz zutreffenden Einwand, das gegen die Verwendung der Internetadresse „freelotto.de“ gerichtete Widerklagebegehren sei ebenfalls in der Sache zu weitgehend, weil nur hinsichtlich der „Bewerbung und/oder des Angebots von Spielergemeinschaften zur Teilnahme an den Lotterien des Deutschen Lotto- und Totoblocks“ eine Verletzungshandlung gegeben sei bzw. drohe, hat die Beklagte mit der Umformulierung ihres Antrags in der Berufung abgeholfen.

2.

Das landgerichtliche Urteil hält den mit der Berufung vorgebrachten Einwänden ebenfalls stand, soweit darin die Prozessführungsbefugnis und Aktivlegitimation der Beklagten bejaht worden ist, die vorbezeichneten Unterlassungsansprüche allein geltend zu machen. Die Beklagte kann, obwohl sie neben den übrigen 15 Gesellschafterinnen des Deutschen Lotto- und Totoblocks lediglich als Mitinhaberin des am 27.08.1997 mit Priorität zum 02.09.1996 als durchgesetzte Marke eingetragenen Wortzeichens „LOTTO“ registriert ist, gemäß der in § 744 Abs. 2 BGB getroffenen Regelung den Unterlassungsanspruch selbständig in eigenem Namen geltend machen (vgl. BGH WRP 2000, 1148/1149 – „Ballermann“ – m.w.N.).

Soweit die Klägerin und die Drittwiderbeklagten in Abrede stellen, dass überhaupt die Beklagte als Mitinhaberin der Marke LOTTO in das Markenregister eingetragen ist, rechtfertigt das keine abweichende Beurteilung. Maßgeblich ist die Eintragungslage, wie sie sich nach der durch das DPMA vorgenommenen Berichtigung darstellt. Danach ist aber die Beklagte neben den übrigen Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks als Mitinhaberin der Marke registriert. Soweit vorher eine „Westfälische Lotterie GmbH & Co KG“ in dem Markenregister in dieser Position eingetragen war, führt das zu keiner abweichenden Beurteilung. Unabhängig davon, dass die



vorherige Registerlage - jedenfalls was die Markenberechtigung für den in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch angeht - nichts an der Maßgeblichkeit des aktuellen Registerstandes ändert, lässt die frühere Eintragung der erwähnten KG in der Sache keine durchgreifenden Zweifel daran zu, dass sich dahinter die Beklagte verbarg und diese daher auch schon vor der durch das DPMA vorgenommenen Berichtigung als Mitinhaberin der Marke eingetragen war. Denn unstreitig existierte eine solche KG nicht und war es die ausweislich des Handelsregisterauszugs HRA 4379 (Bl. 273 d.A.) bis zum 24.01.2000 unter „Westdeutsche Lotterien GmbH & Co“ firmierende Beklagte, die sich mit den übrigen im Markenregister eingetragenen Gesellschaften zum Deutschen Lotto- und Totoblock zusammengeschlossen hat. Gerade die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks führten aber die gemeinsame Markenmeldung durch und erstrebten die Eintragung als gemeinschaftliche Markeninhaber. Vor diesem Hintergrund stellt die Eintragung der vorbezeichneten „KG“ eine offenkundige Falschbezeichnung dar, welche die Identität der in das Markenregister eingetragenen Beklagten unberührt ließ und lässt.

Ist die Beklagte danach gemeinsam mit den übrigen Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks als Mitinhaberin der streitbefangenen Marke LOTTO registriert, so ist sie nach den heranzuziehenden Regeln des Rechts der Gemeinschaft gem. §§ 741 ff BGB - konkret § 744 Abs. 2 BGB - für die geltend gemachten Unterlassungsansprüche prozessführungsbefugt und aktivlegitimiert. Zwar trifft es zu, dass es im Streitfall nicht - wie dies nach dem Sachverhalt der vorstehend zitierten, die Aktivlegitimation eines von mehreren Markeninhabern gem. § 744 Abs. 2 BGB bejahenden „Ballermann“-Entscheidung des BGH zu beurteilen war - um eine „einheitliche“ Individualmarke geht, deren Geltung von jedem der mehreren Anmelder bzw. eingetragenen Markeninhaber für das gesamte Bundesgebiet beansprucht wird. Hier geht es vielmehr um ein Zeichen, das bundesweite Geltung erst aus der Summe der regionalen Verwendung durch alle Anmelder/eingetragene Markeninhaber erlangt. Indessen ändert das nichts daran, dass alle Anmelder - hier konkret die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks - gemeinsam als Inhaber der Wortmarke „LOTTO“ eingetragen worden sind mit der Folge, dass sie insoweit als Gemeinschaft i.S. der §§ 741 ff BGB anzusehen sind, daher auch die Regelung des § 744 Abs. 2 BGB greift. Selbst wenn - wie das die Klägerin und die

Drittwiderbeklagten vertreten - die Eintragung der Wortmarke LOTTO in dieser Form für die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks nicht hätte erfolgen dürfen, weil keine der einzelnen Gesellschaften jeweils für sich eine bundesweite Durchsetzung nachweisen kann, sondern eine solche - wenn überhaupt - nur auf dem Gebiet ihrer jeweiligen regionalen Tätigkeit erreicht hat, ändert dies nichts an der Maßgeblichkeit der Eintragung. Allerdings liegt es angesichts der weitreichenden bundesweiten Koordinierung und des abgestimmten Auftrittes der Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks (vgl. dazu BGH NJW RR 1999, 1266) nicht fern, dass der Verkehr das Zeichen LOTTO - selbst wenn es nur durch eine Gesellschaft des Deutschen Lotto- und Totoblocks innerhalb eines bestimmten Bundesgebiets verwendet wird - als ein solches der Gruppe der Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks aufgefasst hat und auffasst, oder dass der Verkehr jedenfalls der Meinung ist, dass - auch wenn verschiedene Unternehmen das Zeichen LOTTO verwenden - diese irgendwie miteinander rechtlich oder organisatorisch verbunden sind. Dann spricht vieles dafür, die Verwendung durch eine zum Deutschen Lotto- und Totoblock gehörende Gesellschaft gleichzeitig auch den anderen Gesellschaften zugute kommen zu lassen (vgl. BGH Z 21, 182/191 - „Ihr Funkberater“; BGH Z 34, 299/308 ff - „Almglocke“ -; vgl. auch Fezer, MarkenG, 3. Aufl. § 97 Rdn. 13 f). Letztlich kann es aber dahinstehen, was konkret hinter der Markeneintragung steht, ob diese also in der geschehenen Form korrekt als eine mehreren Markeninhabern zustehende Individualmarke eingetragen ist oder ob diese in Wirklichkeit beispielsweise nur als Kollektivmarke hätte eingetragen werden können und dürfen (vgl. aber § 98 MarkenG i.V. mit § 7 Nr. 3 MarkenG). Denn maßgeblich ist die Eintragungslage, an welche das erkennende Gericht im Verletzerprozess bzgl. absoluter Schutzhindernisse gebunden ist (vgl. Fezer, a.a.O., § 8 Rdn. 414), was im hier betroffenen Fall, in dem es um das Vorliegen der Verkehrsdurchsetzung in der Person der eingetragenen Markeninhaber geht, die Markeninhaberschaft umschließt. Ob die dieser Eintragungsentscheidung vorausgegangenen Erwägungen falsch oder richtig sind und ob deshalb die Markeneintragung - in der konkreten Form - richtig oder falsch ist, ist im Lösungsverfahren geltend zu machen, wobei dort im Zusammenhang mit dem Bestehen eines absoluten Eintragungshindernisses geltend zu machen und durch die zuständige Behörde ggf. (auch) zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 MarkenG (bundesweite Verkehrsdurchsetzung) durch alle

Anmelder/Markeninhaber gleichermaßen nachgewiesen werden müssen und ggf. nachgewiesen sind.

3.

Was die Passivlegitimation der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) angeht, so ergibt sich diese aus der Verwendung ihrer Firmen sowie der als solche unstrittigen Verwendung der Internetadresse sowie der auf die Bezeichnung „FreeLotto“ bezogenen Markenmeldung.

Nach den in Fotokopie vorgelegten Handelsregistrauszügen HRA 12479 (Bl. 11 f d.A.) und HRB 31966 des Amtsgerichts Düsseldorf (Bl. 209 ff d.A) wurden am 07.01.1999 die Änderung der Firma der Klägerin in "Free Lotto A[redacted] GmbH & Co International KG", am 30.12.1998 die Änderung der Firma der Drittwiderbeklagten zu 2) in "Free Lotto A[redacted] GmbH" in das Handelsregister eingetragen; seither treten die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) unter diesen Unternehmenskennzeichen im Verkehr auf, so dass das materielle Anspruchsmerkmal der Wiederholungsgefahr, und zwar auch soweit die Verwendung des Begriffs "Freelotto" als Firmenschlagwort in Frage steht, zu bejahen ist. Gleiches gilt hinsichtlich der Verwendung der Bezeichnung "freelotto" als Internetdomain, welche die Klägerin ausweislich des als Anlage B 2 vorgelegten Internetausdrucks vom 19.02.2001 bereits in der Vergangenheit genutzt hat und ausweislich der aktuellen Internetausdrucke gemäß Anlage BE 1 vom 03.04.2002 auch weiterhin noch nutzt.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) bewegen sich dabei auch in einem Bereich, in dem - aus den nachfolgend unter Abschnitt 4. erläuterten Gründen - eine Kollisionslage, nämlich die Gefahr von Verwechslungen mit der Marke LOTTO besteht. Dabei trifft es zwar zu, dass sie nach ihrem gegenwärtig - seit 14.03.2001 im Handelsregister HRB 31966 (vgl. Bl. 212 d. A.) dokumentierten - Unternehmensgegenstand nicht mehr die Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften betreiben und danach auch nicht mehr in der Fachberatung für Lotto und Toto tätig sind. Eben dies entsprach aber bis dahin dem Unternehmensgegenstand der Klägerin, die Geschäftsführung und Vertretung der sich damit befassenden Klägerin wiederum war Gegenstand der Drittwiderbeklagten

zu 2). Die zwischenzeitliche Änderung dieser Unternehmensgegenstände beseitigt die Gefahr einer wiederholten Verwendung der die Bestandteile „Free Lotto“ aufweisenden Firmen in den von den ursprünglichen Gegenständen abgedeckten Tätigkeitsbereichen nicht. Unabhängig davon, dass die Klägerin ausweislich des aktuellen Internetausdrucks vom 03.04.2002 eine Website unterhält, in der u.a. zumindest der Kontakt zu „Anbietern freier gewerblicher Lotto-Spielgemeinschaften“ vermittelt wird, und damit heute noch in einem der „Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften“ jedenfalls nahestehenden Bereich tätig ist, können auch die neuen Unternehmensgegenstände wieder geändert und auf den früheren Status zurückgeführt werden.

Soweit die Verwendung des Domain-Namens „freelotto.de“ in Frage steht, so ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen ebenfalls, dass dessen wiederholte Verwendung innerhalb eines Bereichs droht, in dem die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) auf die Marke LOTTO treffen

Was den zur Unterlassung begehrten Gebrauch des als Wortmarke angemeldeten Zeichens „FreeLotto“ angeht, ist zwar nicht ersichtlich, dass die Klägerin oder die Drittwiderbeklagte zu 2) dieses zur Kennzeichnung von im Bereich der Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften oder der Fachberatung für Lotto und Toto erbrachten Dienstleistungen tatsächlich im geschäftlichen Verkehr bereits verwendet haben. Indessen begründet die Einreichung der Markenmeldung beim DPMA die für den Unterlassungsanspruch ausreichende Gefahr hinsichtlich der erstmaligen Benutzung des Zeichens für diese Dienstleistungen (vgl. OLG Köln WRP 1997, 872 -„Swing/Spring“-; Ingerl/Rohnke, MarkenG, Vor §§ 14 - 19 Rdn. 26 m.w.N.). Etwas Gegenteiliges lässt sich auch den von der Klagepartei zitierten Ausführungen in Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 7. Auflage, 10. Kapitel Rdn. 13 nicht entnehmen, wonach in der „Eintragung“ einer Marke eine die Begehungsgefahr begründende Vorbereitungshandlung zu sehen ist. Denn danach ist es nicht ausgeschlossen, schon die Anmeldung als eine die Begehungsgefahr begründende Vorbereitungshandlung anzuerkennen, weil bereits die der Eintragung vorgelagerte Markenmeldung die ernsthafte und konkrete Absicht des Anmelders indiziert, das Zeichen im geschäftlichen Verkehr zu benutzen. Die danach mit der

Markenanmeldung begründete Erstbegehungsgefahr ist durch die Zurückweisung dieser Anmeldung durch das DPMA nicht entfallen. Wird die Anmeldung, so wie hier, deshalb zurückgewiesen, weil der Eintragung ein absolutes Schutzhindernis i.S. von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegenstehe, so deutet nichts darauf hin, dass der Anmelder nunmehr von der künftigen Benutzung absehen wird, etwa weil er das Zeichen nur dann gebrauchen will, wenn er dies exklusiv tun kann. Vielmehr spricht alles dafür, dass er die Bezeichnung, auch ohne dass diese als Marke geschützt ist, in jedem Fall im geschäftlichen Verkehr verwenden will. Im Streitfall liegt das vor allem deshalb nahe, weil die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) die Bezeichnung in anderen Schreibweisen bereits in Bereichen nutzen, die zumindest in engem Zusammenhang mit den von der Markenanmeldung erfassten Dienstleistungen stehen, so dass ein Gebrauch des Zeichens „FreeLotto“ als Kennzeichnungsmittel der hier in Frage stehenden Dienstleistungen indiziert ist.

4.

Auch die sachlichen Voraussetzungen des in § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG geregelten markenrechtlichen Kollisions- bzw. Verletzungstatbestandes der Verwechslungsgefahr sind erfüllt.

Ob bei einander gegenüberstehenden Zeichen die Gefahr einer Verwechslung besteht, ist nach deren jeweiligem Gesamteindruck festzustellen. Dabei kommt es auf die Nähe der in Betracht zu ziehenden Waren oder Dienstleistungen, auf die Kennzeichnungskraft der Klagemarke sowie auf das Maß der Ähnlichkeit der zu vergleichenden Kennzeichnungen an. Zwischen den dargestellten, die Verwechslungsgefahr bestimmenden Faktoren besteht dabei eine Wechselbeziehung dergestalt, dass der Ähnlichkeitsgrad umso geringer sein kann, je größer die Kennzeichnungskraft und/oder die Waren- oder Dienstleistungsnähe ist, während umgekehrt ein höherer Ähnlichkeitsgrad erforderlich ist, wenn die Kennzeichnungskraft der Klagemarke nur schwach und/oder der Waren- bzw. Dienstleistungsabstand erheblich ist (vgl. BGH WRP 2002, 987/989 „Festspielhaus“; ders. GRUR 2002, 65/66 „Ichthyol“-; ders. GRUR 2000, 875/876 „Davidoff“-; ders. WRP 2000, 631/632 „MAG-LITE“-; EuGH GRUR 1998, 387 „Springende Raubkatze“- jeweils m.w.N.). Mit der Beklagten und dem ihr insoweit folgenden

Landgericht ist nach diesen Maßstäben die Verwechslungsgefahr im Streitfall zu bejahen.

a)

Was die Ähnlichkeit der von den zu vergleichenden Zeichen jeweils erfassten Dienstleistungen angeht, so liegt eine solche ohne weiteres vor. Denn die Veranstaltung und Durchführung von Lotterien, Geld- und anderen Glücksspielen u.a. im Wege der Telekommunikation, für welche die Marke LOTTO geschützt ist, ist der die Teilnahme an eben diesen Glücksspielen organisierenden Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie der Fachberatung für Lotto und Toto, also den Dienstleistungsbereichen, in denen die beanstandeten Zeichen der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) genutzt wurden bzw. werden sollen, in hohem Maße ähnlich. Das gilt auch, soweit eine Verwendung der angegriffenen Bezeichnungen in bezug auf „Toto“ in Rede steht, bei dem es sich ebenfalls um ein gegen Geldeinsatz gespieltes Glücksspiel handelt. Hinsichtlich der beanstandeten Verwendung der Bezeichnung „freelotto.de“ als Internetadresse gilt das Gleiche: Bei Internet-Domain-Namen beurteilt sich die Frage, für welche Ware oder Dienstleistung sie verwendet wird, in aller Regel anhand der Produkte oder Dienstleistungen, über die unter dem Domain-Namen informiert oder für die geworben wird (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 14 Rdn. 242). Ausweislich der von der Beklagten vorgelegten Internetausdrucke wird der second-level-Domain-Namen „freelotto“ durch die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) u.a. zur Werbung für die Anbieter freier gewerblicher Lotto-Spielgemeinschaften verwendet, die an dem durch den Deutschen Lotto- und Totoblock veranstalteten „Lotto“ teilnehmen wollen. Auch diese unter der second-level-Domain „freelotto“ beworbene Dienstleistung ist der Dienstleistung „Organisation, Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und anderen Spielen“ sowie „Veranstaltung und Durchführung von Glücksspielen im Wege der Telekommunikation, insbesondere über Internet“, für die wiederum die Marke LOTTO eingetragen ist, in hohem Maße ähnlich. Denn zur Organisation und Durchführung von Lotterien und sonstigen Glücksspielen zählt die Bereitstellung der Möglichkeiten der Teilnahme hieran; eine besondere Form der Teilnahmemöglichkeit in Form von Spielergemeinschaften wird aber unter dem streitbefangenen second-level-Domain-Namen beworben.

b)

Was das die zeichenrechtliche Verwechslungsgefahr mitbeeinflussende Kriterium der Ähnlichkeit der zu vergleichenden Bezeichnungen angeht, so spricht im Streitfall zwar - wie dies der Senat in seinem in dem Verfahren 6 U 48/01 verkündeten Urteil vom 02.11.2001 bereits ausgeführt hat - manches dafür, die Zeichenähnlichkeit als lediglich gering einzuordnen. Denn es liegen Umstände vor, die den Schluss darauf nahe legen, dass die Zeichenähnlichkeit auf der Grundlage einer Gegenüberstellung einerseits von „LOTTO“ und andererseits der Zeichenbestandteile „Free Lotto“ in den zu beurteilenden Schreibweisen vorzunehmen ist. Der für die Beurteilung der Zeichenähnlichkeit maßgebliche Gesamteindruck der angegriffenen Bezeichnung ist nicht etwa anhand einer zergliedernden, semantischen Betrachtungsweise zu ermitteln. Vielmehr kann die Ähnlichkeit einer Marke mit einer anderen Kennzeichnung nur in bezug auf die konkrete Form, in der diese eingetragen und/oder verwendet wird, festgestellt werden. Das schließt es zwar nicht aus, einem bestimmten Zeichenbestandteil unter Umständen eine besondere, das gesamte Zeichen prägende Kennzeichnungskraft beizumessen, so dass bei Übereinstimmung der zu vergleichenden Zeichen in dem jeweils prägenden Bestandteil eine Verwechslungsgefahr zu bejahen sein kann (vgl. BGH GRUR 1996, 200/201 – „Innovadiclophlont“). Den in den Firmen der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) enthaltenen Elementen „GmbH & Co KG“ bzw. „GmbH“ kann als die jeweilige Gesellschaftsform angebenen und daher rein beschreibenden Angaben eine solche den Gesamteindruck der Bezeichnungen prägende Kraft nicht zukommen. Nämliches gilt hinsichtlich des in die Firma der Klägerin eingestellten Zusatzes „International“, der eine Aussage über den Umfang der unternehmerischen Betätigung trifft, und dem als solcher eine sich ebenfalls in rein beschreibender Funktion erschöpfende Bedeutung beizumessen ist. Eine den Gesamteindruck der beanstandeten Zeichen prägende Kraft kann daher nur von den darin enthaltenen Elementen „Free Lotto“ ausgehen. Indessen liegt es hier - entgegen der von dem DPMA in seinem die Markenmeldung „FreeLotto“ der Klägerin zurückweisenden Beschluss vom 04.12.2001 zum Ausdruck gebrachten Einschätzung - eher fern, dem in den angegriffenen Zeichen jeweils enthaltenen Bestandteil „Lotto“/„lotto“ nach den oben dargestellten Grundsätzen eine den Gesamteindruck des Zeichens dominierende Kraft beizumessen. Zwar wird der Verkehr den in den beanstandeten Zeichen enthaltenen Bestandteil „Lotto“/„lotto“ neben „Free“/„free“ überhaupt als

eigenständiges Element wahrnehmen. Denn dem Verkehr begegnet im allgemeinen Sprachgebrauch nicht nur der Begriff „Lotto“ als selbständiges Einzelwort, mit dem eine bestimmte – u.a. durch den Deutschen Lotto- und Totoblock angebotene - Form der Lotterie bzw. generell des Glücksspiels bezeichnet wird, sondern dies gilt auch für den Begriff „free“. Der letztgenannte, dem anglo-amerikanischen Sprachraum entstammende Begriff ist auch innerhalb des deutschen Sprachraum weithin als eigenständiger, in die Alltagssprache integrierter Begriff verbreitet und wird als Synonym für „frei“/„ungebunden“ in einer denkbar breiten Ausdrucksvariante verwendet und – nicht zuletzt wegen seiner Nähe zu dem entsprechenden deutschen Begriff „frei“ – zwanglos verstanden. Dies stützt die Annahme, dass der angesprochene Verkehr in den streitbefangenen Bezeichnungselementen „Free“ und „Lotto“, auch soweit diese als Einwortzeichen zusammengestellt sind, zwei eigenständige und für sich genommen einen jeweils „kompletten“ Aussagegehalt enthaltende Bestandteile wiedererkennt, so dass die Prüfung veranlasst ist, ob eines dieser beiden Elemente den Gesamteindruck des Domain-Namens prägt. Gegen letzteres spricht jedoch, dass sowohl dem Begriff „Lotto“ als auch dem Begriff „free“ ein (auch) beschreibender Aussagewert zukommt. Selbst wenn sich – was hier unterstellt werden kann – der Begriff „Lotto“ für den Deutschen Lotto- und Totoblock durchgesetzt und für diesen im Verkehr eine hohe Bekanntheit und gesteigerte Kennzeichnungskraft erreicht hat, ändert das nichts daran, dass gerade aus der konkret kombinierten Wortfolge ein eigenständiger Aussagewert entsteht, der seinerseits einen gewissen Phantasiegehalt aufweist. Denn die Wortfolge „freelotto“ ist nicht etwa ausschließlich im Sinn von „kostenfreies“ Lotto bzw. die „kostenlose Teilnahme an/der kostenlose Zugang zu“ Lotto zu identifizieren, sondern kann aus der Sicht eines objektiven aufmerksamen Betrachters auch im Sinne eines „ungebundenen“ Lottos, also eines nicht an vorhandene Marktstrukturen, konkret den Deutschen Lotto- und Totoblock als Veranstalter gebundenen Lottospiels oder auch in bezug auf die freie = „unkonventionelle“ Interpretation von Regeln verstanden werden. Die aus den Begriffen „free“ und „lotto“ entstandene Wortfolge ist daher nicht eindeutig und regt zum Nachdenken an, um den Sinn zu entschlüsseln. Vor diesem Hintergrund scheint es aber fernliegend, dass der Verkehr den in der Begriffskombination „Free Lotto“/„FreeLotto“/„freelotto“ enthaltenen Bestandteil „free“ neben „lotto“ als rein beschreibende Angabe übergehen wird. Letztlich kann es allerdings offen bleiben, ob beide Elemente der angegriffenen Bezeichnungen



gleichgewichtig deren Gesamteindruck bestimmen bzw. der darin enthaltene Bestandteil „lotto“ nicht allein prägend (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 399) ist. Das bedarf hier deshalb nicht der Entscheidung, weil selbst bei Gegenüberstellung einerseits von „LOTTO“ und andererseits von „Free Lotto“/„FreeLotto“/„freelotto“ und bei Zugrundelegen der sich dabei herausstellenden deutlichen Unterschiede in klanglicher, schriftbildlicher und begrifflicher Hinsicht, die Verwechslungsgefahr – wie nachfolgend ausgeführt – zu bejahen ist.

c)

Denn selbst einem geringen Ähnlichkeitsgrad der Zeichen steht eine derart hohe Kennzeichnungskraft der Marke „LOTTO“ gegenüber, dass für einen mehr als nur unbeachtlichen Teil des angesprochenen Verkehrs, dem die Mitglieder des erkennenden Senats ebenso wie diejenigen der erstinstanzlich entscheidenden Kammer angehören, die Gefahr markenrechtlich relevanter Verwechslungen besteht.

Allerdings trifft es im Ansatz zu, dass es sich bei dem Begriff „Lotto“ von Hause aus um einen eine bestimmte Art des Lotteriespiels beschreibenden Begriff handelt (vgl.: Der große Brockhaus, 18. Auflage, sowie Duden, jeweils zum Stichwort: „Lotto“). Die Beklagte hat indessen substantiiert dargelegt, dass der Deutsche Lotto- und Totoblock den Begriff „Lotto“ intensiv in Benutzung genommen und bekannt gemacht hat, so dass dieser in hohem Maß geeignet ist, sich dem Publikum als Marke einzuprägen, d.h. in Erinnerung behalten und wiedererkannt zu werden (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 181 m.w.N.). Eine solche gesteigerte Kennzeichnungskraft lässt sich zwar nicht allein dem Umstand entnehmen, dass die Marke kraft Verkehrsdurchsetzung (§ 8 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 MarkenG) für die Gesellschafterinnen des Deutschen Lotto- und Totoblocks eingetragen worden ist. Denn ist ein Zeichen aufgrund von Verkehrsdurchsetzung eingetragen, so kommt ihm grundsätzlich normale, d.h. durchschnittliche Kennzeichnungskraft zu (BGH NJW RR 1993, 553 – „Apetito/Apitta“-; ders. GRUR 1991, 609 – „SL“-; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 8 Rdn. 150 und § 14 Rdn. 221). Indessen kann bei einem entsprechend hohen Durchsetzungsgrad auch die Kennzeichnungskraft als überdurchschnittlich eingeordnet werden und damit den Schutzbereich der Marke in einer Weise vergrößern, dass selbst bei verhältnismäßig geringer Ähnlichkeit des angegriffenen

Zeichens die Gefahr von Verwechslungen ggf. zu bejahen ist (Ingerl/Rohnke, a.a.O. m.w.N.). So liegt der Fall hier.

Dem Vortrag der Beklagten lässt sich zwar ebensowenig wie dem sonstigen Akteninhalt entnehmen, welchen konkreten Durchsetzungsgrad die Gesellschaften des deutschen Lotto- und Totoblocks seinerzeit gegenüber dem Deutschen Patent- und Markenamt behauptet haben, um die Markeneintragung zu erwirken. Fest steht lediglich, dass ein demoskopisches Gutachten im Eintragungsverfahren nicht vorgelegt worden war, sondern dass sich die Markenanmelderinnen darauf berufen haben, seit 1955 den Begriff „Lotto“ durch die regelmäßige Veranstaltung dieses Glücksspiels unter der entsprechenden Bezeichnung sowie die umfangreiche Ausgabe von „Lottoscheinen“, die flächendeckende Einrichtung von „Lotto-Annahmestellen“ und umfangreiche, kontinuierlich betriebene Werbemaßnahmen sowie schließlich die „öffentliche Ziehung der Lottozahlen“ und ihre Veröffentlichung im Fernsehen – u.a. in den Tagesnachrichten - in einer so nachhaltigen Weise im Verkehr bekannt gemacht zu haben, dass die weitaus überwiegende Anzahl der Verbraucher mit „Lotto“ zwanglos gerade das „Lotto“-Spiel des Deutschen Lotto- und Totoblocks assoziiert. Diese, im vorliegenden Prozess seitens der Beklagten näher erläuterten Umstände indizieren einen sehr hohen Durchsetzungsgrad des Begriffs „Lotto“ und lassen den Schluss darauf zu, dass dieser sich im Verkehr in hohem Maße als Herkunftshinweis auf den Deutschen Lotto- und Totoblock bzw. die diesen bildenden Gesellschafterinnen, darunter die Beklagte, durchgesetzt hat. Dem steht es nicht entgegen, dass nach der in dem Verfahren 6 U 48/01 vorgelegten gfk-Befragung lediglich insgesamt 49,3 % der Befragten auf die – sinngemäße – Frage, was sie mit dem Begriff „Lotto“ verbinden, Antworten gaben, die einen eindeutigen Rückschluss gerade auf das vom Deutschen Lotto- und Totoblock veranstaltete Lotto zulassen. Denn die übrigen, eine solche Zuordnung nicht auf Anhieb erkennen lassenden Antworten (z.B. „Glücksspiel“, „Gewinnspiel“ usw.) sind so allgemein, dass sie kein zuverlässiges Indiz *gegen* die nach den obigen Umständen, insbesondere die jahrzehntelange Tradition und Verbreitung des Lottos des Deutschen Lotto- und Totoblocks naheliegende Vorstellung darstellen, dass mit Lotto gerade *dieses* Lotto gemeint ist. Hinzu kommt, dass auch die Klägerin und die Drittwiderbeklagten keinen anderen Veranstalter genannt haben, der unter der Bezeichnung „Lotto“ eine Lotterie der hier betroffenen Art durchgeführt hat. Weder

die von der NKL noch die von der SKL veranstalteten Lotterien werden unter dieser Bezeichnung angeboten, noch bedienen sich andere Veranstalter dieses Begriffs. Aus diesem Grund lassen sich aus den Ergebnissen der von der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) als Anlage BB 6 vorgelegten Verkehrsbefragung der NFO Infratest ebenfalls keine der dargelegten Hinweiskriterien der Bezeichnung „Lotto“ entgegenstehenden Feststellungen herleiten. Selbst wenn nach dieser im Januar 2002 durchgeführten Befragung 47,7 % der Befragten in dem Begriff „Lotto“ ausschließlich den Hinweis auf ein bestimmtes Glücksspiel und nicht einen Hinweis auf ein Unternehmen sehen, spricht dies nach den vorbezeichneten Umständen der tatsächlichen Organisation und Veranstaltung des gerade unter der Bezeichnung „Lotto“ beworbenen und angebotenen Glücksspiels nicht ohne weiteres gegen eine derartige auf den Veranstalter hinweisende Funktion. Die Beklagte und ihre im Deutschen Toto- und Lottoblock zusammengeschlossenen 15 Mitgesellschafterinnen können sich darauf berufen, den Begriff „Lotto“ bereits seit 1955 in ununterbrochener Folge zur Kennzeichnung des von ihnen veranstalteten und durchgeführten Lotteriespiels verwendet zu haben. Seit 1965 wird die im Rahmen der Durchführung dieses Lotteriespiels veranstaltete „Ziehung der Lottozahlen“ bundesweit von den öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalten der ARD unter Verwendung des Begriffs „Lotto“ ausgestrahlt. Darüber hinaus existieren bundesweit unstrittig 21.000 „Lotto-Annahmestellen“, in denen – wiederum mit dem Begriff „Lotto“ gekennzeichnete „Lottospielscheine“ – ausgefüllt und zur Teilnahme an der solcherart bezeichneten, von der Klägerin und ihren Mitgesellschafterinnen durchgeführten Lotterie abgegeben werden können. Selbst wenn man dem beschreibenden Charakter des Begriffs „Lotto“ Rechnung trägt, spricht doch vor diesem Hintergrund alles dafür, aus dem nach den vorstehenden Umständen dokumentierten hohen Durchsetzungsgrad eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der Marke LOTTO herzuleiten. Dabei trifft es zwar zu, dass - wie dies die Klägerin und die Drittwiderbeklagte einwenden - die langjährige und intensive Benutzung der Bezeichnung nur dann zu einer Steigerung der von Hause aus als durchschnittlich einzuordnenden Kennzeichnungskraft der als durchgesetzt eingetragenen Marke führen kann, wenn diese als Kennzeichen und nicht etwa als Beschreibung bzw. als Gattungsbegriff für das beworbene und durchgeführte Lotteriespiel verwendet worden ist. Nach der dem Senat aus seiner Lebenserfahrung bekannten und als solche auch unstrittigen Verwendung des Begriffs, wie sie in der Werbung, bei der öffentlichen Ziehung der Lottozahlen, auf

den Lottoscheinen und in den Lottoannahmestellen stattgefunden hat und stattfindet, ist jedoch von einer solchen zumindest auch kennzeichenmäßigen Benutzung auszugehen.

Die vorstehenden, die Beurteilung der Verwechslungsgefahr wechselbezüglich beeinflussenden Parameter abwägend, ist im Streitfall die Gefahr von Verwechslungen nicht von der Hand zu weisen: Zwar wird die Gefahr von Zeichenverwechslungen, mithin die unmittelbare Verwechslungsgefahr, angesichts der aufgezeigten Verschiedenheit der zu vergleichenden Zeichen der Parteien zu verneinen sein. Jedoch besteht danach die Gefahr mittelbarer Verwechslungen. Denn ein mehr als nur unbeachtlicher Teil des angesprochenen Verkehrs wird davon ausgehen, dass es sich bei der Bezeichnung „Free Lotto“ in den streitbefangenen Schreibweisen um Abwandlungen des ihm bekannten und dem Deutschen Lottoblock zugeordneten Zeichens „Lotto“ handelt, unter denen „frei“ zugängliche, d.h. für jedermann verfügbare Informationen über das Glücksspiel Lotto einschließlich seiner Durchführung und Organisation und/oder die Möglichkeit der Teilnahme angeboten werden. Dieser Teil des Verkehrs erkennt zwar, dass es sich bei den streitbefangenen Bezeichnungen um verschiedene handelt, rechnet diese jedoch aufgrund der dargestellten Umstände irrig ein und demselben Unternehmen, hier konkret den Inhaberinnen der Marke LOTTO zu und erliegt daher der mittelbaren Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt des Serienzeichens. Diese liegt vor, wenn die Zeichen in einem Bestandteil übereinstimmen, den der Verkehr als Stamm mehrerer Zeichen eines Unternehmens ansieht und deshalb wegen dieses „wesensgleichen“ Stamms dem gleichen Zeicheninhaber zuordnet (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 428 m.w.N.). Mit der Anerkennung der mittelbaren Verwechslungsgefahr unter dem Aspekt des Serienzeichens wird der im Verkehr bekannten Übung vieler Unternehmen Rechnung getragen, sich eines Stammzeichens für alle ihre Waren zu bedienen und dieses – als solches erkennbar bleibende – Stammzeichen für einzelne Waren- oder Dienstleistungen abzuwandeln. Die Annahme eines solchen Serienzeichens für den Verkehr ist insbesondere dann nahliegend, wenn das Stammzeichen von dem Markeninhaber bereits zur Bildung mehrerer Zeichen benutzt und im Verkehr verwendet worden ist. Dies stellt jedoch keine unerlässliche Voraussetzung dar. Auch in einem erstmalig verwendeten Zeichen kann der Verkehr ein Stammzeichen sehen, wofür allerdings konkrete

Anhaltspunkte zu verlangen und strenge Anforderungen an die Wesensgleichheit des Stammbestandteils mit dem angegriffenen Zeichen zu stellen sind (vgl. Ingerl/Rohnke, a. a. O., § 14 Rdn. 428 m.w.N.). Im Streitfall sind diese Anforderungen erfüllt, da nach den beklagenseits vorgelegten Anlagen BE 7 und BE 8 nicht nur konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Gesellschafterinnen des Deutschen Lottoblocks nunmehr dazu übergehen, aus diesem Zeichen Abwandlungen zu bilden, um beispielsweise im Internet Informationsmöglichkeiten über ihr Lotto zur Verfügung zu stellen oder die Möglichkeit zur Teilnahme an Lotterien durch Zuhilfenahme der Mittel der Telekommunikation anzubieten, sondern der in den angegriffenen Bezeichnungen als „Stammbestandteil“ erkannte Begriff „Lotto“ ist dem Klagezeichen auch identisch (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 430).

Die von der Klägerin und der Drittwiderbeklagte zu 2) angeführten zahlreichen, jeweils den Bestandteil „Lotto“ aufweisenden Drittzeichen stehen der Bejahung der Verwechslungsgefahr nicht entgegen. Treten diese Zeichen tatsächlich dem Verkehr in relevantem Umfang gegenüber, so wird dieser dann zwar eher dazu neigen, den anderen Zeichenbestandteilen ein besonderes unterscheidendes Gewicht beizumessen. Unabhängig davon, ob danach im Streitfall tatsächlich die Gefahr von Verwechslungen eines beachtlichen Teils der Zeichenadressaten ausgeschlossen wäre, lassen sich indessen weder dem Vortrag der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) noch dem Sachverhalt im übrigen Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die erwähnten, den jeweiligen Bestandteil „Lotto“ aufweisenden Drittzeichen in relevantem Umfang in Benutzung genommen worden sind und daher den Verkehr in der aufgezeigten Weise bei der Wahrnehmung der streitbefangenen Bezeichnungen beeinflussen können.

5.

Soweit die Klägerin und die Drittwiderbeklagte mit Blick auf die in § 22 Abs. 1 Nr. 2 2. Alternative, Abs. 2 MarkenG getroffene Regelung eine Koexistenzlage begründet sehen, nach welcher die Beklagte den Gebrauch ihrer streitbefangenen Unternehmenskennzeichen hinzunehmen habe, vermögen sie damit nicht durchzudringen. Gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2, 2. Alternative MarkenG kann der Inhaber einer prioritätsälteren Marke die Benutzung einer eingetragenen Marke mit jüngerem

Zeitrang nicht untersagen, wenn sein Antrag auf Löschung dieses jüngeren Zeichens zurückgewiesen worden ist oder zurückzuweisen wäre, weil die Eintragung der prioritätsälteren Marke am Tag der Veröffentlichung der Eintragung der Marke mit jüngerm Zeitrang wegen absoluter Schutzhindernisse hätte gelöscht werden können. Mit der Behauptung, die als durchgesetztes Zeichen eingetragene Marke LOTTO sei bereits im Eintragungszeitpunkt am 27.08.1997, jedenfalls aber zu dem Zeitpunkt, als ihre in bezug auf die vorstehenden Unternehmenskennzeichen geltend gemachten Rechte entstanden seien, (noch) nicht im Verkehr durchgesetzt gewesen, wenden die Klägerin und die Drittwiderbeklagten zu 2) ein solches absolutes Schutzhindernis, nämlich die fehlende Unterscheidungskraft oder ein Freihaltebedürfnis (§§ 8 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2; 50 Abs. 1 Nr. 3; 51 Abs. 4; MarkenG) ein. Eine die Unterlassungsansprüche der Beklagten nach Vorgabe dieser Bestimmung ausschließende Situation kann im vorliegenden Prozess indessen nicht festgestellt werden. Vom Wortlaut her greift die Vorschrift des § 22 Abs. 1 MarkenG schon im Ansatz nicht, weil es sich danach bei dem jüngeren, von dem Inhaber der älteren Marke hinzunehmenden Zeichen um eine eingetragene Marke handeln muss, so dass aus nicht eingetragenen jüngeren Bezeichnungen - und nur um solche handelt es sich bei den von der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) angeführten „Free Lotto“-Unternehmenskennzeichen - keine Koexistenzberechtigung hergeleitet werden kann. Ob mit Ingerl/Rohnke (MarkenG, § 22 Rdn. 14) eine Anwendung der Bestimmung des § 22 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG auf sämtliche, also auch nicht eingetragene (jüngere) Kennzeichenrechte zu befürworten ist, bedarf indessen keiner Entscheidung durch den Senat. Denn auch in diesem Fall greift der Einwand der Koexistenz gem. § 22 Abs. 1 Nr. 2 2. Alternative, Abs. 2 MarkenG nicht. Die ursprüngliche Lösungsreife einer eingetragenen Marke, also ihre Lösungsreife wegen bereits im Eintragungszeitpunkt bestehender absoluter Schutzhindernisse kann im Verletzungsprozess nicht als Einwendung geltend gemacht werden, sondern ist der Prüfung im Lösungsverfahren gem. § 54 MarkenG vorbehalten. Der Richter des Verletzungsprozesses ist - wie dies oben unter Abschnitt A. I. 2. bereits angesprochen ist - an die Markeneintragung gebunden. Auch die in § 22 Abs. 1 Nr. 2 2. Alternative MarkenG getroffene Regelung eröffnet nicht die Möglichkeit, diese Bindungswirkung zu durchbrechen und nunmehr im Verletzerprozess zu überprüfen, ob im Zeitpunkt der Eintragung der prioritätsälteren Marke die Eintragungsvoraussetzungen vorlagen (vgl. OLG Köln WRP 2001, 57/59 „Kinder

Kram“-; Fezer, Markenrecht, 3. Auflage, § 22 Rdn. 3; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 22 Rdn. 12). Die Eintragung entfaltet danach zwar nur eine Bindungswirkung hinsichtlich der in diesem Zeitpunkt in bezug auf absolute Schutzhindernisse vorhandenen Eintragungsfähigkeit der Marke, nicht aber auch eine solche für den nach § 22 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG maßgeblichen Zeitpunkt der Entstehung der jüngeren Kennzeichenrechte. Im Streitfall liegen indessen aus den bereits unter Abschnitt A. I. 4. c) dargestellten Erwägungen keine Anhaltspunkte vor, dass sich in der Zeitspanne ab Eintragung der Marke am 27.08.1997 bis zur Aufnahme der Benutzung der „Free Lotto“-Unternehmenskennzeichen durch die Klägerin und die Drittwiderbeklagten zu 2), die unter ihren jetzigen Firmen am 07.01.1999 bzw. am 30.12.1998 in das Handelsregister eingetragen wurden, ein Verfall der Eintragungsvoraussetzungen der Marke LOTTO ergeben hat und daher die gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG erforderliche Verkehrsdurchsetzung, von deren Vorhandensein im Zeitpunkt der Eintragung der Marke LOTTO auszugehen ist, nachträglich wieder entfallen ist.

## II.

Die Auskunfts- und Schadensersatzfeststellungsbegehren ergeben sich hinsichtlich der unter Ziff. I. 1.1 und 1.2 beanstandeten Handlungen aus den §§ 14 Abs. 6 MarkenG i.V. mit § 242 BGB. Dass es der Klägerin und der Drittwiderbeklagten unmöglich ist, die insoweit verlangten und geschuldeten Informationen zu erteilen, ist nicht ersichtlich; sie sind vielmehr in der Lage, die unter den in Frage stehenden Bezeichnungen vorgenommenen Handlungen und damit etwa erzielte Umsätze, ggf. unter Heranziehung von Hilfspersonen zu ermitteln und der Beklagten zur Verfügung zu stellen, die auf dieser Grundlage den ggf. ersetzt verlangten Schaden ermitteln kann. Soweit die Beklagte die Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz und zur Auskunft auch hinsichtlich der mit dem Unterlassungsantrag unter Ziff. I.1.3 angegriffenen Verwendung des als Wortmarke angemeldeten Zeichens „FreeLotto“ begehrt, stellt sich dies indessen als unberechtigt dar. Da insoweit lediglich die erstmalige Verwendung des beanstandeten Zeichengebrauchs, mithin die erst zukünftige Vornahme einer Verletzungshandlung droht, kann der Beklagten hieraus noch kein Schaden entstanden sein, zu dessen Ersatz die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) verpflichtet sind. Aus diesem Grund scheidet auch der die Geltendmachung eines solchen Schadensersatzanspruchs vorbereitende unselbständige Auskunftsanspruch. Aber auch mit dem unter Ziff. 3 der Widerklage

formulierten, auf § 19 Abs. 2 MarkenG gestützten selbständigen Auskunftsbegehren, mit dem Informationen über die gewerblichen Abnehmer der „gelieferten und bestellten Gegenstände“ verlangt werden, vermag die Beklagte nicht durchzudringen. Dem steht es zwar nicht entgegen, dass das in Frage stehende Zeichen „FreeLotto“ nicht für Waren, sondern zur Kennzeichnung von Dienstleistungen in Benutzung genommen werden soll. Denn die nach § 19 MarkenG geschuldete Auskunft erfasst auch Geschäftspapiere und Werbemittel i.S. des § 14 Abs. 3 Nr. 5 MarkenG (Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 19 Rdn. 10 m.w.N.). Die Benutzung eines Zeichens als Kennzeichnungsmittel für Dienstleistungen bringt aber in aller Regel die Verwendung eben dieses Zeichens in die damit gekennzeichnete Dienstleistung anbietenden und/oder bewerbenden Geschäftspapieren und Werbeunterlagen mit sich. Voraussetzung der in Rede stehenden Auskunft ist jedoch eine bereits erfolgte Verwendung derartiger Unterlagen im geschäftlichen Verkehr, weil andernfalls die in Frage stehende Auskunft von vornherein ins Leere läuft. Weder dem Vortrag der Beklagten noch dem Sachverhalt im übrigen lässt sich jedoch entnehmen, dass die Klägerin und/oder die Drittwiderbeklagte zu 2) das in Frage stehende Zeichen „FreeLotto“ auf die vorbeschriebene Weise jemals im geschäftlichen Verkehr in Geschäftspapieren oder in Werbemitteln verwendet haben.

### III.

Entsprechendes gilt hinsichtlich des geltend gemachten Vernichtungsanspruchs. Soweit dieser sich auf die unter Ziff. I. 1.1. und 1.2 aufgeführten Bezeichnungen bzw. die mit diesen versehenen Gegenstände bezieht, steht der Beklagten ein Anspruch auf Vernichtung aus § 18 Abs. 1 MarkenG zu, der ebenfalls Geschäftspapiere und Werbemittel i.S. des § 14 Abs. 3 Nr. 5 MarkenG erfasst (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 18 Rdn. 10). Da die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) unter den hier betroffenen Bezeichnungen bereits im geschäftlichen Verkehr aufgetreten sind, spricht alles dafür, dass sie diese auch in noch in ihrem Besitz oder in ihrem Eigentum befindlichen Geschäftspapieren und Werbemitteln verwendet haben, so dass der Vernichtungsanspruch greift. Anderes gilt jedoch hinsichtlich des in bezug auf das als Wortmarke angemeldete Zeichen „FreeLotto“ gemäß Ziff. I.1.3 der Widerklage. Angesichts der hinsichtlich der Verletzungshandlung lediglich bestehenden Erstbegehungsgefahr ist nicht ersichtlich und lässt sich auch dem



Vortrag der Beklagten nicht entnehmen, dass die Klägerin und/oder die Drittwiderbeklagte zu 2) bereits Geschäftspapiere und/oder Werbematerialien in ihrem Besitz haben, in denen das Zeichen verwendet ist. Vor diesem Hintergrund greift die begehrte Vernichtung aber von vornherein ins Leere, jedenfalls aber spricht alles dafür, dass bereits das die Benutzungshandlung gemäß § 14 Abs. 3 Nr. 5 MarkenG umfassende Verbot des (drohenden) Zeichengebrauchs ausreicht, um i.S. von § 18 Abs. 1 letzter Halbsatz MarkenG auf anderweitige Weise den durch die Rechtsverletzung verursachten Zustand zu beseitigen, so dass es der Anordnung der Vernichtung nicht bedarf.

#### B.

Aus den unter Abschnitt A. dargestellten Gründen folgt zugleich die Unbegründetheit der Klage. Denn hat die Klägerin den Gebrauch der Domain „freelotto“ zu unterlassen, weil der Beklagten demgegenüber aus der Marke LOTTO ein besseres Recht zusteht, scheidet sowohl das auf die Aufhebung des Dispute-Eintrags betreffend diese Domain gerichtete Klagebegehren als auch das Hilfsbegehren, derartige Dispute-Einträge künftig zu unterlassen.

#### C.

Was das von der Klägerin und der Drittwiderbeklagten als Zwischenfeststellungswiderklage bezeichnete Rechtsschutzbegehren angeht, gilt folgendes:

Es kann dahinstehen, ob die zunächst als eine das Vorliegen eines Feststellungsinteresses voraussetzende Feststellungswiderklage bezeichnete Widerklage zulässigerweise in eine Zwischenfeststellungswiderklage umbenannt werden konnte und ob diese zulässig ist. Aus den unter A. I. 5. dargestellten Gründen ist sie jedenfalls nicht begründet.

#### D.

Ebenso wie das erstinstanzlich entscheidende Landgericht sieht der Senat schließlich keinen Anlass, den Rechtsstreit mit Blick auf das in bezug auf die

Klagemarke bei dem Deutschen Patent- und Markenamt betriebene Lösungsverfahren nach Maßgabe von § 148 ZPO auszusetzen.

Grundsätzlich ist im Markenverletzungsverfahren davon auszugehen, dass die eingetragene Marke in Kraft steht und deshalb als solche schutzfähig ist. Der Einwand, eine Marke sei trotz des Vorliegens eines absoluten Schutzhindernisses (hier: §§ 8 Abs. 2 Nr. 2, 50 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG) - mithin zu Unrecht - eingetragen worden, kann gemäß § 54 Abs. 1 MarkenG nur durch einen Lösungsantrag beim Patentamt geltend gemacht werden (vgl. BGH WRP 2000, 632 — „MAG-LITE“ -; ders. GRUR 1998, 413 f — „Analgin“ -; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 15). Die bei Einleitung eines Lösungsverfahrens im Markenverletzungsprozess danach lediglich in Betracht zu ziehende prozessuale Möglichkeit der Aussetzung gemäß § 148 ZPO erfordert — neben der Voreingrifflichkeit — indessen, dass das Lösungsverfahren einige Erfolgsaussichten aufweist (vgl. BGH GRUR 1987, 284 — „Transportfahrzeug“ -). Letzteres kann im Streitfall nicht bejaht werden. Neben den oben bereits dargestellten, die Bekanntheit der Klagemarke und ihre hohe Kennzeichnungskraft betreffenden Umständen sprechen die Ergebnisse der oben erwähnten demoskopischen Gutachten dagegen, der von der LottoTeam Partnership Service GmbH betriebenen Löschung der Klagemarke die erforderliche Erfolgsaussicht beizumessen. Entgegen der Meinung der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) lassen diese Gutachten nicht schon aus sich heraus den Schluss auf eine dem Nachweis der Verkehrsdurchsetzung nicht genügende Bekanntheit und Zuordnung der Bezeichnung „LOTTO“ zu. Vielmehr indizieren die mit dieser Befragung ermittelten Werte einen hinreichend hohen Bekanntheitsgrad von „LOTTO“, so dass danach die der begehrten Löschung aber entgegenstehende Annahme nahe liegt, der Verkehr verstehe diese Bezeichnung als eine auf das Lotteriespiel der Klägerinnen und ihrer Mitgesellschafterinnen hinweisende, mithin i.S. von § 8 Abs. 3 MarkenG durchgesetzte Kennzeichnung. Das gilt auch, wenn man mit der Beklagten einen hohen, die Quote von 50 % deutlich übersteigenden Durchsetzungsgrad fordern will. Nach den Ergebnissen der Befragungen war jedenfalls einem Anteil von über 50 % der Befragten der Begriff „LOTTO“ im Zusammenhang mit Glücksspielen bereits bekannt und assoziierte ein deutlich darüber liegender Teil dabei „LOTTO“ spontan mit dem Lotto der Beklagten und der anderen Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks. Angesichts des

Umstandes, dass die unter der Bezeichnung „LOTTO“ veranstaltete und durchgeführte Lotterie von mehreren, im Deutschen Lotto- und Totoblock zusammengefassten selbständigen Gesellschaften veranstaltet und durchgeführt wird, schließt selbst die Annahme der Befragten, dass „Lotto“ - sinngemäß - von verschiedenen Veranstaltern komme, nicht aus, dass „LOTTO“ gleichwohl einem zum Deutschen Lotto- und Totoblock gehörigen Veranstalter zugeordnet wird. Vor diesem Hintergrund kann dem gegen die Marke LOTTO gerichteten Löschantrag aber das zu fordernde Ausmaß der Erfolgsaussicht nicht zugesprochen werden und ist daher die im vorliegenden Verletzerprozess begehrte Aussetzung nicht gerechtfertigt.

#### E.

Die Kostenfolge ergibt sich aus den §§ 92 Abs. 1, 91 a ZPO i.V. mit § 269 Abs. 3 ZPO. Soweit die Parteien die Hauptsache hinsichtlich des Drittwiderbeklagten zu 3) einvernehmlich zur Erledigung gebracht haben, waren die Kosten bis zu dessen Unterlassungserklärung ebenso zu verteilen, wie dies für das Verhältnis zwischen der Beklagten und der Drittwiderbeklagten zu 2) betreffend die Widerklage gilt. Unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes entspricht dies billigem Ermessen, weil der Drittwiderbeklagte zu 3) aus den obigen Gründen in gleichem Umfang auf die Widerklage hin verurteilt worden wäre wie die Drittwiderbeklagte zu 2).

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 108, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Nichtzulassung der Revision beruht auf folgender Erwägung: In dem sich im wesentlichen mit nämlichen Rechtsfragen befassenden Parallelverfahren 6 U 48/01 hat der dortige Beklagte Thorsten Speckmann Revision eingelegt, über deren Annahme der Bundesgerichtshof in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung der ZPO zu entscheiden hat. Die auf der Grundlage der Bestimmungen der §§ 543 ff ZPO in der seit dem 01.01.2002 geltenden Fassung i.V. mit § 26 Nr. 7 und Nr. 8 EGZPO erfolgte Nichtzulassung der Revision im vorliegenden Verfahren setzt den Bundesgerichtshof als Rechtsinstanz in die Lage, in den beiden Parallelverfahren

einheitlich selbst darüber zu befinden, ob eine mündliche Revisionsverhandlung durchgeführt werden soll.

Die gemäß § 544 ZPO n. F. i.V. mit § 26 Nr. 8 EGZPO festzusetzende Beschwer orientiert sich am Wert des jeweiligen Unterliegens der Parteien im vorliegenden Rechtsstreit.

Streitwert in der Berufung:

I.

bis zum 03.04.2002: 325.000,00 €;

Klage: 25.000,00 €

(das Hilfsgebegehren wirkte sich gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 GKG nicht streitwerterhöhend aus),

Widerklage: 300.000,00 €;

Unterlassungsantrag I.1.1.:	150.000,00 €
Unterlassungsantrag I.1.2. :	50.000,00 €
Unterlassungsantrag I.1.3.:	30.000,00 €
Auskunftsantrag I.2.	15.000,00 €
Auskunftsantrag.3.:	5.000,00 €
Schadensersatzfeststellungsantrag II.:	45.000,00 €
Vernichtungsantrag III. :	5.000,00 €;

II.

ab 04.04.2002 (Eingang der neu formulierten Widerklage) bis zum 19.06.2002:  
460.000,00 €

Klage: 25.000,00 €;

Widerklage: 435.000,00 €

Unterlassungsantrag I.1.1. :	150.000,00 €
Unterlassungsantrag I. 1.2.	50.000,00 €
Unterlassungsantrag 1.3:	30.000,00 €
Auskunftsantrag I. 2.	15.000,00 €
Auskunftsantrag I. 3.	5.000,00 €
Schadensersatzfeststellungsantrag II:	180.000,00 €
Vernichtungsantrag III.	5.000,00 €;

III.

ab 20.06.2002 (Eingang der Zwischenfeststellungswiderklage) bis zum 21.06.2002:  
510.000,00 €:

Klage: 25.000,00 €,  
Widerklage: 435.000,00 € (wie oben unter II.),  
Zwischenfeststellungswiderklage: 50.000,00 €;

IV.

danach: 375.000,00 €,

Klage: 25.000,00 €  
Widerklage: 300.000,00 € (wie oben unter I.),  
Zwischenfeststellungswiderklage: 50.000,00 €.

Schütze

Pietsch

Schütze

Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht  
Dr. Schwippert ist  
infolge urlausbedingter  
Ortsabwesenheit verhindert,  
seine Unterschrift beizufügen

6 U 181/01  
84 O 7/01  
(LG Köln)



Anlage zum Protokoll  
vom 14.08.2002  
Verkündet am 14.08.2002  
Berghaus, J.S. in  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

OBERLANDESGERICHT KÖLN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

1.  
der Free Lotto Association GmbH & Co KG, vertreten durch ihre  
persönlich haftende Gesellschafterin, die Free Lotto Association GmbH, diese  
vertreten durch ihren Geschäftsführer, Füllbachstraße 9, 40151 Münster, Dorf

Klägerin, Widerbeklagte, Widerklägerin und  
Berufungsklägerin,

2.  
der Free Lotto Association GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer,  
Füllbachstraße 9, 40151 Münster

Drittwiderbeklagte, Widerklägerin und  
Berufungsklägerin,

3.  
des Herrn Dietrich Mehlhorn, ebenda,

Drittwiderbeklagten und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [redacted] Köln,

g e g e n

die Westfälische Lotto GmbH & Co oHG, vertreten durch die Nordwest-Lotto in  
Nordrhein-Westfalen GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer, Herrn Dr.  
Wolfgang Westmann, Westphal Str. 108, 4412, 48151 Münster,

Beklagte, Widerklägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte: die beim Oberlandesgericht Köln zugelassenen Rechtsanwältinnen der überörtlichen Sozietät ~~Ge...~~,  
~~Ma...~~

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21.06.2002 unter Mitwirkung seiner Mitglieder Dr. Schwippert, Pietsch und Schütze

**für Recht erkannt:**

Auf die Berufung der Klägerin und der Drittwiderbeklagten wird das am 23.08.2001 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 84 O 7/01 - teilweise abgeändert und insgesamt im Hauptauspruch wie folgt neu gefasst:

A.

Die Klage wird abgewiesen.

B.

Auf die Widerklage

I.

werden die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) verurteilt,

1.

es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr

1.1.

im Bereich der Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie der Fachberatung für Lotto und Toto selbst und/oder durch Dritte die Firma

„Free Lotto Association GmbH & Co ~~International~~ KG“

und/oder die Firma

„Free Lotto Association GmbH“

und/oder das Firmenschlagwort

„Freelotto“

zu verwenden und/oder verwenden zu lassen;

1.2.

für die Bewerbung und/oder das Angebot von Spielergemeinschaften zur Teilnahme an Lotterien des Deutschen Lotto- und Totoblocks die Internetadresse

freelotto.de

zu benutzen;

1.3.

die Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie die Fachberatung für Lotto und Toto unter dem Zeichen

FreeLotto,

wie es unter dem Aktenzeichen 30016314 zur Eintragung als Wortmarke beim DPMA angemeldet worden ist, anzubieten und/oder zu bewerben und/oder in den Verkehr zu bringen;

2.

der Beklagten Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang sie Handlungen gemäß der vorstehenden Ziffer 1.1. seit dem 07.01.1999, gemäß der vorstehenden Ziffer 1.2. seit dem 04.09.1998 vorgenommen haben, und zwar unter Angabe der Umsätze, die unter den in den Ziffern 1.1. und 1.2. wiedergegebenen Kennzeichen erzielt wurden sowie über den Umfang und die Art der jeweils getätigten Werbung, aufgeliert nach Kalendervierteljahren.



## II.

wird festgestellt, dass die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) verpflichtet sind, der Beklagten allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch Handlungen gemäß der vorstehenden Ziffer II. 1.1. seit dem 07.01.1999, gemäß der vorstehenden Ziffer II. 1.2. seit dem 04.09.1998 bereits entstanden ist oder künftig noch entstehen wird.

## III.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) werden verurteilt, die in ihrem Besitz befindlichen Gegenstände, die mit einem oder mehreren der in Ziffer II.1.1., II. 1.2. wiedergegebenen Zeichen versehen sind zu vernichten, insbesondere Werbematerial und Geschäftspapiere.

Im übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

## C.

Die Zwischenfeststellungswiderklage wird abgewiesen.

## D.

Von den in erster Instanz angefallenen Gerichtskosten hat die Klägerin 92% zu tragen, davon 84 % gemeinsam mit den Drittwiderbeklagten zu 2) und zu 3) als Gesamtschuldner; 8 % der in erster Instanz angefallenen Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt.

Die in erster Instanz entstandenen außergerichtlichen Kosten der Klägerin hat die Beklagte in Höhe von 8%, diejenigen der Drittwiderbeklagten zu 2) und zu 3) in Höhe von jeweils 10 % zu tragen; die außergerichtlichen Kosten der Beklagten werden der Klägerin mit 92% auferlegt, davon 84% gemeinsam mit den Drittwiderbeklagten zu 2) und zu 3) als Gesamtschuldner. Im übrigen tragen die Parteien ihre außergerichtlichen Kosten der ersten Instanz selbst.

Die gerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin mit 68% auferlegt, wovon sie 63% mit der Drittwiderbeklagten zu 2) sowie 48% mit dem Drittwiderbeklagten zu 3) als Gesamtschuldner zu tragen hat; die Beklagte hat 32% der im Berufungsverfahren entstandenen Gerichtskosten zu tragen.

Von den außergerichtlichen Kosten der Klägerin hat die Beklagte 32%, von denjenigen der Drittwiderbeklagten zu 2) werden ihr 37% und von denjenigen des Drittwiderbeklagten zu 3) 47 % auferlegt. Die in der Berufung angefallenen außergerichtlichen Kosten der Beklagten hat die Klägerin in Höhe von 68% zu tragen, davon 63% gemeinsam mit der Drittwiderbeklagten zu 2) und 53% mit dem Drittwiderbeklagten zu 3) als Gesamtschuldner. Im übrigen tragen die Parteien ihre im Berufungsverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten jeweils selbst.

E.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien dürfen die gegen sie betriebene Zwangsvollstreckung jeweils gegen Leistung einer Sicherheit in der nachstehend bestimmten Höhe abwenden, falls nicht die jeweils vollstreckende Partei zuvor Sicherheit in derselben Höhe leistet.

Die Sicherheit beträgt bei Vollstreckung

des Unterlassungsausspruchs unter Ziff. B. I.1.1.:	150.000,00 €;
des Unterlassungsausspruchs unter Ziff. B. I.1.2.:	50.000,00 €;
des Unterlassungsausspruchs unter Ziff. B. I.1.3.:	30.000,00 €;
des Auskunftsanspruchs unter Ziff. B. I.2.:	10.000,00 €;
des Vernichtungsausspruchs unter B.III.:	3.000,00 €;
des Kostenausspruchs durch die Klägerin:	5.000,00 €;
des Kostenausspruchs durch die Drittwiderbeklagte zu 2):	6.000,00 €;
des Kostenausspruchs durch den Drittwiderbeklagten zu 3):	7.000,00 €;
des Kostenausspruchs durch die Beklagte:	14.000,00 €

F.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G.

Die mit diesem Urteil für die Klägerin, die Drittwiderbeklagte zu 2) sowie die Beklagte verbundene Beschwer übersteigt jeweils die Summe von 20.000,00 €.

## Tatbestand

Die Beklagte ist eine der 16 Gesellschafterinnen des Deutschen Lotto- und Totoblocks. Sie betreibt im Land Nordrhein-Westfalen die Organisation und Durchführung einer Vielzahl von Gewinnspielen, darunter das sog. „Samstags-Lotto“ und das „Mittwochs-Lotto“. Nach einer durch das DPMA im Jahre 2001 vorgenommenen Berichtigung ist sie unter ihrer im Urteilsrubrum angegebenen Firma gemeinsam mit ihren 15 Mitgesellschafterinnen als Inhaberin der mit Priorität zum 02.09.1996 als durchgesetztes Zeichen u.a. für „Lotteriespiele“, die „Organisation, Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und anderen Geld- und Glücksspielen“ sowie die „Veranstaltung und Durchführung von Glücksspielen im Wege der Telekommunikation, insbesondere über Internet“ eingetragenen Wortmarke LOTTO 396 38 296 im Markenregister aufgeführt. Hinsichtlich der näheren Einzelheiten insoweit wird auf die als Anlage B 1 zu den Akten gereichte Fotokopie des Registerauszugs (Bl. 26 d.A.) sowie das Schreiben des DPMA vom 19.07.2001 ( Bl. 277 d.A.) Bezug genommen. Diese Marke ist Gegenstand eines von einer Fa. LottoTeam Patente Service GmbH beim Deutschen Patent- und Markenamt betriebenen Lösungsverfahrens (AZ: 396 38 296.7 / 28 S 121/00 Lös), in dem hauptsächlich geltend gemacht wird, dass zu Unrecht die Voraussetzungen der Verkehrsdurchsetzung angenommen worden seien, die aus einem angeblich rein beschreibenden Gattungsbegriff bestehende Marke daher lösungsreif sei. Zu den weiteren Einzelheiten des erwähnten Lösungsverfahrens wird auf die von der Drittwiderbeklagten zu 2) überreichte Anlage DWB 1 - 3 (Bl. 67 - 69 d.A.) verwiesen.

Die Klägerin befasst sich nach ihrem derzeitigen Unternehmensgegenstand u. a. mit der Übernahme und Verwaltung von Beteiligungen sowie der Beschaffung von Finanzierungsmitteln für der Firmengruppe zugehörige oder nahestehende Gesellschaften. Bis Anfang 2001 bestand ihr Unternehmensgegenstand in der „Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie der Fachberatung für Lotto und Toto und dem Betrieb von Annahmestellen der Nordwestdeutschen Klassenlotterie“. Hinsichtlich der näheren Einzelheiten insoweit wird auf die in Fotokopie zu den Akten gereichten Handelsregisterauszüge (Bl. 11 und Bl. 209 ff d.A. = Anlage DW B 15) Bezug genommen. Bei der

Drittwidderbeklagten zu 2) handelt es sich um die mit der Geschäftsführung und Vertretung der Klägerin befasste persönlich haftende Gesellschafterin. Der Drittwidderbeklagte zu 3) war bis zu seinem im Juni 2002 mitgeteilten Ausscheiden Geschäftsführer der Drittwidderbeklagten zu 2).

Unter dem Datum des 02.03.2000 hat die Klägerin beim DPMA die Bezeichnung „FreeLotto“ als Wortmarke für Dienstleistungen der Klasse 36 zur Eintragung angemeldet. Diese Markenmeldung wurde mit Beschluss des DPMA vom 04.12.2001 zurückgewiesen.

In einem bei dem Landgericht Köln zu dem Aktenzeichen 84 O 66/01 (= 6 U 48/01 OLG Köln) geführten Rechtsstreit ging die Beklagte gegen einen Herrn Thorsten Speckmann vor, welcher bei der DENIC e.G. den Domain-Namen „freelotto.de“ hatte registrieren lassen, unter dem unter Verweis auf die Gesellschaften des deutschen Lotto- und Totoblocks bzw. auf den "Deutschen Lotto Block" die Bildung und Zusammenstellung von Spielergemeinschaften nach einem bestimmten System angeboten wurde. Die Beklagte nahm Herrn Speckmann in jenem Verfahren - u.a. gestützt auf die o.g. Marke LOTTO 396 38 296 - auf Unterlassung in Anspruch, im Datennetz Internet oder in anderen in der Bundesrepublik Deutschland abrufbaren Datennetzen die Bezeichnung „freelotto“ als second-level-Domain-Namen zu benutzen und in die Löschung dieser für ihn registrierten Internet-Domain gegenüber der DENIC e.G. einzuwilligen. Das Landgericht hat Herrn Speckmann in jenem Verfahren entsprechend diesen Begehren verurteilt, was der erkennende Senat in seinem auf die Berufung des Herrn Speckmann ergangenen Urteil vom 02.11.2001 unter Vornahme lediglich einer Beschränkung des sachlichen Bereichs des Unterlassungsausspruchs, im wesentlichen bestätigt hat.

Mit der Behauptung, Herr Speckmann habe bei der Vornahme der Registrierung des bereits seit 04.09.1998 von ihr selbst benutzten Domain-Namens „freelotto.de“ lediglich als ihr Agent gehandelt, dem daher keine selbständigen Rechte an dieser Bezeichnung zustehen sollten und zustünden, hat die Klägerin Herrn Speckmann im Rahmen der vorliegenden Klage als Hauptintervention zu dem vorbezeichneten Verfahren 84 O 66/01 LG Köln u.a. auf Abgabe einer Willenserklärung in Anspruch genommen, dass die Rechte „aus der Registrantenstellung bei der DENIC e.G. an

der Domain „freelotto.de“ auf sie übergehen bzw. die vorbezeichneten Rechte auf sie übertragen werden. Nachdem das Landgericht das Verfahren hinsichtlich der gegenüber Herrn S. [REDACTED] verfolgten Klageanträge abgetrennt hat, hat dieser die Ansprüche anerkannt (Bl. 104 d.A.).

Gegenüber der Beklagten hat die Klägerin vorliegend u.a. die Feststellung begehrt, dass sie keine Rechte der Beklagten verletze, wenn sie als Inhaberin der Domain „freelotto.de“ eingetragen ist und/oder dass der Beklagten keine besseren Rechte an dieser Bezeichnung zustehen. Insoweit haben die Parteien die Feststellungsklage nach Erhebung der nachfolgend näher dargestellten Widerklage der Beklagten, mit welcher diese u.a. das Verbot der Verwendung der Internetadresse „freelotto.de“ durch die Klägerin begehrt, im Termin zur mündlichen Verhandlung bei dem Landgericht übereinstimmend für erledigt erklärt (Bl. 269 d.A.).

Die Klägerin verlangt von der Beklagten nunmehr noch die Abgabe einer Erklärung, wonach gegenüber der DENIC eG die Aufhebung eines dort zu Gunsten der Beklagten registrierten Dispute-Eintrags betreffend die Domain „freelotto.de“ beantragt werde. Hilfsweise begehrt die Klägerin von der Beklagten die Unterlassung, bzgl. der erwähnten Domain bei der DENIC Dispute-Anträge zu stellen.

Die Beklagte, so hat die Klägerin zur Begründung dieser Petita ausgeführt, könne für sich keine Rechtsstellung reklamieren, welche die Verwendung der für sie, die Klägerin, registrierten Domain „freelotto.de“ hindere und die daher die Beibehaltung oder Beantragung eines Dispute-Eintrags rechtfertige. Aus der Wortmarke „LOTTO“ ergebe sich eine solche Position schon deshalb nicht, weil die Beklagte nicht befugt sei, Rechte, welche durch die für sämtliche Gesellschaften des Deutschen- Lotto und Totoblocks gemeinsam eingetragene Marke etwa begründet worden seien, allein geltend zu machen. Überdies sei in Abrede zu stellen, dass die Beklagte überhaupt Mitinhaberin der Marke LOTTO sei; denn vor der durch das DPMA vorgenommenen Berichtigung der Markeneintragung sei - was unstreitig ist - eine „Westdeutsche Lotterie GmbH & Co KG“ eingetragen gewesen, die aber niemals Rechtsvorgängerin der vorher unter „Westdeutsche Lotterie GmbH & Co“ firmierenden Beklagten, einer OHG, gewesen sei. Im übrigen lägen aber auch die materiellen Voraussetzungen

einer den Gebrauch der Domain „freelotto.de“ hindernden markenrechtlichen Verwechslungsgefahr nicht vor. Jedenfalls aber sei das Verfahren bis zur Entscheidung über den gegenüber der Marke LOTTO betriebenen Löschungsantrag auszusetzen; diesem Löschungsantrag komme eine erhebliche Erfolgsaussicht zu, weil die Markeneintragung zu Unrecht erfolgt sei; die Beklagte könne ebenso wie die übrigen Gesellschaften des Deutschen Lottoblocks eine bundesweite Durchsetzung des von Hause aus rein beschreibenden und daher freizuhaltenden Begriffs „LOTTO“ als Marke nicht nachweisen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

gegenüber der DENIC eG Domain Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft (Wilmshausenstraße 26, 60529 Frankfurt am Main) die Aufhebung des für sie vorgenommenen DISPUTE-Eintrags bezüglich der Domain „freelotto.de“ zu erklären,

hilfsweise,

es unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000,00 DM - ersatzweise Ordnungshaft - oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, bezüglich der Domain „freelotto.de“ bei der DENIC eG Domain Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft (Wilmshausenstraße 26, 60529 Frankfurt am Main) DISPUTE-Anträge zu stellen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Widerklagend hat die Beklagte beantragt,

I.

die Klägerin sowie die Drittwiderbeklagten zu verurteilen,

1.

es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 500.000,00 DM,

ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr

1.1.

im Bereich der Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie der Fachberatung für Lotto und Toto selbst und/oder durch Dritte die Firma

„Free Lotto Association GmbH & Co International KG“

und/oder die Firma

„Free Lotto Association GmbH“

und/oder das Firmenschlagwort

„Freelotto“

zu verwenden und/oder verwenden zu lassen;

1.2.

die Internetadresse

freelotto.de

selbst und/oder durch Dritte zu verwenden und/oder verwenden zu lassen;

1.3

die Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie die Fachberatung für Lotto und Toto unter der Wortmarke

FreeLotto,

wie sie unter dem Aktenzeichen 300163614 zur Eintragung beim DPMA angemeldet worden ist, anzubieten und/oder zu bewerben und/oder in den Verkehr zu bringen;

2.

der Beklagten Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang sie Handlungen gemäß der vorstehenden Ziffer 1.1 seit dem 07.01.1999, gemäß der vorstehenden Ziffer 1.2 seit dem 04.09.1998 sowie der vorstehenden Ziffer 1.3 seit dem 02.03.2000 vorgenommen haben, und zwar unter Angabe der Umsätze, die unter den in den Ziffern 1.1 und 1.2 wiedergegebenen Kennzeichen sowie mit nach der Ziffer 1.3 gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen erzielt wurden sowie über den Umfang und die Art der jeweils getätigten Werbung, aufgeliert nach Kalendervierteljahren;

3. der Beklagten Auskunft über Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer der gelieferten oder bestellten Gegenstände gemäß der Ziffer 1.3 zu erteilen;

II. festzustellen, dass die Klägerin und die Drittwiderbeklagten verpflichtet sind, der Beklagten allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch Handlungen gemäß der vorstehenden Ziffer I. 1.1 seit dem 07.01.1999, gemäß der vorstehenden Ziffer I. 1.2 seit dem 04.09.1998 sowie gemäß der vorstehenden Ziffer I. 1.3 seit dem 02.03.2000 bereits entstanden ist oder künftig noch entstehen wird;

III. die Klägerin und die Drittwiderbeklagten zu verurteilen, die in ihrem Besitz befindlichen Gegenstände, die mit einem oder mehreren der in Ziffer I. 1.1, 1.2, 1.3 wiedergegebenen Zeichen versehen sind zu vernichten, insbesondere Werbematerial und Geschäftspapiere.

Die Verwendung der Bezeichnung „freelotto“ - sei es als Domain-Name, sei es in der jeweils angegriffenen Form und Schreibweise als Marke oder Unternehmenskennzeichen - verletze, so hat die Beklagte vertreten, die ihr in bezug auf die Wortmarke „LOTTO“ zustehenden Rechte, die sie allein geltend zu machen befugt sei. Der in diesen Bezeichnungen enthaltene Bestandteil „lotto“ bzw. „Lotto“ präge jeweils den Gesamteindruck der beanstandeten Zeichen, deren Gebrauch die Gefahr von Verwechslungen mit der im Verkehr durchgesetzten Wortmarke LOTTO i. S. des markenrechtlichen Verletzungstatbestandes des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG hervorrufe. Überdies, so hat die Beklagte geltend gemacht, seien die Widerklageansprüche aber auch aus § 3 UWG gerechtfertigt. Insbesondere aus dem letztgenannten Grund bestehe kein Anlass, den Rechtsstreit mit Blick auf das hinsichtlich der Klagemarke anhängige Lösungsverfahren auszusetzen, das im übrigen aber auch keinerlei Aussichten auf Erfolg habe.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagten haben beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagten haben ihre Passivlegitimation in Abrede gestellt. Die Klägerin sei als reine Holdinggesellschaft nicht im „operativen“ Geschäft



der Vermittlung der Teilnahme an dem von der Beklagten und den sonstigen Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks veranstalteten Lotto oder der hierauf bezogenen Fachberatung tätig. Weder sie noch die Drittwiderbeklagten hätten im übrigen geschäftliche Aktivitäten in bezug auf „Toto“ entfaltet. Allein die Markenmeldung „FreeLotto“ begründe die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Begehungsfahr nicht. Hinsichtlich des beanstandeten Gebrauchs der Bezeichnungen „Free Lotto“/„Freelotto“/„FreeLotto“ als Unternehmenskennzeichen und/oder als Marke lägen schließlich ebensowenig die sachlichen Voraussetzungen einer markenrechtlichen Verwechslungsfahr vor, wie in bezug auf die Verwendung von „freelotto“ als Domain-Name.

Mit Urteil vom 23.08.2001, auf welches zur näheren Sachdarstellung Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen und die Klägerin sowie die Drittwiderbeklagten entsprechend der Widerklage verurteilt. Zur Begründung dieser Entscheidung hat es im wesentlichen ausgeführt, dass hinsichtlich des mit der Widerklage beanstandeten Zeichengebrauchs die Gefahr von Verwechslungen mit der Wortmarke LOTTO i.S. des Verletzungstatbestandes des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG bestehe und die Beklagte gemäß § 744 Abs. 2 BGB befugt sei, die aus den streitbefangenen Verletzungshandlungen entstehenden Ansprüche geltend zu machen; umgekehrt seien die Beklagten hinsichtlich sämtlicher Ansprüche passivlegitimiert, weil ihrerseits mit Blick jedenfalls auf die früher maßgeblichen Unternehmensgegenstände der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) die erforderliche Begehungsfahr bestehe. Anlass für eine Aussetzung des Verfahrens bestehe nicht, weil der Ausgang des in bezug auf die Marke LOTTO anhängigen Lösungsverfahrens noch völlig ungewiss sei.

Mit ihrer gegen dieses Urteil gerichteten Berufung verfolgen die Klägerin und die Drittwiderbeklagten ihre erstinstanzlichen Prozessbegehren weiter. Sie wiederholen und bekräftigen ihren in erster Instanz verfochtenen Standpunkt, wonach der Beklagten die Prozessführungsbefugnis und Aktivlegitimation abzusprechen sei, aus der Wortmarke LOTTO hergeleitete etwaige Ansprüche allein geltend zu machen und zu verfolgen. Entgegen der in dem angefochtenen Urteil zum Ausdruck gebrachten Wertung könne sich die Beklagte zu ihren Gunsten dabei nicht auf § 744 Abs. 2 BGB stützen. Mit Blick auf die durch handelsregisterliche Eintragungen belegten

Unternehmensgegenstände der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) bestehe ferner auch eine für die Unterlassungsansprüche aber vorauszusetzende Begehungsfahr nicht, so dass die Klägerin und die Drittwiderbeklagten hinsichtlich der gestellten Unterlassungsanträge nicht passivlegitimiert seien. Der Unterlassungsantrag gemäß Ziff. I.1.1 der Widerklage und der hierauf beruhende Verbotstenor des angefochtenen Urteils seien überdies in der Sache zu weit gefasst; gleiches gelte hinsichtlich des Unterlassungsantrags unter Ziff. I.1.2 bzw. des diesem stattgebenden Urteilsausspruchs. Zu Unrecht habe das Landgericht weiter aber auch eine in Anbetracht der streitbefangenen Bezeichnungen bestehende Verwechslungsgefahr bejaht. Der Begriff „Lotto“ sei von Hause aus rein beschreibend, er habe auch nicht etwa durch einen intensiven Gebrauch im Verkehr eine Unterscheidungs- und Hinweisfunktion in bezug auf ein bestimmtes, von einem bestimmten Unternehmen veranstaltetes „Lotto“ erlangt. Die mit dem erstinstanzlichen Urteil titulierten Annexbegehren gingen in der Sache teilweise zu weit, teilweise liefen sie auf rechtlich Unmögliches hinaus.

Nachdem der Drittwiderbeklagte zu 3) im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat eine dem Unterlassungsbegehren der Beklagten in der Fassung ihres nachfolgend wiedergegebenen Berufungsantrags entsprechende strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung abgegeben hat, haben die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs betreffend den Drittwiderbeklagten zu 3) übereinstimmend für erledigt erklärt; sodann hat die Beklagte auf die gegenüber dem Drittwiderbeklagten zu 3) geltend gemachten Annexbegehren verzichtet.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagten beantragen,

das angefochtene Urteil des Landgerichts abzuändern und die Beklagte unter Abweisung der Widerklage im übrigen zu verurteilen,

gegenüber der DENIC eG Domain Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft (Wiesbaden, Lt. 36, 60000 Frankfurt/Main) die Aufhebung des für sie vorgenommenen DISPUTE-Eintrags bezüglich der Domain „freelotto.de“ zu erklären,

hilfsweise,

es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 € - ersatzweise Ordnungshaft - oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, bezüglich der Domain „freelotto.de“ bei der DENIC eG Domain Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft (Wiesbaden, 6, 60 Frankfurt) DISPUTE-Anträge zu stellen.

Die Beklagte, die das Schadensersatzfeststellungsbegehren gemäß Ziff. II ihrer Widerklage in der Berufung zunächst auf die Feststellung der Schadensersatzverpflichtung auch gegenüber allen weiteren Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks als Gesamtgläubigerinnen erstreckt hat (Bl. 416/417 d.A.), beantragt,

die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Widerklageanträge unter Ziffer I.1.2 und I.1.3 die nachstehende Fassung erhalten:

...die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr

1.2  
für die Bewerbung und/oder das Angebot von Spielergemeinschaften zur Teilnahme an Lotterien des Deutschen Lotto- und Totoblocks die Internetadresse

**freelotto.de**

zu benutzen;

1.3  
die Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie die Fachberatung für Lotto und Toto unter dem Zeichen

**FreeLotto,**

wie es unter dem Aktenzeichen 30016314 zur Eintragung als Wortmarke beim DPMA angemeldet worden ist, anzubieten und/oder zu bewerben und/oder in Verkehr zu bringen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil, in welchem das Landgericht die Voraussetzungen der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr sowie ferner ihre, der Klägerin, Aktivlegitimation ebenso zutreffend bejaht habe wie die Passivlegitimation der Klägerin und der Drittwiderbeklagten. Zu Recht habe das Landgericht schließlich auch die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung über das gegen die Marke LOTTO gerichtete Löschungsbegehren abgelehnt; es spreche vielmehr alles dafür, dass der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung gelingen, der Löschungsantrag daher erfolglos bleiben werde.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) stellen letzteres in Abrede. Selbst wenn aber die erforderliche Verkehrsdurchsetzung der Bezeichnung LOTTO als Marke belegt werde, so entfalte dies allenfalls für den gegenwärtigen Status Aussagekraft und besage nichts über die Verkehrsdurchsetzung im hier maßgeblichen Zeitpunkt der Markeneintragung. Eine etwa festgestellte Verkehrsdurchsetzung wirke nicht zurück auf diesen Zeitpunkt. Da sie aber bereits vor einer etwa festgestellten Verkehrsdurchsetzung der Marke LOTTO unter den den Bestandteil „Free Lotto“ aufweisenden Unternehmenskennzeichen auf den Markt getreten seien, seien hieran zu ihren Gunsten Zwischenrechte entstanden, die eine Koexistenzlage gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 MarkenG nach sich zögen.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) beantragen mit einer im Termin zur mündlichen Verhandlung als Zwischenfeststellungswiderklage bezeichneten Widerklage,

festzustellen, dass der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) an den Unternehmenskennzeichnungen „Free Lotto A. [REDACTED] GmbH & Co Internat. [REDACTED] KG“ und „Free Lotto A. [REDACTED] GmbH“ Zwischenrechte gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 MarkenG gegenüber der Marke „LOTTO“ zustehen.

Die Beklagte beantragt,

diese Widerklage zurückzuweisen,

die sie für unzulässig, darüber hinaus aber auch für unbegründet hält.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten im Vorbringen der Parteien wird auf ihre in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze samt Anlagen Bezug genommen.

### Entscheidungsgründe

Die in formeller Hinsicht einwandfreie, insgesamt zulässige Berufung der Klägerin und der Drittwiderbeklagten hat in der Sache nur zum Teil Erfolg.

Soweit nach der hinsichtlich des Drittwiderbeklagten zu 3) übereinstimmend herbeigeführten Teilerledigung der Widerklage sowie deren teilweiser, in der Berufung erfolgter Rücknahme noch eine materielle Entscheidung zu treffen war, stellt sich die Widerklage im ganz überwiegenden Umfang als zulässig und begründet dar (A.). Der Beklagten stehen die gegenüber der Klägerin und Drittwiderbeklagten zu 2) noch geltend gemachten Unterlassungsansprüche in vollem Umfang zu. Lediglich hinsichtlich der auf Auskunftserteilung sowie der auf die Feststellung der Schadensersatzverpflichtung und die Vernichtung der im Besitz der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) gerichteten Widerklagebegehren muss die Beklagte sich eine Einschränkung gefallen lassen. Denn hinsichtlich des mit dem Unterlassungsantrag unter Ziff. I. 1.3. der Widerklage beanstandeten Gebrauchs des zur Eintragung als Wortmarke angemeldeten Zeichens „FreeLotto“ besteht zwar die einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch rechtfertigende Gefahr erstmaliger Begehung. Einen Schadensersatzanspruch kann die Beklagte aus dieser nur drohenden Verletzungshandlung indessen nicht herleiten, so dass sich insoweit nicht nur das Schadensersatzfeststellungsbegehren, sondern darüber hinaus auch das Auskunftspetition als unbegründet erweist, soweit dieses der Vorbereitung eines solchen Schadensersatzanspruchs dienen soll; nämliches gilt im Ergebnis aber auch

hinsichtlich des daneben geltend gemachten selbständigen Auskunftsanspruchs sowie des Vernichtungsanspruchs.

Die Klägerin vermag demgegenüber mit ihrer Klage im noch zu beurteilenden Umfang ebensowenig durchzudringen (B.) wie mit der gemeinsam mit der Drittwiderbeklagten zu 2) erhobenen Zwischenfeststellungswiderklage (C.).

Im Einzelnen:

#### A.

##### I.

Zu Recht hat das Landgericht es der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) in dem angefochtenen Urteil untersagt, die den Bestandteil „Free Lotto“ aufweisenden Firmen und/oder das Firmenschlagwort „Freelotto“ im Bereich der Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie der Fachberatung für Lotto und Toto zu benutzen und/oder benutzen zu lassen. Ebenfalls zu Recht erfolgte die Verurteilung, den Gebrauch des seinerzeit als Wortmarke zur Eintragung angemeldeten Zeichens „FreeLotto“ sowie der Internetadresse „freelotto.de“ zu unterlassen. Soweit in bezug auf den sachlichen Bereich, für den die Verwendung der vorbezeichneten Internetadresse untersagt werden kann, Beschränkungen vorzunehmen sind, hat die Beklagte dem mit ihrem in der Berufung neu gefassten Antrag und der darin liegenden Teilklagerücknahme Rechnung getragen.

Der Beklagten stehen all diese, gegen die Firmierung, die Internetadresse sowie das als Marke angemeldete Zeichen gerichteten Unterlassungsansprüche aus den §§ 4 Nr. 1, 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG zu.

##### 1.

Soweit die Klägerin und die Drittwiderbeklagten einwenden, das gegen die Verwendung von „Free Lotto“ als Firmenbestandteil gerichtete Widerklagepetitum gemäß Ziff. I. 1.1 und 1.2 sei in der Sache zu weit gefasst, weil nicht das Verbot der gesamten Firma, sondern nur das des darin enthaltenen Bestandteils „Free Lotto“ verlangt werden könne, überzeugt das nicht. Der Begründung der Widerklage lässt sich zweifelsfrei entnehmen, dass die Beklagte die Firmen der Klägerin und ihrer

Komplementärin, der Drittwiderbeklagten zu 2), gerade und nur wegen des darin jeweils enthaltenen Elements „Free Lotto“ beanstandet. Der Umstand, dass in den vorbezeichneten Widerklageanträgen und der darauf beruhenden Verurteilung in dem angefochtenen Urteil die vollen Firmen aufgeführt sind, dient daher lediglich der Wiedergabe der konkreten Verletzungshandlungen; das titulierte Verbot erstreckt sich nach seiner Begründung eindeutig nur auf die in den Firmen enthaltenen Elemente „Free Lotto“.

Dem weiteren, im Ansatz zutreffenden Einwand, das gegen die Verwendung der Internetadresse „freelotto.de“ gerichtete Widerklagebegehren sei ebenfalls in der Sache zu weitgehend, weil nur hinsichtlich der „Bewerbung und/oder des Angebots von Spielergemeinschaften zur Teilnahme an den Lotterien des Deutschen Lotto- und Totoblocks“ eine Verletzungshandlung gegeben sei bzw. drohe, hat die Beklagte mit der Umformulierung ihres Antrags in der Berufung abgeholfen.

2.

Das landgerichtliche Urteil hält den mit der Berufung vorgebrachten Einwänden ebenfalls stand, soweit darin die Prozessführungsbefugnis und Aktivlegitimation der Beklagten bejaht worden ist, die vorbezeichneten Unterlassungsansprüche allein geltend zu machen. Die Beklagte kann, obwohl sie neben den übrigen 15 Gesellschafterinnen des Deutschen Lotto- und Totoblocks lediglich als Mitinhaberin des am 27.08.1997 mit Priorität zum 02.09.1996 als durchgesetzte Marke eingetragenen Wortzeichens „LOTTO“ registriert ist, gemäß der in § 744 Abs. 2 BGB getroffenen Regelung den Unterlassungsanspruch selbständig in eigenem Namen geltend machen (vgl. BGH WRP 2000, 1148/1149 – „Ballermann“ – m.w.N.).

Soweit die Klägerin und die Drittwiderbeklagten in Abrede stellen, dass überhaupt die Beklagte als Mitinhaberin der Marke LOTTO in das Markenregister eingetragen ist, rechtfertigt das keine abweichende Beurteilung. Maßgeblich ist die Eintragungslage, wie sie sich nach der durch das DPMA vorgenommenen Berichtigung darstellt. Danach ist aber die Beklagte neben den übrigen Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks als Mitinhaberin der Marke registriert. Soweit vorher eine „Westfälische Lotterie GmbH & Co KG“ in dem Markenregister in dieser Position eingetragen war, führt das zu keiner abweichenden Beurteilung. Unabhängig davon, dass die

vorherige Registerlage - jedenfalls was die Markenberechtigung für den in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch angeht - nichts an der Maßgeblichkeit des aktuellen Registerstandes ändert, lässt die frühere Eintragung der erwähnten KG in der Sache keine durchgreifenden Zweifel daran zu, dass sich dahinter die Beklagte verbarg und diese daher auch schon vor der durch das DPMA vorgenommenen Berichtigung als Mitinhaberin der Marke eingetragen war. Denn unstreitig existierte eine solche KG nicht und war es die ausweislich des Handelsregisterauszugs HRA 4379 (Bl. 273 d.A.) bis zum 24.01.2000 unter „Westdeutsche Lotterien GmbH & Co“ firmierende Beklagte, die sich mit den übrigen im Markenregister eingetragenen Gesellschaften zum Deutschen Lotto- und Totoblock zusammengeschlossen hat. Gerade die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks führten aber die gemeinsame Markenmeldung durch und erstrebten die Eintragung als gemeinschaftliche Markeninhaber. Vor diesem Hintergrund stellt die Eintragung der vorbezeichneten „KG“ eine offenkundige Falschbezeichnung dar, welche die Identität der in das Markenregister eingetragenen Beklagten unberührt ließ und lässt.

Ist die Beklagte danach gemeinsam mit den übrigen Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks als Mitinhaberin der streitbefangenen Marke LOTTO registriert, so ist sie nach den heranzuziehenden Regeln des Rechts der Gemeinschaft gem. §§ 741 ff BGB - konkret § 744 Abs. 2 BGB - für die geltend gemachten Unterlassungsansprüche prozessführungsbefugt und aktivlegitimiert. Zwar trifft es zu, dass es im Streitfall nicht - wie dies nach dem Sachverhalt der vorstehend zitierten, die Aktivlegitimation eines von mehreren Markeninhabern gem. § 744 Abs. 2 BGB bejahenden „Ballermann“-Entscheidung des BGH zu beurteilen war - um eine „einheitliche“ Individualmarke geht, deren Geltung von jedem der mehreren Anmelder bzw. eingetragenen Markeninhaber für das gesamte Bundesgebiet beansprucht wird. Hier geht es vielmehr um ein Zeichen, das bundesweite Geltung erst aus der Summe der regionalen Verwendung durch alle Anmelder/eingetragene Markeninhaber erlangt. Indessen ändert das nichts daran, dass alle Anmelder - hier konkret die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks - gemeinsam als Inhaber der Wortmarke „LOTTO“ eingetragen worden sind mit der Folge, dass sie insoweit als Gemeinschaft i.S. der §§ 741 ff BGB anzusehen sind, daher auch die Regelung des § 744 Abs. 2 BGB greift. Selbst wenn - wie das die Klägerin und die



Drittwiderbeklagten vertreten - die Eintragung der Wortmarke LOTTO in dieser Form für die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks nicht hätte erfolgen dürfen, weil keine der einzelnen Gesellschaften jeweils für sich eine bundesweite Durchsetzung nachweisen kann, sondern eine solche - wenn überhaupt - nur auf dem Gebiet ihrer jeweiligen regionalen Tätigkeit erreicht hat, ändert dies nichts an der Maßgeblichkeit der Eintragung. Allerdings liegt es angesichts der weitreichenden bundesweiten Koordinierung und des abgestimmten Auftrittes der Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks (vgl. dazu BGH NJW RR 1999, 1266) nicht fern, dass der Verkehr das Zeichen LOTTO - selbst wenn es nur durch eine Gesellschaft des Deutschen Lotto- und Totoblocks innerhalb eines bestimmten Bundesgebiets verwendet wird - als ein solches der Gruppe der Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks aufgefasst hat und auffasst, oder dass der Verkehr jedenfalls der Meinung ist, dass - auch wenn verschiedene Unternehmen das Zeichen LOTTO verwenden - diese irgendwie miteinander rechtlich oder organisatorisch verbunden sind. Dann spricht vieles dafür, die Verwendung durch eine zum Deutschen Lotto- und Totoblock gehörende Gesellschaft gleichzeitig auch den anderen Gesellschaften zugute kommen zu lassen (vgl. BGH Z 21, 182/191 - „Ihr Funkberater“; BGH Z 34, 299/308 ff - „Almglocke“ -; vgl. auch Fezer, MarkenG, 3. Aufl. § 97 Rdn. 13 f). Letztlich kann es aber dahinstehen, was konkret hinter der Markeneintragung steht, ob diese also in der geschehenen Form korrekt als eine mehreren Markeninhabern zustehende Individualmarke eingetragen ist oder ob diese in Wirklichkeit beispielsweise nur als Kollektivmarke hätte eingetragen werden können und dürfen (vgl. aber § 98 MarkenG i.V. mit § 7 Nr. 3 MarkenG). Denn maßgeblich ist die Eintragungslage, an welche das erkennende Gericht im Verletzerprozess bzgl. absoluter Schutzhindernisse gebunden ist (vgl. Fezer, a.a.O., § 8 Rdn. 414), was im hier betroffenen Fall, in dem es um das Vorliegen der Verkehrsdurchsetzung in der Person der eingetragenen Markeninhaber geht, die Markeninhaberschaft umschließt. Ob die dieser Eintragungsentscheidung vorausgegangenen Erwägungen falsch oder richtig sind und ob deshalb die Markeneintragung - in der konkreten Form - richtig oder falsch ist, ist im Lösungsverfahren geltend zu machen, wobei dort im Zusammenhang mit dem Bestehen eines absoluten Eintragungshindernisses geltend zu machen und durch die zuständige Behörde ggf. (auch) zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 MarkenG (bundesweite Verkehrsdurchsetzung) durch alle

Anmelder/Markeninhaber gleichermaßen nachgewiesen werden müssen und ggf. nachgewiesen sind.

3.

Was die Passivlegitimation der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) angeht, so ergibt sich diese aus der Verwendung ihrer Firmen sowie der als solche unstrittigen Verwendung der Internetadresse sowie der auf die Bezeichnung „FreeLotto“ bezogenen Markenmeldung.

Nach den in Fotokopie vorgelegten Handelsregistrauszügen HRA 12479 (Bl. 11 ff d.A.) und HRB 31966 des Amtsgerichts Düsseldorf (Bl. 209 ff d.A) wurden am 07.01.1999 die Änderung der Firma der Klägerin in „Free Lotto A[REDACTED] GmbH & Co International KG“, am 30.12.1998 die Änderung der Firma der Drittwiderbeklagten zu 2) in „Free Lotto A[REDACTED] GmbH“ in das Handelsregister eingetragen; seither treten die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) unter diesen Unternehmenskennzeichen im Verkehr auf, so dass das materielle Anspruchsmerkmal der Wiederholungsgefahr, und zwar auch soweit die Verwendung des Begriffs „Freelotto“ als Firmenschlagwort in Frage steht, zu bejahen ist. Gleiches gilt hinsichtlich der Verwendung der Bezeichnung „freelotto“ als Internetdomain, welche die Klägerin ausweislich des als Anlage B 2 vorgelegten Internetausdrucks vom 19.02.2001 bereits in der Vergangenheit genutzt hat und ausweislich der aktuellen Internetausdrucke gemäß Anlage BE 1 vom 03.04.2002 auch weiterhin noch nutzt.

Die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) bewegen sich dabei auch in einem Bereich, in dem - aus den nachfolgend unter Abschnitt 4. erläuterten Gründen - eine Kollisionslage, nämlich die Gefahr von Verwechslungen mit der Marke LOTTO besteht. Dabei trifft es zwar zu, dass sie nach ihrem gegenwärtig - seit 14.03.2001 im Handelsregister HRB 31966 (vgl. Bl. 212 d. A.) dokumentierten - Unternehmensgegenstand nicht mehr die Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften betreiben und danach auch nicht mehr in der Fachberatung für Lotto und Toto tätig sind. Eben dies entsprach aber bis dahin dem Unternehmensgegenstand der Klägerin, die Geschäftsführung und Vertretung der sich damit befassenden Klägerin wiederum war Gegenstand der Drittwiderbeklagten

zu 2). Die zwischenzeitliche Änderung dieser Unternehmensgegenstände beseitigt die Gefahr einer wiederholten Verwendung der die Bestandteile „Free Lotto“ aufweisenden Firmen in den von den ursprünglichen Gegenständen abgedeckten Tätigkeitsbereichen nicht. Unabhängig davon, dass die Klägerin ausweislich des aktuellen Internetausdrucks vom 03.04.2002 eine Website unterhält, in der u.a. zumindest der Kontakt zu „Anbietern freier gewerblicher Lotto-Spielgemeinschaften“ vermittelt wird, und damit heute noch in einem der „Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften“ jedenfalls nahestehenden Bereich tätig ist, können auch die neuen Unternehmensgegenstände wieder geändert und auf den früheren Status zurückgeführt werden.

Soweit die Verwendung des Domain-Namens „freelotto.de“ in Frage steht, so ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen ebenfalls, dass dessen wiederholte Verwendung innerhalb eines Bereichs droht, in dem die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) auf die Marke LOTTO treffen

Was den zur Unterlassung begehrten Gebrauch des als Wortmarke angemeldeten Zeichens „FreeLotto“ angeht, ist zwar nicht ersichtlich, dass die Klägerin oder die Drittwiderbeklagte zu 2) dieses zur Kennzeichnung von im Bereich der Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften oder der Fachberatung für Lotto und Toto erbrachten Dienstleistungen tatsächlich im geschäftlichen Verkehr bereits verwendet haben. Indessen begründet die Einreichung der Markenmeldung beim DPMA die für den Unterlassungsanspruch ausreichende Gefahr hinsichtlich der erstmaligen Benutzung des Zeichens für diese Dienstleistungen (vgl. OLG Köln WRP 1997, 872 -„Swing/Spring“-; Ingerl/Rohnke, MarkenG, Vor §§ 14 - 19 Rdn. 26 m.w.N.). Etwas Gegenteiliges lässt sich auch den von der Klagepartei zitierten Ausführungen in Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 7. Auflage, 10. Kapitel Rdn. 13 nicht entnehmen, wonach in der „Eintragung“ einer Marke eine die Begehungsgefahr begründende Vorbereitungshandlung zu sehen ist. Denn danach ist es nicht ausgeschlossen, schon die Anmeldung als eine die Begehungsgefahr begründende Vorbereitungshandlung anzuerkennen, weil bereits die der Eintragung vorgelagerte Markenmeldung die ernsthafte und konkrete Absicht des Anmelders indiziert, das Zeichen im geschäftlichen Verkehr zu benutzen. Die danach mit der

Markenanmeldung begründete Erstbegehungsgefahr ist durch die Zurückweisung dieser Anmeldung durch das DPMA nicht entfallen. Wird die Anmeldung, so wie hier, deshalb zurückgewiesen, weil der Eintragung ein absolutes Schutzhindernis i.S. von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegenstehe, so deutet nichts darauf hin, dass der Anmelder nunmehr von der künftigen Benutzung absehen wird, etwa weil er das Zeichen nur dann gebrauchen will, wenn er dies exklusiv tun kann. Vielmehr spricht alles dafür, dass er die Bezeichnung, auch ohne dass diese als Marke geschützt ist, in jedem Fall im geschäftlichen Verkehr verwenden will. Im Streitfall liegt das vor allem deshalb nahe, weil die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) die Bezeichnung in anderen Schreibweisen bereits in Bereichen nutzen, die zumindest in engem Zusammenhang mit den von der Markenanmeldung erfassten Dienstleistungen stehen, so dass ein Gebrauch des Zeichens „FreeLotto“ als Kennzeichnungsmittel der hier in Frage stehenden Dienstleistungen indiziert ist.

4.

Auch die sachlichen Voraussetzungen des in § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG geregelten markenrechtlichen Kollisions- bzw. Verletzungstatbestandes der Verwechslungsgefahr sind erfüllt.

Ob bei einander gegenüberstehenden Zeichen die Gefahr einer Verwechslung besteht, ist nach deren jeweiligem Gesamteindruck festzustellen. Dabei kommt es auf die Nähe der in Betracht zu ziehenden Waren oder Dienstleistungen, auf die Kennzeichnungskraft der Klagemarke sowie auf das Maß der Ähnlichkeit der zu vergleichenden Kennzeichnungen an. Zwischen den dargestellten, die Verwechslungsgefahr bestimmenden Faktoren besteht dabei eine Wechselbeziehung dergestalt, dass der Ähnlichkeitsgrad umso geringer sein kann, je größer die Kennzeichnungskraft und/oder die Waren- oder Dienstleistungsnähe ist, während umgekehrt ein höherer Ähnlichkeitsgrad erforderlich ist, wenn die Kennzeichnungskraft der Klagemarke nur schwach und/oder der Waren- bzw. Dienstleistungsabstand erheblich ist (vgl. BGH WRP 2002, 987/989 –„Festspielhaus“; ders. GRUR 2002, 65/66 –„Ichthyol“-; ders. GRUR 2000, 875/876 –„Davidoff“-; ders. WRP 2000, 631/632 –„MAG-LITE“-; EuGH GRUR 1998, 387 –„Springende Raubkatze“- jeweils m.w.N.). Mit der Beklagten und dem ihr insoweit folgenden

Landgericht ist nach diesen Maßstäben die Verwechslungsgefahr im Streitfall zu bejahen.

a)

Was die Ähnlichkeit der von den zu vergleichenden Zeichen jeweils erfassten Dienstleistungen angeht, so liegt eine solche ohne weiteres vor. Denn die Veranstaltung und Durchführung von Lotterien, Geld- und anderen Glücksspielen u.a. im Wege der Telekommunikation, für welche die Marke LOTTO geschützt ist, ist der die Teilnahme an eben diesen Glücksspielen organisierenden Vermittlung von Spielverträgen im Namen von Wettgemeinschaften sowie der Fachberatung für Lotto und Toto, also den Dienstleistungsbereichen, in denen die beanstandeten Zeichen der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) genutzt wurden bzw. werden sollen, in hohem Maße ähnlich. Das gilt auch, soweit eine Verwendung der angegriffenen Bezeichnungen in bezug auf „Toto“ in Rede steht, bei dem es sich ebenfalls um ein gegen Geldeinsatz gespieltes Glücksspiel handelt. Hinsichtlich der beanstandeten Verwendung der Bezeichnung „freelotto.de“ als Internetadresse gilt das Gleiche: Bei Internet-Domain-Namen beurteilt sich die Frage, für welche Ware oder Dienstleistung sie verwendet wird, in aller Regel anhand der Produkte oder Dienstleistungen, über die unter dem Domain-Namen informiert oder für die geworben wird (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 14 Rdn. 242). Ausweislich der von der Beklagten vorgelegten Internetausdrucke wird der second-level-Domain-Namen „freelotto“ durch die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) u.a. zur Werbung für die Anbieter freier gewerblicher Lotto-Spielgemeinschaften verwendet, die an dem durch den Deutschen Lotto- und Totoblock veranstalteten „Lotto“ teilnehmen wollen. Auch diese unter der second-level-Domain „freelotto“ beworbene Dienstleistung ist der Dienstleistung „Organisation, Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und anderen Spielen“ sowie „Veranstaltung und Durchführung von Glücksspielen im Wege der Telekommunikation, insbesondere über Internet“, für die wiederum die Marke LOTTO eingetragen ist, in hohem Maße ähnlich. Denn zur Organisation und Durchführung von Lotterien und sonstigen Glücksspielen zählt die Bereitstellung der Möglichkeiten der Teilnahme hieran; eine besondere Form der Teilnahmemöglichkeit in Form von Spielergemeinschaften wird aber unter dem streitbefangenen second-level-Domain-Namen beworben.

b)

Was das die zeichenrechtliche Verwechslungsgefahr mitbeeinflussende Kriterium der Ähnlichkeit der zu vergleichenden Bezeichnungen angeht, so spricht im Streitfall zwar - wie dies der Senat in seinem in dem Verfahren 6 U 48/01 verkündeten Urteil vom 02.11.2001 bereits ausgeführt hat - manches dafür, die Zeichenähnlichkeit als lediglich gering einzuordnen. Denn es liegen Umstände vor, die den Schluss darauf nahe legen, dass die Zeichenähnlichkeit auf der Grundlage einer Gegenüberstellung einerseits von „LOTTO“ und andererseits der Zeichenbestandteile „Free Lotto“ in den zu beurteilenden Schreibweisen vorzunehmen ist. Der für die Beurteilung der Zeichenähnlichkeit maßgebliche Gesamteindruck der angegriffenen Bezeichnung ist nicht etwa anhand einer zergliedernden, semantischen Betrachtungsweise zu ermitteln. Vielmehr kann die Ähnlichkeit einer Marke mit einer anderen Kennzeichnung nur in bezug auf die konkrete Form, in der diese eingetragen und/oder verwendet wird, festgestellt werden. Das schließt es zwar nicht aus, einem bestimmten Zeichenbestandteil unter Umständen eine besondere, das gesamte Zeichen prägende Kennzeichnungskraft beizumessen, so dass bei Übereinstimmung der zu vergleichenden Zeichen in dem jeweils prägenden Bestandteil eine Verwechslungsgefahr zu bejahen sein kann (vgl. BGH GRUR 1996, 200/201 – „Innovadiclophlont“-). Den in den Firmen der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) enthaltenen Elementen „GmbH & Co KG“ bzw. „GmbH“ kann als die jeweilige Gesellschaftsform angebenen und daher rein beschreibenden Angaben eine solche den Gesamteindruck der Bezeichnungen prägende Kraft nicht zukommen. Nämliches gilt hinsichtlich des in die Firma der Klägerin eingestellten Zusatzes „International“, der eine Aussage über den Umfang der unternehmerischen Betätigung trifft, und dem als solcher eine sich ebenfalls in rein beschreibender Funktion erschöpfende Bedeutung beizumessen ist. Eine den Gesamteindruck der beanstandeten Zeichen prägende Kraft kann daher nur von den darin enthaltenen Elementen „Free Lotto“ ausgehen. Indessen liegt es hier - entgegen der von dem DPMA in seinem die Markenmeldung „FreeLotto“ der Klägerin zurückweisenden Beschluss vom 04.12.2001 zum Ausdruck gebrachten Einschätzung - eher fern, dem in den angegriffenen Zeichen jeweils enthaltenen Bestandteil „Lotto“/„lotto“ nach den oben dargestellten Grundsätzen eine den Gesamteindruck des Zeichens dominierende Kraft beizumessen. Zwar wird der Verkehr den in den beanstandeten Zeichen enthaltenen Bestandteil „Lotto“/„lotto“ neben „Free“/„free“ überhaupt als

eigenständiges Element wahrnehmen. Denn dem Verkehr begegnet im allgemeinen Sprachgebrauch nicht nur der Begriff „Lotto“ als selbständiges Einzelwort, mit dem eine bestimmte – u.a. durch den Deutschen Lotto- und Totoblock angebotene - Form der Lotterie bzw. generell des Glücksspiels bezeichnet wird, sondern dies gilt auch für den Begriff „free“. Der letztgenannte, dem anglo-amerikanischen Sprachraum entstammende Begriff ist auch innerhalb des deutschen Sprachraum weithin als eigenständiger, in die Alltagssprache integrierter Begriff verbreitet und wird als Synonym für „frei“/„ungebunden“ in einer denkbar breiten Ausdrucksvariante verwendet und – nicht zuletzt wegen seiner Nähe zu dem entsprechenden deutschen Begriff „frei“ – zwanglos verstanden. Dies stützt die Annahme, dass der angesprochene Verkehr in den streitbefangenen Bezeichnungselementen „Free“ und „Lotto“, auch soweit diese als Einwortzeichen zusammengestellt sind, zwei eigenständige und für sich genommen einen jeweils „kompletten“ Aussagegehalt enthaltende Bestandteile wiedererkennt, so dass die Prüfung veranlasst ist, ob eines dieser beiden Elemente den Gesamteindruck des Domain-Namens prägt. Gegen letzteres spricht jedoch, dass sowohl dem Begriff „Lotto“ als auch dem Begriff „free“ ein (auch) beschreibender Aussagewert zukommt. Selbst wenn sich – was hier unterstellt werden kann – der Begriff „Lotto“ für den Deutschen Lotto- und Totoblock durchgesetzt und für diesen im Verkehr eine hohe Bekanntheit und gesteigerte Kennzeichnungskraft erreicht hat, ändert das nichts daran, dass gerade aus der konkret kombinierten Wortfolge ein eigenständiger Aussagewert entsteht, der seinerseits einen gewissen Phantasiegehalt aufweist. Denn die Wortfolge „freelotto“ ist nicht etwa ausschließlich im Sinn von „kostenfreies“ Lotto bzw. die „kostenlose Teilnahme an/der kostenlose Zugang zu“ Lotto zu identifizieren, sondern kann aus der Sicht eines objektiven aufmerksamen Betrachters auch im Sinne eines „ungebundenen“ Lottos, also eines nicht an vorhandene Marktstrukturen, konkret den Deutschen Lotto- und Totoblock als Veranstalter gebundenen Lottospiels oder auch in bezug auf die freie = „unkonventionelle“ Interpretation von Regeln verstanden werden. Die aus den Begriffen „free“ und „lotto“ entstandene Wortfolge ist daher nicht eindeutig und regt zum Nachdenken an, um den Sinn zu entschlüsseln. Vor diesem Hintergrund scheint es aber fernliegend, dass der Verkehr den in der Begriffskombination „Free Lotto“/„FreeLotto“/„freelotto“ enthaltenen Bestandteil „free“ neben „lotto“ als rein beschreibende Angabe übergehen wird. Letztlich kann es allerdings offen bleiben, ob beide Elemente der angegriffenen Bezeichnungen

gleichgewichtig deren Gesamteindruck bestimmen bzw. der darin enthaltene Bestandteil „lotto“ nicht allein prägend (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 399) ist. Das bedarf hier deshalb nicht der Entscheidung, weil selbst bei Gegenüberstellung einerseits von „LOTTO“ und andererseits von „Free Lotto“/„FreeLotto“/„freelotto“ und bei Zugrundelegen der sich dabei herausstellenden deutlichen Unterschiede in klanglicher, schriftbildlicher und begrifflicher Hinsicht, die Verwechslungsgefahr – wie nachfolgend ausgeführt – zu bejahen ist.

c)

Denn selbst einem geringen Ähnlichkeitsgrad der Zeichen steht eine derart hohe Kennzeichnungskraft der Marke „LOTTO“ gegenüber, dass für einen mehr als nur unbeachtlichen Teil des angesprochenen Verkehrs, dem die Mitglieder des erkennenden Senats ebenso wie diejenigen der erstinstanzlich entscheidenden Kammer angehören, die Gefahr markenrechtlich relevanter Verwechslungen besteht.

Allerdings trifft es im Ansatz zu, dass es sich bei dem Begriff „Lotto“ von Hause aus um einen eine bestimmte Art des Lotteriespiels beschreibenden Begriff handelt (vgl.: Der große Brockhaus, 18. Auflage, sowie Duden, jeweils zum Stichwort: „Lotto“). Die Beklagte hat indessen substantiiert dargelegt, dass der Deutsche Lotto- und Totoblock den Begriff „Lotto“ intensiv in Benutzung genommen und bekannt gemacht hat, so dass dieser in hohem Maß geeignet ist, sich dem Publikum als Marke einzuprägen, d.h. in Erinnerung behalten und wiedererkannt zu werden (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 181 m.w.N.). Eine solche gesteigerte Kennzeichnungskraft lässt sich zwar nicht allein dem Umstand entnehmen, dass die Marke kraft Verkehrsdurchsetzung (§ 8 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 MarkenG) für die Gesellschafterinnen des Deutschen Lotto- und Totoblocks eingetragen worden ist. Denn ist ein Zeichen aufgrund von Verkehrsdurchsetzung eingetragen, so kommt ihm grundsätzlich normale, d.h. durchschnittliche Kennzeichnungskraft zu (BGH NJW RR 1993, 553 – „Apetito/Apitta“-; ders. GRUR 1991, 609 – „SL“-; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 8 Rdn. 150 und § 14 Rdn. 221). Indessen kann bei einem entsprechend hohen Durchsetzungsgrad auch die Kennzeichnungskraft als überdurchschnittlich eingeordnet werden und damit den Schutzbereich der Marke in einer Weise vergrößern, dass selbst bei verhältnismäßig geringer Ähnlichkeit des angegriffenen



Zeichens die Gefahr von Verwechslungen ggf. zu bejahen ist (Ingerl/Rohnke, a.a.O. m.w.N.). So liegt der Fall hier.

Dem Vortrag der Beklagten lässt sich zwar ebensowenig wie dem sonstigen Akteninhalt entnehmen, welchen konkreten Durchsetzungsgrad die Gesellschaften des deutschen Lotto- und Totoblocks seinerzeit gegenüber dem Deutschen Patent- und Markenamt behauptet haben, um die Markeneintragung zu erwirken. Fest steht lediglich, dass ein demoskopisches Gutachten im Eintragungsverfahren nicht vorgelegt worden war, sondern dass sich die Markenanmelderinnen darauf berufen haben, seit 1955 den Begriff „Lotto“ durch die regelmäßige Veranstaltung dieses Glücksspiels unter der entsprechenden Bezeichnung sowie die umfangreiche Ausgabe von „Lottoscheinen“, die flächendeckende Einrichtung von „Lotto-Annahmestellen“ und umfangreiche, kontinuierlich betriebene Werbemaßnahmen sowie schließlich die „öffentliche Ziehung der Lottozahlen“ und ihre Veröffentlichung im Fernsehen – u.a. in den Tagesnachrichten - in einer so nachhaltigen Weise im Verkehr bekannt gemacht zu haben, dass die weitaus überwiegende Anzahl der Verbraucher mit „Lotto“ zwanglos gerade das „Lotto“-Spiel des Deutschen Lotto- und Totoblocks assoziiert. Diese, im vorliegenden Prozess seitens der Beklagten näher erläuterten Umstände indizieren einen sehr hohen Durchsetzungsgrad des Begriffs „Lotto“ und lassen den Schluss darauf zu, dass dieser sich im Verkehr in hohem Maße als Herkunftshinweis auf den Deutschen Lotto- und Totoblock bzw. die diesen bildenden Gesellschafterinnen, darunter die Beklagte, durchgesetzt hat. Dem steht es nicht entgegen, dass nach der in dem Verfahren 6 U 48/01 vorgelegten gfk-Befragung lediglich insgesamt 49,3 % der Befragten auf die – sinngemäße – Frage, was sie mit dem Begriff „Lotto“ verbinden, Antworten gaben, die einen eindeutigen Rückschluss gerade auf das vom Deutschen Lotto- und Totoblock veranstaltete Lotto zulassen. Denn die übrigen, eine solche Zuordnung nicht auf Anhieb erkennen lassenden Antworten (z.B. „Glücksspiel“, „Gewinnspiel“ usw.) sind so allgemein, dass sie kein zuverlässiges Indiz *gegen* die nach den obigen Umständen, insbesondere die jahrzehntelange Tradition und Verbreitung des Lottos des Deutschen Lotto- und Totoblocks naheliegende Vorstellung darstellen, dass mit Lotto gerade *dieses* Lotto gemeint ist. Hinzu kommt, dass auch die Klägerin und die Drittwiderbeklagten keinen anderen Veranstalter genannt haben, der unter der Bezeichnung „Lotto“ eine Lotterie der hier betroffenen Art durchgeführt hat. Weder

die von der NKL noch die von der SKL veranstalteten Lotterien werden unter dieser Bezeichnung angeboten, noch bedienen sich andere Veranstalter dieses Begriffs. Aus diesem Grund lassen sich aus den Ergebnissen der von der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) als Anlage BB 6 vorgelegten Verkehrsbefragung der NFO Infratest ebenfalls keine der dargelegten Hinweiskriterien der Bezeichnung „Lotto“ entgegenstehenden Feststellungen herleiten. Selbst wenn nach dieser im Januar 2002 durchgeführten Befragung 47,7 % der Befragten in dem Begriff „Lotto“ ausschließlich den Hinweis auf ein bestimmtes Glücksspiel und nicht einen Hinweis auf ein Unternehmen sehen, spricht dies nach den vorbezeichneten Umständen der tatsächlichen Organisation und Veranstaltung des gerade unter der Bezeichnung „Lotto“ beworbenen und angebotenen Glücksspiels nicht ohne weiteres gegen eine derartige auf den Veranstalter hinweisende Funktion. Die Beklagte und ihre im Deutschen Toto- und Lottoblock zusammengeschlossenen 15 Mitgesellschafterinnen können sich darauf berufen, den Begriff „Lotto“ bereits seit 1955 in ununterbrochener Folge zur Kennzeichnung des von ihnen veranstalteten und durchgeführten Lotteriespiels verwendet zu haben. Seit 1965 wird die im Rahmen der Durchführung dieses Lotteriespiels veranstaltete „Ziehung der Lottozahlen“ bundesweit von den öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalten der ARD unter Verwendung des Begriffs „Lotto“ ausgestrahlt. Darüber hinaus existieren bundesweit unstrittig 21.000 „Lotto-Annahmestellen“, in denen – wiederum mit dem Begriff „Lotto“ gekennzeichnete „Lottospielscheine“ – ausgefüllt und zur Teilnahme an der solcherart bezeichneten, von der Klägerin und ihren Mitgesellschafterinnen durchgeführten Lotterie abgegeben werden können. Selbst wenn man dem beschreibenden Charakter des Begriffs „Lotto“ Rechnung trägt, spricht doch vor diesem Hintergrund alles dafür, aus dem nach den vorstehenden Umständen dokumentierten hohen Durchsetzungsgrad eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der Marke LOTTO herzuleiten. Dabei trifft es zwar zu, dass - wie dies die Klägerin und die Drittwiderbeklagte einwenden - die langjährige und intensive Benutzung der Bezeichnung nur dann zu einer Steigerung der von Hause aus als durchschnittlich einzuordnenden Kennzeichnungskraft der als durchgesetzt eingetragenen Marke führen kann, wenn diese als Kennzeichen und nicht etwa als Beschreibung bzw. als Gattungsbegriff für das beworbene und durchgeführte Lotteriespiel verwendet worden ist. Nach der dem Senat aus seiner Lebenserfahrung bekannten und als solche auch unstrittigen Verwendung des Begriffs, wie sie in der Werbung, bei der öffentlichen Ziehung der Lottozahlen, auf

den Lottoscheinen und in den Lottoannahmestellen stattgefunden hat und stattfindet, ist jedoch von einer solchen zumindest auch kennzeichenmäßigen Benutzung auszugehen.

Die vorstehenden, die Beurteilung der Verwechslungsgefahr wechselbezüglich beeinflussenden Parameter abwägend, ist im Streitfall die Gefahr von Verwechslungen nicht von der Hand zu weisen: Zwar wird die Gefahr von Zeichenverwechslungen, mithin die unmittelbare Verwechslungsgefahr, angesichts der aufgezeigten Verschiedenheit der zu vergleichenden Zeichen der Parteien zu verneinen sein. Jedoch besteht danach die Gefahr mittelbarer Verwechslungen. Denn ein mehr als nur unbeachtlicher Teil des angesprochenen Verkehrs wird davon ausgehen, dass es sich bei der Bezeichnung „Free Lotto“ in den streitbefangenen Schreibweisen um Abwandlungen des ihm bekannten und dem Deutschen Lottoblock zugeordneten Zeichens „Lotto“ handelt, unter denen „frei“ zugängliche, d.h. für jedermann verfügbare Informationen über das Glücksspiel Lotto einschließlich seiner Durchführung und Organisation und/oder die Möglichkeit der Teilnahme angeboten werden. Dieser Teil des Verkehrs erkennt zwar, dass es sich bei den streitbefangenen Bezeichnungen um verschiedene handelt, rechnet diese jedoch aufgrund der dargestellten Umstände irrig ein und demselben Unternehmen, hier konkret den Inhaberinnen der Marke LOTTO zu und erliegt daher der mittelbaren Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt des Serienzeichens. Diese liegt vor, wenn die Zeichen in einem Bestandteil übereinstimmen, den der Verkehr als Stamm mehrerer Zeichen eines Unternehmens ansieht und deshalb wegen dieses „wesensgleichen“ Stamms dem gleichen Zeicheninhaber zuordnet (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 428 m.w.N.). Mit der Anerkennung der mittelbaren Verwechslungsgefahr unter dem Aspekt des Serienzeichens wird der im Verkehr bekannten Übung vieler Unternehmen Rechnung getragen, sich eines Stammzeichens für alle ihre Waren zu bedienen und dieses – als solches erkennbar bleibende – Stammzeichen für einzelne Waren- oder Dienstleistungen abzuwandeln. Die Annahme eines solchen Serienzeichens für den Verkehr ist insbesondere dann nahliegend, wenn das Stammzeichen von dem Markeninhaber bereits zur Bildung mehrerer Zeichen benutzt und im Verkehr verwendet worden ist. Dies stellt jedoch keine unerlässliche Voraussetzung dar. Auch in einem erstmalig verwendeten Zeichen kann der Verkehr ein Stammzeichen sehen, wofür allerdings konkrete

Anhaltspunkte zu verlangen und strenge Anforderungen an die Wesensgleichheit des Stammbestandteils mit dem angegriffenen Zeichen zu stellen sind (vgl. Ingerl/Rohnke, a. a. O., § 14 Rdn. 428 m.w.N.). Im Streitfall sind diese Anforderungen erfüllt, da nach den beklagenseits vorgelegten Anlagen BE 7 und BE 8 nicht nur konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Gesellschafterinnen des Deutschen Lottoblocks nunmehr dazu übergehen, aus diesem Zeichen Abwandlungen zu bilden, um beispielsweise im Internet Informationsmöglichkeiten über ihr Lotto zur Verfügung zu stellen oder die Möglichkeit zur Teilnahme an Lotterien durch Zuhilfenahme der Mittel der Telekommunikation anzubieten, sondern der in den angegriffenen Bezeichnungen als „Stammbestandteil“ erkannte Begriff „Lotto“ ist dem Klagezeichen auch identisch (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 430).

Die von der Klägerin und der Drittwiderbeklagte zu 2) angeführten zahlreichen, jeweils den Bestandteil „Lotto“ aufweisenden Drittzeichen stehen der Bejahung der Verwechslungsgefahr nicht entgegen. Treten diese Zeichen tatsächlich dem Verkehr in relevantem Umfang gegenüber, so wird dieser dann zwar eher dazu neigen, den anderen Zeichenbestandteilen ein besonderes unterscheidendes Gewicht beizumessen. Unabhängig davon, ob danach im Streitfall tatsächlich die Gefahr von Verwechslungen eines beachtlichen Teils der Zeichenadressaten ausgeschlossen wäre, lassen sich indessen weder dem Vortrag der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) noch dem Sachverhalt im übrigen Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die erwähnten, den jeweiligen Bestandteil „Lotto“ aufweisenden Drittzeichen in relevantem Umfang in Benutzung genommen worden sind und daher den Verkehr in der aufgezeigten Weise bei der Wahrnehmung der streitbefangenen Bezeichnungen beeinflussen können.

5.

Soweit die Klägerin und die Drittwiderbeklagte mit Blick auf die in § 22 Abs. 1 Nr. 2 2. Alternative, Abs. 2 MarkenG getroffene Regelung eine Koexistenzlage begründet sehen, nach welcher die Beklagte den Gebrauch ihrer streitbefangenen Unternehmenskennzeichen hinzunehmen habe, vermögen sie damit nicht durchzudringen. Gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2, 2. Alternative MarkenG kann der Inhaber einer prioritätsälteren Marke die Benutzung einer eingetragenen Marke mit jüngerem

Zeitrang nicht untersagen, wenn sein Antrag auf Löschung dieses jüngeren Zeichens zurückgewiesen worden ist oder zurückzuweisen wäre, weil die Eintragung der prioritätsälteren Marke am Tag der Veröffentlichung der Eintragung der Marke mit jüngerm Zeitrang wegen absoluter Schutzhindernisse hätte gelöscht werden können. Mit der Behauptung, die als durchgesetztes Zeichen eingetragene Marke LOTTO sei bereits im Eintragungszeitpunkt am 27.08.1997, jedenfalls aber zu dem Zeitpunkt, als ihre in bezug auf die vorstehenden Unternehmenskennzeichen geltend gemachten Rechte entstanden seien, (noch) nicht im Verkehr durchgesetzt gewesen, wenden die Klägerin und die Drittwiderbeklagten zu 2) ein solches absolutes Schutzhindernis, nämlich die fehlende Unterscheidungskraft oder ein Freihaltebedürfnis (§§ 8 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2; 50 Abs. 1 Nr. 3; 51 Abs. 4; MarkenG) ein. Eine die Unterlassungsansprüche der Beklagten nach Vorgabe dieser Bestimmung ausschließende Situation kann im vorliegenden Prozess indessen nicht festgestellt werden. Vom Wortlaut her greift die Vorschrift des § 22 Abs. 1 MarkenG schon im Ansatz nicht, weil es sich danach bei dem jüngeren, von dem Inhaber der älteren Marke hinzunehmenden Zeichen um eine eingetragene Marke handeln muss, so dass aus nicht eingetragenen jüngeren Bezeichnungen - und nur um solche handelt es sich bei den von der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) angeführten „Free Lotto“-Unternehmenskennzeichen - keine Koexistenzberechtigung hergeleitet werden kann. Ob mit Ingerl/Rohnke (MarkenG, § 22 Rdn. 14) eine Anwendung der Bestimmung des § 22 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG auf sämtliche, also auch nicht eingetragene (jüngere) Kennzeichenrechte zu befürworten ist, bedarf indessen keiner Entscheidung durch den Senat. Denn auch in diesem Fall greift der Einwand der Koexistenz gem. § 22 Abs. 1 Nr. 2 2. Alternative, Abs. 2 MarkenG nicht. Die ursprüngliche Lösungsreife einer eingetragenen Marke, also ihre Lösungsreife wegen bereits im Eintragungszeitpunkt bestehender absoluter Schutzhindernisse kann im Verletzungsprozess nicht als Einwendung geltend gemacht werden, sondern ist der Prüfung im Lösungsverfahren gem. § 54 MarkenG vorbehalten. Der Richter des Verletzungsprozesses ist - wie dies oben unter Abschnitt A. I. 2. bereits angesprochen ist - an die Markeneintragung gebunden. Auch die in § 22 Abs. 1 Nr. 2 2. Alternative MarkenG getroffene Regelung eröffnet nicht die Möglichkeit, diese Bindungswirkung zu durchbrechen und nunmehr im Verletzerprozess zu überprüfen, ob im Zeitpunkt der Eintragung der prioritätsälteren Marke die Eintragungsvoraussetzungen vorlagen (vgl. OLG Köln WRP 2001, 57/59 „Kinder

Kram“-; Fezer, Markenrecht, 3. Auflage, § 22 Rdn. 3; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 22 Rdn. 12). Die Eintragung entfaltet danach zwar nur eine Bindungswirkung hinsichtlich der in diesem Zeitpunkt in bezug auf absolute Schutzhindernisse vorhandenen Eintragungsfähigkeit der Marke, nicht aber auch eine solche für den nach § 22 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG maßgeblichen Zeitpunkt der Entstehung der jüngeren Kennzeichenrechte. Im Streitfall liegen indessen aus den bereits unter Abschnitt A. I. 4. c) dargestellten Erwägungen keine Anhaltspunkte vor, dass sich in der Zeitspanne ab Eintragung der Marke am 27.08.1997 bis zur Aufnahme der Benutzung der „Free Lotto“-Unternehmenskennzeichen durch die Klägerin und die Drittwiderbeklagten zu 2), die unter ihren jetzigen Firmen am 07.01.1999 bzw. am 30.12.1998 in das Handelsregister eingetragen wurden, ein Verfall der Eintragungsvoraussetzungen der Marke LOTTO ergeben hat und daher die gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG erforderliche Verkehrsdurchsetzung, von deren Vorhandensein im Zeitpunkt der Eintragung der Marke LOTTO auszugehen ist, nachträglich wieder entfallen ist.

## II.

Die Auskunfts- und Schadensersatzfeststellungsbegehren ergeben sich hinsichtlich der unter Ziff. I. 1.1 und 1.2 beanstandeten Handlungen aus den §§ 14 Abs. 6 MarkenG i.V. mit § 242 BGB. Dass es der Klägerin und der Drittwiderbeklagten unmöglich ist, die insoweit verlangten und geschuldeten Informationen zu erteilen, ist nicht ersichtlich; sie sind vielmehr in der Lage, die unter den in Frage stehenden Bezeichnungen vorgenommenen Handlungen und damit etwa erzielte Umsätze, ggf. unter Heranziehung von Hilfspersonen zu ermitteln und der Beklagten zur Verfügung zu stellen, die auf dieser Grundlage den ggf. ersetzt verlangten Schaden ermitteln kann. Soweit die Beklagte die Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz und zur Auskunft auch hinsichtlich der mit dem Unterlassungsantrag unter Ziff. I.1.3 angegriffenen Verwendung des als Wortmarke angemeldeten Zeichens „FreeLotto“ begehrt, stellt sich dies indessen als unberechtigt dar. Da insoweit lediglich die erstmalige Verwendung des beanstandeten Zeichengebrauchs, mithin die erst zukünftige Vornahme einer Verletzungshandlung droht, kann der Beklagten hieraus noch kein Schaden entstanden sein, zu dessen Ersatz die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) verpflichtet sind. Aus diesem Grund scheidet auch der die Geltendmachung eines solchen Schadensersatzanspruchs vorbereitende unselbständige Auskunftsanspruch. Aber auch mit dem unter Ziff. 3 der Widerklage

formulierten, auf § 19 Abs. 2 MarkenG gestützten selbständigen Auskunftsbegehren, mit dem Informationen über die gewerblichen Abnehmer der „gelieferten und bestellten Gegenstände“ verlangt werden, vermag die Beklagte nicht durchzudringen. Dem steht es zwar nicht entgegen, dass das in Frage stehende Zeichen „FreeLotto“ nicht für Waren, sondern zur Kennzeichnung von Dienstleistungen in Benutzung genommen werden soll. Denn die nach § 19 MarkenG geschuldete Auskunft erfasst auch Geschäftspapiere und Werbemittel i.S. des § 14 Abs. 3 Nr. 5 MarkenG (Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 19 Rdn. 10 m.w.N.). Die Benutzung eines Zeichens als Kennzeichnungsmittel für Dienstleistungen bringt aber in aller Regel die Verwendung eben dieses Zeichens in die damit gekennzeichnete Dienstleistung anbietenden und/oder bewerbenden Geschäftspapieren und Werbeunterlagen mit sich. Voraussetzung der in Rede stehenden Auskunft ist jedoch eine bereits erfolgte Verwendung derartiger Unterlagen im geschäftlichen Verkehr, weil andernfalls die in Frage stehende Auskunft von vornherein ins Leere läuft. Weder dem Vortrag der Beklagten noch dem Sachverhalt im übrigen lässt sich jedoch entnehmen, dass die Klägerin und/oder die Drittwiderbeklagte zu 2) das in Frage stehende Zeichen „FreeLotto“ auf die vorbeschriebene Weise jemals im geschäftlichen Verkehr in Geschäftspapieren oder in Werbemitteln verwendet haben.

### III.

Entsprechendes gilt hinsichtlich des geltend gemachten Vernichtungsanspruchs. Soweit dieser sich auf die unter Ziff. I. 1.1. und 1.2 aufgeführten Bezeichnungen bzw. die mit diesen versehenen Gegenstände bezieht, steht der Beklagten ein Anspruch auf Vernichtung aus § 18 Abs. 1 MarkenG zu, der ebenfalls Geschäftspapiere und Werbemittel i.S. des § 14 Abs. 3 Nr. 5 MarkenG erfasst (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 18 Rdn. 10). Da die Klägerin und die Drittwiderbeklagte zu 2) unter den hier betroffenen Bezeichnungen bereits im geschäftlichen Verkehr aufgetreten sind, spricht alles dafür, dass sie diese auch in noch in ihrem Besitz oder in ihrem Eigentum befindlichen Geschäftspapieren und Werbemitteln verwendet haben, so dass der Vernichtungsanspruch greift. Anderes gilt jedoch hinsichtlich des in bezug auf das als Wortmarke angemeldete Zeichen „FreeLotto“ gemäß Ziff. I.1.3 der Widerklage. Angesichts der hinsichtlich der Verletzungshandlung lediglich bestehenden Erstbegehungsgefahr ist nicht ersichtlich und lässt sich auch dem

Vortrag der Beklagten nicht entnehmen, dass die Klägerin und/oder die Drittwiderbeklagte zu 2) bereits Geschäftspapiere und/oder Werbematerialien in ihrem Besitz haben, in denen das Zeichen verwendet ist. Vor diesem Hintergrund greift die begehrte Vernichtung aber von vornherein ins Leere, jedenfalls aber spricht alles dafür, dass bereits das die Benutzungshandlung gemäß § 14 Abs. 3 Nr. 5 MarkenG umfassende Verbot des (drohenden) Zeichengebrauchs ausreicht, um i.S. von § 18 Abs. 1 letzter Halbsatz MarkenG auf anderweitige Weise den durch die Rechtsverletzung verursachten Zustand zu beseitigen, so dass es der Anordnung der Vernichtung nicht bedarf.

#### B.

Aus den unter Abschnitt A. dargestellten Gründen folgt zugleich die Unbegründetheit der Klage. Denn hat die Klägerin den Gebrauch der Domain „freelotto“ zu unterlassen, weil der Beklagten demgegenüber aus der Marke LOTTO ein besseres Recht zusteht, scheidet sowohl das auf die Aufhebung des Dispute-Eintrags betreffend diese Domain gerichtete Klagebegehren als auch das Hilfsbegehren, derartige Dispute-Einträge künftig zu unterlassen.

#### C.

Was das von der Klägerin und der Drittwiderbeklagten als Zwischenfeststellungswiderklage bezeichnete Rechtsschutzbegehren angeht, gilt folgendes:

Es kann dahinstehen, ob die zunächst als eine das Vorliegen eines Feststellungsinteresses voraussetzende Feststellungswiderklage bezeichnete Widerklage zulässigerweise in eine Zwischenfeststellungswiderklage umbenannt werden konnte und ob diese zulässig ist. Aus den unter A. I. 5. dargestellten Gründen ist sie jedenfalls nicht begründet.

#### D.

Ebenso wie das erstinstanzlich entscheidende Landgericht sieht der Senat schließlich keinen Anlass, den Rechtsstreit mit Blick auf das in bezug auf die



Klagemarke bei dem Deutschen Patent- und Markenamt betriebene Lösungsverfahren nach Maßgabe von § 148 ZPO auszusetzen.

Grundsätzlich ist im Markenverletzungsverfahren davon auszugehen, dass die eingetragene Marke in Kraft steht und deshalb als solche schutzfähig ist. Der Einwand, eine Marke sei trotz des Vorliegens eines absoluten Schutzhindernisses (hier: §§ 8 Abs. 2 Nr. 2, 50 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG) - mithin zu Unrecht - eingetragen worden, kann gemäß § 54 Abs. 1 MarkenG nur durch einen Lösungsantrag beim Patentamt geltend gemacht werden (vgl. BGH WRP 2000, 632 — „MAG-LITE“ -; ders. GRUR 1998, 413 f — „Analgin“ -; Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 14 Rdn. 15). Die bei Einleitung eines Lösungsverfahrens im Markenverletzungsprozess danach lediglich in Betracht zu ziehende prozessuale Möglichkeit der Aussetzung gemäß § 148 ZPO erfordert — neben der Vorgeiflichkeit — indessen, dass das Lösungsverfahren einige Erfolgsaussichten aufweist (vgl. BGH GRUR 1987, 284 — „Transportfahrzeug“ -). Letzteres kann im Streitfall nicht bejaht werden. Neben den oben bereits dargestellten, die Bekanntheit der Klagemarke und ihre hohe Kennzeichnungskraft betreffenden Umständen sprechen die Ergebnisse der oben erwähnten demoskopischen Gutachten dagegen, der von der LottoTeam Partnership Service GmbH betriebenen Löschung der Klagemarke die erforderliche Erfolgsaussicht beizumessen. Entgegen der Meinung der Klägerin und der Drittwiderbeklagten zu 2) lassen diese Gutachten nicht schon aus sich heraus den Schluss auf eine dem Nachweis der Verkehrsdurchsetzung nicht genügende Bekanntheit und Zuordnung der Bezeichnung „LOTTO“ zu. Vielmehr indizieren die mit dieser Befragung ermittelten Werte einen hinreichend hohen Bekanntheitsgrad von „LOTTO“, so dass danach die der begehrten Löschung aber entgegenstehende Annahme nahe liegt, der Verkehr verstehe diese Bezeichnung als eine auf das Lotteriespiel der Klägerinnen und ihrer Mitgesellschafterinnen hinweisende, mithin i.S. von § 8 Abs. 3 MarkenG durchgesetzte Kennzeichnung. Das gilt auch, wenn man mit der Beklagten einen hohen, die Quote von 50 % deutlich übersteigenden Durchsetzungsgrad fordern will. Nach den Ergebnissen der Befragungen war jedenfalls einem Anteil von über 50 % der Befragten der Begriff „LOTTO“ im Zusammenhang mit Glücksspielen bereits bekannt und assoziierte ein deutlich darüber liegender Teil dabei „LOTTO“ spontan mit dem Lotto der Beklagten und der anderen Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks. Angesichts des

Umstandes, dass die unter der Bezeichnung „LOTTO“ veranstaltete und durchgeführte Lotterie von mehreren, im Deutschen Lotto- und Totoblock zusammengefassten selbständigen Gesellschaften veranstaltet und durchgeführt wird, schließt selbst die Annahme der Befragten, dass „Lotto“ - sinngemäß - von verschiedenen Veranstaltern komme, nicht aus, dass „LOTTO“ gleichwohl einem zum Deutschen Lotto- und Totoblock gehörigen Veranstalter zugeordnet wird. Vor diesem Hintergrund kann dem gegen die Marke LOTTO gerichteten Löschantrag aber das zu fordernde Ausmaß der Erfolgsaussicht nicht zugesprochen werden und ist daher die im vorliegenden Verletzerprozess begehrte Aussetzung nicht gerechtfertigt.

#### E.

Die Kostenfolge ergibt sich aus den §§ 92 Abs. 1, 91 a ZPO i.V. mit § 269 Abs. 3 ZPO. Soweit die Parteien die Hauptsache hinsichtlich des Drittwiderbeklagten zu 3) einvernehmlich zur Erledigung gebracht haben, waren die Kosten bis zu dessen Unterlassungserklärung ebenso zu verteilen, wie dies für das Verhältnis zwischen der Beklagten und der Drittwiderbeklagten zu 2) betreffend die Widerklage gilt. Unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes entspricht dies billigem Ermessen, weil der Drittwiderbeklagte zu 3) aus den obigen Gründen in gleichem Umfang auf die Widerklage hin verurteilt worden wäre wie die Drittwiderbeklagte zu 2).

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 108, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Nichtzulassung der Revision beruht auf folgender Erwägung: In dem sich im wesentlichen mit nämlichen Rechtsfragen befassenden Parallelverfahren 6 U 48/01 hat der dortige Beklagte Thorsten Speckmann Revision eingelegt, über deren Annahme der Bundesgerichtshof in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung der ZPO zu entscheiden hat. Die auf der Grundlage der Bestimmungen der §§ 543 ff ZPO in der seit dem 01.01.2002 geltenden Fassung i.V. mit § 26 Nr. 7 und Nr. 8 EGZPO erfolgte Nichtzulassung der Revision im vorliegenden Verfahren setzt den Bundesgerichtshof als Rechtsinstanz in die Lage, in den beiden Parallelverfahren

einheitlich selbst darüber zu befinden, ob eine mündliche Revisionsverhandlung durchgeführt werden soll.

Die gemäß § 544 ZPO n. F. i.V. mit § 26 Nr. 8 EGZPO festzusetzende Beschwer orientiert sich am Wert des jeweiligen Unterliegens der Parteien im vorliegenden Rechtsstreit.

Streitwert in der Berufung:

I.

bis zum 03.04.2002: 325.000,00 €;

Klage: 25.000,00 €

(das Hilfsgebegehren wirkte sich gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 GKG nicht streitwerterhöhend aus),

Widerklage: 300.000,00 €;

Unterlassungsantrag I.1.1.:	150.000,00 €
Unterlassungsantrag I.1.2. :	50.000,00 €
Unterlassungsantrag I.1.3.:	30.000,00 €
Auskunftsantrag I.2.	15.000,00 €
Auskunftsantrag.3.:	5.000,00 €
Schadensersatzfeststellungsantrag II.:	45.000,00 €
Vernichtungsantrag III. :	5.000,00 €;

II.

ab 04.04.2002 (Eingang der neu formulierten Widerklage) bis zum 19.06.2002:  
460.000,00 €

Klage: 25.000,00 €;

Widerklage: 435.000,00 €

Unterlassungsantrag I.1.1. :	150.000,00 €
Unterlassungsantrag I. 1.2.	50.000,00 €
Unterlassungsantrag 1.3:	30.000,00 €
Auskunftsantrag I. 2.	15.000,00 €
Auskunftsantrag I. 3.	5.000,00 €
Schadensersatzfeststellungsantrag II:	180.000,00 €
Vernichtungsantrag III.	5.000,00 €;

III.

ab 20.06.2002 (Eingang der Zwischenfeststellungswiderklage) bis zum 21.06.2002:  
510.000,00 €:

Klage: 25.000,00 €,  
Widerklage: 435.000,00 € (wie oben unter II.),  
Zwischenfeststellungswiderklage: 50.000,00 €;

IV.

danach: 375.000,00 €,

Klage: 25.000,00 €  
Widerklage: 300.000,00 € (wie oben unter I.),  
Zwischenfeststellungswiderklage: 50.000,00 €.

Schütze

Pietsch

Schütze

Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht  
Dr. Schwippert ist  
infolge urlausbedingter  
Ortsabwesenheit verhindert,  
seine Unterschrift beizufügen