

16-06-2005

OLG München

29 U 5456/04

LG München I 26. Oktober 2004 33 O 20108/03

I. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 26. Oktober 2004 wird zurückgewiesen.

II. Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115 % des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Gründe

I.

Die Parteien streiten im Wesentlichen um die rechtserhaltende Benutzung einer an einer Vanity-Nummer orientierten Marke durch Verwendung im Internet.

Die Klägerin ist ein 1967 gegründetes Unternehmen mit Sitz in Großbritannien. Sie befasst sich unter anderem mit der Lizenzierung von Marken und Dienstleistungen, die im Rahmen eines Fran-chise-Systems unter alphanumerischen Telefonnummern angeboten werden. Sie ist alleinige Inhaberin der Anteile an dem im Blumenversand tätigen britischen Unternehmen 8 FL

Die Beklagte ist ein in den USA ansässiges Unternehmen. Sie ist im Bereich des Online-, Telefon-, Katalog- und Einzelhandelsverkaufs von Blumen tätig.

Die Klägerin ist Inhaberin der am 1. April 1996 unter Inanspruchnahme einer Teilpriorität für Waren der Klasse 31 vom 8. November 1995 angemeldeten Gemeinschaftswortmarke Nr. 34 8 FL für Waren und Dienstleistungen der Klassen 31, 35 und 39.

Die Beklagte ist Inhaberin der am 15. März 1996 angemeldeten und am 2. Dezember 1996 eingetragenen deutschen Wortmarke Nr. 39 8 -FL (im Folgenden: Streitmarke) für die Dienstleistungen "Abwicklung und Auslieferung von Blumen auf Bestellung durch andere Blumengeschäfte an Empfänger". Sie erhob auf der Grundlage der Streitmarke Widerspruch gegen die Gemeinschaftsmarke Nr. 34 der Klägerin.

2001 ließ sich das Tochterunternehmen der Klägerin 8 FL die Internetdomain www.08 ... f l. zuteilen, unter der es seinen Blumenversand in englischer Sprache mit Preisangaben in britischen Pfund anbietet. Wegen der Einzelheiten dieses Auftritts wird auf die Anlage B 8 verwiesen.

Die Beklagte bietet unter der Internetdomain www.18 ... FL die Lieferung von Blumen an und verwendet bei diesem Internetauftritt folgendes farbige Emblem (hier in schwarz/weiß wiedergegeben):

.....

Im vorliegenden Abdruck fehlt die oben erwähnte Abbildung.

.....

Wegen des Inhalts des Internetauftritts der Beklagten im Einzelnen wird auf die Anlagen K 3, K 18, B 3, B 12/4 und die vom Beklagtenvertreter im Termin am 16. Juni 2005 übergebenen Anlagen Bezug genommen.

Daneben ist die Beklagte Inhaberin der Domain www.80 fl, die seit 1998 dergestalt mit www.18 fl verlinkt ist, dass ein Nutzer, der sie anwählt, automatisch auf den Internetauftritt unter der Domain www.18 fl ... umgeleitet wird.

Die Beklagte veranlasst auf Internetbestellung auch die Lieferung von Blumen in Deutschland. Von 1996 bis 2001 stiegen nach dem bestrittenen Vortrag des Beklagten die Zahl der Auftraggeber in Deutschland von 194 auf 4.277 und die Zahl der Lieferungen in Deutschland von 362 auf 4.368 an. Wegen der bestrittenen Entwicklung in diesem Bereich im Einzelnen wurde auf die Anlage B 5 Bezug genommen.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass die Streitmarke wegen Verfalls gemäß § 49 MarkenG zu löschen sei, weil die Beklagte sie nicht rechtserhaltend benutzt habe; die Verwendung im Internetauftritt der Beklagten sei keine Benutzung im Inland und die Zusätze in dem Emblem hätten den Charakter der Marke i. S. d. § 26 Abs. 3 MarkenG verändert.

Sie hat beantragt,

I. die Beklagte zu verurteilen, in die Löschung ihrer beim Deutschen Patent- und Markenamt unter der Nr. 39 eingetragenen Marke 80-FL bezüglich der Dienstleistungen "Abwicklung und Auslieferung von Blumen auf Bestellung durch andere Blumengeschäfte an Empfänger" einzuwilligen, und

II. festzustellen, dass der Verfall der in Antrag I. bezeichneten Marke am 2. Dezember 2001 eingetreten ist.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, von 1994 bis 1998 sei unter ihrer Domain www .80 fl. eine Eingangsseite mit folgender Darstellung (vgl. Anlage B 12/1) erreichbar gewesen:

.....

Im vorliegenden Abdruck fehlt die oben erwähnte Darstellung.

.....

Sie hat die Auffassung vertreten, sie habe die Streitmarke seit 1994 über das Internet im Inland verwendet. Die ausschließliche Verwendung der englischen Sprache in ihrem Internetauftritt stehe der Annahme einer Benutzung im Inland nicht entgegen; der Benutzungszwang im Inland begründe nicht die Pflicht, eine deutsche Marke auch auf Deutsch zu bewerben. Angesichts der Möglichkeiten des Internets könnten deutsche Kunden auch über fremdsprachige Homepages Waren bestellen. Ebenso sei die Auszeichnung der Preise nur in US-Dollar ohne Belang, wenn wie vorliegend mit Kreditkarte bezahlt würde. Die Verwendung des Emblems verändere auch nicht den Charakter der Streitmarke. Insbesondere trage die Voranstellung von 1- lediglich technischen Notwendigkeiten Rechnung.

Zudem hat die Beklagte Widerklage erhoben und sich insoweit auf die Streitmarke und ihre Domainbezeichnungen, bei denen es sich um den Gebrauch ihres Firmennamens handele, berufen; die Klägerin verletze die sich daraus ergebenden Rechte durch deren eigenen Internetauftritt und die Anmeldung einer Gemeinschaftsmarke.

Zur Widerklage hat sie beantragt,

I. die Klägerin zu verurteilen, es bei Meidung [der gesetzlichen Ordnungsmittel] zu unterlassen, für den Geltungsbereich der Bundesrepublik Deutschland verboten [sic!], für den gewerblichen Versand von Blumen die Bezeichnung 80 .FL bzw. 08 FL zu benutzen und

II. die Klägerin zu verurteilen, die Domainregistrierung 08 FL zu löschen und die Löschung durch Vorlage geeigneter Unterlagen nachzuweisen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Sie hat die Ansicht vertreten, dass die Widerklage nicht auf die Streitmarke gestützt werden könne, weil diese löschrungsreif sei. Auch unternehmenskennzeichenrechtliche und namensrechtliche Ansprüche der Beklagten beständen nicht, weil nicht substantiiert dargetan sei, dass eine entsprechende Verwendung in Deutschland erfolgt sei. Der Löschrungsanspruch sei schon unschlüssig, weil Inhaberin der zu löschrenden Domain nicht die Klägerin, sondern die 80 FL Ltd. sei. Im Übrigen würde ihr - der Klägerin - mit der Löschrung auch außerhalb Deutschlands ein wertvoller Besitzstand entzogen. Mit Urteil vom 26. Oktober 2004 hat das Landgericht die Beklagte antragsgemäß verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Auf die tatsächlichen Feststellungen dieses Urteils wird Bezug genommen. Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen Folgendes ausgeführt: Die Streitmarke sei weder durch die Verwendung des Kennzeichens 80 FL noch durch die Ingebrauchnahme des Kennzeichen 1-8 -fl. rechtserhaltend benutzt worden. 80 FL sei nicht markenmäßig benutzt worden; die Verwendung einer eigenen Website www.80 fl ... bis 1998 genüge nicht, weil der

Internetnutzer dort bereits unter dem Kennzeichen 1-8-FL begrüßt worden sei, ohne dass die Kennzeichnung 80 FL im Text der Internetseite als Herkunftshinweis für die angebotenen Dienstleistungen nochmals aufgetaucht sei. Auch die ab 1998 bestehende Verlinkung begründe keinen Herkunftshinweis dieser Domain auf die angebotenen Dienstleistungen, sondern stelle lediglich eine erweiterte Zugriffsmöglichkeit auf die verlinkte Domain 1-8 FL dar. Auch die Verwendung des Kennzeichens 1-8 -fl stelle keine rechtserhaltende Benutzung dar, weil sie nicht in Deutschland erfolgt sei und eine erhebliche Abweichung von der eingetragenen Marke i. S. d. § 26 Abs. 3 MarkenG darstelle. Die in den USA ansässige Beklagte unterhalte in Deutschland keinen Geschäftssitz und erbringe ihre Dienstleistung des Blumenversands aus einem Service-Center in den USA. Nach ihren Geschäftsbedingungen seien Leistungsort die USA. Nach der inhaltlichen Ausgestaltung ihrer Internetseite richte sich diese in erster Linie an amerikanische Kunden; die Seite sei in englischer Sprache verfasst und weise die Preise in US-Dollar aus. Auch die Rubrik International Delivery auf der Webseite sei dahin zu interpretieren, dass damit in erster Linie amerikanische Verbraucher angesprochen würden, die Blumen über die Beklagte in andere Länder versenden wollten; soweit aber ein amerikanischer Kunde Blumen nach Deutschland schicken lasse, liege kein rechtserhaltender Gebrauch der Streitmarke vor, weil diese dem Empfänger gegenüber in keiner Weise in Erscheinung trete. Das von der Beklagten verwendete Kennzeichen 1-8-fl weiche auch von der Streitmarke derart ab, dass deren Charakter verändert werde und eine rechtserhaltende Benutzung ausscheide. Zwar sei das hinzugefügte Bildmotiv in Blumengestalt ohne charakterverändernde Wirkung, weil es sich lediglich um ein beschreibendes Motiv handle und der Verkehr sich vorwiegend am Wortbestandteil zu orientieren pflege. Auch der Bestandteil .com habe keine eigenständige Kennzeichnungskraft, da den Verkehrskreisen bekannt sei, dass es sich dabei lediglich um eine generische Angabe zur Top-Level-Domain handle. Charakterverändernd wirke sich aber der Zusatz 1- aus. Dieser Zusatz sei der ursprünglichen Marke vorangestellt, so dass ihm besonderes Gewicht zukomme. Zudem sei bei der Streitmarke der Bestandteil FL rein beschreibend; Kennzeichnungskraft erlange die Marke erst durch die vorangestellte Zahlenkombination 80-. Durch die Voranstellung des Zusatzes 1- werde der Marke ein neues Element mit eigener Kennzeichnungskraft hinzugefügt, so dass der Verkehr bei Wahrnehmung der Unterschiede das Kennzeichen 1-80-fl. nicht mehr mit der Streitmarke 80-FL gleichsetze. Anstelle einer dreistelligen Zahl werde nunmehr eine vierstellige Zahl verwendet, die zudem noch durch einen Bindestrich abgesetzt sei. Der Feststellungsantrag sei nach § 52 Abs. 1 Satz 2 MarkenG zulässig und begründet; insbesondere habe die Klägerin wegen des Widerspruchs der Beklagten gegen ihre Gemeinschaftsmarke ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis. Die Widerklage sei unbegründet. Auf die Streitmarke könne sich die Beklagte nicht stützen, da diese lösungsreif sei, was einredeweise zu berücksichtigen sei. Die Inhaberschaft der Domain www.80fl. begründe kein Namensrecht der Beklagten, da diese ihren Inhaber aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise nicht namensmäßig identifiziere. Aus ihrem Unternehmenskennzeichen 1-8-FL schließlich könne die Beklagte keine Rechte gemäß § 5 Abs. 2, § 15 Abs. 2 MarkenG herleiten, weil sie dieses ebenso wenig wie die Streitmarke in Deutschland verwendet habe. Darüber hinaus sei keine Verletzungshandlung der Klägerin gegeben. Die Anmeldung der Gemeinschaftsmarke Nr. 34 80 FL begründe noch keine Erstbegehungsfahr für eine Benutzung in Deutschland, weil bei der Vielzahl der Mitgliedsstaaten nicht eine tatsächliche Benutzungsabsicht für alle Mitgliedsstaaten unterstellt werden könne. Zusätzliche Umstände, die eine Konkretisierung der Benutzungsgefahr auf Deutschland erlauben würden, seien im Streitfall nicht ersichtlich. Hinsichtlich der vom Tochterunternehmen der Klägerin

verwendeten Kennzeichnung 08 FL. sei zwar eine Zurechnung zur Klägerin als Störerin wegen deren unmittelbarer Einflussmöglichkeiten als Muttergesellschaft auszugehen; es bestünden aber erhebliche Bedenken, ob dies eine Benutzungshandlung in Deutschland darstelle, weil sich die in englischer Sprache verfasste Internetseite in erster Linie an englische Kunden richte. Jedenfalls fehle es aber an einer Verwechslungsgefahr i. S. d. § 15 Abs. 2 MarkenG. Die durchschnittlich kennzeichnungskräftigen Zeichen seien auch bei identischen Dienstleistungen nicht ausreichend ähnlich, um eine Verwechslungsgefahr anzunehmen. Da der Bestandteil fl. rein beschreibend sei, seien bei beiden Kollisionszeichen die Zifferbestandteile prägend; damit führe das Fehlen der Voranstellung von 1- im durch die Widerklage angegriffenen Kennzeichen ebenso zu einer die Verwechslungsgefahr ausschließenden erheblichen Abweichung wie die Voranstellung der Ziffer 0. Den angesprochenen Verkehrskreisen sei insbesondere aus dem Dienstleistungsbereich der Telekommunikation bekannt, dass einzelne Zifferfolgen in Verbindung mit beschreibenden Begriffen auf ein bestimmtes Unternehmen hinweisen könnten und diesbezüglich die genaue Zifferfolge für die Herkunftsfunktion entscheidend sein könne.

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Sie ist der Auffassung, dass das Landgericht die Gesichtspunkte, die für die rechtserhaltende Benutzung von Warenmarken gälten, zu Unrecht auf Dienstleistungsmarken übertragen, weil es dabei außer Acht gelassen habe, dass Dienstleistungen unkörperlich erbracht würden und deshalb anders zu behandeln seien. Die von ihr verwendete Kennzeichenform habe auch den Charakter der Marke nicht i. S. d. § 26 Abs. 3 MarkenG verändert. Das Bundespatentgericht habe in seiner Entscheidung GRUR 2001, 166 ff. - VISION zu Recht angenommen, dass die Hinzufügung des Internet-Kürzels @ den Charakter einer Marke nicht verändere; gleiches gelte für durch technische Notwendigkeiten bedingte Zusätze wie 1-. Schon wegen des Bestands der Streitmarke sei auch die Widerklage zu Unrecht abgewiesen worden.

Daneben regt sie an, den Rechtsstreit gemäß § 148 ZPO auszusetzen, bis das Bundespatentgericht über ihren Widerspruch gegen die Marke 08 FL eines Drittunternehmens entschieden hat, den sie auf die Streitmarke gestützt hat.

Die Beklagte beantragt,

- I. das Urteil des Landgerichts aufzuheben,
- II. die Klage abzuweisen,
- III. die Klägerin zu verurteilen, es bei Meidung [der gesetzlichen Ordnungsmittel] zu unterlassen, für den Geltungsbereich der Bundesrepublik Deutschland verboten [sic!], für den gewerblichen Versand von Blumen die Bezeichnung 80.FL bzw. 08 FL zu benutzen und
- IV. die Klägerin weiter zu verurteilen, die Domainregistrierung 08 FL. zu löschen und die Löschung durch Vorlage geeigneter Unterlagen nachzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie widersetzt sich einer Aussetzung und verteidigt das angegriffene Urteil.

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll des Termins vom 16. Juni 2005 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

1. Für eine Aussetzung der Verhandlung gemäß § 148 ZPO besteht kein Anlass, weil die Entscheidung des Rechtsstreits nicht vom Bestand der Marke des Drittunternehmens, der Gegenstand des Verfahrens vor dem Bundespatentgericht ist, abhängt.

2. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte für die Löschungsklage ergibt sich unbeschadet des Sitzes der Beklagten in den USA aus Art. 22 Nr. 4 EuGVVO (vgl. Hüßtege in: Thomas/Putzo, ZPO, 26. Aufl. 2004, Art. 22 EuGVVO Rz. 2). Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte für die Widerklage ergibt sich jedenfalls aus Art. 24 EuGVVO, weil sich die Klägerin rügelos dazu eingelassen hat.

3. Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht zur Einwilligung in die Löschung der Streitmarke gemäß § 49 Abs. 1 MarkenG verurteilt, weil diese nicht innerhalb von fünf Jahren ab dem Tag der Eintragung gemäß § 26 MarkenG benutzt worden ist. Auch die Feststellung des Zeitpunkts, zu dem der Verfallsgrund eingetreten ist, ist zu Recht erfolgt.

a) Die Beklagte hat die am 2. Dezember 1996 eingetragene Streitmarke fünf Jahre ab dem Tag der Eintragung nicht rechtserhaltend benutzt.

aa) Die Benutzung der Kennzeichnung 1-8-fl. im Zusammenhang mit den Internetauftritten der Beklagten erfolgte nicht im Inland und ist schon deshalb nicht geeignet, rechtserhaltende Wirkungen zu entfalten.

(1) Die Internetbenutzung einer Kennzeichnung für Dienstleistungen ist nicht bereits deshalb eine solche im Inland, weil inländische Internetnutzer die Dienstleistung tatsächlich in Anspruch nehmen. Vielmehr ist das lediglich Ausfluss der das Internet kennzeichnenden Eigenheit der weltweiten Verfügbarkeit der Inhalte, der Ubiquität des Internets. Dieser Umstand begründet den Konflikt mit dem im Immaterialgüterrecht maßgeblichen Territorialitätsprinzip erst und löst ihn nicht schon. Dazu bedarf es vielmehr des Abstellens auf einen gesteigerten Inlandsbezug schon des Internetauftritts ungeachtet dessen ubiquitärer Abrufbarkeit.

aaa) Der Schutzbereich einer inländischen Marke ist auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkt (Territorialitätsprinzip). § 26 MarkenG verlangt für die rechtserhaltende Benutzung eine Handlung im Inland. Eine solche ist regelmäßig gegeben, wenn im Inland unter dem Zeichen Waren oder Dienstleistungen angeboten werden.

bbb) Im Internet ist jedoch nicht jede Kennzeichenbenutzung der inländischen Rechtsordnung unterworfen.

Bei als Verletzungshandlungen angegriffenen Benutzungen würde dies zu einer uferlosen Ausdehnung des Schutzes nationaler Kennzeichenrechte und zu einer unangemessenen Beschränkung der Selbstdarstellung ausländischer Unternehmen führen. Damit einhergehen würde eine erhebliche Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten von Kennzeichenrechten im Internet, weil die Inhaber verwechslungsfähiger Kennzeichenrechte, die in verschiedenen Ländern geschützt sind, unabhängig von der Prioritätslage wechselseitig beanspruchen könnten, dass die Benutzung des Kollisionszeichens unterbleibt. Die Anwendung des Kennzeichenrechts in solchen Fällen darf nicht dazu führen, dass jedes im Inland abrufbare Angebot ausländischer Dienstleistungen im Internet bei Verwechslungsgefahr mit einem inländischen Kennzeichen kennzeichenrechtliche Ansprüche auslöst. Erforderlich ist vielmehr, dass das Angebot einen hinreichenden wirtschaftlich relevanten Inlandsbezug (von der WIPO als "commercial effect" bezeichnet) aufweist (vgl. BGH GRUR 2005, 431 [432 f.] - HOTEL MARITIME m. w. N.).

Nichts anderes gilt für die gleichsam gespiegelte Situation, die nicht die Verletzung einer inländischen Marke durch eine Handlung im Internet, sondern den Erhalt einer inländischen Marke durch solche Handlungen betrifft. Würde Benutzungshandlungen im Internet schon allein deshalb rechtserhaltende Wirkung zukommen, weil sie im Inland abrufbar sind, führte das entgegen dem Zweck des § 26 MarkenG, die Möglichkeiten für die Eintragung neuer Marken zu verbessern und die Gesamtzahl der eingetragenen und geschützten Marken und damit die Anzahl der zwischen ihnen möglichen Konflikte zu verringern (vgl. BGH GRUR 2002, 59 [63] ISCO m. w. N.), zu einer uferlosen Ausdehnung der Möglichkeiten der Rechtserhaltung, denen kein wirtschaftlich relevanter Bezug zum Inland mehr zukommt. Fehlt einem vom Markeninhaber veranlassten Internetauftritt ein derartiger Inlandsbezug, kann er auch durch Abrufe von inländischen Internetnutzern nicht begründet werden, schon weil es sich bei den Abrufen nicht um Handlungen des Markeninhabers, sondern um solche der Nutzer handelt. Internetauftritte, mit denen ein Inhaber seine Marke nutzen will, müssen deshalb einen hinreichenden wirtschaftlich relevanten Inlandsbezug aufweisen, um rechtserhaltende Wirkungen entfalten zu können (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Aufl. 2003, § 26 Rz. 145; Bousonville in: Ueber, Markenrecht im Internet, 2002, S. 79; vgl. auch zum Fehlen eines solchen Bezugs bei einem englischsprachigen Internetangebot mit Preisangaben nur in US-Dollar Senat GRUR-RR 2002, 9 [11], insoweit von BGH GRUR 2003, 428 [430 f.] - BIG BERTHA nicht beanstandet).

(2) An dem danach erforderlichen wirtschaftlich relevanten Inlandsbezug fehlt es im Streitfall.

Bei dem Internetauftritt unter der Domain www.18 FL ergibt er sich weder aus der Sprache, in der sich die Beklagte im Internet präsentiert, noch aus der Währung, in der die Preisangaben erfolgen. Er ergibt sich auch nicht aus der Verwendung einer deutschen Flagge unter der Rubrik International Delivery zur Kennzeichnung der Darstellung derjenigen Waren, die in Deutschland ausgeliefert werden können (vgl. die in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat von der Beklagten übergebenen Anlagen). Dieser Verwendung ist nur zu entnehmen, dass die Beklagte anbietet, Blumen in einer Vielzahl verschiedener Länder, darunter Deutschland, zu liefern. Dass dieses Angebot über das mit der Ubiquität des Internets verbundene Maß hinaus auch deutsche Besteller anspreche, kann der Verwendung der deutschen Flagge dagegen nicht entnommen werden.

Auch der bestrittenen Darstellung der Beklagten zu ihrem Internetauftritt unter der Domain www.80fl bis 1998 kann ein solcher Inlandsbezug nicht entnommen werden, so dass dahin stehen kann, ob jener Auftritt tatsächlich den von der Beklagten vorgetragene Inhalt hatte.

bb) Im Übrigen hat die Kennzeichnung 1-8 -fl einen gegenüber der Streitmarke 80 -FL veränderten Charakter, so dass ihre Benutzung, auch wenn sie im Inland erfolgt wäre, nicht als solche der Streitmarke gelten hätte (vgl. § 26 Abs. 3 MarkenG).

(1) Die Benutzung einer Kennzeichnung in einer Form, die von der Eintragung einer Marke abweicht, ist nach § 26 Abs. 3 Satz 1 MarkenG rechtserhaltend, wenn die Abweichungen den kennzeichnenden Charakter der Marke nicht verändern. Davon ist auszugehen, wenn der Verkehr das abweichend benutzte Zeichen gerade bei Wahrnehmung der Unterschiede dem Gesamteindruck nach noch mit der eingetragenen Marke gleichsetzt, d.h. in der benutzten Form noch dieselbe Marke sieht. Maßgeblich ist, ob der Verkehr dem hinzugefügten Bestandteil keine eigene maßgebende kennzeichnende Wirkung beimisst und trotz der hier durch Zusätze begründeten Unterschiede die benutzte Bezeichnung der eingetragenen Marke gleichsetzt (vgl. BGH GRUR 2005, 515 FERROSIL m. w. N.).

(2) Die Streitmarke besteht in ihrer eingetragenen Form aus den durch einen Bindestrich zusammengeführten Bestandteilen 80 und FL, von denen Letzterer als leicht verständliches englisches Wort für Blumen glatt beschreibend ist. Das hat zur Folge, dass der Verkehr sich bei der Wahrnehmung der Marke in erhöhtem Maße auf den Zifferbestandteil als den im Wesentlichen kennzeichnenden Teil konzentriert und Veränderungen im Zusammenhang mit diesem besonders intensiv wahrnimmt. Ungeachtet der Frage, wie die selbstständige Verwendung einer Ziffer oder deren Zusatz zu einem Zeichenbestandteil im Allgemeinen verstanden werden, wirkt sich in dieser Situation die Voranstellung des Zusatzes 1- dahin aus, dass der Verkehr diesen mit dem bereits bekannten Ziffernteil 80 zusammenfasst und dem so wahrgenommenen Bestandteil 1-8 eine andere Kennzeichnungswirkung als dem Bestandteil 80 der eingetragenen Fassung beimisst. Der Zusatz hat daher eine eigene maßgebende kennzeichnende Wirkung, die der Annahme einer den Charakter der eingetragenen Marke erhaltenden Benutzung, wie sie für den Rechtserhalt erforderlich wäre, entgegensteht.

Die Ausführungen in der Berufung führen zu keiner anderen Beurteilung. Gerade wenn der Verkehr erkennt, dass die Streitmarke 80-FL eine Telefonnummer für ein Call-Center darstellt, muss er eben wegen der Funktion als Telefonnummer davon ausgehen, dass die davon verschiedene Bezeichnung 1-8 -FL etwas anderes meint als die eingetragene Marke, weil sie eine andere Telefonnummer wiedergibt. Wenn also der Verkehr die Streitmarke als Telefonnummer versteht, wird er auf Änderungen bei ihr ebenso sorgfältig achten, wie dies bei Telefonnummern auch sonst der Fall ist, und bei der verwendeten Form davon ausgehen, dass sie nicht der Streitmarke entspricht. Es ist eben die von der Beklagten als unbedeutend gewürdigte technische Notwendigkeit, der Zeichenfolge der Streitmarke das weitere Zeichen 1- voranzusetzen, die dazu führt, dass der verwendeten, auf einer veränderten Ziffernfolge beruhenden Kennzeichnung ein anderer Charakter beigemessen wird.

cc) Schließlich begegnet die Annahme, in der Verwendung der Kennzeichnungen 1-8-fl

oder 1-8-FL in den Internetauftritten der Beklagten liege eine rechtserhaltende

Benutzung der Streitmarke auch Bedenken unter dem Gesichtspunkt, dass die ausschließliche Verwendung eines Zeichens als Unternehmenskennzeichen keine derartige Benutzung darstellt (vgl. BGH, a.a.O., - BIG BERTHA S. 430 m. w. N.). In beiden Fällen lässt die jeweilige Verwendung nicht erkennen, dass damit eine Dienstleistung bezeichnet wird. Vielmehr weisen sowohl die briefkopffartige Verwendung von 1-8 -fl. als Emblem links oben auf den jeweiligen Seiten des derzeitigen Internetauftritts als auch die Verwendung von 1-8 -FL in der Art eines Firmenschildes im bestrittenen Internetauftritt bis 1998 darauf hin, dass damit jeweils die Beklagte als Unternehmen und nicht die von ihr angebotenen Dienstleistungen bezeichnet werden.

dd) Andere Benutzungshandlungen, die als rechtserhaltend in Frage kämen, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

b) Auch die gesonderte Feststellung des Zeitpunkts des Verfalls gemäß § 52 Abs. 1 Satz 2 MarkenG ist zu Recht erfolgt. Dabei kann dahin stehen, ob hierfür ein gesondertes Feststellungsinteresse erforderlich ist (so Ingerl/Rohnke, a.a.O., § 52 Rz. 6 a. E.) oder auch insoweit die Popularklagebefugnis des § 52 MarkenG Platz greift (so Hacker in: Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl. 2003, § 52 Rz. 12), denn die Klägerin hat wegen der Bedeutung des Verfalls der Streitmarke für das Verfahren des Widerspruchs gegen ihre Gemeinschaftsmarke Nr. 345 389 ein derartiges Interesse.

4. Das Landgericht hat auch die Widerklage zu Recht abgewiesen.

a) Aus der Streitmarke kann die Beklagte keine Ansprüche herleiten, da diesen die Einrede der Löschungsreife der Marke entgegengesetzt werden kann (vgl. § 25 Abs. 1 MarkenG).

b) Auch Ansprüche aus der Verwendung von 1-8 -FL ... M als Unternehmenskennzeichen oder Namen bestehen nicht.

aa) Der originäre Schutz eines Unternehmenskennzeichens setzt neben seiner Benutzung voraus, dass es über namensmäßige Unterscheidungskraft verfügt. Ohne originäre Unterscheidungskraft kann eine Bezeichnung Schutz als Unternehmenskennzeichen nur beanspruchen, wenn sie Verkehrsgeltung erlangt hat (vgl. BGH GRUR 2005, 517 [518] - Literaturhaus m. w. N.).

Im Streitfall fehlt die namensmäßige Unterscheidungskraft. Auch der Bestandteil FL ist, wie bereits dargelegt (s. o. 3. a) bb) [2]), glatt beschreibend. Der Bestandteil 1-8 verweist lediglich auf die Erreichbarkeit über eine gebührenfreie Telefonnummer und ist damit ebenfalls beschreibend. Dem Bestandteil .COM schließlich kommt keine Unterscheidungskraft zu, weil er erkennbar auf die Top-Level-Domain verweist, unter der die Beklagte auftritt, und deshalb nur funktionale Bedeutung hat (vgl. BGH GRUR 2005, 262 [263] - soco.de). Auch der Zusammenstellung dieser beschreibenden Bestandteile kommt keinerlei Originalität zu, die eine Unterscheidungskraft begründen könnte. Sie ist vielmehr insgesamt beschreibend, weil sie lediglich besagt, dass man durch Anruf bei einem Call-Center Blumen bestellen kann, was genau die von der Beklagten angebotene Dienstleistung beschreibt.

Anhaltspunkte für die Annahme von Verkehrsgeltung sind nicht ersichtlich.

bb) Gleiches gilt für einen etwaig daneben bestehenden namensrechtlichen Anspruch (vgl. BGH, a.a.O. - Literaturhaus).

cc) Einem Schutz als Unternehmenskennzeichen gemäß § 5 Abs. 2, § 15 Abs. 2 und 4 MarkenG steht zudem entgegen, dass selbst dann, wenn ursprüngliche Unterscheidungskraft vorläge, ein ausländisches Unternehmen sein Kennzeichen im Inland benutzt haben müsste (vgl. BGH, GRUR 2002, 972 [973] - FROMMIA m. w. N.). Die Verwendung im Internetauftritt der Beklagten stellt jedoch aus den oben dargelegten Gründen (s. o. 3. a] aa]) keine solche im Inland dar. Andere Benutzungshandlungen sind nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich.

c) Selbst wenn unterstellt würde, die Beklagte hätte im Inland kennzeichenrechtlichen Schutz erlangt und behalten, bestünde keine Gefahr der Verletzung der daraus folgenden Rechte.

aa) Der von der Beklagten angegriffene Internetauftritt könnte nicht als Verletzungshandlung angesehen werden, weil auch ihm der hinreichende wirtschaftlich relevante Inlandsbezug aus denselben Gründen fehlt wie dem Internetauftritt der Beklagten (vgl. BGH, a.a.O., HOTEL MARITIME); er kann daher keine Wiederholungsgefahr begründen. Deshalb kann auch dahin stehen, ob dieser Auftritt eines Tochterunternehmens der Klägerin der Klägerin zugerechnet werden könnte.

bb) Auch eine Erstbegehungsgefahr würde nicht schon durch die Anmeldung einer Gemeinschaftsmarke für sich begründet werden, weil einem Anmelder einer Gemeinschaftsmarke ohne zusätzliche Umstände nicht die Absicht zur tatsächlichen Nutzung in allen Mitgliedsstaaten unterstellt werden kann (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Aufl. 2003, vor §§ 14 - 19 Rz. 62; Klip-pel/Pahlow in: Ekey/Klippel, Markenrecht, 2003, § 15 Rz. 91 a. E.; wohl auch Hacker in: Ströbe-le/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl. 2003, § 14 Rz. 259).

III.

1. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

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

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

Unterschrift