

Ausfertigung



Landgericht Leipzig

Zivilkammer

Aktenzeichen: **05 O 2118/12**

BESCHLUSS

In dem Rechtsstreit

R+V Lebensversicherung AG, Raiffeisenplatz 1, 65189 Wiesbaden
vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Franz-Henning Florian und die Vorstands-
mitglieder Heinz-Jürgen Kallerhoff und Hans-Christian Marschler

- Antragstellerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Andörfer**, Cäcilienkloster 10, 50676 Köln, Gz.: 861/12GS33

gegen

1. **GVTS-Genossenschaftsverband Thüringen-Sachsen e.V.**, Sandweg 39,
09114 Chemnitz
vertreten durch den Vorstand Lars Schubert

- Antragsgegner -

2. Lars **Schubert**,

- Antragsgegner -

Prozessbevollmächtigte zu 1 und 2:

Rechtsanwälte **Thorwart**, Hofwiesenpark 10, 07548 Gera, Gz.: 30285/12 Ht/97

wegen einstweiliger Verfügung

erlässt die 5. Zivilkammer des Landgerichts Leipzig durch

Vizepräsident des Landgerichts Deusing
Richterin am Landgericht Brösamle
Richter Dr. Duckstein

am 08.01.2013

nachfolgende Entscheidung:

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens. Der Streitwert reduziert sich ab dem 16. August 2012 auf 6.000 EUR.

Gründe

Nachdem die Parteien übereinstimmend das einstweilige Verfügungsverfahren nach bereits eingelegtem Widerspruch gegen die erlassene einstweilige Verfügung und nach Abgabe von strafbewehrten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärungen – jedoch ohne Aufgabe des Rechtsstandpunktes einer fehlenden Rechtspflicht – für erledigt erklärt haben, war über die Kosten gem. § 91a ZPO zu befinden. Dies führte zur Auferlegung der Kosten auf die Antragstellerin, denn auf Widerspruch wäre die einstweilige Verfügung aufzuheben gewesen.

I.

Die Antragstellerin, ein Unternehmen der R+V-Versicherungsgruppe, ist ein genossenschaftlicher Versicherer mit engen Verbindungen zu Volksbanken und Raiffeisenbanken. Zu ihren Kunden zählen insbesondere Agrargenossenschaften und gewerbliche Genossenschaften. Diesen dient die Antragstellerin Finanzdienstleistungen an und bedient sich dabei den Volks- und Raiffeisenbanken.

Die Antragstellerin bietet ein Finanzierungs- und Vorsorgeverfahren in Zusammenarbeit mit den Volks- und Raiffeisenbanken an, das sie als Geno Plus Verfahren bezeichnet. Hierunter verbirgt sich, dass unter dem Produktnamen „R+V Vorsorgedarlehen FIX & FLEX“ natürlichen Personen Darlehen zum Immobilienerwerb in Verbindung mit dem Abschluss bestimmter Versicherungen angeboten werden.

Die Antragstellerin ist Inhaberin einer prioritätsälteren (25.02.2002) Gemeinschaftsmarke „Geno Plus“. Die Wortmarke wurde beim HABM unter der Nummer 002591584 für Dienstleistungen der Klasse 36 am 04.11.2005 eingetragen.

Der Antragsgegner zu 1) ist ein Genossenschaftsverband, welcher bis zum 20.07.2012 als GENOplus-Verband e.V. firmierte. Seit dem 08.02.2012 ist er berechtigt, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften nach §§ 53 ff. GenG zu prüfen. Der Antragsgegner zu 2) ist alleiniger Vorstand des Antragsgegners zu 1).

Am 14.03.2012 stellte der Antragsgegner zu 1) beim DPMA den Antrag, die DE-Wortmarke "GENOplus-Verband" (Nr. 3020120200842) in der Klasse 35 eintragen zu lassen. Er betrieb die Website mit der Domain www.genoplus-verband.de und nutzte das Logo "GENOplus" auf Visitenkarten sowie auf der Website. Hier bot er Dienstleistungen der Steuerberatung sowie rechtliche und betriebswirtschaftliche Beratung, Schulungen von Aufsichtsräten, Vorständen, Buchhaltern, Beratung und Unterstützung bei der Erarbeitung/Aktualisierung von Satzungen, Geschäftsordnungen und Ordnungen zum Beteiligungsfonds und Besuch und Leistung von Generalversammlungen, Gründungsberatung und Gründungsprüfung von Genossenschaften, an.

Erst auf Grund des Schreibens des Mitteldeutschen Genossenschaftsverbandes vom 15.06.2012 (vgl. hierzu Anlagen AS 15 und 16) habe man von dem Rechtsverstoß der Antragsgegner Kenntnis erlangt.

Mit Beschluss vom 12.07.2012 wurde den Antragsgegnern ordnungsgeldbewehrt untersagt,

den Vereinsnamen GENOplus-Verband e.V., und/oder die Wortmarke GENOplus-Verband, und/oder, die Domainadresse www.genoplus-verband.de, und/oder die Bezeichnung GENOplus für die Dienstleistungen eines Prüfungsverbandes für Genossenschaften, sowie für die Dienstleistungen: Steuerberatung, Rechtliche Beratung mit selbstständigen Berufsträgern, Betriebswirtschaftliche Beratung, Schulungen von Aufsichtsräten, Vorständen und Buchhaltern, Beratung und Unterstützung bei der Erarbeitung o. Aktualisierung von Satzungen, Geschäftsordnungen und Ordnungen zum Beteiligungsfonds, und, Besuch und Leitung von Generalversammlungen, Gründungsberatung und Gründungsprüfung von Genossenschaften, zu verwenden und/oder verwenden zu lassen.

Mit Schriftsatz vom 24.07.2012 haben die Antragsgegner die Aufhebung der einstweiligen Verfügung beantragt. Noch am 24.07.2012 hat der Antragsgegner zu 1) allerdings den Eintragungsantrag zu der Wortmarke "GENOplus-Verband" zurückgenommen. Am 30.07.2012 haben die Antragsgegner eine strafbewehrte Unterlassungserklärung (datiert auf den 26.07.2012) gegenüber der Antragstellerin abgegeben.

Darauf hat die Antragstellerin das einstweilige Verfügungsverfahren mit Schriftsatz vom 02.08.2012 in der Hauptsache für erledigt erklärt und beantragt, den Antragsgegnern die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Mit Schriftsatz vom 14.08.2012, eingegangen am Landgericht Leipzig am 16.08.2012, haben sich die Antragsgegner der Erledigungserklärung der Antragstellerin ohne Anerkennung einer Rechtspflicht in der Hauptsache angeschlossen.

Die Antragsgegner haben nicht nur die Bekanntheit der Marke bestritten, sondern behauptet, es habe in den letzten fünf Jahren vor dem Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung keine ernsthafte Benutzung vorgelegen. Eine Benutzung für die unter der Klasse 36 genannten Dienstleistungen habe nicht festgestellt werden können. Insbeson-

dere habe die letzte öffentlich gut auffindbare Verwendung der Marke im Geschäftsbericht der Antragstellerin 2005 stattgefunden. Auch sei die Marke selbst einigen Mitarbeitern im Betrieb der Antragstellerin nicht bekannt gewesen. Soweit diese – wie von der Antragstellerin vorgetragen – im Verkehr mit den Volks- und Raiffeisenbanken tatsächlich genutzt worden sei, ergebe sich hieraus keine Nutzung im Verkehr.

Die Antragsgegner haben weiter behauptet, die Antragstellerin habe von der Verwendung der von dem Antragsgegner zu 1) genutzten Marke schon länger Kenntnis gehabt. Dies ergebe sich etwa aus dem Abschluss zweier Versicherungsverträge im März 2012, wobei etwa der Antragsgegner zu 1) seinen Namen und die zu versichernde Tätigkeit (für Rechtsanwälte, Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Notare und Wirtschaftsprüfer) offengelegt habe. Überdies lasse sich die Antragstellerin von dem Mitteldeutschen Genossenschaftsverband (im Folgenden: MGV), durch welche die Antragstellerin auf den Rechtsverstoß mit Schreiben vom 19.06.2012 aufmerksam gemacht worden sein wolle, instrumentalisieren.

Im Übrigen wird auf die von den Parteien beigelegten Schriftsätze nebst ihren Anlagen verwiesen.

II.

Gemäß § 91a Abs. 1 ZPO war über die Kosten des Verfahrens unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu entscheiden. Maßgeblich für die Kostenentscheidung sind die Erfolgsaussichten des gegen die einstweilige Verfügung gerichteten Widerspruchs. Dieser hätte zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung und Abweisung des Antrages auf seinen Erlass geführt.

1.) Allerdings mangelte es nicht an einem Verfügungsgrund gem. §§ 917, 936 ZPO.

Insbesondere war es nicht dringlichkeitsschädlich, noch vor Ablauf der in der Aufforderung zur Abgabe einer Unterlassungserklärung gesetzten Frist den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu stellen. Denn die Aufforderung der Antragsgegner, eine entsprechende Nutzung des Kennzeichens nachzuweisen, durfte diese als Zurückweisung verstehen. Dass jene noch vor Ablauf der durch die Antragstellerin gesetzten Frist erfolgte, begründet keine "Wartepflicht". Insbesondere besteht keine allgemeine Rechtspflicht, dem Antragsgegner wiederholt die Möglichkeit zu geben, den Antragsteller durch Abgabe einer Unterlassungserklärung klaglos zu stellen. Eine solche Pflicht besteht nicht einmal nach § 12 Abs. 1 UWG, wonach in Wettbewerbssachen dem Antragsgegner zumindest die Möglichkeit gegeben werden soll (nicht: muss), den Antragsteller klaglos zu stellen.

Weiter findet auch eine Wissenszurechnung nicht statt, mit der Folge, dass die Antrags-

gegner erst durch das Schreiben des Mitteldeutschen Genossenschaftsverbandes erlangt haben. Die in Rede stehenden Verträge sind jedenfalls nicht direkt mit der Antragsgegner zu 1) geschlossen worden. Zudem besteht keine Verkehrspflicht oder auch nur Obliegenheit, Versicherungsverträge mit Kunden so zu erfassen, dass diese systematisch auf Kennzeichenverletzungen untersucht werden könnten. Zweck der Datenerhebung war die ordnungsgemäße Vertragsdurchführung; insoweit besteht sogar eine berechnete Erwartung des Verkehrs, dass die gespeicherten Daten auch nur dementsprechend genutzt werden. In diesem Zusammenhang sind Vorgaben des BDSG zu beachten. Selbst wenn eine Speicher- und Organisationspflicht oder –obliegenheit zur Überprüfung auf Kennzeichenverletzungen bestünde, müsste eine solche Überwachung nicht in so engen Intervallen erfolgen, die einer ständigen Kontrolle gleichkäme.

Dabei konnte zur Wissenszurechnung auch nicht auf die einzelnen Vertriebsmitarbeiter abgestellt werden, die als Vertreter für mehrere Mitglieder der Unternehmensgruppe der R+V, welcher auch die Antragstellerin angehört, tätig waren. Zwar handelt es sich bei den Daten zum Versicherungsnehmer und Versicherungsgegenstand um zu speicherndes Wissen; es besteht aber keine Verpflichtung und kein Anlass des einzelnen Mitarbeiters, die entsprechenden Angaben an sämtliche Mitglieder des Konzerns weiterzugeben. Dies gilt insbesondere mit Blick darauf, dass die eingesetzten Mitarbeiter nach dem Parteivortrag allein für den Vertrieb zuständig sind, sodass sich mit der Suche und Überwachung von Kennzeichenverletzungen keine Berührungspunkte ergeben.

Insbesondere ergaben sich hier keine Abweichungen daraus, dass sich die Frage der Wissenszurechnung nicht mit logisch begrifflicher Stringenz, sondern nur in wertender Beurteilung entscheiden lässt (BGH, NJW 1996, 1339; BGH, NJW 1997, 1917). Zwar darf der Vertragspartner einer juristischen Person nicht schlechter stehen, als derjenige einer natürlichen Person; er darf aber auch nicht besser gestellt sein. So trifft – (OLG Frankfurt, NJW 2000, 1961) zwar die juristische Person oder Gesellschaft eine Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation der gesellschaftsinternen Kommunikation. Diese Organisation muss so ausgestaltet sein, dass Informationen mit erkennbarer Relevanz für andere im Unternehmen tätige Personen auch tatsächlich an jene Personen weitergegeben werden; weiter muss umgekehrt sichergestellt sein, dass nach relevanten und erkennbar andernorts innerhalb der Organisation vorhandenen Informationen gefragt wird. Fehlt es an einer solchen Organisation, ist gleichwohl das Wissen als vorhanden anzusehen, das bei einer sachgerechten Organisation dokumentiert und verfügbar wäre und zu dessen Nutzung (objektiv) Anlass bestand. Im vorliegenden Fall fehlte es jedoch bereits an der erkennbaren Relevanz für die mit Kennzeichenverletzungen befassten Personengruppen. Ohne die Kenntnis des einzelnen Vertriebsmitarbeiters von möglichen Kennzeichenverletzungen und der Erkenntnis, dass diese zu ahnden seien, bestand schon kein Mitteilungs- bzw. gesonderter Speicheranlass. Darüber hinaus fehlte es am konkreten Anlass, nach jener Information zu suchen.

Soweit die Antragsgegner auf eine von dem Webdesigner fehlgeleitete E-Mail rekurrieren, hat die Antragstellerin schlüssig dargelegt, dass eine solche vom System zurück-

gewiesen worden wäre.

2.) Allerdings besteht kein auf Unterlassung gerichteter Verfügungsanspruch.

a) Ein aus Art. 9 Abs. 1 lit.) b, Abs. 2 lit.) b und d) GMVO sowie nach §§ 14 Abs. 1, Abs. 2 Nrn. 2 und 3, Abs. 3 Nrn. 3 und 5 i.V.m. Abs. 5 MarkenG herzuleitender Unterlassungsanspruch steht der Anspruchstellerin nicht zur Seite. Eine Markenverletzung, die einen Unterlassungsanspruch begründet, ist nicht gegeben. Denn es fehlt bereits an einer markenmäßigen Benutzung, die zu einer Verwechslungsgefahr führt.

Zwar ist die Antragstellerin zunächst einmal schon deshalb aktivlegitimiert, weil sie Inhaberin der Gemeinschaftsmarke „Geno Plus“ ist, die für sie seit dem Jahr 2005 für die Klasse 36 eingetragen ist. Von dem Bestehen – wenn auch nur geringer – Kennzeichnungskraft ist auszugehen. Zwar wird der Bestandteil "Geno" als Kurzform für Genossenschaften verstanden und "Plus" nur als Hinweis auf eine besondere Leistung. In Kombination kann eine hinreichende Unterscheidungs- und auch Kennzeichnungskraft angenommen werden. Zu möglichen Schutzhindernissen in Bezug hierauf haben die Antragsgegner nichts vorgetragen.

Der Antragsgegner zu 1) hat (auch durch seine Angestellten und Beauftragte, § 14 Abs. 7 MarkenG) später das Kennzeichen "GENOplus-Verband" sowie die Zeichenkombination „GENOplus-Verband e.V.“ auf seiner Website mit der Domain www.genoplus-verband.de und auf Geschäftsbriefen verwendet. Dies geschah auch im geschäftlichen Verkehr, was sich nicht nur aus der Verwendung auf Geschäftsbriefen, sondern auch aus der Verwendung auf der Website zur Anpreisung der Dienstleistungen ergibt. Die Nutzung erfolgte markenmäßig, indem die verwendeten Kennzeichen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Dienstleistungsangebot verwendet wurden. Dies gilt insbesondere für den Vereinsnamen, unter dem die jeweiligen Dienstleistungen angeboten wurden. Der Verkehr nahm die Kennzeichen im Zusammenhang mit der Dienstleistung wahr. Das verwendete Kennzeichen verknüpft er auch mit der angebotenen Dienstleistung und versteht es als Hinweis auf einen bestimmten Anbieter.

Es fehlt jedoch an der Verwechslungsgefahr. Verwechslungsgefahr liegt vor, wenn das Publikum glauben könnte, dass die von den Vergleichszeichen erfassten Waren/Dienstleistungen aus demselben Unternehmen oder ggf. aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen (Ströbele/Hacker, a.a.O. § 9 Rn 30). Beim Tatbestand der Verwechslungsgefahr liegt eine Markenverletzung nur vor, wenn durch die Benutzung des angegriffenen Zeichens in die Herkunftsfunktion der Marke eingegriffen wird (Ströbele/Hacker, MarkenG, Kom., 10. Aufl., 2012 § 14 Rn 93).

Die Zeichen "GENOplus-Verband" oder „GENOplus-Verband e.V. sowie "GENOplus" und in der Domain www.genoplus-verband.de sind nicht mit „Geno Plus“ identisch, es besteht eine zwar weitgehende Zeichenidentität, dennoch ist nur von einer Zeichenähnlichkeit auszugehen. Würde man allein und überwiegend auf die Ähnlichkeit der verwen-

deten Zeichen abstellen, könnte gegebenenfalls eine Verwechslungsgefahr zu bejahen sein. Denn die Unterschiede in der Schreibweise der Verletzerkennzeichen vermögen gerade gegenüber dem geltend gemachten Kennzeichen (getrennt oder zusammen, groß oder klein) die Verwechslungsgefahr nicht zu beseitigen, da der durchschnittlich informierte und situationsadäquat aufmerksame Durchschnittsadressat die jeweiligen Kennzeichen nicht gleichzeitig und nebeneinander wahrnimmt. Hierbei ist auch zu würdigen, dass Gemeinsamkeiten mehr wiegen als Unterschiede; der Wortanfang ist bei längeren Wortmarken regelmäßig einprägsamer als das Wortende; die Vokale der lang gesprochenen Bestandteile "Geno" bleiben stärker im Gedächtnis haften als kurz gesprochene Kennzeichen-Bestandteile. Rein beschreibenden Zeichenbestandteilen (wie "Verband") misst der Verkehr regelmäßig keine besondere (etwa herkunftshinweisende) Funktion und Bedeutung bei.

Aber nicht nur das Verhältnis der Zeichen ist entscheidend, sondern auch das Verhältnis der Waren und Dienstleistungen. Auch tatsächliche Umstände sind von Bedeutung, so hängt die Frage der Warenähnlichkeit (hier der Dienstleistungsähnlichkeit) als eines der für die Verwechslungsgefahr maßgeblichen Kriterien überwiegend von den tatsächlichen Marktgegebenheiten ab (Ströbele/Hacker, a.a.O. § 3 Rn 20). Vorab ist zu klären, welche Waren/Dienstleistungen überhaupt zu vergleichen sind. Insbesondere ist im Falle der bestrittenen Benutzung der Klagemarke zunächst zu prüfen, für welche Waren/Dienstleistungen die Benutzung glaubhaft gemacht worden ist, weil nur diese Waren/Dienstleistungen gem. § 25 Abs. 2 Satz 3 MarkenG berücksichtigt werden dürfen (Ströbele/Hacker, a.a.O. § 9 Rn 32, § 14 Rn 222-224). Hiernach scheidet schon eine unmittelbare Verwechslungsgefahr aus; aber auch eine rechterhebliche Verwechslungsgefahr dadurch, dass die Marken gedanklich in Verbindung gebracht werden können, ist vorliegend nicht anzunehmen.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist der Zeitpunkt der Entscheidung (Ströbele/Hacker, a.a.O. § 3 Rn 49). Auf diesen Zeitpunkt ist auch für die Beurteilung der Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit abzustellen. Für die Feststellung der Verwechslungsgefahr kommt es vor allem auf die Auffassung der beteiligten Verkehrskreise an. Entscheidend ist die Meinung des Publikums, das als Abnehmer der beiderseitigen Waren/Dienstleistungen in Betracht kommt. Richtet sich also die eine Ware/Dienstleistung nur an Fachleute, die andere an Fachleute und Endverbraucher, beurteilt sich die Ähnlichkeit ausschließlich nach der Meinung der Fachleute (Ströbele/Hacker, a.a.O. § 3 Rn 82). Abzustellen ist ferner auf den konkreten Marktauftritt unter der Klagemarke und unter dem angegriffenen Zeichen.

Vorliegend besteht keine eine die Verwechslungsgefahr begründende hinreichende Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit, auch wenn sich die Dienstleistungen der Klasse 36 (Versicherungswesen, Finanzwesen, Geldgeschäfte, Immobilienwesen) mit den von dem Antragsgegner zu 1) angebotenen Dienstleistungen (u.a. Steuerberatung, Rechtliche Beratung mit selbstständigen Berufsträgern, Betriebswirtschaftliche Beratung, Schulungen von Aufsichtsräten, Vorständen und Buchhaltern) teilweise überschneiden bzw. zu über-

schneiden vermögen, weil insbesondere die Beratung zu einer Geldanlage oder von Finanzdienstleistungen oft mit rechtlichen, steuerlichen und buchhalterischen Fragen verknüpft und auch Versicherungsfragen bei der Beratung selbstständiger Personen hinzukommen.

Nach den oben angegebenen Kriterien scheidet nämlich eine Verwechslungsgefahr aus. Die Antragstellerin will die Registermarke Geno Plus als Kennzeichen für ein Verfahren zur Vergabe von Darlehen, das sie selbst unter dem Produktnamen „R+V Vorsorgedarlehen FIX & FLEX“ vertreibt, verwenden und begründet damit den markenmäßigen Gebrauch. Gegenstand der Registermarke soll also das hierunter gefasste spezielle Finanzierungs- und Vorsorgeverfahren sein. Sinnbildlich steht nach Darstellung der Antragstellerin das Kennzeichen Geno Plus für die enge Zusammenarbeit der Antragstellerin mit den VolksbankenRaiffeisenbanken (die sich wegen ihrer genossenschaftlichen Gesellschaftsform selbst wiederum als GenoBanken bezeichnen). Damit unterscheiden sich aber die Waren/Dienstleistungen, für die die Antragstellerin das Zeichen Geno Plus verwendet aber doch erheblich von dem, wofür die Antragsgegnerin zu 1) das Kennzeichen in Anspruch nehmen will. Die Antragsgegnerin zu 1) will auf der Grundlage ihres nach § 63 GenG verliehenen Prüfungsrechtes Prüfungen nach § 53 GenG durchführen. Damit sind schon die angesprochenen Verkehrskreise andere. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin ihre Dienstleistung, nämlich die Vergabe von Darlehen gerade nicht unter der Marke Geno Plus vertreibt, sondern unter dem Produktnamen FIX und FLEX. Nur gegenüber der Finanzgruppe der VolksbankenRaiffeisenbanken verwendet sie für das Verfahren zur Abwicklung mit den Banken die Bezeichnung Geno Plus. Nur die VolksbankenRaiffeisenbanken oder deren Mitarbeiter kommen überhaupt mit dem Kennzeichen Geno Plus in Berührung, nicht jedoch die Privatkunden, die ein R+V Vorsorgedarlehen FIX & FLEX in Anspruch nehmen wollen oder sich dafür interessieren. Der von Antragstellerin angesprochene Verkehrskreis der VolksbankenRaiffeisenbanken und deren Mitarbeiter unterliegt aber nicht der Vorstellung, dass die Antragsgegnerin zu 1) als Prüfungsverband nach § 63 GenG, der Prüfungen nach § 53 GenG unter der Bezeichnung GenoPlus-Verband durchführt in irgendeiner Unternehmensverbindung zur R+V Versicherungsgruppe steht und gleiche oder auch nur ähnliche Waren/Dienstleistungen anbietet.

Eine Verwechslungsgefahr als Gefahr von Verwechslungen für das Publikum durch das angegriffene Zeichen scheidet von vornherein aus, weil eine wesentliche Markenfunktion – die Herkunftsfunktion – für die Antragstellerin nicht beeinträchtigt wird. Die gute Zusammenarbeit mit den VolksbankenRaiffeisenbanken wird bei Verwendung des Zeichens Geno Plus auch weiterhin der Antragstellerin zugerechnet, nicht den Antragsgegnern.

b) Dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung konnte auch deshalb nicht entsprochen mehr werden, weil die Antragsgegner sich zu Recht auf die Nichtbenutzungseinrede des § 25 MarkenG berufen haben. Die Antragsgegner machten geltend, die Marke sei nicht ernsthaft in den letzten fünf Jahren in der Gemeinschaft benutzt worden

(vgl. Art. 15 Abs. 1 GMVO, §§ 25 Abs. 1, 26 Abs. 1 MarkenG). Die Nichtbenutzungseinrede kann auch im einstweiligen Verfügungsverfahren vorgebracht werden (Ströbele/Hacker, a.a.O. § 25 Rn 34).

Die Ernsthaftigkeit der Benutzung der Marke ist anhand sämtlicher Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Dies betrifft in Bezug auf die Art der Nutzung nicht nur die wirtschaftliche Verwertung der Marke im Geschäftsverkehr, die (gerechtfertigte) Nutzung im betreffenden Wirtschaftszweig, die Art der hiermit verknüpften Dienstleistungen sowie die Merkmale des jeweiligen Marktes. Denn rechtserhaltend ist die Benutzung nur, wenn die Marke ihrer (Haupt-)Funktion entsprechend verwendet wird. Auch mit Blick auf den Umfang und die Häufigkeit der Benutzung der Marke können keine starren Kriterien oder mengenmäßige Angaben bzw. Grenzen postuliert werden. Abzustellen ist aber auch auf die Häufigkeit und Regelmäßigkeit der Benutzung der Marke für Dienstleistungen derselben Gattung (vgl. dazu auch EuGH, GRUR 2006, 582 – The Sunrider Corp.). Erst in der Gesamtschau kann die Ernsthaftigkeit einer kennzeichenmäßigen Nutzung beurteilt werden.

Obwohl die Nutzungsfrist erst nach Beendigung des Widerspruchsverfahrens im Jahr 2005 zu laufen begann, ergeben sich insofern Zweifel, als der Umfang der Nutzung bereits innerhalb der Bundesrepublik nicht klar ist. Zwar tragen die Antragsgegner zu 1) und zu 2) grundsätzlich die primäre Behauptungslast für den Einwand der fehlenden geltungserhaltenden Nutzung. Allerdings haben sie vorgetragen und auch verschiedentlich glaubhaft gemacht, dass es an einer solchen Nutzung hier gefehlt habe. Somit kann auch dahinstehen, ob die Beweislast nach Art. 15 GMVO auch ohne eine § 26 Abs. 2 MarkenG vergleichbare Regelung, wie nach dem MarkenG zu beurteilen ist.

Wenngleich auch die Antragstellerin verschiedentlich eine Nutzung glaubhaft zu machen versucht hat, gelingt ihr dies nicht. Die in der eidesstattlichen Versicherung aufgestellte Behauptung einer markenmäßigen Benutzung über 16 Jahre hinweg ist eine Behauptung, die nicht mit Tatsachen unterlegt ist. So liegt auch etwa in der Nennung der Marke im Geschäftsbericht 2005 der Antragstellerin (vom 18.05.2006) allein noch keine ernsthafte Benutzung. Dasselbe gilt für die Nennung der Marke im Geschäftsbericht 2007 (Anlage AS 24). Es handelt sich um die Nutzung des Kennzeichens gegenüber den Volks- und Raiffeisenbanken, nicht aber wiederum den Kunden der Antragstellerin und denjenigen der VolksbankenRaiffeisenbanken sowie deren Kunden.

Denn das in Frage stehende Zeichen muss überhaupt dazu bestimmt gewesen sein, irgendwelche Waren oder Dienstleistungen ihrer Herkunft nach zu kennzeichnen. Hierbei ist genau darauf abzustellen, ob tatsächlich Waren und Dienstleistungen markenmäßig mit dem Zeichen bezeichnet wurden. Dass mit GenoPlus Dienstleistungen bezeichnet wurden, ist gerade nicht erwiesen. Bei Dienstleistungen handelt es sich um Tätigkeiten, die Dritten in der Regel gegen Entgelt im wirtschaftlichen Verkehr angeboten werden und die eine selbständige wirtschaftliche Bedeutung besitzen. Diese Definition hat Bedeutung im Rahmen des Benutzungszwangs (Ströbele/Hacker, a.a.O. § 3 Rn 12 für den

Begriff, ansonsten Rn 14). Eine rechtserhaltende Nutzung ist nur die markenmäßige Benutzung. Mit dem Zeichen muss also auf die betriebliche Herkunft der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen hingewiesen werden. Auch die Klagemarke muss im geschäftlichen Verkehr eingesetzt gewesen sein. Betriebsinterne Handlungen fallen nicht darunter (Ströbele/Hacker, a.a.O. § 14 Rn 51). Eine Benutzung für Waren und Dienstleistungen meint, dass das Zeichen für den Absatz von Waren und die Erbringung von Dienstleistungen auch verwendet wird, es muss also ein Bezug zwischen Ware/Dienstleistung und dem Zeichen hergestellt werden. An alledem fehlt es hier. Allein der Produktname FIX & FLEX wird markenmäßig benutzt. Geno Plus als Zeichen für eine zwischen der Antragstellerin und den VolksbankenRaiffeisenbanken abgestimmte Verfahrensweise zur Abwicklung der Privatkundendarlehen und als Bezeichnung für die gute Zusammenarbeit mit den VolksbankenRaiffeisenbanken stellt schon keine markenmäßige Benutzung dar. Eine gute Zusammenarbeit und eine Verfahrensweise, die die Interna und das Zusammensoiell zweier Geschäftspartner bei einer Geschäftsabwicklung gegenüber dem "Endkunden" regelt, sind keine Dienstleistungen im oben bezeichneten Sinne.

3.) Der Ansatz eines Streitwertes von zunächst 100.000 Euro für das einstweilige Verfügungsverfahren ist nicht zu beanstanden und entspricht dem was üblicherweise in Markenrechtsverletzungsstreitigkeiten bei Behauptungen zur Bedeutung der Klagemarke in dieser Größenordnung – auch wenn sich die tatsächliche wirtschaftliche Bedeutung der Marke in der Sache mangels hinreichender Benutzung letztlich als überschätzt erweist - zu Grunde gelegt wird,.

Der nach Erledigterklärung mit 6.000 EUR anzusetzende Streitwert ergibt sich aus dem verbleibenden wirtschaftlichen Interesse der beteiligten Parteien. Dabei handelt es sich nach den beidseitigen Erledigungserklärungen gem. § 91a ZPO im Wesentlichen um die bis dahin angefallenen Rechtsverfolgungskosten.

Deusing
Vizepräsident des
Landgerichts

Brösamle
Richterin am Landgericht

Dr. Duckstein
Richter

Für den Gleichlaut der Ausfertigung mit der Urschrift:
Leipzig, 09.01.2013


Schmieder
Justizsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle