



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

I ZR 164/05

Verkündet am:  
10. April 2008  
Führinger  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ : ja  
BGHR : ja

audison

MarkenG §§ 11, 17

- a) Für die Geltendmachung von Ansprüchen aus den §§ 11, 17 MarkenG genügt es, dass der Geschäftsherr im Zeitpunkt der Agentenanmeldung Inhaber einer (ausländischen) Anmeldung war, die spätestens im Zeitpunkt der Anspruchsgeltendmachung zur Eintragung geführt hat.
- b) Die Eintragung der Marke durch einen Strohmann des Agenten steht der Eintragung der Marke durch den Agenten selbst gleich.
- c) Wird eine Agentenmarke auf einen Dritten übertragen, kann der Geschäftsherr die Ansprüche aus §§ 11, 17 MarkenG auch gegenüber dem Dritten geltend machen.
- d) Agent oder Vertreter i.S. von §§ 11, 17 MarkenG kann nicht nur der Handelsvertreter sein. Entscheidend ist, dass es sich um einen Absatzmittler handelt, den gegenüber seinem Vertragspartner die Pflicht trifft, dessen Interessen wahrzunehmen. Daran fehlt es sowohl bei reinen Güterauschverträgen als auch im Verhältnis zwischen Mitgesellschaftern.
- e) Ein Agentenverhältnis i.S. von §§ 11, 17 MarkenG ist anzunehmen, wenn zwischen dem Inhaber der ausländischen Marke und dem Absatzmittler eine Übereinkunft besteht, nach der der Absatzmittler über den bloßen Abschluss reiner Austauschverträge hinaus für den anderen als Vertriebspartner tätig sein soll.

BGH, Urt. v. 10. April 2008 - I ZR 164/05 - OLG Düsseldorf

LG Düsseldorf

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Januar 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 30. August 2005 wird auf Kosten der Beklagten zu 2 zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin, eine Gesellschaft italienischen Rechts, ist Inhaberin einer Wortmarke „audison“ und einer Wort-Bildmarke „audison“, die beide in Italien am 23. September 1991 angemeldet und am 28. September 1994 unter anderem für HiFi-Geräte für Kraftfahrzeuge eingetragen worden sind. Sie entwickelt und produziert HiFi-Geräte für Kraftfahrzeuge, insbesondere Endstufenverstärker und Lautsprecher, und vertreibt diese unter den genannten Marken.
- 2 Die Klägerin stand seit 1992 in einer Geschäftsbeziehung mit der Beklagten zu 1, die ebenfalls HiFi-Geräte für Kraftfahrzeuge vertrieb und aus dem vor-

liegenden Rechtsstreit in der Berufungsinstanz dadurch ausgeschieden ist, dass die Parteien die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben. Die Beklagte zu 2 (im Weiteren: Beklagte) war Mitgeschäftsführerin der Beklagten zu 1. Ihr Ehemann und Mitarbeiter der Beklagten zu 1, R. F., ließ am 10. August 1993 beim Deutschen Patent- und Markenamt über einen Treuhänder die Wortmarke „Audison“ für elektrotechnische und elektronische Apparate, soweit in Klasse 9 enthalten, insbesondere für elektroakustische Verstärker und Autolautsprecher (im Weiteren: Streitmarke) anmelden. Die Streitmarke wurde am 15. Juni 1994 eingetragen. Die Beklagte erwarb sie am 23. Juli 1998 von dem Treuhänder.

3 Die Klägerin und die Beklagte zu 1 führten zu Beginn ihrer Geschäftsbeziehung Verhandlungen über die Gründung einer gemeinsamen Vertriebsgesellschaft zur Vermarktung der „Audison“-Produkte der Klägerin in Deutschland. Ansprechpartner der Klägerin bei der Beklagten zu 1 war in der Hauptsache R. F.. Zur selben Zeit begann die Beklagte zu 1 damit, von der Klägerin erworbene Produkte in Deutschland unter der Marke „Audison“ zu vertreiben. Am 31. Januar 1993 fanden Verhandlungen über ein Alleinvertriebsrecht der Beklagten zu 1 für die Produkte der Klägerin in Deutschland statt. Die Frage, ob es dabei zu einer Einigung gekommen ist, ist zwischen den Parteien streitig. Mit Schreiben vom 10. September 1993 teilte die Klägerin R. F. mit, dass die Gründung einer deutschen Vertriebsgesellschaft nicht möglich sei. Die Klägerin setzte ihre Geschäftsbeziehung mit der Beklagten zu 1 gleichwohl bis zum Jahr 2000 fort.

4 Die Klägerin macht geltend, zwischen ihr und der Beklagten zu 1 habe von 1992 bis 2000 ein Agentenverhältnis i.S. der §§ 11, 17 MarkenG bestanden. Auch wenn keine näheren Regelungen dazu getroffen worden seien, habe die Beklagte zu 1 das Alleinvertriebsrecht für Deutschland innegehabt. Sie habe

daher die Interessen der Klägerin wahrzunehmen gehabt und die Streitmarke nicht ohne deren Zustimmung in Deutschland eintragen lassen dürfen. Die Anmeldung der Streitmarke habe zudem das Unternehmenskennzeichen der Klägerin verletzt sowie einen Wettbewerbsverstoß dargestellt.

5 Die Beklagte ist der von der Klägerin deswegen erhobenen und auf Übertragung der Streitmarke, Unterlassung und Schadensersatzfeststellung gerichteten Klage entgegengetreten. Sie macht insbesondere geltend, dass die Geschäftsbeziehungen der Parteien über den bloßen Warenaustausch nicht hinausgegangen seien und daher kein Agentenverhältnis vorgelegen habe.

6 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

7 In der Berufungsinstanz hat die Klägerin zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen,

1. es zu unterlassen, im Bereich der Bundesrepublik Deutschland das Zeichen „Audison“ im geschäftlichen Verkehr beim Vertrieb von HiFi-Geräten für Kraftfahrzeuge, insbesondere Endstufenverstärker, Lautsprecher, Kabel und Kabelverbindungen zu benutzen, soweit die Benutzung nicht zur Kennzeichnung von Waren erfolgt, die von der Klägerin oder mit ihrer Zustimmung von Dritten mit dem Zeichen gekennzeichnet und in einem Mitgliedstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht worden sind,
2. durch Erklärung gegenüber dem Deutschen Patent- und Markenamt für die Waren: elektrotechnische und elektronische Apparate, soweit in Klasse 9 enthalten, nämlich elektroakustische Verstärker und Auto-lautsprecher (Klasse 9) in die Eintragung der Übertragung der deutschen Marke Nr. 2 067 894 „Audison“ im Markenregister einzuwilligen.

8 Das Berufungsgericht hat der Klage mit diesen Anträgen stattgegeben.

9 Mit ihrer (vom Senat zugelassenen) Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

10 A. Das Berufungsgericht hat die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche für begründet erachtet. Es hat dabei angenommen, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 zum Zeitpunkt der Markenmeldung durch den Treuhänder ein Agentenverhältnis bestanden habe, und hierzu ausgeführt:

11 Die vertraglichen Beziehungen seien zwar nicht deutlich geregelt worden. Aus der Art und Weise, wie die Geschäftsbeziehung zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 angebahnt und praktiziert worden sei, ergebe sich aber, dass sie über einen bloßen Leistungsaustausch im Rahmen einzelner Kaufverträge hinausgegangen sei und daher ein Agentenverhältnis vorgelegen habe. Bereits aus den Verhandlungen über die Gründung einer gemeinsamen deutschen Vertriebsgesellschaft habe sich eine Pflicht der Beklagten zu 1 ergeben, die Interessen der Klägerin zu wahren, auch wenn es später nicht zur Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens gekommen sei. Dies gelte auch dann, wenn das Scheitern der Verhandlungen bereits zum Zeitpunkt der Markenmeldung durch den Treuhänder festgestanden haben sollte. Ein klassisches Über- und Unterordnungsverhältnis sei bei einer gemeinsamen Gesellschaft zwar nicht gegeben, für ein Agentenverhältnis aber auch nicht erforderlich. Maßgeblich sei allein, dass die Klägerin ihr Zeichen nach den Vorstellungen der Parteien in das gemeinsame Unternehmen habe einbringen sollen.

- 12 Die Beklagte zu 1 habe die Interessen der Klägerin insbesondere auch deshalb zu wahren gehabt, weil sie unabhängig vom Verlauf der Vertragsverhandlungen über das Gemeinschaftsunternehmen oder ein mögliches Alleinvertriebsrecht den alleinigen Vertrieb der Produkte der Klägerin in Deutschland bereits faktisch übernommen habe. Dies ergebe sich aus dem „Agreement Letter“, dessen Inhalt die Beklagte nicht konkret bestritten habe, sowie der weiteren Ausgestaltung der Geschäftsbeziehung der Parteien. Diese hätten sich in einer Weise abgestimmt, die über den reinen Abschluss von einzelnen Kaufverträgen hinausgegangen sei. Das zeige etwa ein Schreiben der Beklagten zu 1 vom 27. September 1993, in dem diese sich als offizielle Vertriebsvertretung der Klägerin bezeichnet habe und aus dem sich auch ergebe, dass ein gemeinsamer Messeauftritt abgesprochen worden sei. Die Beklagte zu 1 habe zudem in einem Telefax vom 19. Juli 1993 einen Vorschlag betreffend die Arbeitskleidung von Mitarbeitern gemacht, auf der das Zeichen „Audison“ habe aufgebracht werden sollen.
- 13 Der Umstand, dass die Marken der Klägerin zum Zeitpunkt der Anmeldung der Streitmarke in Deutschland noch nicht eingetragen gewesen seien, stehe den Klageansprüchen nicht entgegen. Die Beklagte sei auch passivlegitimiert. Die Marke müsse nicht durch den Agenten selbst eingetragen werden. Es reiche aus, wenn ein Strohmann tätig geworden sei. Der ursprüngliche Markeninhaber sei als Strohmann für R. F. aufgetreten, der wiederum für die Beklagte zu 1 tätig geworden sei. Dasselbe gelte für die Beklagte.
- 14 B. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 im maßgeblichen Zeitpunkt der Anmeldung der Streitmarke ein Agentenverhältnis bestand und der Klägerin daher gegen die Beklagte aus §§ 11, 17 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 MarkenG ein An-

spruch auf Unterlassung der Benutzung und auf Übertragung der Streitmarke zusteht.

15 I. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin über eine prioritätsältere (ausländische) Marke verfügt. Zwar wurde ihre am 23. September 1991 angemeldete italienische Wortmarke „Audison“ am 28. September 1994 und damit erst nach der Anmeldung der Streitmarke am 10. August 1993 und sogar erst nach deren Eintragung am 15. Juni 1994 eingetragen. Für die Anwendung der §§ 11, 17 MarkenG genügt es aber, dass der Geschäftsherr im Zeitpunkt der Anmeldung der Marke durch den Agenten die (ausländische) Marke angemeldet hat und dass diese Anmeldung spätestens im Zeitpunkt der Geltendmachung der Ansprüche zur Eintragung geführt hat. Da für die Frage der Agentenmarke die Publizität der Markeneintragung keine Rolle spielt, ist insofern auf den Zeitrang (§ 6 MarkenG) abzustellen. Die kaum beeinflussbare Bearbeitungsdauer bis zur Eintragung kann nicht zu Lasten des Geschäftsherrn gehen (Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Aufl., § 11 Rdn. 13; vgl. auch v. Schultz/v. Schultz, Markenrecht, 2. Aufl., § 11 MarkenG Rdn. 5).

16 II. Zutreffend hat das Berufungsgericht auch die Passivlegitimation der Beklagten bejaht.

17 1. Der Umstand, dass die Marke ursprünglich nicht für die allein als Agentin in Betracht kommende (vgl. dazu nachfolgend unter II 3) Beklagte zu 1, sondern für einen Treuhänder eingetragen worden ist, ist unerheblich. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist der Treuhänder als Strohmännchen für R. F. und dieser seinerseits für die Beklagte zu 1 tätig geworden. Dies steht einer Eintragung durch die Agentin gleich (vgl. OLG München, Urt. v. 2.9.1999 - 6 U 5500/98, juris Tz. 156 [in OLG-Rep 1998, 338 insoweit nicht abgedruckt]; Ingerl/Rohnke aaO § 11 Rdn. 9; Hacker in Ströbele/Hacker,

MarkenG, 8. Aufl., § 11 Rdn. 9; Lange, Marken- und Kennzeichenrecht, 2006, Rdn. 2402).

18            2. Die Beklagte haftet als Rechtsnachfolgerin der Beklagten zu 1. Denn sie hat die Streitmarke so erworben, wie sie dem Treuhänder - mit den Ansprüchen gemäß §§ 11, 17 MarkenG belastet - zugestanden hat (vgl. OLG Hamburg GRUR-RR 2003, 269, 270 - SNOMED; österr. OGH ÖBl. 2001, 91, 93 - Pycnogenol; Ingerl/Rohnke aaO § 11 Rdn. 21 und § 17 Rdn. 12; v. Schultz/v. Zumbusch aaO § 17 MarkenG Rdn. 7; HK-Markenrecht/Wüst, § 17 MarkenG Rdn. 8; Ingerl, GRUR 1998, 1, 4 f.; a.A. Hacker in Ströbele/Hacker aaO § 17 Rdn. 3 und 6; Bauer, GRUR Int. 1971, 496, 503).

19            III. Das Berufungsgericht hat angenommen, es habe zum Zeitpunkt der Anmeldung der Streitmarke zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 ein Agentenverhältnis bestanden. Auch diese Beurteilung ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

20            1. Nach § 11 MarkenG kann eine Marke gelöscht werden, wenn sie „ohne Zustimmung des Inhabers der Marke“ für dessen Agenten oder Vertreter eingetragen worden ist. Die Bestimmung des § 17 MarkenG sieht für diesen Fall Ansprüche auf Übertragung der Marke, Unterlassung und Schadensersatz vor. Mit diesen Vorschriften entspricht das Gesetz den Vorgaben des Art. 6<sup>septies</sup> PVÜ (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs eines Markengesetzes, BT-Drucks. 12/6581, S. 73, 77). Der Markeninhaber soll auf diese Weise vor einem ungetreuen Agenten oder Vertreter geschützt werden, der sich eine Marke eigenmächtig aneignet, die der Geschäftsherr - regelmäßig im Ausland - früher für sich in Anspruch genommen hat und die für den Agenten typischerweise gerade erst durch die Übernahme der Vertretung von Interesse ist. Der besondere Schutz des Markeninhabers beruht dabei auf der Vorstellung einer auch

ohne ausdrückliche Vereinbarung geltenden statusimmanenten Verpflichtung des Agenten oder Vertreters, die Interessen des Geschäftsherrn wahrzunehmen (BPatG Mitt. 2001, 264, 266 - Kümpers; Ingerl/Rohnke aaO § 11 Rdn. 3; Lange aaO Rdn. 2395). Er besteht nach § 152 MarkenG auch für Marken, die vor dem 1. Januar 1995 angemeldet und/oder eingetragen worden sind (vgl. OLG Hamburg GRUR-RR 2003, 269, 270). Entgegen dem insoweit missverständlichen Wortlaut der §§ 11, 17 MarkenG muss das Agenten- oder Vertreterverhältnis grundsätzlich zum Zeitpunkt der Anmeldung der Marke durch den Agenten oder Vertreter bestehen (Art. 6<sup>septies</sup> Abs. 1 PVÜ; Ingerl/Rohnke aaO § 11 Rdn. 6; Hacker in Ströbele/Hacker aaO § 11 Rdn. 10; Lange aaO Rdn. 2401; HK-Markenrecht/Fuchs-Wisseemann, § 11 MarkenG Rdn. 8).

21 Der im Markengesetz - anders als früher in § 5 Abs. 4 Satz 2 WZG - nicht definierte Begriff des Agenten oder Vertreters ist nicht streng rechtlich, sondern wirtschaftlich zu verstehen (Ingerl/Rohnke aaO § 11 Rdn. 5; Lange aaO Rdn. 2397). Ausreichend, aber grundsätzlich auch erforderlich ist ein Vertragsverhältnis, das zur Wahrnehmung der Interessen des Geschäftsherrn im geschäftlichen Verkehr verpflichtet (vgl. OLG Schleswig NJWE-WettbR 2000, 119, 120; OLG Hamburg, GRUR-RR 2003, 269, 271; Ingerl/Rohnke aaO § 11 Rdn. 5; Hacker in Ströbele/Hacker aaO § 11 Rdn. 6; Lange aaO Rdn. 2398). Die Verpflichtung zur Interessenwahrnehmung muss dabei allerdings nicht im Mittelpunkt der vertraglichen Beziehungen stehen; eine entsprechende Nebenpflicht i.S. von § 241 Abs. 2 BGB reicht aus (Ingerl/Rohnke aaO § 11 Rdn. 5; Lange aaO Rdn. 2398). Nach dem Sinn und Zweck der Regelung, die nicht den Agenten, sondern allein den Geschäftsherrn schützen soll, ist auch die Übernahme wechselseitiger Pflichten nicht erforderlich; maßgeblich ist vielmehr, ob sich aus den Beziehungen zwischen den Parteien eine einseitige Interessenbindung des Agenten ergibt, die es diesem verbietet, die Marke ohne Zustimmung des anderen Teils eintragen zu lassen (Lange aaO Rdn. 2398). Reine

Güteraustauschverträge reichen dagegen nicht aus; denn der „Kunde“ ist mit Bedacht in die Regelung des Art. 6<sup>septies</sup> PVÜ nicht mit einbezogen worden (vgl. BPatG, Beschl. v. 21.4.1999 - 32 W (pat) 91/99, juris Tz. 15; Bauer, Die Agentenmarke, 1992, S. 11, 20, 22; Ingerl/Rohnke aaO § 11 Rdn. 5; Hacker in Ströbele/Hacker aaO § 11 Rdn. 8; Lange aaO Rdn. 2398, jeweils m.w.N.).

22                    2. Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen tragen im Ergebnis dessen Annahme, zum Zeitpunkt der Anmeldung der Streitmarke am 10. August 1993 habe ein Agentenverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 bestanden.

23                    a) Die Revision wendet sich allerdings mit Recht dagegen, dass das Berufungsgericht eine Interessenwahrnehmungspflicht und damit eine Agentenstellung der Beklagten zu 1 insbesondere aus den mit der Klägerin geführten Vertragsverhandlungen über die Gründung einer gemeinsamen Vertriebsgesellschaft abgeleitet hat.

24                    aa) Die Anmeldung einer Marke während der Anbahnung eines Agentenverhältnisses kann zwar als Verletzung vorvertraglicher, auf die Wahrung der Interessen des Geschäftsherrn gerichteter Pflichten angesehen werden und daher Ansprüche aus §§ 11, 17 MarkenG auslösen. Entsprechende Ansprüche bestehen aber nur dann, wenn nachfolgend tatsächlich ein Agentenverhältnis begründet worden ist (vgl. Ingerl/Rohnke aaO § 11 Rdn. 7). Dies scheidet bei Verhandlungen über die Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft schon deshalb aus, weil zwischen Mitgesellschaftern kein Agentenverhältnis besteht. Der (mögliche) Mitgesellschafter des Markeninhabers kann - auch bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise - regelmäßig nicht als dessen Agent oder Vertreter angesehen werden. Es fehlt insofern an einem das Agentenverhältnis kennzeichnenden und immerhin einen gewissen Umfang erreichenden Abhän-

gigkeitsverhältnis zum Geschäftsherrn (vgl. BPatG, Beschl. v. 21.4.1999 - 32 W (pat) 91/99, juris Tz. 14; HK-Markenrecht/Fuchs-Wisseemann, § 11 MarkenG Rdn. 7). Abweichendes kann allein dann gelten, wenn die Parteien trotz entsprechender Bezeichnung der Sache nach nicht über den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags, sondern über eine durch ein Abhängigkeitsverhältnis gekennzeichnete Geschäftsbeziehung verhandeln. Von einem solchen (Ausnahme-)Fall kann aber vorliegend nicht ausgegangen werden.

25           bb) Es kommt hinzu, dass das Berufungsgericht unterstellt hat, im Zeitpunkt der Anmeldung der Streitmarke am 10. August 1993 habe bereits festgestanden, dass es nicht zur Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens kommen würde. Eine mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen möglicherweise entstandene vorvertragliche Interessenwahrnehmungspflicht wäre daher jedenfalls mit dem Scheitern der geführten Verhandlungen entfallen (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 67. Aufl., § 311 Rdn. 25).

26           b) Die Annahme eines Agentenverhältnisses im maßgeblichen Zeitpunkt der Anmeldung der Streitmarke wird jedoch durch die weitere Erwägung des Berufungsgerichts gerechtfertigt, die Beklagte zu 1 habe den alleinigen Vertrieb der Produkte der Klägerin in Deutschland bereits faktisch übernommen und die Parteien hätten sich in einer Weise abgestimmt, die über den bloßen Abschluss reiner Kaufverträge hinausgegangen sei. Die Revision rügt ohne Erfolg, dass das Berufungsgericht insoweit den Anspruch der Beklagten auf Gewährung des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG verletzt hat.

27           aa) Das Berufungsgericht hat für seine Annahme, die Beklagte zu 1 sei im Zeitpunkt der Anmeldung der Streitmarke über den Abschluss von Kaufverträgen hinaus als Alleinvertriebsberechtigte für die Klägerin tätig geworden, maßgeblich auf den Inhalt des sogenannten „Agreement Letter“ vom 30. Januar

1993 abgestellt. Darin ist nach der Behauptung der Klägerin eine Vereinbarung wiedergegeben, gemäß der die Beklagte zu 1 - zunächst für die Zeit vom 31. Januar bis zum 31. Juli 1993 - mit dem Alleinvertrieb der Produkte der Klägerin für Deutschland betraut war. Der Alleinvertrieb sollte der Beklagten zu 1 unter der Voraussetzung, dass in dieser Zeit ein gewisser Umsatz erreicht worden sei, auch darüber hinaus für weitere zwei Jahre überlassen werden.

28 Die Revision rügt unter Hinweis auf den unter Zeugenbeweis gestellten Sachvortrag der Beklagten mit Recht, dass diese das Zustandekommen einer solchen Vereinbarung bis zum Zeitpunkt der Markenmeldung bestritten hat. Das Berufungsgericht konnte den Inhalt der vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien nicht ohne Durchführung einer Beweisaufnahme allein aus dem „Agreement Letter“ feststellen.

29 bb) Den weiteren vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ist jedoch - ungeachtet des „Agreement Letter“ vom 30. Januar 1993 - zu entnehmen, dass die Beklagte zu 1 im Zeitpunkt der Anmeldung der Streitmarke am 10. August 1993 im Vertriebsnetz der Klägerin die Funktion des für die Erschließung des deutschen Marktes verantwortlichen Vertriebspartners ausgeübt hat. Auch wenn sich die Klägerin und die Beklagte zu 1 nicht darüber geeinigt hatten, wie sie ihre Zusammenarbeit langfristig gestalten sollten, bestand zwischen ihnen in dieser Zeit unabhängig von den einzelnen Austauschverträgen eine Rahmenvereinbarung, nach der die Geschäftsbeziehung vorläufig und in Erwartung eines noch abzuschließenden schriftlichen Vertrages abgewickelt wurde.

30 (1) Ausgangspunkt der Geschäftsbeziehung waren die von der Beklagten zu 1 am 30. September 1992 übermittelten Vorschläge zur Gestaltung des Vertriebs der Klägerin in Deutschland. Erwogen wurde dabei entweder die Grün-

derung einer eigenen Vertriebsgesellschaft oder die Nutzung der Vertriebsstruktur der Beklagten zu 1, bei der diese und die von ihr eingesetzten Vertreter auf Provisionsbasis, d.h. als Handelsvertreter, tätig werden sollten. In der Folgezeit verwendete die Beklagte zu 1 das Logo „audison“ firmenmäßig auf ihrem Briefbogen in der Geschäftskorrespondenz, so auch in der Korrespondenz mit der Klägerin, die offenbar keinen Anlass sah, dies zu beanstanden. Auch stellte sich die Beklagte zu 1 in dieser Zeit stets als Vertriebspartnerin der Klägerin dar. So erschien in der Zeitschrift „a.“ 3/93 ein Interview mit dem Produktmanager der Klägerin und mit R. F., in dem dieser u.a. äußerte: „Wir haben bisher sieben Vorbestellungen, obwohl wir Audison in Deutschland erst seit Januar 1993 vertreten“. Auf eine Vertriebsvereinbarung deutet auch das Schreiben der Klägerin vom 25. März 1993 hin, in dem sie gegenüber der Beklagten „die Preisliste“ bestätigte. Im Juli 1993 übersandte die Beklagte zu 1 der Klägerin ein von ihr entworfenes, für den Versand an potentielle Händler bestimmtes „Vorstellungsschreiben“, in dem es unter dem audison-Logo und der Absenderangabe der Beklagten zu 1 u.a. hieß, dass Audison seit Januar 1993 auch in Deutschland vertreten sei und seine Produkte im eigenen Werk und ausschließlich für den eigenen Vertrieb fertige. Die Audison-Produkte wurden als „unsere Endstufe“ bezeichnet. Es war vorgesehen, dass dieses Werbeschreiben von einem Mitarbeiter der Beklagten zu 1 mit der Funktionsbezeichnung „Vertrieb/Marketingbereich Audison“ unterzeichnet wird. Am 19. Juli 1993 machte die Beklagte der Klägerin außerdem einen Vorschlag für die Gestaltung der Arbeitskleidung von Mitarbeitern künftiger deutscher Audison-Händler. Auf der Kleidung sollte neben dem Zeichen „audison“ der Name des jeweiligen Händlers aufgebracht werden.

31                    Aufgrund dieser Feststellungen ist davon auszugehen, dass sich die Klägerin in der Zeit, in der die Anmeldung der Streitmarke erfolgte, für den Vertrieb

ihrer Produkte in Deutschland allein der Beklagten zu 1 bediente und dass die Beklagte zu 1 diese Funktion auch tatsächlich wahrnahm.

32 (2) Bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise reichen diese Tätigkeiten der Beklagten zu 1 aus, um sie als Agent i.S. der §§ 11, 17 MarkenG anzusehen.

33 Nicht entschieden zu werden braucht in diesem Zusammenhang die Frage, ob auch rein faktische Agenten- oder Vertreterbeziehungen im Rahmen der §§ 11, 17 MarkenG ausreichen (vgl. BPatG Mitt. 2001, 264, 266 - Kümpers; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 11 MarkenG Rdn. 9; Lange aaO Rdn. 2398; Bauer aaO S. 243). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatten sich die Parteien bereits in einer Weise miteinander abgestimmt, die über ein rein faktisches Verhältnis hinausging. Es kann in diesem Zusammenhang auch dahinstehen, ob die Beklagte zu 1 als Handelsvertreterin, Kommissionärin oder als Eigenhändlerin tätig werden sollte. Auch wenn über die Bedingungen einer längerfristigen Geschäftsbeziehung noch keine Einigkeit bestand, zeigen die konkret getroffenen Absprachen und Maßnahmen, dass sich die Parteien in der fraglichen Zeit jedenfalls darüber einig waren, dass die Beklagte zu 1 für die Klägerin zumindest vorläufig als Absatzmittlerin tätig sein sollte. Kennzeichnend dafür sind die Absprachen, die die Parteien insbesondere über Marketingmaßnahmen sowie über die Verwendung der von der Klägerin in Italien bereits angemeldeten Marke „audison“ getroffen haben.

34 (3) Unbegründet ist schließlich die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Beklagten unberücksichtigt gelassen, wonach die Vertragsverhandlungen zum Zeitpunkt der Anmeldung der Streitmarke bereits gescheitert gewesen seien. Den Feststellungen des Berufungsgerichts ist indessen zu entnehmen, dass die Beklagte zu 1 unmittelbar vor und nach dem

Datum der Anmeldung am 10. August 1993 unverändert als Vertriebspartnerin der Klägerin aufgetreten ist. Vom Juli 1993 stammt der bereits erwähnte Entwurf eines Werbeschreibens, mit dem sich die Beklagte zu 1 unter dem „audi-son“-Logo als Vertriebspartnerin der Klägerin vorstellen sollte. In derselben Zeit - am 19. Juli 1993 - übersandte die Beklagte zu 1 der Klägerin den ebenfalls bereits angeführten Entwurf für eine Arbeitskleidung der im Vertrieb in Deutschland tätigen Mitarbeiter. Unmittelbar nach der Anmeldung der Streitmarke hat sich die Beklagte zu 1 in einem Schreiben vom 27. September 1993 gegenüber einem Dritten als „offizielle Vertriebsvertretung“ der Klägerin dargestellt. Hieraus wird deutlich, dass das von der Beklagten behauptete „Scheitern der Vertragsverhandlungen“ nicht die Übereinkunft der Parteien betraf, nach der die Beklagte zu 1 zumindest vorläufig die Absatzinteressen der Klägerin in Deutschland wahrnehmen sollte.

35 C. Die Revision der Beklagten hat danach keinen Erfolg. Sie ist mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Bornkamm

Büscher

Schaffert

Kirchhoff

Koch

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 25.10.2000 - 34 O 73/00 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 30.08.2005 - I-20 U 182/00 -