
Datum: 01.04.2003
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 157/02
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2003:0401.4U157.02.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 13 O 106/02

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 28. August 2002 verkündete Urteil der 13. Zivilkammer – Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Bochum unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels insoweit abgeändert, als sich die Verurteilung der Beklagten zu 1) zur Löschung lediglich auf den Firmenbestandteil „B“ in der Firmenbezeichnung „B3 GmbH“ erstreckt.

Es bleibt bei der Kostenentscheidung des Landgerichts hinsichtlich der Kosten des Rechtsstreits erster Instanz. Die Beklagten tragen die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten zu 1) wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 100.000,00 EUR abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet. Dem Beklagten zu 2) wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 50.000,00 EUR abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Die Sicherheitsleistung kann durch unbedingte, unwiderrufliche, unbefristete selbstschuldnerische Bürgschaft eines als Zoll- und Steuerbürge anerkannten Kreditinstituts in der Europäischen Union erbracht werden.

Tatbestand:

Die Klägerin ist ein Unternehmen der Unternehmensgruppe B4. Sie ist u.a. Inhaberin der am 20. Dezember 1990 beim Deutschen Patent- und Markenamt unter der Nr. ##### eingetragenen Wortmarke B für die Warenklassen 3, 4, 16, 24, 25, 29, 30, 31 und 34. 1 2

Die Beklagte zu 1) wurde am 17. Oktober 2001 von dem Beklagten zu 3) und dessen Bruder gegründet. Zum alleinigen Geschäftsführer wurde der Beklagte zu 2) bestellt, der zuvor bereits Geschäftsführer der U GmbH war und es noch ist. Die Klägerin wurde im Januar 2002 auf die Domain "B3.de" aufmerksam, von der aus unter der Domain "C.de" auf die U GmbH und deren Werbung verwiesen wurde. Der Inhaber der Domain war damals diese U GmbH, der administrative Ansprechpartner der Beklagte zu 2). Die Beklagte zu 1) wirbt mittlerweile unter der Domain "B3.de" für Pauschalreisen. Inhaber dieser Domain ist der Beklagte zu 3), auf den mittlerweile auch die Domain "B3.de" umgeschrieben wurde. 3

Die Klägerin hat ausgeführt, die Beklagten lehnten sich an ihre Marke an, die überragende Verkehrsgeltung habe, um damit in unlauterer Weise den Bekanntheitsgrad für den Betrieb des Reisebüros auszunutzen. Die Beklagten machten sich ihren Ruf – qualitativ hochwertige Ware zu niedrigen Preisen- zu nutze. Kunden müßten vermuten, sie biete inzwischen auch Reisen an, wie es z.B. bei O und U2 der Fall sei. Außerdem habe der Beklagte zu 2) schon vor der Übertragung der Domain "B3.de" auf den Beklagten zu 3) den Ruf ihres Zeichens ausgenutzt. Es handele sich bei der Beklagten zu 1) um eine Strohmanngründung. Deren Firma lehne sich gleichfalls in unlauterer Weise an ihren Ruf an, was noch dadurch verstärkt werde, daß darin zusätzlich ein Hinweis auf die Gründer von B5 und B4, die B6, enthalten sei. Ihr stünden demnach Ansprüche nach den §§ 14 Abs. 2 Nr. 3, 15 Abs. 3 MarkenG, 12, 1004 BGB zu. 4

Die Klägerin hat beantragt, 5

1. 6

die Beklagten zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monate, zu unterlassen, die Zeichenfolgen (Second-Level-Domain) "B3" oder "B3" unter der Top-Level-Domain ".de" im Internet zu benutzen oder benutzen zu lassen und/oder diese Zeichenfolge dort registriert zu halten; 7

2. 8

die Beklagten zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monate, zu unterlassen, die Firma "B3" im geschäftlichen Verkehr zu benutzen oder benutzen zu lassen; 9

3. 10

die Beklagte zu verurteilen, durch Abgabe einer entsprechenden Erklärung die Umfirmierung¹ oder Löschung der "B3 GmbH", Amtsgericht Leverkusen, 12 HRB ####, zu veranlassen;

4. 12

den Beklagten zu 3. zu verurteilen, durch Abgabe einer entsprechenden Erklärung die 13
Löschung der Domains "B3.de" und "B3.de" zu veranlassen.

Hilfsweise hat die Klägerin zum Klageantrag zu 1. beantrag, 14

die Beklagten zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung 15
festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft, oder
Ordnungshaft bis zu 6 Monate, zu unterlassen, über die Internet-Domain "B3.de" und "B3.de"
Internet-Seiten zu konektieren, deren jeweilige Startseite keinen deutlichen, eindeutigen
Hinweis beinhalten, daß es sich bei diesen Seiten nicht um ein Angebot der
Unternehmergruppen B4 und/oder B5 handelt.

Die Beklagten haben beantrag, 16

die Klage abzuweisen. 17

Sie haben gerügt, dem Beklagten zu 2) sei nur eine einfache Abschrift der Klage zugestellt 18
worden. Im übrigen haben sie u.a. ausgeführt, die Klägerin könne dem Beklagten zu 3) und
dessen Bruder nicht verwehren, ihren natürlichen Namen zu benutzen, zumal durch die
Zusätze "Gebrüder" und "Reisen" jegliche Verwechslungsgefahr ausgeschlossen sei. Die
Klägerin könne sich nicht auf die bekannte Marke berufen, da sie nicht als B auftreten.
Bekannt sei nur die Werbung für B5 oder B4. B werde als Discountkette auch nicht mit der
Reisebranche in Verbindung gebracht. Sie hätten auch nicht unlauter gehandelt. Im Hinblick
auf eine beabsichtigte Kooperation zwischen der U GmbH und der Beklagten zu 1) sei von
Anfang an beabsichtigt gewesen, mit der Gründung und Eintragung der Beklagten in das
Handelsregister die Domain "B3.de" auf die Beklagte zu 1) oder einen ihrer Gesellschafter zu
übertragen. Deshalb sei die Abmahnung der Klägerin nicht der Anlaß für die Übertragung
dieser Domain auf den Beklagten zu 3) gewesen.

Das Landgericht hat den Beklagten untersagt, die im Streit befindlichen Domains zu 19
benutzen. Die Benutzung des Unternehmenskennzeichens der Beklagten zu 1) hat es nur
dieser untersagt, gegen die allein es auch nur den Löschungsanspruch für begründet
erachtet hat. Den Beklagten zu 3) hat es verurteilt, die Domains gegenüber der E e.G.
freizugeben. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Wegen der Begründung wird auf die
Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Die Beklagten verfolgen mit ihrer Berufung ihr Begehren, die Klage abzuweisen, weiter. Der 20
Beklagte zu 2) hält die Rüge aufrecht, die Klage sei wegen fehlerhafter Zustellung nicht
ordnungsgemäß erhoben. Die Beklagten rügen ferner eine unzulässige Klageänderung, die
darin liege, daß die Parteibezeichnungen auf seiten der Klägerin gewechselt hätten, und zwar
in B2 GmbH und Co. KG (siehe Bl. 146 der Akten). Des weiteren führen sie u.a. aus, soweit
die Klägerin ihren Anspruch auf ihre Wortmarke stütze, könne entgegen der Auffassung des
Landgerichts nicht davon ausgegangen werden, die Unternehmensgruppe B trete in der
Werbung unter dieser Marke auf. So sei für die Internetwerbung die B2 GmbH und Co. oHG
zuständig. Entgegen der Ansicht des Landgerichts nutzten sie auch nicht die Wortmarke
ohne rechtfertigenden Grund unlauter aus. Dazu führen sie nun erstmals aus, die
Unterscheidungskraft der Wortmarke sei durch Drittzeichen und eine erhebliche Anzahl

weiterer Internet-Domains geschwächt. Das Landgericht habe dem Beklagten zu 3) und dessen Bruder zu Unrecht verwehrt, ihren natürlichen Namen in der Firma der Beklagten zu 1) zu führen. Üblicherweise würden kleine und mittelständische Anbieter von Reiseleistungen ihren Namen als Firmenbestandteil verwenden, wie sie durch Einholung eines Sachverständigengutachtens unter Beweis stellen. Schließlich regen sie die Zulassung der Revision an.	
Die Beklagten beantragen,	21
das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.	22
Die Klägerin beantragt,	23
die Berufung zurückzuweisen.	24
Sie verteidigt das angefochtene Urteil mit näheren Ausführungen. Sie führt des weiteren u.a. aus, die Marke B werde auch ohne den Zusatz B4 benutzt. Die Kennzeichnungskraft ihrer Marke sei auch nicht beeinträchtigt, da die Marke "B7" gar nicht und die Wort-/Bildmarke "für alle Speisen B-Alpenländersalinensalz" nur mit ihrer Zustimmung und für sie genutzt werde. Die zahlreichen Internet-Domains zeigten lediglich, wie sehr sich B als Lockvogel eigne.	25
<u>Entscheidungsgründe:</u>	26
Die Berufung der Beklagten ist lediglich in dem aus dem Urteilstenor ersichtlichen Umfang bezüglich der Löschung der Firmenbezeichnung der Beklagten zu 1) begründet, im übrigen ist sie unbegründet.	27
Zu Unrecht rügt der Beklagte zu 2), ihm gegenüber sei die Klage nicht ordnungsgemäß erhoben worden, da nach der Zustellungsurkunde vom 3. Juli 2002 (Bl. 58 der Akten) ihm lediglich eine unbeglaubigte Abschrift der Klage (Bl. 88 der Akten) zugestellt worden sei. Dieser Mangel gilt nach § 189 ZPO, der seit dem 1. Juli 2002 in Kraft ist, als geheilt, da dem Beklagten zu 2) die Klageschrift tatsächlich inhaltlich unverändert zugegangen ist.	28
Eine (unzulässige) Klageänderung durch einen Parteiwechsel auf seiten der Klägerin scheidet ersichtlich aus, da es sich im Schriftsatz vom 20.08.2002 um eine versehentlich unrichtige Kurzbezeichnung der Partei handelt.	29
Das Landgericht hat den Beklagten zu Recht die Benutzung der Domain-Namen "B3.de" und "B3.de" untersagt. Dabei läßt der Senat offen, ob sich ein solcher Anspruch aus § 14 Abs. 5; 2 Nr. 3 MarkenG ergibt, da er inhaltsgleich aus § 15 Abs. 4; 3 MarkenG folgt.	30
B kommt als Firmenschlagwort der Klägerin eine überragende Bekanntheit im Inland gemäß § 15 Abs. 3 MarkenG zu. Das zeigt die Umfrage aus dem Jahre 1997, nach der 100 % der Beklagten die Geschäfte B zumindest dem Namen nach kennen (siehe Bl. 22 bis 24 der Akten). An diesem überragenden Bekanntheitsgrad ändern die Hinweise der Beklagten auf die Werthaltigkeit anderer Marken nichts (vgl. dazu Bl. 217 bis 222 der Akten), da es dort nicht um die Bekanntheit von Unternehmenskennzeichen, sondern um den kommerziellen Wert von Marken geht. Die Bekanntheit wird auch nicht durch die Wortmarke "B7" und die Wort-/Bildmarke "für alle Speisen B-alpenländersalinensalz" geschwächt. Dieses Vorbringen ist nicht zuzulassen, da die Beklagten es bereits erstinstanzlich hätten vorbringen können, da es ihnen bekannt sein mußte (§ 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO). Abgesehen davon ist es nicht geeignet, eine Schwächung des Firmenschlagwortes B herbeizuführen. Eine solche setzt als Ausnahmetatbestand voraus, daß die Drittzeichen im Bereich der gleichen oder eng	31

benachbarten Dienstleistungen und in einem Umfang in Erscheinung treten, der geeignet erscheint, die erforderliche Gewöhnung des Verkehrs an die Existenz weiterer Kennzeichen im Ähnlichkeitsprinzip zu bewirken (vgl. BGH GRUR 2001, 1161 f – CompuNet/ComNet). Das ist hier ersichtlich nicht der Fall, zumal die Marke "B7" nicht benutzt wird und die zweite Marke nur im Bereich der Klägerin verwendet wird.

Für den Hinweis auf die 23 Domains (siehe Bl. 329 bis 351 der Akten) gilt gleichfalls § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO, da sie sämtlich vor dem Termin der mündlichen Verhandlung vom 28. August 2002 in erster Instanz schon bestanden haben. Abgesehen davon verwässern sie das Firmenschlagwort B nicht, sondern verdeutlichen seinen Bekanntheitsgrad. 32

Schließlich geht der Einwand der Nichtbenutzung der Wortmarke B gemäß §§ 25, 26 MarkenG gegenüber der Verwendung von B als Firmenschlagwort ins Leere. Als solches wird B in Alleinstellung verwendet (siehe z.B. "B informiert – Bl. 180 der Akten) und zwar mit einer Verkehrsbekanntheit von 100 % in den Verkehrskreisen, an die sich auch die Beklagte zu 1) wendet, nämlich die Verbraucher. Mit diesem Firmenschlagwort wird zugleich die Vorstellung von "gut und preiswert" transportiert, worauf die Klägerin zu Recht hinweist. Die Beklagten nutzen mit der Verwendung der Domains die Wertschätzung der geschäftlichen Bezeichnung der Klägerin ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise aus (§ 15 Abs. 3 MarkenG). Soweit das Landgericht in diesem Zusammenhang auch einen Anspruch aus § 12 BGB hergeleitet hat, fehlt es an einer Verwendung der Domains im privaten Bereich der Beklagten. Das erweist sich aber im Ergebnis als unschädlich, da es im Urteilstenor keinen Niederschlag gefunden hat. 33

Die Beklagten benutzen mit ihren Domains das Firmenschlagwort der Klägerin, da der jeweilige Zusatz "Reisen" rein beschreibend ist. Sie benutzen die Domains auch ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise. Zwar müssen sie nicht notwendigerweise gegenüber dem bekannten Firmenschlagwort der Klägerin weichen, da der prägende Teil der Domains (auch) der bürgerliche Name des Beklagten zu 3) ist (vgl. BGH WRP 2002, 694 ff, 699 – shell.de). Es bedarf hier vielmehr einer Interessenabwägung, ob den Beklagten die Verwendung des Namens des Beklagten zu 3) untersagt werden kann, wobei die Prüfung im Rahmen des § 15 Abs. 3 MarkenG zu erfolgen hat (vgl. BGH a.a.O., 699 – shell.de). Hier sind die Interessen der Parteien von einem so unterschiedlichen Gewicht, daß den Beklagten zugemutet werden kann, einen unterscheidungskräftigen Zusatz zu verwenden, der geeignet ist eine Anlehnung an das Firmenschlagwort der Klägerin zu verhindern. Denn bei der herausragenden Bekanntheit des Firmenschlagworts und der damit verbundenen Wertschätzung der Klägerin – "gut und preiswert" – beuten die Beklagten durch die Anlehnung ihrer Bezeichnung gerade diese Wertschätzung auch aus. Sie wecken mit der Bezeichnung bewußt Assoziationen zu dem Firmenschlagwort der Klägerin und dem damit verbundenen Wertbegriff. Dieses Verhalten geschieht ohne rechtfertigenden Grund, da es den Beklagten ohne weiteres möglich ist, einen größeren Abstand zu wählen, ohne dadurch in ihren Rechten beeinträchtigt zu werden. In Kenntnis dieser Umstände handeln die Beklagten unlauter. 34

Soweit sie meinen, der Text ihrer Homepage weise den notwendigen Abstand zum Firmenschlagwort der Klägerin aus, vermögen sie damit nicht durchzudringen. Denn hier geht es nicht um eine Verwechslungsgefahr bei der Verwendung der Domains, sondern um die Rufausbeutung, die aus der Anlehnung an das Firmenschlagwort der Klägerin resultiert (insoweit geht der Hinweis der Beklagten auf BGH GRUR 2002, 706 ff – "vossius.de" fehl). 35

Da sich das Unlautere des Handelns bereits aus den vorstehenden Umständen ergibt, kommt es auf die einzelnen Modalitäten der Übertragung der Domain "B3.de" auf den Beklagten zu 36

3) nicht mehr an.

Das Landgericht hat der Beklagten zu 1) auch zu Recht untersagt, das Unternehmenskennzeichen "B3 (GmbH)" zu verwenden (§ 15 Abs. 4; 3 MarkenG). 37

Dieses Unternehmenskennzeichen der Beklagten zu 1) wird gleichfalls durch den Bestandteil "B" geprägt. "Reisen" hat hier gleichfalls nur beschreibenden Charakter. Der Zusatz "Gebrüder" ist so kennzeichnungsschwach, daß er angesichts der überragenden Bekanntheit von B nicht geeignet ist, den gebotenen Abstand herzustellen und dadurch auszuschließen, daß die Wertschätzung, derer sich das Firmenschlagwort der Klägerin erfreut, unlauter ausgenutzt wird. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß es weiten Kreisen des Publikums bekannt ist, daß die B6 die B-Unternehmensgruppen gegründet haben, so daß sich weitere Assoziationen aufdrängen. 38

Hinsichtlich der Rufausbeutung wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. 39

Soweit das Landgericht die Beklagte zu 1) zur Löschung des gesamten Unternehmenskennzeichens verurteilt hat, hat die Berufung teilweise Erfolg. Der Lösungsanspruch erstreckt sich lediglich auf den Firmenbestandteil "B" in der konkret eingetragenen Firmenbezeichnung (vgl. BGH GRUR 1981, 60 ff, 64 – Sytex). 40

Schließlich ist der Beklagte zu 3) zur Freigabe der Domains verpflichtet, da der Klägerin insoweit gleichfalls ein Beseitigungsanspruch zusteht (vgl. BGH a.a.O. 700 – shell.de für den inhaltsgleichen Anspruch auf einen Verzicht). 41

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO). 42

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 1 und 2, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 43