
Datum: 17.11.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 88/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:1117.4U88.09.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 12 O 8/09
Schlagworte: Markenmäßige Benutzung
Normen: MarkenG § 26 I

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 24. März 2009 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer – Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Bochum wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:

1

I.

2

Die Klägerin führt seit 2002 einen seit Jahrzehnten unter der Bezeichnung "H Q" bundesweit tätigen Fachversand für den Gartenbedarf fort. Sie ist unter anderem Inhaberin der Wortmarken "Q" und "H Q" sowie der Wort-/ Bildmarke "H Q".

3

Die Beklagte, die ihre Firma und Rechtsform im April 2009 geändert hat, betrieb seit 1957 zunächst über ihre Gesellschafter als OHG ein Gartencenter in T. Die Beklagte hat früher neben ihrer Firma auch die Bezeichnung "H2 Q" benutzt. Sie ist Inhaberin der am 12. Dezember 1990 angemeldeten und am 27. November 1991 für Samen, Pflanzen und Blumenzwiebeln eingetragenen Wort-/Bildmarke Nr. xxx "Q", die aus einer Grafik mit einem sog. "A" besteht, dessen Schürze mit der Bezeichnung "Q" versehen ist (vgl. Bl.7 d.A.).	4
Die Beklagte benutzt eine Abbildung dieser Marke unter anderem auf Geschäftspapieren und auf den Firmen-LKW. Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte das Zeichen auch markenmäßig zur Unterscheidung damit gekennzeichnete Pflanzen- und Blumenzwiebeln von anderen Waren solcher Art verwendet.	5
Die Klägerin hat am 27. Februar 2008 Antrag auf Löschung der Marke wegen Verfalls beim Deutschen Patent- und Markenamt gestellt, dem die Beklagte widersprochen hat. Mit der vorliegenden Klage nimmt die Klägerin die Beklagte auf Einwilligung in die Löschung wegen des Verfalls der Marke in Anspruch.	6
Die Klägerin behauptet, die Marke sei in den letzten fünf Jahren vor Stellung des Löschungsantrages zur Kennzeichnung der geschützten Waren nicht rechtserhaltend benutzt worden. Trotz sorgfältiger Recherchen hätte sie keine Hinweise für eine solche Markenbenutzung gefunden. Ihr stehe deshalb ein Löschungsanspruch wegen Verfalls zu, darüber hinaus aber auch wegen ihrer prioritätsälteren deutschen Marke Nr. xxx1 "Q".	7
Die Klägerin beantragt, die Beklagte zu verurteilen, in die Löschung der deutschen Marke 2 006 599 gegenüber dem Deutschen Patent- und Markenamt einzuwilligen.	8
Die Beklagte hat sich gegen die Klage verteidigt. Sie hat die vorliegende Klage als "Retourkutsche" in Zusammenhang mit der vom Landgericht Düsseldorf inzwischen rechtskräftig entschiedenen Löschungsklage im Hinblick auf die Marken der Klägerin (2a O 107/08) angesehen und deshalb für rechtsmissbräuchlich gehalten. In der Sache hat sie gemeint, die Klägerin habe schon nicht ausreichend dafür vorgetragen, dass die Marke nicht benutzt worden sei. Vorsorglich hat die Beklagte aber den diesbezüglichen Vortrag der Klägerin bestritten und durch zahlreiche Beispiele (vgl. Anlagen B 1 bis B 11) belegt, dass und wie die Marke auch zur Kennzeichnung von Samen, Pflanzen und Blumenzwiebeln verwendet worden sei.	9
Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Es hat einen Rechtsmissbrauch verneint und ungeachtet der sonstigen Streitigkeiten der Parteien entscheidend darauf abgestellt, dass die Klägerin schon deshalb ein Interesse an der Löschung der Marke habe, weil die Beklagte sie benutzt habe, um aus dieser Ansprüche gegen die Klägerin herzuleiten. Zur Begründung des Löschungsanspruches aus §§ 55, 49, 26 Markengesetz hat es ausgeführt, die Beklagte habe die Marke nicht rechtserhaltend benutzt. Zwar habe die Beklagte die Marke mit dem A als Unternehmenskennzeichen im Sinne des § 5 Markengesetz genutzt. Das reiche aber nicht aus. Denn deren Verwendung habe es hier nicht ermöglicht, die geschützten Waren von Waren anderer Herkunft zu unterscheiden. Der angesprochene Verkehr habe das Zeichen gerade nicht auch als Herkunftshinweis für die betreffenden Waren angesehen. Die Anlagen B1 und B2 machten dabei besonders deutlich, dass das Zeichen als Unternehmenskennzeichen benutzt worden sei. Die Anlage B 3 betreffe Blumenerde der Marke "H3". Die Marke mit dem A stehe ausschließlich für das H2 Q als Verkäuferin dieser	10
	11
	12

Erde. Die Anlage B 4 beziehe sich auf Düngemittel, also andere als die geschützten Waren. Bei der Anlage B 5 stehe die Marke wiederum überwiegend im Zusammenhang mit dem Firmenschlagwort der Beklagten. Auch soweit es bei einigen Angeboten in Alleinstellung verwandt werde, verweise es nicht auf die angebotenen Waren, sondern auf das anbietende Unternehmen. Das Zeichen werde gleichermaßen in Zusammenhang mit nur der Art nach bezeichneten Waren verwendet wie in Zusammenhang mit Markenwaren wie "D". Auch in Zusammenhang mit den Preisetiketten der Anlage B 6 stehe die Marke mit dem A erkennbar für das verkaufende Unternehmen, wie die Angabe von dessen vollständiger Anschrift deutlich mache. Gleiches gelte es für die Verwendung im Rahmen der Anlage B 7. Ohnehin fehle es gerade bei Preisetiketten in der Regel an der erforderlichen funktionsmäßigen Benutzung als Marke. Auch in den folgenden Anlagen werde das Zeichen stets neben der Bezeichnung "H2 Q" als Bestandteil eines einheitlichen Unternehmenskennzeichens verwandt. Es werde auch dann eingesetzt, wenn es um Markenware gehe, wie die Anlage B 8 deutlich mache. Die Verwendung des angegriffenen Zeichens erfolge somit insgesamt nicht in Bezug auf einzelne Produkte oder Produktgattungen, sondern auf das gesamte Sortiment. Es werde ganz überwiegend zusammen mit der Bezeichnung "H2 Q" benutzt. Den angesprochenen Verkehrskreisen erscheine es damit nur als Kennzeichnung des Gartencenters der Beklagten.

Die Beklagte greift das Urteil teilweise mit der Berufung an. Soweit es um Samen geht, nimmt sie das Urteil hin. Soweit es um Pflanzen und Blumenzwiebeln geht, soll die Löschungsklage abgewiesen werden. Die Beklagte stellt dabei klar, dass es sich bei der Veröffentlichung der eingetragenen Waren "Samen, Pflanzen- und Blumenzwiebeln" um eine offensichtliche Unrichtigkeit gehandelt habe, weil tatsächlich die Waren "Samen, Pflanzen und Blumenzwiebeln" Gegenstand der Eintragung gewesen seien. Sie behauptet, dass die Marke für Pflanzen und Blumenzwiebeln im entscheidenden Zeitraum auch umfangreich benutzt worden sei. Dabei schließe die firmenmäßige Verwendung des Zeichens nicht aus, dass dieses auch eine Herkunftsfunktion aufweise. Der firmenmäßige und der markenmäßige Gebrauch eines solchen Zeichens könnten durchaus ineinander übergehen. Hier liege der Fall vor, dass die Marke neben der Benutzung als Unternehmenskennzeichens jedenfalls auch zur Bezeichnung von Pflanzen und Blumenzwiebeln verwendet werde. Bei einer differenzierten Betrachtung des Einzelfalls ließen hier die branchenspezifischen Gegebenheiten, das Verständnis des Durchschnittsverbrauchers und die verkehrsübliche wirtschaftliche Betätigung des Markeninhabers auf einen solchen zusätzlichen Herkunftshinweis schließen. Das gelte zunächst im Hinblick auf die Pflanzen. Auf der 11.000 qm großen Verkaufsfläche biete sie im Bereich von ca. 9.000 qm sämtliche Pflanzen an. Diese seien mit Etiketten entsprechend der Anlage B 6 und Steckschildern entsprechend der Anlage B 8 versehen, auf denen sich der Preis und dazu abgegrenzt das A befinde. Dazu legt die Beklagte Fotos vor (Bl.203 bis 205 d.A.). Außerdem würden Hänge- und Steckschilder gemäß Anlage B 5 verwandt, die entweder über die Pflanzen gehängt oder neben die entsprechenden Regale gestellt würden. Unter Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse und Gepflogenheiten im Bereich der Gartenartikel verstehe der angesprochene Verkehr die Verwendung des "Zwiebelmännchens" auch als Herkunftshinweis auf die jeweilige Pflanze, selbst wenn dieser nicht unmittelbar auf der Pflanze aufgebracht sei. Soweit das "A" in Alleinstellung verwendet werde, handele es sich um den Prototyp einer herkunftsidentifizierenden Markenverwendung. Soweit es zusammen mit dem Hinweis "H2 Q – Ihr Gartenfachgeschäft" verwendet werde, sei das "A" so räumlich getrennt von der Unternehmensbezeichnung und der Preisangabe und so hervorgehoben, dass der Verkehr darin nicht nur einen Hinweis auf das Unternehmen sehe. Der Verkehr sei wegen der Besonderheiten auch darauf eingestellt, dass auf einem Etikett oder Schild nicht nur der Preis und der Hinweis auf das anbietende Unternehmen, sondern zugleich ein Herkunftshinweis

13

auf die Ware enthalten wäre. Die Beklagte behauptet noch einmal unter Beweisantritt, dass die Kennzeichnung der Pflanzen auf die geschilderte Art auch während der letzten fünf Jahre kontinuierlich so stattgefunden habe.

Auch für Blumenzwiebeln gelte nicht anderes. Auch insoweit sei die Marke innerhalb des entscheidenden Zeitraums als Herkunftshinweis für diese Ware verwendet worden. Die Beklagte verweist insoweit auf die Abbildungen der Verpackungen der Blumenzwiebeln, wie sie als Anlage B 7 vorgelegt worden seien. Aus der Anlage B 8 ergebe sich zudem, wie die Blumenzwiebeln, die nach Frühjahrsblumenzwiebeln und Herbstblumenzwiebeln zu unterscheiden seien, in ihren Verkaufsräumen angeboten würden. Es würden dabei zusätzlich gelbe Steckschilder verwendet, auf denen neben der Produktangabe und dem Preis auch das "A" angebracht sei. Dadurch werde eine konkrete Beziehung zwischen den angebotenen Blumenzwiebeln und dem "A" hergestellt, die angesichts der besonderen Umstände ausreiche.

Die Beklagte beantragt,
unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen, soweit
sie sich auf die Einwilligung in die Löschung der im Warenverzeichnis
benannten Pflanzen und Blumenzwiebeln bezieht.

Die Klägerin beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Vertiefung und Ergänzung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Sie verweist darauf, dass das tatsächliche Vorbringen der Beklagten in der Berufungsinstanz auf Seiten 8 bis 17 der Berufungsbegründung weitgehend neu sei und nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht mehr zugelassen werden könne. Erstinstanzlich habe die Beklagte keinen substantiierten Vortrag für die rechtserhaltende Benutzung der Marke gerade für die geschützten Produkte erbracht, sondern nur weitgehend ungeordnetes und unkommentiertes Material vorgelegt, nach dem die Marke auf Lastkraftwagen, Bussen, Visitenkarten und in Zusammenhang mit allen möglichen anderen Produkten verwendet worden sei. Eine Einzelfallbeurteilung in Bezug auf die geschützten Waren wäre dem Landgericht somit gar nicht möglich gewesen.

II.

Die Berufung der Beklagten ist unbegründet. Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch auf Einwilligung der Löschung der Streitmarke zu, weil die Beklagte sie nicht rechtserhaltend benutzt hat.

1) Der Antrag ist nicht zu beanstanden. Die Klägerin begehrt die Löschung der durch die Eintragsnummer genau bezeichneten Wort-/Bildmarke "Q". Die Klage ist zutreffend auf die Einwilligung der Beklagten als im Register eingetragene Markeninhaberin in die Löschung der Eintragung gerichtet (Ingerl / Rohnke, Markengesetz, 2. Auflage, § 55 Rdn. 10).

2) Die Klagebefugnis und Aktivlegitimation der Klägerin ergeben sich ohne Weiteres aus § 55 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Der Löschungsklage wegen Verfalls kann nicht entgegen gehalten werden, dass das Zeichen auch nach der Löschung der Marke wegen anderweitiger Kennzeichenrechte der Beklagten von keinem Dritten verwendet werden dürfte (vgl. BGH

GRUR 2005, 1048 –Otto). Im Übrigen hat die Klägerin hier auch ein eigenes rechtliches Interesse an der Löschung der Marke, weil die Beklagte in einem anderen Rechtsstreit gerade aus der angeblich zu löschenden Marke Rechte gegen die Klägerin hergeleitet hat. Auch der Gesichtspunkt, dass die Klägerin die Klage erst erhoben hat, nachdem sie ihrerseits von der Beklagten in E auf Löschung ihrer Marken wegen Verfalls in Anspruch genommen worden ist, rechtfertigt nicht den Vorwurf eines rechtsmissbräuchlichen Vorgehens.

3) Der Klägerin steht hier ein Löschungsanspruch gemäß §§ 55 Abs. 1 1. Alt., 49 Abs. 1 MarkenG wegen Verfalls der streitgegenständlichen Marke zu. Die Beklagte hat diese innerhalb eines ununterbrochenen Zeitraumes von fünf Jahren nach dem Tag der Eintragung am 27. November 1991 nicht rechtserhaltend gemäß § 26 MarkenG benutzt. 26

a) Die rechtserhaltende Benutzung eines Kennzeichens, das als Marke für bestimmte Waren eingetragen ist, erfordert im Sinne des § 26 Abs. 1 MarkenG, dass die Marke in üblicher und sinnvoller Weise für die Ware verwendet wird, für die sie eingetragen ist (BGH WRP 2007, 958, 959 –bodo Blue Night; WRP 2005, 1527, 1529 –Otto). Nur dann kann sie ihrer Hauptfunktion gerecht werden, dem Verkehr die Ursprungsidentität der Ware zu garantieren, indem sie ihm ermöglicht, diese Ware von Waren anderer Herkunft zu unterscheiden. 27

b) Die Darlegungs- und Beweislast für die Nichtbenutzung trägt zwar grundsätzlich der Kläger, der die Löschung begehrt. Diesem kommen aber die aufgrund des auch im Prozessrecht geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) im gewerblichen Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht allgemein anerkannten Beweiserleichterungen beim Nachweis negativer Vorgänge oder betriebsinterner Vorgänge zugute. Die Beklagte trifft eine Darlegungspflicht, wenn der Löschungskläger keine genaue Kenntnis von den Umständen der Markenbenutzung hat und auch nicht über die Möglichkeit verfügt, den Sachverhalt von sich aus aufzuklären (BGH GRUR 2009, 60, 61 –Lottocard; vgl. Senatsurteil vom 2. September 2008 –4 U 108 / 07). Dem entsprechend musste im vorliegenden Fall die Beklagte den Klägervortrag, dass eine solche Markenbenutzung auf dem betreffenden Markt für sie nach ihren Möglichkeiten nicht erkennbar geworden sei, substantiiert bestreiten und belegen, zu welchen Benutzungen es entgegen dem klägerischen Vorbringen gekommen sein soll. 28

c) Die von der Beklagten in diesem Zusammenhang vorgetragenen Nutzungshandlungen lassen die Annahme der erforderlichen markenmäßigen Benutzung des streitgegenständlichen Zeichens mit herkunftshinweisender Funktion für die Waren Pflanzen und Blumenzwiebeln nicht zu. In Bezug auf diese Waren sieht die Beklagte in den erstinstanzlich allgemein geschilderten Benutzungshandlungen und den in der Berufungsbegründung auf die verbliebenen Waren bezogenen Benutzungsformen zu Unrecht eine rechtserhaltende Benutzung. Dabei kann offen bleiben, ob es sich bei dem ergänzenden Vorbringen in zweiter Instanz um neues Vorbringen im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO handelt. Denn auch wenn man das Vorbringen berücksichtigt, fehlt es an einer Nutzung der Marke mit dem "A" in einer Weise, die einen Hinweis auf die Herkunft der einzelnen damit gekennzeichneten Pflanzen und Blumenzwiebeln zulässt. Entscheidend ist insoweit, dass eine rechtserhaltende Benutzung nicht vorliegt, wenn das Zeichen ausschließlich als Unternehmenskennzeichen und nicht zumindest zugleich auch als Herkunftshinweis für die konkret vertriebene Ware verwendet wird (BGH GRUR 2005, 1047, 1049 –Otto; GRUR 2006, 150, 151 –Norma). 29

aa) Die streitgegenständliche Marke mit dem A ist seit langen Jahren als besondere Geschäftsbezeichnung oder als Geschäftsabzeichen im Sinne des § 5 Abs. 2 MarkenG zur weiteren Kennzeichnung des Geschäftsbetriebs der Beklagten in T benutzt worden. Das 30

ergibt sich eindeutig aus den von der Beklagten selbst vorgetragenen allgemeinen Benutzungsformen. Die Anlage B 1 zeigt, dass zwischen 1990 und 1996 zusätzlich zur Geschäftsbezeichnung H2 Q noch das A mit der Aufschrift "Q" auf der Schürze auf den Auslieferungsfahrzeugen als Hinweis auf den Betrieb der Beklagten benutzt wurde. Gleiches gilt für die Busse der Anlage B 10. Welche Rolle dem Zeichen mit dem A im Rahmen der Kennzeichnung des Betriebes zukam, macht die Anlage B 2 deutlich. Aus der Anlage B 11 ergibt sich, dass das Zeichen in etwas abgewandelter Form zusätzlich zur Firma zur Kennzeichnung des Garten-Centers auf Visitenkarten, Geschäftspapieren und Rechnungsformularen benutzt wurde. Auch im Bereich des Geschäftsbetriebs ist es danach sichtbar; es bewacht gleichsam die Einkaufswagen. Außerdem kennzeichnet es in Alleinstellung das Personal der Beklagten. Das Zeichen wirbt damit gerade auch in den Augen des Verkehrs in besonderer Weise für das Unternehmen und seine Dienstleistungen. Diese Bedeutung des Zeichens, die auch die in großer Zahl gefertigten Aufkleber der Anlage B 9 deutlich machen, stellt auch die Beklagte nicht in Abrede.

bb) Entscheidende Frage ist es daher, ob das Zeichen nach dem Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise zugleich auch als Herkunftshinweis in Bezug auf die Kennzeichnung der geschützten Produkte benutzt wird, also auch einen entsprechenden Produktbezug aufweist. Insoweit ist allein entscheidend, ob das A aus Sicht des Verkehrs auch die von der Beklagten angebotenen **Pflanzen und Blumenzwiebeln** als solche kennzeichnet, um sie von anderen Produkten solcher Art zu unterscheiden. Darauf, ob sonstige Produkte wie etwa Humus, die Düngemittel der Anlage B 4, Kräuternerde und Schleierschwänze der Anlage B 5, damit markenmäßig gekennzeichnet worden sind, kommt es nicht an. Als Belege kommen deshalb überhaupt nur die Anlagen B 5 (teilweise), B 6, B 7 und B 8 in Betracht.

31

cc) Die Beklagte hat jedenfalls nunmehr vorgetragen, dass in unmittelbarer räumlicher Nähe zu den Pflanzen, die auf einem Großteil der Verkaufsfläche angeboten werden, auf Etiketten und Schildern auch das Zeichen angebracht ist. Es ist keine Kennzeichnung vorgelegt, auf der sich nur das Zeichen befindet. Bei sämtlichen Belegen der oben genannten Anlagen handelt es sich auch um Produktbeschreibungen und Preisauszeichnungen. Die Beklagte hat mit der Anlage B 6 ein Hinweisschild vorgelegt, auf dem neben der Kennzeichnung der Pflanze als Studentenblume der Stückpreis enthalten war und neben dem Preis auch das A, und zwar größer als die Aufschrift "H2 Q ... Ihr Gartenfachgeschäft". Auch diese Kennzeichnung bezieht der Verkehr aber nicht auf die jeweilige Pflanze selbst. Es trifft nicht zu, dass das Zeichen in hervorgehobener Weise auf die Produkte bezogen ist, wie die Berufungsbegründung annimmt. Das Zeichen steht im Gegenteil immer näher beim Preis und bei den unterschiedlichen Formulierungen, die auf das Unternehmen Bezug nehmen. Auch wenn es neben der Bezeichnung "Ihr Gartenfachgeschäft" steht, wird es als Bild für das H2 Q angesehen. Der Verkehr sieht darin wie in nachträglich aufgeklebten Preisetiketten nur einen Hinweis darauf, dass die Beklagte als das auch unter diesem Zeichen auftretende Unternehmen für die ausgezeichneten Pflanzen einen bestimmten Preis fordert (BGH – Norma, a.a.O. S.152). Firmen- und markenmäßiger Gebrauch können zwar ineinander übergehen. Hier ist das aber nicht der Fall. Zu deutlich steht das A für das Unternehmen. Dafür sprechen auch folgende Umstände: Die Beklagte verwendet das Zeichen deutlich erkennbar für ihr gesamtes Sortiment. Dabei ist unstreitig, dass die Beklagten jedenfalls den Großteil der angebotenen Waren von fremden Herstellern bezieht. Die Waren werden auch wie insbesondere die Kräuternerde D2 oder der Bodenaktivator P unter den Marken der Hersteller vertrieben. Dennoch erscheint auch auf diesen Schildern das A zusammen mit "In Ihrem H2 Q". Es gibt nach den Belegen keine Preisbezeichnung irgendeines Artikels, auf dem das Zeichen nicht auftaucht. Die Bewerbung der Sämereien, Pflanzenschutzmittel und

32

des Sortiments "Alles für den Garten" im Rahmen der Anlage B 6 macht den Bezug der Marke auf das ganze Sortiment besonders deutlich. Gerade in diesen Fällen soll es erkennbar das anbietende Unternehmen kennzeichnen und nicht die so unterschiedliche Ware. Für einen markenmäßigen Gebrauch sprechen auch keine branchenspezifischen Gegebenheiten. Es wäre durchaus möglich, die Pflanzen gesondert mit dem Zeichen zu kennzeichnen und daneben die Preisauszeichnungen mit dem Hinweis auf das verkaufende Unternehmen vorzunehmen. Es muss auch in einem Gartencenter nicht zwangsläufig alles auf einem Schild stehen. Vor allem geht der Verkehr nicht von einem besonderen Warenbezug aus, wenn alles –wie immer- auf einem Schild steht.

dd) Für die Blumenzwiebeln kann nichts anderes gelten. Die Verpackungstüten der Anlage B 7 enthalten das Zeichen aus Sicht des Verkehrs bei der hier ganz unzweifelhaften Zuordnung zum Preis als Hinweis auf das preisbestimmende Unternehmen. Er wird auch nichts anderes annehmen, wenn zusätzlich Preisschilder angebracht werden, die in der Nähe des Zwiebelangebotes ähnliche Informationen enthalten wie bei den Wintersteckzwiebeln zu 1,19 € der Anlage B 8. 33

Die sich aus § 543 Abs. 2 ZPO ergebenden Voraussetzungen für die Zulassung der Revision sind im vorliegenden Einzelfall nicht gegeben. 34

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 35

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 708 Nr. 10, 711 ZPO. 36