
Datum: 05.03.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 139/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:0305.4U139.12.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 17 O 25/12

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 26. Juni 2012 verkündete Urteil der 17. Zivilkammer – Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Bochum wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass es am Ende des Verbotstenors heißt: „wie geschehen im Internetauftritt vom 17. Februar 2012, Anlage K 5 zur Klageschrift (Bl. 22 u. 23 d. A.).“

Die Beklagte trägt die Kosten der Berufung.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 75.000,- EUR abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe

A.

Die Klägerin firmiert seit dem Jahr 2009 unter der Bezeichnung B1 GmbH & Co. KG. Sie ist seit dem 14.01.2010 unter HRA 3503 im Handelsregister des Amtsgerichts Hamm eingetragen (Anlage K2 zur Klageschrift vom 17.02.2012/Bl. 16 d.A.).

1

2

3

4

Die Klägerin ist Inhaberin der seit dem 19.10.2011 eingetragenen Deutschen Wortmarke „B1“, die unter der Nr. 302011046299 beim deutschen Patent- und Markenamt registriert ist (Anlage K4 zur Klageschrift vom 17.02.2012/Bl. 18ff.d.A.).

Die Beklagte vertreibt Spielwaren, Multimediaprodukte sowie sonstige angrenzende Waren unter der Domain www.ta-multimedia.de. 5

Beide Parteien handeln im Internet mit sog. E-Zigaretten über die Handelsplattform B. 6

Die Beklagte bot ab der 50. Kalenderwoche 2011 bei B ein E-Zigaretten-Set zum Preis vom 19,90 € an. Insoweit war bei B eine Internetseite aufrufbar (Anlage K5 zur Klageschrift vom 17.02.2012/Bl. 22/23 d.A.), in der diese Ware mit 7

"B1® Wellness Doppelpack Starter Kit mit zwei E-Zigaretten, Verdampfer Elektronische Zigarette E Smoker Dampfer elektrische E Zigarette cigarette Starter Set E Ziggi USB-KFZ-Netzladegerät 8

von B1" 9

bezeichnet war und auf der darauf hingewiesen wurde, dass der Verkauf und der Versand durch die Beklagte erfolgt. 10

Die Klägerin bot diesen Artikel zur gleichen Zeit in gleicher Weise bei B an (Anlage K3 zur Klageschrift vom 17.02.2012/Bl. 17 d.A.), wobei die Bezeichnung "B1® Wellness Doppelpack Starter Kit mit zwei E-Zigaretten, Verdampfer Elektronische Zigarette E Smoker Dampfer elektrische E Zigarette cigarette Starter Set E Ziggi USB-KFZ-Netzladegerät" auf die Klägerin zurückging. 11

Wegen der Einzelheiten der zugrundeliegenden Teilnahmebedingungen von B wird auf den als Anlage B2 zur Klageerwiderung vom 02.05.2012 (Bl. 75-87 d.A.), wegen der Richtlinien für Produktdetailseiten von B auf den als Anlage B5 zur Klageerwiderung vom 09.05.2012 (Bl. 136/137 d.A.) und wegen der Einzelheiten der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von B auf den als Anlage B3 zum Schriftsatz der Beklagten vom 09.05.2012 (Bl. 117-122 d.A.) zu den Akten gereichten Ausdruck derselben verwiesen. 12

Mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 22.12.2011 (Anlage K7 zur Klageschrift vom 17.02.2012/Bl. 24ff. d.A.) mahnte die Klägerin die Beklagte ab, da sie die der Klägerin zustehende Wortmarke wie auch deren geschäftliche Bezeichnung verwandt und zudem irreführend i.S.d. § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG gehandelt habe. Sie forderte die Beklagte deshalb unter Fristsetzung bis zum 29.12.2011 zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf und machte ferner unter Fristsetzung bis zum 02.01.2012 die Erstattung der Rechtsanwaltskosten für die Abmahnung nach einem Gegenstandswert von 50.000,00 € unter Ansatz einer 1,5-fachen Geschäftsgebühr in Höhe von insgesamt 1.589,00 € geltend. 13

Die Beklagte wies die Forderungen der Klägerin mit E-Mail vom 23.12.2011 (Anlage K8 zur Klageschrift vom 17.02.2012/Bl. 29 d.A.) sowie anwaltlichem Schreiben vom 11.01.2012 (Anlage K9 zur Klageschrift vom 17.02.2012/Bl. 30f. d.A.) zurück, gab jedoch unter dem 10.01.2012 eine strafbewehrte Unterlassungserklärung (Anlage K9 zur Klageschrift vom 17.02.2012/Bl. 32 d.A.) im Hinblick auf den Vorwurf der Verwendung der Wortmarke der Klägerin ab. 14

Die Klägerin reagierte hierauf mit anwaltlichem Schreiben vom 17.01.2012 (Anlage K10 zur Klageschrift vom 17.02.2012/Bl. 34ff. d.A.).

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien erster Instanz einschließlich der Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 16

Das Landgericht hat es der Beklagten unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel untersagt, im geschäftlichen Verkehr zum Angebot von Waren und deren Bewerbung die geschäftliche Bezeichnung „B1“ zu verwenden und/oder unter dieser Bezeichnung Waren anzubieten und/oder zu vertreiben, wie dies auf dem Online-Marktportal B, erreichbar unter der Internetadresse www.B.de bei dem Angebot einer elektronischen Zigarette in der Angebotszeile wie folgt geschehen sei: 17

"B1® Wellness E-Zigarette Starterset Elektro Verdampfer Elektronische Zigarette E Smoker Dampfer elektrische Zigarette E Zigarette cigarette Starter Set E Ziggi USB-KFZ-Netzladegerät" 18

Es hat die Beklagte ferner unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt, an die Klägerin 1.059,33 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.01.2012 zu zahlen. 19

Es hat dies wie folgt begründet: 20

Die Klage sei hinsichtlich des Unterlassungsantrages in vollem Umfang und hinsichtlich des Erstattungsanspruchs teilweise begründet. 21

Die Klägerin könne nach §§ 15 Abs. 4, Abs. 2, 5 Abs. 2 MarkenG die begehrte Unterlassung von der Beklagten verlangen. 22

Der Antrag der Klägerin sei nicht zu weit und nicht zu unbestimmt. Denn die Klägerin habe in dem Klageantrag zu 1) die konkrete Verletzungsform, deren Untersagung sie begehre, in hinreichender Weise dargestellt. 23

Die Klägerin habe nach § 5 Abs. 2 MarkenG an der Bezeichnung „B1“ im Sinne eines Firmenschlagworts ein Unternehmenskennzeichen erworben. 24

Die Klägerin sei mit der Firma „B1 GmbH & Co. KG“ seit dem 14.01.2010 im Handelsregister eingetragen. Auch wenn Bestandteile einer Gesamtfirma grundsätzlich keinen eigenen Schutz genießen würden, könnten sie als Firmenschlagwörter, die im Verkehr verkürzend für die Firma verwendet werden, Schutz i.S.v. § 5 Abs. 2 MarkenG erlangen. Die Voraussetzungen hierfür seien erfüllt. „B1“ sei neben dem allgemeinen Bestandteil "GmbH & Co. KG" ersichtlich der Bestandteil, der allein ganz wesentlich die Unterscheidungskraft, die Unterscheidungsfähigkeit trage. Insoweit sei evident, dass dieser Bestandteil vom Verkehr als Schlagwort angesehen werde und sich als Hinweis auf das Unternehmen durchsetzen könne. 25

Die Klägerin habe die Gesamtfirma, aber auch das Firmenschlagwort „B1“ in der erforderlichen Weise benutzt, d.h. namensmäßig im geschäftlichen Verkehr gebraucht. Denn komme es alsbald zu einer wirtschaftlichen Betätigung, könne bereits die Anmeldung der Firma zum Handelsregister eine prioritätsbegründende Benutzung sein. Schon mit Rücksicht auf die durch die Anlagen K 1 und K 3 zur Überzeugung des Gerichts belegte Geschäftstätigkeit der Klägerin sei damit jedenfalls seit Anfang 2010 eine Benutzung der Gesamtfirma, die den Anforderungen des § 5 Abs. 2 MarkenG genüge, gegeben. Auch eine Benutzung des Firmenschlagworts „B1“ sei zu bejahen. Ausweislich der Anlage K 3 und einer 26

Internetseite, die das Gericht auf der Handelsplattform B selbst vorgenommen habe, stehe zur Überzeugung des Gerichts fest, dass die Klägerin dort unter dem Verkäufersnamen „B1“ tätig sei. Gleichmaßen habe das Gericht im Internet selbst festgestellt, dass die Klägerin die Internetadresse www.B1.de nutze und dort Werbung für ihr Unternehmen, ihre Shops und Produkte mache. Die Nutzung des Firmenschlagworts neben der Gesamtfirma werde auf dem Ausdruck K1 besonders deutlich. Vergleichbares könne auch den von der Beklagten selbst vorgelegten Rechnungsformularen der Klägerin entnommen werden.

Mit der streitgegenständlichen Internetseite verstoße die Beklagte gegen das Recht der Klägerin an der geschäftlichen Bezeichnung (§ 15 Abs. 2 MarkenG). Das geschützte Firmenschlagwort „B1“ werde dort im geschäftlichen Verkehr im identischen Wortlaut benutzt. Dass die Verwendung an prominenter Stelle der Warenüberschrift und mit nachgestelltem ®, folglich im Schwerpunkt markenmäßig erfolge, stehe einem Schutz der geschäftlichen Bezeichnung nicht entgegen. Im nicht namensmäßigen Gebrauch des angegriffenen Zeichens als Marke liege regelmäßig eine Benutzung auch als Unternehmenskennzeichen, weil die Marke eine betriebliche Herkunft des gekennzeichneten Produkts anzeige. 27

Die Beklagte könne nicht damit gehört werden, das Firmenschlagwort der Klägerin nicht selbst eingegeben zu haben. Sie müsse sich das Verhalten des Plattformbetreibers B zurechnen lassen. Denn als Händler begeben sie sich aus eigenem Antrieb auf die Handelsplattform B, um dort ihr Angebot einzustellen. 28

Der Beklagte habe das Firmenschlagwort „B1“ unbefugt benutzt. Eine ausdrückliche Einwilligung der Klägerin sei nicht ansatzweise dargelegt und ersichtlich. Diese könne auch nicht darin gesehen werden, dass die Klägerin ihrerseits das Produkt unter Verwendung der Bezeichnung „B1“ bei B eingestellt habe. Zwar ergebe sich aus den Teilnahmebedingungen von B unter A XIII, dass der Teilnehmer B ein Nutzungsrecht an allen Werken und Werkteilen sowie Datenbanken, Katalogen und Produktinformationen einräume. Davon seien aber jedes Firmenzeichen, jede Schutzmarke oder andere ähnliche Brandings ausdrücklich ausgenommen. Damit sei auch eine konkludente Einwilligung nicht erkennbar. 29

Eine Berechtigung der Beklagten könne auch nicht aus § 13 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von B hergeleitet werden. Unabhängig davon, dass diese schon sachlich keine Markenrechte erfasst, würden die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur im Verhältnis zwischen B und den Kunden, die von B unmittelbar angebotene Produkte von B kaufen, gelten. 30

Auch auf § 23 Nr. 2 MarkenG könne sich die Beklagte nicht berufen. Dass dessen Voraussetzungen mit der aus Anlage K5 ersichtlichen Verwendung der Bezeichnung „B1“ erfüllt seien, sei nicht ansatzweise ersichtlich. 31

Das Vorgehen der Klägerin sei auch nicht im Hinblick darauf, dass der Schutz der eingetragenen Wortmarke „B1“ für die Klassen 28, 9, 14 und 25 E-Zigaretten nicht umfasse und in der auf die Klägerin zurückgehenden Bezeichnung "B1® Wellness Doppelpack Starter Kit mit zwei E-Zigaretten, Verdampfer Elektronische Zigarette E Smoker Dampfer elektrische E Zigarette cigarette Starter Set E Ziggi USB-KFZ-Netzladegerät" der Hinweis auf ein registriertes Kennzeichen zu sehen sei, als rechtsmissbräuchlich einzustufen. Selbst wenn die Verwendung des ® für E-Zigaretten wettbewerbswidrig wäre, vermöge dieser Umstand eine Verletzung der geschäftlichen Bezeichnung der Klägerin durch Dritte nicht zu rechtfertigen 32

Die von der Beklagten abgegebene Unterwerfungserklärung könne die Wiederholungsgefahr im Hinblick auf die Verletzung der geschäftlichen Bezeichnung nicht beseitigen, weil sie sich auf den Schutzbereich der Wortmarke beschränke.

Die Klägerin könne gemäß §§ 677, 683 Satz 1 BGB i.V.m. § 670 BGB und nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG die Erstattung der Abmahnkosten i.H.v. 1.059,33 € verlangen. 34

Soweit die Klägerin die Abmahnung vom 22.12.2011 auf eine Verletzung ihrer geschäftlichen Bezeichnung gestützt habe, sei dies berechtigt gewesen. Soweit die Klägerin die Abmahnung auf einen Wettbewerbsverstoß gestützt habe, sei der geltend gemachte Unterlassungsanspruch auch aus §§ 8 Abs. 1, 3, 5 Abs.1 Nr. 1 UWG gegeben gewesen. Indem auf der Internetseite Anlage K 5 das Unternehmensschlagwort der Klägerin markenmäßig genutzt worden sei, liege darin auch eine zur Täuschung der Kunden geeignete Angabe über die betriebliche Herkunft der Ware. 35

Dass die Klägerin die Abmahnung zu Unrecht auf ihre Wortmarke gestützt habe, führe zur Kürzung des Anspruchs auf Erstattung der Abmahnkosten um 1/3. 36

Der für die Kosten der Abmahnung zugrundegelegte Gegenstandswert von 50.000,000 € sei mit Rücksicht auf die drei unterschiedlichen Streitgegenstände und den markenrechtlichen Schwerpunkt der Abmahnung angemessen. 37

Auch der Ansatz der 1,5fachen Geschäftsgebühr sei nicht zu monieren. Die Erhöhung der Regelgebühr liege im Spielraum von 20%, der dem Rechtsanwalt bei Rahmengebühren zustehe und der gerichtlichen Überprüfung entzogen sei. 38

Hiergegen richtet sich die Beklagte unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens mit der Berufung wie folgt: 39

Der Klägerin stehe der begehrte Unterlassungsanspruch gemäß §§ 15 Abs. 4, Abs. 2, 5 Abs. 2 MarkenG nicht zu. Denn es liege weder eine Markenrechtsverletzung noch eine Verletzung eines Unternehmenskennzeichens vor. 40

Der Tenor des landgerichtlichen Urteils sei zu weit und unbestimmt gefasst. Denn der Beklagten sei es nicht verwehrt, außerhalb des von der Klägerin behaupteten Schutzbereiches für bestimmte Waren jenes Zeichen zu verwenden. Die Klägerin habe kein Monopolrecht für alle Waren und Dienstleistungen generiert. 41

Es fehle an einem nach § 5 MarkenG befugten Gebrauch. Der Gebrauch der Bezeichnung mit dem ® sei unbefugt i.S.d. §§ 3, 5 UWG, da er irreführend erfolge. Die Klägerin habe die Bezeichnung „B1 ®“ nicht im Titel für das konkrete Produkt verwenden dürfen. Denn die Verwendung des „®“ verdeutliche, dass jene Verwendung sich ausschließlich auf das Registerrecht und nicht auf irgendwelche benutzten oder firmenmäßige Kennzeichen beziehe. Die Klägerin habe damit einen registerrechtlichen Markenschutz für Zigaretten suggeriert, der nicht vom Schutzbereich des Registerrechts umfasst sei. Ihr Vorgehen sei folglich auch rechtsmissbräuchlich. 42

Es fehle auch an einer namensmäßigen Benutzung des Unternehmenskennzeichens. Die konkrete Verwendung mit „B1 ®“ erfolge nur markenmäßig. 43

Entgegen der Auffassung des Landgerichts habe eine Einwilligung der Klägerin vorgelegen. Denn der Angebotsersteller willige mit der Erstellung seines Angebotes darin ein, dass andere Unternehmen, insbesondere Händler mit ihrem Angebot in der hier beanstandeten Art 44

und Weise verknüpft würden. Dies ergebe sich auch aus § 13 Abs. 1 der Bedingungen für Verkäufer der B-Handelsplattform. Es erschließe sich nicht, warum die Beklagte sich das Verhalten des Plattformbetreibers B zurechnen lassen müsse. Ihr sei nichts anderes übrig geblieben, als sich an das Angebot der Klägerin „anzuhängen“. Denn beide Parteien würden die gleichen Produkte identischer Hersteller anbieten.

Die Beklagte könne sich auch auf § 23 MarkenG berufen. Denn die bloße Namensnennung sei als Merkmalsangabe zulässig. 45

Das Landgericht lasse unberücksichtigt, dass die Klägerin keine Markenrechte geltend machen könne. Soweit die Klägerin neben der Geschäftsbezeichnung, der „Firmenschlagwortverwendung“, der Firmierung, der besonderen Bezeichnung auf dem Online-Portal B.de, der Domain B1.de auch die eingetragene Marke DE 30 2011 046 299 geltend machen wolle, gehe aus dem Registerrecht eindeutig hervor, dass jedenfalls Zigaretten oder Ähnliches (Klasse 34) vom Markenschutz und offensichtlich auch sonstigem begehrten Schutz der Klägerin nicht umfasst sei. Hinsichtlich des Registerrechts stelle die Klägerin auch ausdrücklich klar, dass dieses nicht Streitgegenstand sein solle, da insoweit andere Waren von der Klägerin begehrt würden. Gleichwohl bliebe ihr Vorbringen im Lichte der TÜV-Rechtsprechung des BGH und der Vielzahl und des Nebeneinanders diverser Rechte mangels Bestimmtheit und aufgrund des offenbar gewünschten Alternativverhältnisses unzulässig. Diese Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen sei rechtmisbräuchlich. 46

Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten. Die zugrunde liegende Abmahnung sei ungerechtfertigt. Zudem seien der Gegenstandswert von 50.000,00 € wie auch die 1,5fache Geschäftsgebühr überhöht. 47

Das landgerichtliche Urteil sei auch in tatsächlicher Hinsicht zu beanstanden. 48

Die Beklagte habe die Beschreibung der Klägerin nicht verwendet und / oder geändert und / oder für ein eigenes Angebot sonst wie benutzt. Aus der Anlage K3 ergebe sich diesbezüglich nichts anderes. Denn anders als in der Anlage K5 werde der Artikel aus der Anlage K3 mit einem durchgestrichenen Preis von 39,99 Euro zu einem Preis von 23,99 Euro angeboten. Dieses Angebot sei damit nicht mit jenem der Anlage K5, wo ein Preis von 19,90 Euro genannt werde, identisch. Mithin hätten die beiden Vorgänge nichts miteinander zu tun. Die Anlage K5 sei konstruiert. Die Artikelbezeichnung stamme aus dem Pool von B. Diese habe jenen Titel hinzugesetzt. Hiermit habe die Beklagte nichts zu tun. Entsprechendes gelte für die Anlage K6. 49

In tatsächlicher Hinsicht habe das Landgericht auch unberücksichtigt gelassen, dass die Parteien identische Produkte identischer Hersteller anböten. Die Produkte der Klägerin seien nicht mit der Marke „B1“ oder sonst mit dem Begriff „B1“, sondern mit der Marke des gemeinsamen Herstellers gekennzeichnet. Die „Richtlinien für Produktdetailseiten“ der Internetplattform B.de sähen jedoch vor, dass ein neues Produkt nur dann hinzugefügt werden dürfe, wenn es noch nicht in einem B-Katalog vorhanden sei. Der Titel des Ausgangsproduktes könne nicht verändert werden. 50

Die Beklagte beantragt deshalb, 51

das am 26.06.2012 verkündete Urteil des Landgerichts Bochum (Az.: 17 O 25/12), zugestellt am 02.07.2012 aufzuheben und die Klage abzuweisen. 52

53

Die Klägerin beantragt,

die Berufung mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass es am Ende des Verbotstenors heißt: „wie geschehen im Internetauftritt vom 17. Februar 2012, Anlage K 5 zur Klageschrift (Bl. 22 u. 23 d. A.).“ 54

Sie trägt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens vor: 55

Der ausgeurteilte Tenor gebe die konkrete Verletzungshandlung wieder und sei aus diesem Grunde weder unbestimmt noch zu weit gefasst. 56

Eine Möglichkeit der Beklagten, sich auf § 23 MarkenG zu berufen, sei nicht dargetan. 57

Die Klägerin berufe sich ausschließlich auf ihre geschützte geschäftliche Bezeichnung und nicht auf das Registerrecht. Dem Gericht werde damit keine Auswahl überlassen. Die TÜV-Entscheidung des BGH sei insoweit nicht einschlägig. 58

Die Verwendung des Zusatzes ® in der vorliegenden Konstellation sei nicht als rechtsmissbräuchlich einzustufen, auch wenn die hier in Streit stehenden Elektrozigaretten vom Registerrecht nicht erfasst seien. Denn die Klägerin sei Inhaberin der Marke „B1“. Der BGH weise jedoch in seiner „Thermoroll-Entscheidung“ darauf hin, dass ein Irreführungstatbestand dann nicht anzunehmen sei, wenn der Betreffende eine Nähe zu der in Streit stehenden Bezeichnung als Marke aufweise. 59

Selbst die etwaige Wettbewerbswidrigkeit des Handelns der Klägerin gebe der Beklagten keine Rechtfertigung, sich der geschäftlichen Bezeichnung der Klägerin zu bedienen. 60

Die Verwendung des Firmenschlagworts „B 1®“ stelle zwar die markenmäßige Nutzung in den Vordergrund. Durch die exakte Übernahme der Firmenbezeichnung komme ihr jedoch auch ein zumindest anteiliger Namensgebrauch zu. 61

Aus der Vorschrift des § 13 I der Bedingungen der B-Handelsplattform könne keine Einwilligung der Klägerin konstruiert werden. Denn die Vorschrift regle nicht die Beziehung der Verkäufer zueinander. 62

Die Ansicht der Beklagten, ihr könne das Verhalten des Plattformbetreibers B nicht zugerechnet werden, führe denklösig zu der Konsequenz, dass für Markenrechtsverletzungen auf diesem Onlineportal „Tür und Tor“ geöffnet seien. Daher könne hieraus keine Einwilligung hergeleitet werden. 63

Der ausgeurteilte Kostenerstattungsanspruch sei nicht zu beanstanden. Dies gelte auch für den in Ansatz gebrachten Gegenstandswert von 50.00,00 Euro in einer Markenangelegenheit der vorliegenden Art. Hierbei müsse berücksichtigt werden, dass es sich um eine umfangreiche Angelegenheit handle und insbesondere die Klägerin, die Umsätze im siebenstelligen Bereich generiere, ein erhebliches Interesse an der Unterlassung durch die Beklagte habe. Auch die in Ansatz gebrachte Gebühr von 1,5 sei vollumfänglich gerechtfertigt. Da noch keine Entscheidung über die streitgegenständlichen Rechtsfragen vorliege, könne nicht davon ausgegangen werden, dass der vorliegende Fall keine besonderen Schwierigkeiten aufweise. 64

Wenn die Beklagte vortrage, dass der streitgegenständliche Text nicht von der Klägerin eingegeben worden sei, ergebe sich aus Anlage K5 das Gegenteil. Im Übrigen werde darauf hingewiesen, dass sich die Beklagte das Verhalten des Plattformbetreibers B zurechnen 65

lassen müsse. Auch wenn dessen System für die einzelnen Händler Schwierigkeiten verursache, handele es sich bei der Plattform doch nicht um einen rechtsfreien Raum, in dem die Grundsätze des deutschen Markenrechts keine Anwendung fänden.

Die Beklagte hat hierauf wie folgt repliziert: 66

Sie habe sich entsprechend den B-Bedingungen dem vorliegenden Angebot der Klägerin angeschlossen, als die elektronische Zigarette noch ohne das Zeichen „B1“ angeboten worden sei. Die Klägerin habe später den Angebotstext geändert und dabei auch „B1®“ verwendet. Ihr, der Beklagten, sei es nicht zuzumuten gewesen, ständig zu kontrollieren, ob sich die Angebotstexte der Ursprungsangebote möglicherweise geändert hätten. Die Klägerin habe die Angebotsbeschreibung vermutlich bewusst geändert, um eine Markenrechtsverletzung durch sie zu provozieren. Dies sei rechtsmissbräuchlich. 67

Wegen des weiteren Vorbringens wird auf den Inhalt der Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 68

B. 69

Die zulässige Berufung der Beklagten ist bis auf einen geringen Teil des mit dem Klageantrag zu 2. geltend gemachten Zahlungsanspruchs unbegründet. 70

A. 71

Die Klage ist zulässig. 72

Es bestehen keine Bedenken hinsichtlich der nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO erforderlichen hinreichenden Bestimmtheit des Klageantrages zu 1., da dieser auf die konkrete Verletzungshandlung in Form des in Rede stehenden Angebots der E-Zigarette auf der Handelsplattform B Bezug nimmt. Mit der nunmehrigen Aufnahme des maßgeblichen Screenshots, und zwar der Anlage K5 zur Klageschrift vom 17.02.2012 (Bl. 22/23 d.A.), in den Klageantrag ist zweifelsfrei klaggestellt, dass der Unterlassungsantrag nicht die generelle Untersagung der Bezeichnung „B1“ umfasst, sondern auf die durch die konkrete Verletzungshandlung beschriebene Verwendungsform beschränkt ist. 73

Es bestehen auch keine Bedenken im Hinblick auf den Streitgegenstand. Im Gegenteil liegt dieser hier eindeutig fest. Denn die Klägerin hat ihr Klagebegehren gerade nicht auf mehrere Streitgegenstände (vgl. hierzu BGH GRUR 2011, 1043 – TÜV) gestützt. Vielmehr hat sie bereits in der Klagebegründung von vorneherein ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine Verletzung der eingetragenen Deutschen Wortmarke nicht Streitgegenstand sein solle. Sie hat sich sodann ausweislich der Begründung unter Ziffer 4. allein auf den Schutz vor Verwechslungsgefahr nach § 15 Abs. 2 MarkenG wegen identischer Verwendung eines geschützten Firmenschlagwortes, mithin einen Streitgegenstand berufen. 74

B. 75

Die Klage ist zum überwiegenden Teil begründet. 76

I. 77

Der Klägerin steht der mit dem Klageantrag zu 1. geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus §§ 15 Abs. 4 S. 1, Abs. 2, 5 Abs. 2 MarkenG zu. 78

79

1.

Die Klägerin hat an der Bezeichnung „B1“ als Firmenschlagwort ein Unternehmenskennzeichen i.S.d. § 5 Abs. 2 MarkenG erworben (vgl. zu den Anforderungen u.a. Fezer, Markenrecht, § 15 Rdnr. 230ff.; Ingerl/Rohnke, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 23ff.). 80

Dem aus der vollständigen Firmenbezeichnung B1 GmbH & Co. KG abgeleiteten Firmenbestandteil „B1“ kommt ursprünglich namensmäßige Kennzeichnungskraft zu. Er ist seiner Art nach im Vergleich zu den übrigen der Rechtsform der Klägerin geschuldeten Firmenbestandteilen geeignet, sich im Verkehr als schlagwortartiger Hinweis auf das Unternehmen durchzusetzen – und die diesbezüglichen Erwägungen des landgerichtlichen Urteils stellt die Beklagte auch gar nicht in Frage. 81

Soweit auch der Schutz des schlagwortfähigen Firmenbestandteils als Unternehmenskennzeichen nach § 5 Abs. 2 MarkenG von der Benutzung im geschäftlichen Verkehr abhängt, leitet sich dieser aus der namensmäßigen Benutzungsaufnahme der Gesamtbezeichnung ab (Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 57). Hierfür genügt jede Art der nach außen gerichteten geschäftlichen Tätigkeit im Inland, mithin schon die Eintragung der Klägerin im Handelsregister Anfang des Jahres 2010 und im weiteren die durch die Anlagen K1, K3 und auch K4 belegte Geschäftstätigkeit der Klägerin unter ihrer Firmenbezeichnung (vgl. Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 58ff.) – und auch die diesbezüglichen Feststellungen des Landgerichts greift die Beklagte nicht an. Darüber hinaus hat die Klägerin das Firmenschlagwort ausweislich der Anlage K1 zur Klageschrift vom 17.02.2012 sowie des Anlagenkonvoluts B4 zum Schriftsatz vom 09.05.2012 der Beklagten (Bl. 123ff. d.A.) tatsächlich sogar in Alleinstellung im geschäftlichen Verkehr gebraucht, wenngleich dies letztlich ohnehin nicht erheblich ist (vgl. hierzu Fezer, Markenrecht, 4. Aufl., § 15 Rdnr. 231; Ingerl/Rohnke, 3. Aufl., MarkenG, § 5 Rdnr. 24). 82

Daneben kommt es jedenfalls für die Frage der Entstehung des generellen Kennzeichenschutzes des Firmenschlagwort „B1“ als besonderer Unternehmensbezeichnung nach § 15 Abs. 2 MarkenG nicht darauf an, ob die spätere Verwendung des Firmenschlagwortes im Einzelfall, und zwar als Bezeichnung „B1®“ für den Verkauf sog. E-Zigaretten durch die Klägerin sich – so der Einwand der Beklagten - als irreführende und im Übrigen nur markenmäßige Benutzung darstellt. 83

2. 84

Mit der Verwendung der Bezeichnung „B1“ in der Warenüberschrift – und allein hierauf und nicht den nachfolgenden Angebotstext kommt es an - des streitgegenständlichen Angebots von E-Zigaretten auf der Internetplattform B verwirklicht die Beklagte den Verletzungstatbestand des § 15 Abs. 2 MarkenG. 85

Durch die Verwendung einer mit dem kennzeichnungskäftigen Firmenschlagwort der Klägerin identischen Bezeichnung im geschäftlichen Verkehr wird, zumal bei der hier vorliegenden Branchenidentität die maßgebliche Verwechslungsgefahr begründet. 86

Dem steht nicht entgegen, dass § 15 Abs. 2 MarkenG einen kennzeichenmäßigen Gebrauch voraussetzt, während die in Rede stehende Verwendung mit dem nachgestellten ® zweifellos eine vorwiegend markenmäßige ist. Denn firmenmäßige und markenmäßige Benutzung gehen infolge der allen Kennzeichenrechten gemeinsamen Herkunftsfunktion ineinander über. „B1“ kennzeichnet die angebotene Ware und ebenso das Unternehmen, aus dem sie stammt. 87

Etwas anderes könnte nur gelten, wenn durch besondere Umstände ausgeschlossen ist, dass der Durchschnittsverbraucher in der verwendeten Form der Geschäftsbezeichnung (auch) einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Ware oder Dienstleistung sieht oder umgekehrt (BGH GRUR 2005, 871 – *Seicom*; Ingerl/Rohnke, 3. Aufl., § 15 Rdnr. 31/32 m.w.N.). Gerade dies ist hier nicht der Fall. Denn schon in der Artikelbezeichnung des in Rede stehenden Internetauftritts heißt es „von B1“. Dementsprechend tritt die Beklagte aus Sicht des angesprochenen Verbrauchers lediglich als Verkäuferin und Versenderin des vermeintlichen „B1“-Produktes in Erscheinung. 88

a) 89

Die Beklagte muss sich die Verletzung des klägerischen Unternehmenskennzeichens durch die vom Betreiber der Internetplattform B hinzugefügte Artikelbezeichnung des klägerischen Angebots entsprechend § 14 Abs. 7 MarkenG zurechnen lassen (§ 15 Abs. 6 MarkenG). 90

Für eine Haftung i.S.d. § 14 Abs. 7 UWG genügt nämlich prinzipiell das Handeln von Mitarbeitern oder Beauftragten eines von der Beklagten beauftragten Unternehmens. Die Haftung rechtfertigt sich in einem solchen Falle daraus, dass der in Anspruch Genommene durch den Einsatz von Mitarbeitern und Beauftragten seinen Geschäftskreis erweitert und damit zugleich das Risiko von Zuwiderhandlungen innerhalb seines Unternehmens schafft (vgl. u.a. BGH GRUR 1995, 605 – *Franchise-Nehmer*; GRUR 2009, 1167 – *Partnerprogramm*; Fezer, 4. Aufl., § 14 MarkenG Rdnr. 1060; *Köhler/Bornkamm*, 31. Aufl., § 8 UWG, Rn. 2.3, 2.43 m.w.N.). 91

Beauftragter ist, wer, ohne Mitarbeiter zu sein, für den Unternehmensinhaber kraft Absprache tätig wird (BGH GRUR 1995, 605 – *Franchisenehmer*). Der Begriff ist weit auszulegen (BGH GRUR 1990, 1039 – *Anzeigenauftrag*; Fezer, 4. Aufl., § 14 MarkenG Rdnr. 1062). Der Beauftragte muss in die betriebliche Organisation des Betriebsinhabers in der Weise eingegliedert sein, dass einerseits der Betriebsinhaber auf das beauftragte Unternehmen einen bestimmenden, durchsetzbaren Einfluss auf diejenige Tätigkeit des beauftragten Unternehmens hat, in deren Bereich das beanstandete Verhalten fällt, und dass andererseits der Erfolg der Geschäftstätigkeit des beauftragten Unternehmens dem Betriebsinhaber zu Gute kommt (BGH GRUR 2005, 864 – *Meißner Dekor*). Deshalb ist es unerheblich, wie die Beteiligten ihre Rechtsbeziehung ausgestaltet haben. Trotz des Kriteriums „Eingliederung“ können damit auch selbständige Unternehmer Beauftragte sein. Dabei kommt es nicht darauf an, welchen Einfluss der Inhaber des Unternehmens sich auf diese tatsächlich gesichert hat, sondern welchen Einfluss er sich hätte sichern können und müssen (BGH GRUR 2009, 1167 – *Partnerprogramm*; Fezer, aaO.). 92

Entsprechend diesen Grundsätzen ist die Firma B unter den gegebenen Umständen grundsätzlich als Beauftragter der Beklagten anzusehen. 93

aa) 94

Der Erfolg der Geschäftstätigkeit der Firma B kommt der Beklagten unmittelbar zugute. Je öfter Internet-Nutzer über deren Internetportal zu den Angeboten der Beklagten gelangen, desto größer ist die Chance, dass sie deren Produkte erwerben. Die Beklage erweitert damit ihre Verkaufsmöglichkeiten in ganz erheblichen Umfang. 95

bb) 96

97

Die Beklagte verfügte auch prinzipiell über einen bestimmenden, durchsetzbaren Einfluss auf ihren Vertragspartner.	
Zwar scheint die Einflussmöglichkeit der Beklagten auf die Tätigkeit der Firma B in Anbetracht der standardisierten Verträge mit dieser in einem gleichsam automatisierten Anmeldeverfahren im Internet verschwindend gering zu sein.	98
Die Beklagte kann sich jedoch nicht darauf zurückziehen, dass die Geschäftspolitik der Firma B keine tatsächliche Einflussmöglichkeit hinsichtlich der Gestaltung des Angebots, mit dem sie sich an ein bestehendes Angebot „anhängt“, zulässt.	99
Denn hierauf kommt es nicht an. Maßgeblich ist nämlich nicht, welchen Einfluss sich der Betriebsinhaber gesichert hat, sondern welchen Einfluss er sich sichern konnte und musste (BGH GRUR 1995, 605 – <i>Franchisenehmer</i>). Das heißt, die Beklagte könnte sich einer Haftung selbst dann nicht entziehen, wenn sie sich sämtlicher unmittelbarer vertraglicher Einflussnahmemöglichkeiten auf ihren Vertragspartner begeben hätte (BGH GRUR 2009, 1167 – <i>Partnerprogramm</i>).	100
Tatsächlich standen der Beklagten jedoch im Falle einer vertragswidrigen, da markenrechtsverletzenden Tätigkeit durchaus rechtliche Möglichkeiten zur Verfügung. Denn sie hätte jedenfalls das Produkt aus dem Katalog der Internetplattform entfernen können, wenn es dort nur unter Verletzung des Unternehmenskennzeichens der Klägerin eingestellt werden konnte.	101
cc)	102
Soweit die Beklagte nunmehr erstmals mit Schriftsatz vom 28.02.2013 vorträgt, zu der Kennzeichenverletzung sei es allein durch eine bewusste Provokation der Klägerin gekommen, ist sie mit diesem neuen Vorbringen, das die Klägerin im Senatstermin am 05.03.2013 ausdrücklich bestritten hat, gemäß §§ 529 Abs. 1, 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen.	103
Im Übrigen fehlt es bislang an jedweden Anhaltspunkten für eine solche Manipulation, die sich auch den Anlagen B7 und B8 zum Schriftsatz der Beklagten vom 28.02.2013 nicht ohne weiteres entnehmen lässt.	104
Damit kann dahinstehen, ob die Beklagte nicht ohnehin eine Pflicht traf, regelmäßig zu überprüfen, mit welchem konkreten Text sie ihre Ware auf der Internetplattform B anbietet. Allerdings spricht hierfür Einiges, wenn die Beklagte wusste, dass die Angebotstexte vom ursprünglichen Anbieter im Nachhinein ohne ihr Zutun geändert werden können.	105
b)	106
Die Benutzung des Firmenschlagworts „B1“ durch die Beklagte erfolgte ohne Zustimmung der Klägerin und damit unbefugt i.S.d. § 15 Abs. 2 MarkenG.	107
Eine Einwilligung der Klägerin mit der Nutzung des Firmenschlagworts ergibt sich entgegen der Ansicht der Klägerin keineswegs aus § 13 Abs. 1 der von der Beklagten als Anlage B3 zum Schriftsatz vom 09.05.2012 (Bl. 117ff. d.A.) in Kopie zu den Akten gereichten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Internetplattform B. Denn diese sind insoweit nicht einschlägig. Sie gelten gemäß § 1 Abs. 1 der Bedingungen für die Geschäftsbeziehung zwischen B und dem Besteller.	108
	109

Eine Einwilligung lässt sich auch nicht daraus herleiten, dass der Klägerin die Geschäftsbedingungen der Firma B, wonach sich Dritte an die bereits dort eingestellten gleichen Produkte „anhängen“ können und sogar müssen, bekannt waren. Hierauf könnte sich die Beklagte als Dritte nur dann berufen, wenn die Klägerin der Firma B hiermit die Benutzung ihres Firmenschlagwortes gestattet hätte. Dies ist ausweislich der als Anlage B2 zur Klageerwidern vom 02.05.2012 (Bl. 75ff. d.A.) in Kopie zu den Akten gereichten Teilnahmebedingungen gerade nicht der Fall. Denn dort werden unter „A. Allgemeine Bedingungen“ im Abschnitt XIII. Firmenzeichen ausdrücklich von der Übertragung der Nutzungsrechte an B ausgeschlossen.

3. 110

Die Wiederholungsgefahr wird aufgrund des bereits verwirklichten Verstoßes tatsächlich vermutet (Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl., Vor §§ 14 – 19d Rdnr. 81). Eine wettbewerbliche Unterwerfungserklärung seitens des Antragsgegners liegt nicht vor. 111

4. 112

Die Beklagte kann sich nicht auf die auch für geschäftliche Bezeichnungen geltende Schutzschranke des § 23 Nr. 2 MarkenG berufen. 113

Die Vorschrift des § 23 normiert Schranken des Markenschutzes im Interesse einer freien Benutzung bestimmter Bezeichnungen, sowie der Benutzung zu bestimmten Zwecken (Fezer, MarkenG, 4. Aufl., § 23 Rdnr. 1). 114

Regelungsgegenstand ist u.a. die lautere Nutzung beschreibender Angaben i.S.d. § 23 Nr. 2 MarkenG. Als deskriptive Angaben über Merkmale oder Eigenschaften von Waren oder Dienstleistungen im Sinne von Nr. 2 werden hierbei beispielhaft aufgezählt: Artangaben, Beschaffenheitsangaben, Bestimmungsangaben, Wertangaben, geografische Herkunftsangaben und Zeitangaben. Der Beispielskatalog der Nr. 2 ist entsprechend den beschreibenden Marken nach § 8 Abs. 2 Nr. 2, etwa hinsichtlich von Mengenangaben sowie sonstigen Produktmerkmalsangaben, zu ergänzen (Fezer, MarkenG, 4. Aufl., § 23 Rdnr. 1). 115

Zwar kann auch die Markennennung dem Anwendungsbereich des § 23 Nr. 2 MarkenG unterfallen, doch setzt dies voraus, dass die Verwendung nach dem Verständnis des Verkehrs rein beschreibenden respektive bloß informativen Charakter hat (BGH GUR 2009, 1162 – DAX; GRUR 1999, 992 – BIG PACK; GRUR 1998, 697 – VENUS MULTI). Hiervon kann jedoch bei der Verwendung der geschäftlichen Bezeichnung B1 der Klägerin nicht die Rede sein. Denn hier entsteht nicht der Eindruck einer beschreibenden Verwendung, sondern des Hinweises auf die konkrete Herkunft der Produkte, mithin auf das Unternehmen der Klägerin (vgl. hierzu auch BGH GUR 2009, 1167, 1171 – Partnerprogramm, Tz. 31). 116

5. 117

Der von der Beklagten gegenüber dem Verletzungsanspruch der Klägerin erhobene Einwand des Rechtsmissbrauchs ist nicht berechtigt. 118

a) 119

Die Beklagte kann nicht einwenden, die Klägerin verhalte sich widersprüchlich, wenn sie durch die Verwendung des ®-Zeichens in ihrem eigenen Angebot für E-Zigaretten, die unstreitig vom Schutz der eingetragenen Wortmarke „B1“ nicht erfasst seien, selbst irreführend i.S.d. § 5 Abs. 1 Nr. 3 UWG und damit unlauter werbe (vgl. hierzu BGH GRUR 120

Denn es gibt keinen allgemeinen Grundsatz, dass nur derjenige Rechte geltend machen kann, der sich selbst rechtstreu verhalten hat (Palandt-Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 242 BGB Rdnr. 46). Soweit durch das Verhalten des Anspruchstellers schutzwürdige Interessen des Inanspruchgenommenen verletzt werden, bleibt diesem die Möglichkeit der Widerklage (Ahrens/*Jestaedt*, 6. Aufl., Kap. 24 Rdnr. 20; *Köhler/Bornkamm*, UWG, 31. Aufl., § 11 UWG Rdnr. 2.39; Piper/*Ohly/Sosnitza*, UWG, 5. Aufl., § 8 Rdnr. 183).

Der sog. Unclean hands-Einwand verfängt nur bei wechselseitiger Abhängigkeit der gegenseitig vorgeworfenen Rechtsverletzungen. Das heißt, die Verstöße müssen nicht nur gleichzeitig erfolgt, sondern auch gleichartig sein (*Köhler/Bornkamm*, UWG, 31. Aufl., § 11 UWG Rdnr. 2.39). Hiervon kann mit dem Vorwurf der Verletzung des klägerischen Unternehmenskennzeichens einerseits und des Verstoßes gegen das wettbewerbliche Irreführungsverbot andererseits nicht die Rede sein.

b) 123

Auch der Vorwurf der Beklagten, die Klägerin habe mit der Aufnahme des Begriffes „B1“ in den Text der eigenen Produktdetailseite gegen die „Richtlinien für Produktdetailseiten“ der Internetplattform B verstoßen, ist nicht erheblich. 124

Die Klägerin verhält sich damit allenfalls gegenüber dem Betreiber der Internetplattform vertragswidrig. Allein ihr Vertragspartner kann hieraus gegen sie vorgehen. 125

Soweit die Beklage von einem solchermaßen vertragswidrigen Verhalten der Klägerin betroffen ist, bleibt ihr die Möglichkeit, den Verstoß der Klägerin dem Betreiber der Internetplattform anzuzeigen, um diesen zu veranlassen, hiergegen vorzugehen. 126

II. 127

Der Klägerin steht der mit dem Klageantrag zu 2. geltend gemachte Anspruch auf Erstattung der für die Abmahnung vom 22.12.2011 erforderlichen Kosten in dem - nunmehr „nur“ noch - geltend gemachten Umfang von 919,87 € aus §§ 683 S. 1, 677, 670 BGB sowie § 12 Abs. 1 S. 2 UWG zu, und zwar nebst Verzugszinsen seit dem 03.01.2012 (§§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 1 S. 1, 288 Abs. 1 BGB). 128

1. 129

Die Abmahnung war, soweit die Klägerin hiermit die Verwendung ihrer geschäftlichen Bezeichnung rügte, aus den unter I. ausgeführten Gründen gemäß §§ 15 Abs. 4 S. 1, Abs. 2, 5 Abs. 2 MarkenG und darüber hinaus auch aus den zutreffenden Erwägungen des angefochtenen Urteils – und auf diese wird insoweit Bezug genommen -gemäß § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG berechtigt. 130

2. 131

Die nunmehr auf die Regelgebühr von 1,3 reduzierte Höhe der Anwaltskosten ist nicht zu beanstanden, zumal der hierbei zugrunde gelegte Streitwert von 50.000,00 € dem für Abmahnungen maßgeblichen Gegenstandswert des Hauptsacheverfahrens entspricht. Dieser rechtfertigt sich schon durch das aufgrund der unstreitig erzielten Umsätze erhebliche wirtschaftliche Interesse der Klägerin an der Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs - und insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen der angefochtenen Entscheidung 132

verwiesen werden.

C.	133
Die Entscheidungen zur Kostentragung und vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 92 Abs. 2, 97 Abs.1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.	134
Die Revision war nicht zuzulassen, da Gründe gemäß § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.	135
