Oberlandesgericht Köln, 6 U 34/18

Datum:	12.10.2018
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	6. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	6 U 34/18
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2018:1012.6U34.18.00

Vorinstanz:	Landgericht Köln, 31 O 324/16

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 23.01.2018 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 31 O 324/16 – hinsichtlich der Ziffern I.2 und II unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

I.

Die Beklagte wird verurteilt,

1. es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Wiederholungsfall bis zu 2 Jahren, wobei die Ordnungshaft an ihrem jeweiligen Geschäftsführer zu vollstrecken ist, zu unterlassen, im Bereich der Bundesrepublik Deutschland

ohne Zustimmung der Klägerin das Zeichen „Herr Antje“ im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit Molkerei- und Molkereiersatzprodukten zu benutzen, insbesondere das vorstehend bezeichnete Zeichen auf den vorstehend bezeichneten Waren oder ihrer Aufmachung oder Verpackung anzubringen, unter dem vorstehend bezeichneten Zeichen, die vorstehend wiedergegebenen Waren anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen, einzuführen oder auszuführen und schließlich das vorstehend bezeichnete Zeichen in Geschäftspapieren oder in der Werbung zu benutzen,

insbesondere wenn dies wie nachfolgend abgebildet geschieht:

2. der Klägerin Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der vorstehend unter Ziffer I.1 beschriebenen Waren seit dem 01.01.2016 zu erteilen, insbesondere in tabellarischer Form chronologisch geordnet jeweils Angaben zu machen über

a) Namen und Anschrift der Hersteller, Lieferanten und anderen Vorbesitzer der Waren sowie der gewerblichen Abnehmer und Verkaufsstellen, für die sie jeweils bestimmt waren, und

b) die Menge der hergestellten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Waren sowie über die Preise, die für die betreffenden Waren jeweils gezahlt wurden,

soweit sich der Anspruch nicht auf vor dem 01.01.2016 durch die Beklagte in Verkehr gebrachte Waren bezieht.

II.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden seit dem 01.01.2016 zu erstatten, der ihr aus den vorstehend unter Ziffer I.1 bezeichneten Handlungen entstanden ist und zukünftig entstehen wird, soweit die Beklagte die Waren nach dem 01.01.2016 in Verkehr gebracht hat, soweit sich der Anspruch nicht auf vor dem 01.01.2016 durch die Beklagte in Verkehr gebrachte Waren bezieht.

III. Die Beklagte wird verurteilt, eine verwirkte Vertragsstrafe aus der Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung vom 16.02.2016 in Höhe von 5.001 € an die Klägerin zu zahlen.

IV. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

V.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

VI.

Dieses Urteil und das genannte Urteil des Landgerichts Köln sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung hinsichtlich der Unterlassungsverpflichtung in Höhe von 200.000 €, im Übrigen in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

VII.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e : 1

I. 2

Die Klägerin ist eine im Jahr 1950 gegründete niederländische Stiftung mit dem Zweck, im In- und Ausland die Verwendung von Milch und Milch- und Molkereiprodukten im weitesten Sinne zu fördern. Sie ist zugleich Inhaberin der für die europäische Gemeinschaft eingetragenen IR-Wortmarke Nr. 1043963 „Frau Antje“, der für die europäische Gemeinschaft eingetragene IR-Wort-Bildmarke Nr. 1054592: 3

4

und der deutschen Wortmarke Nr. 1019516 „Frau Antje“, die jeweils u.a. für Molkereiprodukte eingetragen ist. 5

Die Beklagte vertreibt als Herstellerin pflanzlicher Lebensmittel auch einen auf Pflanzenbasis hergestellten Käse, den sie Ende 2014 erstmalig unter dem Namen „Herr Antje“ in den im Antrag abgebildeten Verpackungen in Verkehr brachte. 6

Wegen dieser Namensgebung erhob die Klägerin am 04.05.2015 Klage beim Landgericht Köln (Az.: 31 O 170/15). Dieses Verfahren wurde durch einen am 01.10.2015 geschlossenen Vergleich beendet. Dieser Vergleich hatte folgenden Wortlaut: 7

„1. S. verpflichtet sich, ohne Anerkennung einer Rechtspflicht, gleichwohl rechtsverbindlich, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes bis zu EUR 250.000, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Wiederholungsfall bis zu 2 Jahren, wobei die Ordnungshaft an ihrem jeweiligen Geschäftsführer zu vollstrecken ist, zu unterlassen, im Bereich der Bundesrepublik Deutschland 8

a) ohne Zustimmung von F. das Zeichen „Herr Antje“ im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit Molkerei- und Molkereiersatzprodukten zu benutzen, insbesondere das vorstehend bezeichnete Zeichen auf den vorstehend bezeichneten Waren oder ihrer Aufmachung oder Verpackung anzubringen, unter dem vorstehend bezeichneten Zeichen die vorstehend wiedergegebenen Waren anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen, einzuführen oder auszuführen und schließlich das vorstehend bezeichnete Zeichen in Geschäftspapieren oder in der Werbung zu benutzen, insbesondere wenn dies wie nachfolgend abgebildet geschieht: 9

Es folgt die Abbildung der Produkte, wie sie aus dem Antrag ersichtlich sind. 10

b) … 11

2. F. verpflichtet sich dazu, vor Inanspruchnahme von S. aus einem vermeintlichen Verstoß gegen die in Ziffer 1 enthaltene Unterlassungsverpflichtungserklärung S. hierüber in Kenntnis zu setzen und unter Fristsetzung von mindestens 7 … Tagen zur Beseitigung aufzufordern, ohne dass hiermit eine Aufwendungserstattungs- und/oder Vertragsstrafenzahlungsverpflichtung einhergeht. Nach fruchtlosem Ablauf der vorstehend bezeichneten Frist ist es F. unbenommen, kostenauslösende Maßnahmen gegenüber S. zu ergreifen. … 12

3. F. verpflichtet sich, die beim Landgericht Köln unter Aktenzeichen 31 O 170/15 eingereichte Klage zurückzunehmen. Die Gerichtskosten sowie alle sonstigen Kosten des 13

Rechtsstreits werden, mit Ausnahme der Kosten des Vergleichs, die jede Partei selbst trägt, im Verhältnis ¾ (S.) zu ¼ (F.) geteilt.

4. S. verpflichtet sich, die Abmahnkosten … zu erstatten. 14

5. S. erhält Gelegenheit, gegen Ziffer 1. dieser Vereinbarung verstoßende Produkte bis inklusive 01. Januar 2016 abzuverkaufen. 15

6. F. verzichtet gegenüber S. auf sämtliche Annexansprüche. 16

7. Dieser Vergleich unterliegt dem Recht der Bundesrepublik Deutschland, Gerichtstand ist Köln (Landgericht).“ 17

Nach dem 01.01.2016 bemerkte die Klägerin, dass die Beklagte in ihren Social-Media-Kanälen weiterhin mit dem Zeichen „Herr Antje“ warb (vgl. z.B. den Facebook-Eintrag vom 04.01.2016, Anlage AR 13) und Molkereiprodukte unter dieser Bezeichnung vertrieb. 18

Mit Schreiben vom 08.01.2016 (Anlage AR 14) forderte die Klägerin die Beklagte auf, die Vergleichsvereinbarung zu beachten und sämtliche Verstöße bis zum 15.01.2016 abzustellen. 19

Da die Verstöße auch weiterhin fortdauerten, mahnte die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 02.02.2016 (Anlage AR 18) erneut ab und forderte sie auf, die dem Schreiben beiliegende oder eine inhaltlich vergleichbare Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung zu unterzeichnen. Zudem forderte sie die Beklagte auf, für vorangegangene Verletzungshandlungen einen marktgerechten Lizenzsatz als Schadensersatz zu leisten. 20

Daraufhin teilte die Beklagte mit Schreiben vom 16.02.2016 (Anlage AR 19) mit, dass sie die streitgegenständlichen Produkte fortan unter dem Namen „Herr Berta“ herstellen und vertreiben werde. Gleichzeitig gab sie eine selbst verfasste (leicht abgewandelte) strafbewehrte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung ab. Darin verpflichtete sie sich u.a. es bei Vermeidung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen und von der Klägerin zu bestimmenden Vertragsstrafe von mindestens 5.001,00 €, es ab sofort zu unterlassen, das Zeichen „Herr Antje“ im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit Molkerei- und Molkereiersatzprodukten zu benutzen. Wegen der Einzelheiten dieser Erklärung wird auf das Schreiben vom 16.02.2016 Bezug genommen. 21

Die Zahlung von Schadensersatz lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 25.02.2016 (Anlage AR 21) unter Hinweis auf den im Vergleich enthaltenen Verzicht auf Annexansprüche ab. Zudem wies sie darauf hin, dass sie mit den streitgegenständlichen Produkten im Jahr 2016 ohnehin nur Umsätze in Höhe von 13.808,97 € bzw. 16.542,38 € erzielt habe, sodass sie ein deutliches Verlustgeschäft erlitten habe. 22

Im Mai 2016 veranlasste die Klägerin diverse Testkäufe und stellte dabei fest, dass die streitgegenständlichen „Herr Antje“-Produkte bei mehreren Anbietern weiterhin angeboten und vertrieben wurden (vgl. die dokumentierten Verstöße in der Anlage AR 24). 23

Daraufhin forderte die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 10.05.2016 (Anlage AR 25) zur Abgabe einer weiteren Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung sowie zur Zahlung einer Vertragsstrafe von 84.000,00 € auf. Diese Forderungen wies die Beklagte mit Schreiben vom 17.05.2016 (Anlage AR 26) zurück. 24

25

Die vom Beklagten in Bezug auf den Namen „Herr Antje“ erstellten Social-Media-Einträge waren – jedenfalls z.T. – auch in der Folge noch online abrufbar. So rief die Klägerin beispielsweise am 24.01.2017 den Facebook-Auftritt der Beklagten auf, auf welcher sich eine im Oktober 2014 eingestellte Anzeige betreffend „Herr Antje“-Käse befand. In dem Beitrag heißt es u.a., dass dieser Käse auf der Internetseite www.xyz-store.de bestellbar sei. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Internetauftritt der Beklagen verwiesen (Anlagenkonvolut AR 31, Bl. 83 ff. d. A.). Die Klägerin trägt zudem weitere Interneteinträge der Beklagten vor, die aus ihrer Sicht eine unzulässige Werbung mit dem Namen „Herr Antje“ enthalten.

Die Klägerin ist der Ansicht gewesen, dass die Beklagte in erheblichen Umfang gegen die Vergleichsvereinbarung verstoßen habe. Ein solcher Verstoß liege insbesondere in dem Vertrieb der Produkte noch im Mai 2016. Dieser sei der Beklagten uneingeschränkt zurechenbar, weil sie – insoweit in der Sache unstreitig – eine rechtlich gebotene Rückrufaktion nicht vorgenommen habe. Ein weiterer Verstoß liege in der auch im Jahr 2017 weiterhin erfolgten Werbung mit dem Namen „Herr Antje“. Demnach stehe ihr der geltend gemachte Unterlassungsanspruch, insbesondere aus der Vergleichsvereinbarung zu. 26

Da die Verwendung des Zeichens „Herr Antje“ eine Markenverletzung darstelle, seien auch die geltend gemachten Annexansprüche (Auskunft und Schadensersatz) begründet. 27

Aufgrund des am 24.01.2017 festgestellten Verstoßes stehe ihr zudem ein Anspruch auf eine verwirkte Vertragsstrafe in Höhe von 5.001,00 € zu. Zwischen den Parteien sei ein wirksamer Unterlassungsvertrag zustande gekommen. Die von der Beklagten am 16.02.2016 abgegebene Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung habe sie spätestens mit ihrem Schreiben vom 10.05.2016 angenommen. 28

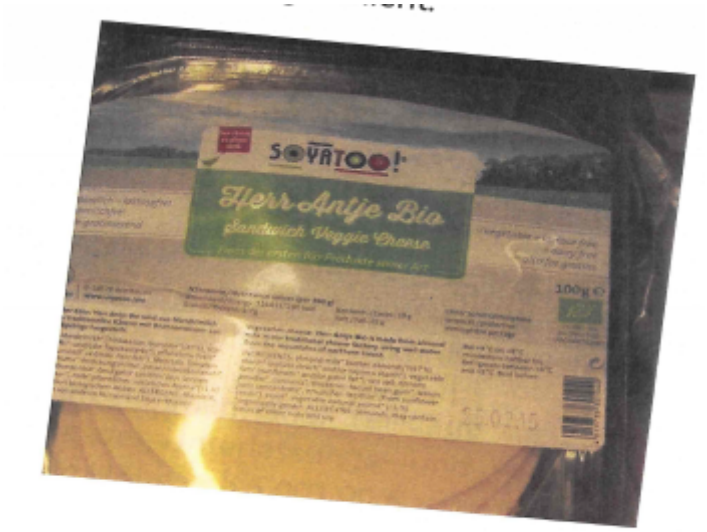
Die Klägerin hat beantragt, 29

I. Die Beklagte zu verurteilen, 30

1. es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Wiederholungsfall bis zu 2 Jahren, wobei die Ordnungshaft an ihrem jeweiligen Geschäftsführer zu vollstrecken ist, zu unterlassen, im Bereich der Bundesrepublik Deutschland 31

ohne Zustimmung der Klägerin das Zeichen „Herr Antje“ im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit Molkerei- und Molkereiersatzprodukten zu benutzen, insbesondere das vorstehend bezeichnete Zeichen auf den vorstehend bezeichneten Waren oder ihrer Aufmachung oder Verpackung anzubringen, unter dem vorstehend bezeichneten Zeichen die vorstehend wiedergegebenen Waren anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen, einzuführen oder auszuführen und schließlich das vorstehend bezeichnete Zeichen in Geschäftspapieren oder in der Werbung zu benutzen, insbesondere wenn dies wie nachfolgend abgebildet geschieht: 32

33



34

2. der Klägerin Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der vorstehend zu I.1 beschriebenen Waren seit dem 01.Januar 2016 zu erteilen, insbesondere in tabellarischer Form chronologisch geordnet jeweils Angaben zu machen über

35

a) Namen und Anschrift der Hersteller, Lieferanten und anderen Vorbesitzer der Waren sowie der gewerblichen Abnehmer und Verkaufsstellen, für die sie jeweils bestimmt waren, und

36

b) die Menge der hergestellten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Waren sowie über die Preise, die für die betreffenden Waren jeweils gezahlt wurden.

37

38

II. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu erstatten, der ihr aus den vorstehend unter Ziffer I.1 bezeichneten Handlungen entstanden ist und zukünftig entstehen wird;

III. die Beklagte im Rahmen einer Teilklage zu verurteilen, eine verwirkte Vertragsstrafe aus der Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung vom 16. Februar 2016 in Höhe von 5.001,00 € an die Klägerin zu zahlen. 39

Die Beklagte hat beantragt, 40

die Klage abzuweisen. 41

Die Beklagte ist der Ansicht gewesen, dass sie für die noch im Mai 2016 vertriebenen Produkte nicht verantwortlich sei, weil es sich bei diesem Vertrieb ausschließlich um eigenverantwortliche Handlungen Dritter gehandelt habe. 42

Bei den von der Klägerin zitierten Interneteinträgen handele es sich zum größten Teil um zeitlich veraltete Beiträge, bei denen es sich ersichtlich um keine aktuelle Produktwerbung handele. Zudem sei diese Werbung ohnehin ins Leere gelaufen, weil der Käse tatsächlich bereits unter der Bezeichnung „Herr Berta“ vertrieben worden sei. Auf diese Umstellung habe sie auf ihrem Facebook-Auftritt auch ausdrücklich hingewiesen (vgl. Anlage AR 19). Für den in den Beiträgen angegebenen „xyz-store“ treffe sie ohnehin keine Verantwortlichkeit, weil es sich dabei um ein rechtlich selbstständiges Unternehmen handele. 43

Zudem habe die am 16.02.2016 abgegebene Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung eine etwaige Wiederholungsgefahr ausgeräumt. 44

Die geltend gemachten Auskunfts- und Schadensersatzansprüche seien bereits deshalb unbegründet, weil die Klägerin in der Vergleichsvereinbarung auf sämtliche Annexansprüche verzichtet habe. Ein etwaiger Auskunftsanspruch sei zudem durch die Erklärung vom 25.02.2016 erfüllt worden. 45

Ein Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe scheide ebenfalls aus, da die abgegebene Unterlassungserklärung nie durch die Klägerin angenommen worden sei. 46

Das Landgericht hat der Klage wie beantragt stattgegeben. Der Unterlassungsanspruch ergebe sich aus der Vergleichsvereinbarung vom 01.10.2015, in der sich die Beklagte verpflichtet habe, es zu unterlassen, das Zeichen „Herr Antje“ im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit Molkerei- und Molkereiabsatzprodukten zu verwenden. Gegen diese Verpflichtung habe die Beklagte wiederholt verstoßen, weil die Beklagte nicht alles unternommen habe, um den Vertrieb der Produkte nach dem 01.01.2016 zu unterbinden. Dies legt das Landgericht im Einzelnen dar. 47

Der geltend gemachte Schadensersatzanspruch folge aus § 14 Abs. 6 MarkenG, der Auskunftsanspruch aus § 19 Abs. 1 und 3 MarkenG. Die Verwendung des Zeichens „Herr Antje“ verstoße gegen § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, was zwischen den Parteien nicht streitig sei. Der Vergleich stehe der Geltendmachung nicht entgegen, weil dieser sich nur auf Ansprüche bis zum damaligen Zeitpunkt bestehende Ansprüche beziehe. 48

Der Auskunftsanspruch der Klägerin sei auch nicht durch die Erklärung vom 25.02.2016 erfüllt worden, weil die Erklärung nicht ausreichend sei. 49

50

Die Klägerin habe gegen die Beklagte auch einen Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 5.001,00 €. Die Klägerin habe in der mündlichen Verhandlung klargestellt, dass sie ihren Anspruch auf die am 24.01.2017 abgerufene Werbung (Anlage AR 31) beziehe, so dass die Teilklage hinreichend bestimmt sei.

Mit der Abgabe der (modifizierten) Unterlassungserklärung am 16.02.2016 habe die Beklagte ein Angebot auf Abschluss eines Unterwerfungsvertrages abgegeben. Dieses habe die Klägerin spätestens mit Schreiben vom 10.05.2016 angenommen. 51

Gegen dieses Urteil, auf das gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Die für die Verurteilung maßgebliche Verletzung einer Marke der Antragstellerin sei nicht gegeben. Bei der angeblichen Verletzungshandlung hinsichtlich der Unterlassungserklärung vom 16.02.2016 handele es sich um eine Einzelhandlung aus dem Jahr 2014, was die Beklagte im Einzelnen dargelegt habe. Diese sei durch den Vergleich vom 01.10.2015 präkludiert. 52

Entgegen der Ansicht des Landgerichts könne eine Markenverletzung nicht angenommen werden. Eine solche sei weder dargelegt noch unstreitig gewesen. Es lägen weder ähnliche Kennzeichen, noch ähnliche Waren oder Dienstleistungen vor, so dass keine Verwechselungsgefahr bestehe. 53

Es fehle auch an einer markenmäßigen Benutzung durch die Beklagte. Die Produkte würden unter der Wort-/Bildmarke „SOYATOO!“ vertrieben, worauf auch das „®“ hinweise. Auch die übrige Aufmachung des Produktes zeige, dass eine Nutzung als Marke nicht erfolge, weil der Begriff „Herr Antje“ nicht als Herkunftshinweis wahrgenommen werde. Jedenfalls sei keine Zeichenähnlichkeit anzunehmen, was die Beklagte näher darlegt. Eine Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit bestehe ebenso wenig, wie eine Verwechselungsgefahr. Dies zeige eine Gegenüberstellung der von den Parteien vertriebenen Produkte. Auch eine mittelbare Verwechselungsgefahr in Form eines Serienzeichens sei ausgeschlossen. 54

Ansprüche könnten auch nicht auf eine bekannte Marke gestützt werden. Die Marken der Klägerin seien nicht bekannt. 55

Die Vertragsstrafe sei nicht verwirkt. Das Landgericht verkenne, dass die Nutzung eines Facebook-Postings keine Dauerhandlung sei, sondern eine einmalige Handlung mit Fortwirkung. Der Verstoß gegen die Unterlassungsverpflichtung könne nur in der Schaltung der Anzeige gesehen werden, nicht in der Nichtlöschung aus dem Archiv. Die Veröffentlichung der Anzeige sei im Oktober 2014 erfolgt. 56

Wenn ein Verstoß vorliege, sei die Vertragsstrafe jedenfalls nach billigem Ermessen durch das Gericht festzusetzen. Die Höhe sei mit 5.001 € übersetzt. Das Produkt werde tatsächlich nicht mehr vertrieben. 57

Die Beklagte beantragt, 58

die Klage unter Abänderung des Urteils des LG Köln vom 23.01.2018 – Az. 31 O 324/16 - abzuweisen. 59

Die Klägerin beantragt, 60

die Berufung zurückzuweisen. 61

62

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Klägerin klargestellt, dass sie ihre Ansprüche in folgender Reihenfolge im Eventualverhältnis geltend mache:

1. Vertrag 63

2. Deutsche Wortmarke Nr. 1019516 „Frau Antje“ 64

3. IR-Wortmarke Nr. 1043963 „Frau Antje“ 65

4. IR-Wort-Bildmarke Nr. 1054592. 66

II. 67

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten hat lediglich in dem tenorierten Umfang Erfolg. Im Übrigen ist sie zurückzuweisen. 68

1. Die Klage ist – nachdem die Klägerin die Reihenfolge der Streitgegenstände, auf die sie die Anträge stützt, im Rahmen eines Eventualverhältnisses in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klargestellt hat – zulässig. Insbesondere bestehen gegen die Bestimmtheit des Antrages gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO keine Bedenken. 69

2. Das Landgericht hat mit Recht und mit zutreffender Begründung angenommen, dass der Klägerin ein vertraglicher Anspruch auf Unterlassung gegen die Beklagte zusteht. Denn die vertragliche Unterlassungsverpflichtung ist – wie das Landgericht zutreffend angenommen hat – dahin auszulegen, dass die Nutzung im Rahmen der Werbung der Beklagten auf dem Facebook-Auftritt von dieser zu löschen ist. Ein Verstoß gegen die vertragliche Unterlassungsverpflichtung liegt allerdings nicht vor, soweit die Beklagte Produkte, die sie bis zum 01.01.2016 verkauft hat, nicht zurückgerufen hat. Dies ergibt die Auslegung der vertraglichen Unterlassungsvereinbarung der Parteien. 70

a) Im Rahmen der Auslegung der Unterlassungsvereinbarung ist zu berücksichtigen, dass die Parteien bei der inhaltlichen Ausgestaltung eines Unterlassungsvertrages frei sind, so dass sich dessen Auslegung nach den allgemeinen für die Vertragsauslegung geltenden Grundsätzen richtet. Maßgebend für die Reichweite einer vertraglichen Unterlassungsverpflichtung ist der wirkliche Wille der Vertragsparteien (§§ 133, 157 BGB), zu dessen Auslegung neben dem Inhalt der Vertragserklärungen auch die beiderseits bekannten Umstände, insbesondere die Art und Weise des Zustandekommens der Vereinbarung, ihr Zweck, die Wettbewerbsbeziehung zwischen den Vertragsparteien und ihre Interessenlage heranzuziehen sind (vgl. BGH, Urteil vom 18.09.2014 – I ZR 76/13, GRUR 2015, 258 – CT-Paradies; BGH, Urteil vom 17.07.2008 – I ZR 168/05, GRUR 2009, 181 – Kinderwärmekissen; BGH, Urteil vom 25.10.2012 – I ZR 169/10, GRUR 2013, 531 – Einwilligung in Werbeanrufe II; BGH, Urteil vom 17.07.1997 – I ZR 40/95, GRUR 1997, 931 – Sekundenschnell; Kessen in Teplitzky, Wettbewerbliche Ansprüche und Verfahren, 11. Aufl., 8. Kap. Rn. 14). 71

Ein unmittelbarer Rückgriff auf die Grundsätze, die für die Auslegung eines in gleicher Weise formulierten Unterlassungstitels gelten, kommt dagegen nicht in Betracht, weil einem Unterlassungsvertrag der Charakter eines vollstreckbaren Titels fehlt (vgl. BGH, GRUR 1997, 931 – Sekundenschnell; Kessen in Teplitzky aaO, Kap. 12 Rn. 13, jeweils mwN). 72

73

Der Umstand, dass sich ein Unterlassungsvertrag seinem Wortlaut nach nur auf eine bestimmte Handlung bezieht, bedeutet dennoch nicht, dass sich die vertragliche Unterlassungspflicht auf diesen beschränken muss. Zweck eines Unterlassungsvertrages ist es regelmäßig, nach einer Verletzungshandlung die Vermutung der Wiederholungsgefahr durch eine vertragsstrafenbewehrte Unterlassungsverpflichtung auszuräumen und damit die Einleitung oder Fortsetzung eines gerichtlichen Verfahrens entbehrlich zu machen. Die Vermutung der Wiederholungsgefahr gilt jedoch nicht allein für die genau identische Verletzungsform, sondern umfasst auch alle im Kern gleichartigen Verletzungsformen. Der regelmäßig anzunehmende Zweck eines Unterlassungsvertrages spricht deshalb erfahrungsgemäß dafür, dass die Vertragsparteien durch ihn auch im Kern gleichartige Verletzungsformen erfassen wollten. Zwingend ist dies aber nicht. Die Auslegung des Unterlassungsvertrages kann auch ergeben, dass dieser bewusst eng auf die bezeichnete konkrete Verletzungsform bezogen ist (vgl. BGH, GRUR 1997, 931 – Sekundenschnell, Kessen in Teplitzky aaO, Kap. 8 Rn. 16, jeweils mwN). Eine besonders eng am Wortlaut orientierte Auslegung des Unterlassungsversprechens kann geboten sein, wenn im Verhältnis zur Bedeutung der Sache eine besonders hohe Vertragsstrafe vereinbart wurde (vgl. BGH, Urteil vom 13.02.2003 – I ZR 281/01, GRUR 2003, 545 – Hotelfoto). Dies gilt nicht, wenn sich der Versprechende zur Zahlung einer vom Kläger nach billigem Ermessen festzusetzenden Vertragsstrafe verpflichtet hat, die im Streitfall auf ihre Angemessenheit zu überprüfen ist (vgl. BGH, GRUR 2015, 258 – CT-Paradies).

b) Nach dem Wortlaut der Vereinbarung vom 01.10.2015 hat sich die Beklagte verpflichtet, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr das Zeichen „Herr Antje“ im Zusammenhang mit Molkerei- und Molkereiersatzprodukten zu benutzen. Dies erfasst zwar nicht eine Rückrufpflicht hinsichtlich der bis zum 01.01.2016 vertriebenen Produkte (dazu II 2 b aa). Ein Verstoß liegt aber vor, weil die Beklagte Internetwerbung in weiten Teilen nicht gelöscht hat (dazu II 2 b bb). 74

aa) Von der Unterlassungsverpflichtung nicht umfasst ist eine Verpflichtung der Beklagten, bis zum 01.01.2016 verkaufte Produkte zurückzurufen. 75

Aus der Vereinbarung, dass „S. … die Gelegenheit (erhält), gegen Ziffer 1 dieser Vereinbarung (Unterlassungsverpflichtung) verstoßende Produkte bis inklusive zum 01. Januar 2016 abzuverkaufen“, ergibt sich, dass eine Rückrufpflicht nicht vereinbart ist. Hierfür spricht der Wortlaut der Vereinbarung, nach der die Beklagte berechtigt sein sollte, bis zum 01.01.2016 ihre Produkte abzuverkaufen. Die Berechtigung zum Abverkauf bis zu einem bestimmten Zeitpunkt ist indes nur dann sinnvoll, wenn die Beklagte nicht verpflichtet werden sollte, Produkte in der Folgezeit wieder zurückzurufen, zumal unstreitig die abverkauften Produkte ein begrenztes Haltbarkeitsdatum bis Mai 2016 hatten. 76

Eine Auslegung dahingehend, dass die Berechtigung auch für Weiterverkäufer nicht über den 01.01.2016 hinaus bestehen sollte, verstieße gegen den Wortlaut der Vereinbarung. Denn diese beinhaltet – wie dargelegt – ausdrücklich die Berechtigung der Beklagten für einen weiteren Verkauf. Dies entspricht auch der Interessenlage der Parteien bei Vereinbarung einer Abverkaufsfrist für die Beklagte und nicht einer allgemein gehaltenen Frist, bei der nach den vorstehend dargestellten Grundsätzen einiges dafür spräche, eine Rückrufpflicht anzunehmen. 77

bb) Dies gilt allerdings nicht für Werbeauftritte der Beklagten im Rahmen von Facebook oder in sonstigen Medien. Das Landgericht hat insbesondere mit Recht einen Verstoß gegen die Unterlassungsverpflichtung in der Werbung vom 24.01.2017 gesehen. 78

79

Die Darstellung im Internet, wie sie in Anlage AR 31 (abgerufen am 24.01.2017) zu sehen ist, stellt eine Werbung im Sinne der Unterlassungsverpflichtungserklärung dar.

Nach dem Wortlaut umfasst die Unterlassungsverpflichtungserklärung die entsprechende „Werbung“. Der Begriff der Werbung umfasst nach dem allgemeinen Sprachgebrauch alle Maßnahmen eines Unternehmens, die auf die Förderung des Absatzes seiner Produkte oder Dienstleistungen gerichtet sind. Damit ist außer der unmittelbar produktbezogenen Werbung auch die mittelbare Absatzförderung – beispielsweise in Form der Imagewerbung oder des Sponsoring – erfasst. Werbung ist deshalb in Übereinstimmung mit Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/113/EG über irreführende und vergleichende Werbung jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern (BGH, Urteil vom 12.09.2013 – I ZR 208/12, GRUR 2013, 1259 – Empfehlungs-E-Mail). Hierunter fallen die Internetseiten ohne weiteres. Denn diese dienen als Hinweis auf Produkte, auch wenn diese heute unter anderen Bezeichnungen vertrieben werden. 80

Soweit die Beklagte nicht aktiv gehandelt hat, sondern lediglich das Löschen der Werbung unterließ, ist die Unterlassungsverpflichtungserklärung auch dahin auszulegen, dass die Erklärung auch zur Beseitigung eines bestehenden Zustandes verpflichtet (vgl. BGH, GRUR 2015, 258 – CT-Paradies; Kessen in Teplitzky aaO, Kap. 12 Rn. 13). 81

c) Nicht erheblich ist in diesem Zusammenhang, ob die Nutzung durch die Beklagte eine markenmäßige Benutzung darstellt. Die Beklagte hat sich im Rahmen der Unterlassungsverpflichtung vom 01.10.2015 umfassend aufgrund der Nutzung der Bezeichnung „Herr Antje“ zur Unterlassung verpflichtet. Die Unterlassungserklärung nimmt durch die Darstellung „insbesondere wenn dies wie nachfolgend abgebildet geschieht“ und die Einblendung der Produkte, die unter der Marke „Soyatoo!“ die Bezeichnung „Herr Antje“ darstellen, auf die konkrete Verletzungsform Bezug. Hieraus wird deutlich, dass die Unterlassungsverpflichtungserklärung sich gerade auf diese Form der Nutzung beziehen sollte. Die Unterlassungserklärung kann daher nicht dahin ausgelegt werden, dass diese Handlungen nicht umfasst sein sollte, weil die Nutzung keine markenmäßige sei. Vielmehr entspricht die Nutzung der Art der Darstellung, die zu der Unterlassungserklärung führte und sollte daher unter Berücksichtigung der dargelegten Auslegungsgrundsätze gerade diese Darstellung umfassen. 82

d) Die für den Unterlassungsanspruch obligatorische Wiederholungsgefahr besteht ebenfalls. Begeht der Schuldner nach Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung, mit der die Wiederholungsgefahr beseitigt wurde, einen identischen Verstoß, entsteht ein neuer Unterlassungsanspruch. Die nach Abgabe einer Unterlassungserklärung durch einen erneuten Verstoß begründete Wiederholungsgefahr kann grundsätzlich allenfalls durch eine weitere Unterlassungserklärung mit einer gegenüber der ersten erheblich höheren Strafbewehrung ausgeräumt werden. Bei einem Vertragsstrafeversprechen, das – wie hier – nach "neuem Hamburger Brauch" abgegeben wurde, kann die erforderliche Verschärfung durch Versprechen einer Vertragsstrafe "nicht unter ... " nach Lage des Falles genügen (vgl. OLG Köln, Urteil vom 05.12.2014 – 6 U 57/14, WRP 2015, 387 – Parfümfotos bei eBay, mwN). Eine weitere Unterlassungserklärung hat die Beklagte zwar am 16.02.2016 abgegeben. Auch wurde hier eine Mindestvertragsstrafe von 5.001 € versprochen. Wie dargelegt hat die Beklagte aber auch gegen diese Unterlassungsverpflichtungserklärung erneut und jedenfalls am 24.01.2017 verstoßen, so dass die Wiederholungsgefahr besteht. 83

3. Soweit die Klägerin ihre Ansprüche hilfsweise auf Markenrecht stützt, kommt es hierauf nicht mehr an. Denn die Bedingung für die Geltendmachung von weiteren Ansprüchen im 84

Rahmen des Hilfsantrages ist nicht eingetreten. Darüber hinaus geht der Anspruch aus Markenrecht auch nicht weiter, als der Anspruch aus dem Unterlassungsvertrag, weil die vertraglich vereinbarte Abverkaufsfrist auch insoweit zu berücksichtigen wäre. Es kann daher offenbleiben, ob eine Markenverletzung vorliegt.

4. Die Annexansprüche sind teilweise begründet. Der Schadensersatzanspruch ergibt sich aus § 280 BGB in Verbindung mit der Unterlassungsverpflichtung vom 01.10.2015. Dieser Anspruch kann von der Klägerin auch geltend gemacht werden, wenn sich entsprechende Ansprüche aus dem Markenrecht ergäben (vgl. Schaub in Teplitzky aaO, Kap. 29 Rn. 5). 85

Wie dargelegt hat die Beklagte gegen diese Unterlassungsverpflichtung verstoßen. Das Verschulden der Beklagten ist zu vermuten (vgl. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB). 86

Der Verstoß gegen die Unterlassungsverpflichtung und die Verpflichtung zur Zahlung von Schadensersatz gehen allerdings – wie dargelegt – nur soweit, dass sie sich auf nach dem 01.01.2016 durch die Beklagte abverkaufte Produkte und weitere Handlungen entsprechend Ziffer I.1 des Tenors beziehen. Vor diesem Zeitpunkt liegt weder ein Verstoß gegen die Unterlassungsvereinbarung vor, noch kann die Beklagte sich auf Ansprüche aus Markenrecht berufen (s.o.). Die Beklagte war nach der vertraglichen Vereinbarung der Parteien nicht verpflichtet, Produkte zurückzurufen, die sie bis zum 01.01.2016 in Verkehr gebracht hat. Der Feststellungsanspruch ist daher entsprechend einzuschränken. Entgegen der Ansicht der Klägerin hat diese unter Berücksichtigung des Vorbringens in erster Instanz auch Schadensersatzansprüche geltend gemacht, die sich auf solche Produkte bezogen, die die Beklagte zwar bis zum 01.01.2016 abverkaufte, aber nach dem 01.01.2016 nicht zurückgerufen hat. Insoweit ist die Klage daher teilweise abzuweisen. Soweit die Klägerin vorträgt, die Beklagte habe gegen die Unterlassungsverpflichtung verstoßen, indem weitere Produkte bis zum 01.01.2016 unter der Bezeichnung „Herr Antje“ produziert worden seien, bleibt ihr Vortrag unsubstantiiert und kann daher kein anderes Ergebnis begründen. 87

Allerdings ist der Schadensersatzfeststellungsantrag dahin auszulegen, dass dieser sich nur auf Ansprüche bezog, die – aus der Sicht der Klägerin, ggf. auch durch einen nicht erfolgten Rückruf – nach dem 01.01.2016 entstanden sind, auch wenn insoweit ausdrücklich kein Datum im Klageantrag genannt worden ist. Einer weitergehenden Abweisung der Klage bedarf es daher nicht. 88

Soweit die Beklagte meint, die Klägerin habe durch die Vereinbarung vom 01.10.2015 auf Schadensersatzansprüche verzichtet, trifft dies nur auf Ansprüche zu, die vor dem 01.01.2016 entstanden sind. Es ist kein Grund ersichtlich, die Vereinbarung der Parteien dahin auszulegen, dass die Klägerin auf weitere Ansprüche verzichtet haben sollte. 89

Der Auskunftsanspruch ergibt sich – in dem entsprechenden zeitlichen Umfang – aus § 242 BGB. 90

5. Mit Recht hat das Landgericht auch angenommen, dass die Vertragsstrafe verwirkt ist. 91

a) Wie dargelegt verstieß die Beklagte gegen die Unterlassungsverpflichtung. Dieser Verstoß bezog sich auch auf die Unterlassungsverpflichtung vom 16.02.2016, die inhaltlich mit der Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 01.10.2015 identisch ist, so dass auf die vorstehenden Ausführungen Bezug genommen werden kann. Aus den dargelegten Gründen war die Beklagte verpflichtet, die Werbung aus dem Internet zu entfernen. Nicht erheblich ist in diesem Zusammenhang, ob es sich um eine einmalige Handlung mit Fortwirkung handelte oder um eine Dauerhandlung. Denn aus der Unterlassungsverpflichtung ergeben sich auch 92

dann Handlungspflichten, wenn es sich um eine einmalige Handlung handeln würde, deren Wirkungen die Beklagte beseitigen kann.

Vor diesem Hintergrund hat die Vergleichsvereinbarung vom 01.10.2015 auch ersichtlich keine solchen Handlungen ausgeschlossen, die zwar vor dem Abschluss des Vergleiches lagen, aber Fortwirkungen zeigten (s.o.). Hierfür spricht auch die Klausel, dass die Klägerin die Beklagte auf etwaige Verstöße aufmerksam zu machen und ihr innerhalb von sieben Tagen Gelegenheit zur Beseitigung zu geben hat. Hierdurch sollte sichergestellt werden, dass gerade solche Verstöße, die der Beklagten nicht aufgefallen sind, nicht unmittelbar Nachteile für die Beklagte auslösen können. Tatsächlich liegt aber auch ein Verstoß gegen die Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 16.02.2016 vor, die eine entsprechende Klausel nicht enthält. 93

b) Soweit das Landgericht angenommen hat, dass aufgrund des Angebotes der Beklagten vom 16.02.2016 und einer Annahme dieses Angebots von der Klägerin spätestens am 10.05.2016 ein Unterlassungsvertrag zustande gekommen ist, ist auch dies nicht zu beanstanden. Insbesondere war das Angebot der Beklagten nicht aufgrund von Zeitablauf wirkungslos geworden. Denn das Angebot zur Abschluss eines strafbewehrten Unterlassungsvertrages ist bereits aufgrund seiner Funktion (Ausräumung der Wiederholungsgefahr) unwiderruflich (vgl. Kessen in Teplitzky aaO, Kap. 8 Rn. 37, mwN). Der zur Grundlage der Zahlungsverpflichtung gemachte Verstoß lag auch nach der Annahme der Unterlassungserklärung (vgl. zu dieser Fragestellung: KG, Urteil vom 06.09.2017 – 5 U 52/16, EnWZ 2018, 125, mwN). 94

c) Die Höhe der Vertragsstrafe ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Insbesondere stellt die Bestimmung der Höhe mit 5.001 € keinen Verstoß gegen Billigkeitserwägungen dar, nachdem die Beklagte sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe nach dem neuen Hamburger Brauch verpflichtete und dabei einen Mindestbetrag von 5.001 € festlegte. 95

6. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 97 ZPO. Soweit der Antrag der Klägerin auf Feststellung der Schadensersatzpflicht und auf Auskunft hinsichtlich des nicht erfolgten Rückrufes nicht besteht, handelt es sich lediglich um eine geringfügige Zuvielforderung, die allenfalls geringfügig höhere Kosten verursacht hat. 96

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 97

Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch ist die Revision zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen. 98

Der Streitwert wird auf bis 320.000 € festgesetzt. 99

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE