Händler sind verpflichtet Produktbeschreibungen auf Amazon regelmäßig zu überprüfen

Oberlandesgericht Frankfurt am Main

Urteil vom 05.12.2019

Az.: 6 U 182/18

Tenor

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 23.10.2018 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main teilweise abgeändert.

Soweit die Beklagten nach dem Tenor zu Ziff. I. 2. und 3. verurteilt wurden, wird die Klage abgewiesen.

Soweit die Beklagten nach dem Tenor zu Ziff. II. 1. verurteilt wurden, wird der zu zahlende Betrag auf € € 749,34 ermäßigt und der Klageantrag im Übrigen abgewiesen.

Soweit die Beklagten nach dem Tenor zu Ziff. II. 2. verurteilt wurden, wird der zu zahlende Betrag auf € 1.474,89 ermäßigt und der Klageantrag im Übrigen abgewiesen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen haben die Beklagten 54% und der Kläger 46% zu tragen.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten können die Vollstreckung des

Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von € 40.000,00 abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von € 40.000,00 leistet.

Der Kläger kann die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des auf Grund des Urteils jeweils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des auf Grund des Urteils jeweils vollstreckbaren Betrages leisten.

Gründe

I.

Die Parteien streiten über marken- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche im Zusammenhang mit dem Anhängen an Angebote auf der Handelsplattform Amazon.

Um ein Produkt auf der Handelsplattform Amazon Marketplace anzubieten, gibt der erste Anbieter eines Produkts seine Produktinformationen ein, wobei dem Produkt eine spezielle Nummer zugewiesen wird, unter der dann entsprechende Angebote zu finden sind (sog. Amazon Standard Identification Number (ASIN)). Weitere Händler müssen entweder eine neue ASIN anlegen, oder, wenn ein identisches Produkt bereits angeboten wird, sich an die entsprechende ASIN „anhängen“. Im letztgenannten Fall wird der Artikel mit den schon vorhandenen Artikeln anderer Anbieter katalogisiert.

Der Kläger ist Inhaber der nationalen Wortmarke „Premium X“, mit Priorität vom 27.8.2005, die am 23.3.2006 für Waren der Klasse 9, unter anderem „Sat-Antennen“, „Wandhalter“, „Sat-Kabel“ eingetragen worden ist (Anlage LHR2). Er vertreibt über die Handelsplattform Amazon unter dem Nutzernamen „B“ Produkte der Satellitenantennentechnik nebst Zubehör.

Die Beklagte zu 1 ist Inhaberin der nationalen Wortmarke „TomTrend“ mit Priorität vom 23.05.2015, die seit dem

28.8.2015 für Waren der Klasse 9, unter anderem „Parabolspiegel“, „digitale Satellitenreceiver“, etc. eingetragen ist (Anlage LHR6). Sie vertreibt ebenfalls über die Handelsplattform Amazon Produkte der Satellitenantennentechnik unter dem Nutzernamen „D“. Die Beklagte zu 2 ist die Geschäftsführerin der Beklagten zu 1.

Mit Schreiben vom 10.1.2017 richtete die Beklagte zu 1 an den Kläger eine Berechtigungsanfrage wegen der Nutzung der Marke „TomTrend“, bezogen auf 46 Verkaufsangebote. Darunter waren auch die streitgegenständlichen Angebote „Mastschelle 58-60 mm Stahl“ mit der ASIN … und „F-Stecker“ mit der ASIN … (Anlage LHR19). Im Anschluss meldete der Kläger dem Plattformbetreiber Amazon, in dem Angebot unter ASIN … seien Änderungen in Gestalt der Kennzeichnung mit „TomTrend“ vorgenommen worden.

Die Beklagte zu 1 bot 2017 „Mastschellen“ zur Antennenbefestigung mit den Durchmessern 58 – 60 mm bzw. 48 – 50 mm auf der Handelsplattform Amazon unter den ASIN … bzw. ASIN … an, wobei in den Angeboten die Marke „Premium X“ verwendet wurde (Anlagen LHR 7, LHR 10). In dem Angebot nach LHR7 findet sich zusätzlich die Marke „TomTrend“. Vom Kläger veranlasste Testkäufe bei der Beklagten zu 1 ergaben, dass es sich bei den gelieferten Produkten nicht um solche aus dem Hause des Klägers handelte (Anlagen LHR 17 und LHR18). Die Beklagte zu 1 bot 2017 außerdem einen „F-Stecker“ unter der ASIN … unter der Bezeichnung „TomTrend“ an (Anlage LHR13).

Der Kläger hat behauptet, die Angebotsbeschreibungen unter den in Rede stehenden ASIN …, … und … habe er erstmals erstellt. Er wirft den Beklagten vor, die Produktbeschreibungen „gekapert“, nämlich durch Eingabe der Marke „TomTrend“ verändert zu haben.

Die Beklagten haben demgegenüber behauptet, der Kläger habe dafür gesorgt, dass die mit „TomTrend“ versehenen Angebotsbeschreibungen unter den in Rede stehenden ASIN von Amazon nachträglich mit der Klagemarke „Premium X“ versehen

wurden. Er habe damit eine Markenverletzung der Beklagten provoziert.

Die Beklagte zu 1 hat gegen den Kläger eine einstweilige Verfügung des Landgerichts Düsseldorf vom 28.2.2017 erwirkt (Az. 2a O 45/17), mit der dem Kläger untersagt worden ist, unter Verwendung der Marke „TomTrend“ bestimmtes Satellitentechnikzubehör zu bewerben sowie in Angeboten die Marke der Beklagten durch die Marke „Premium X“ zu ersetzen. Das OLG Düsseldorf hat die einstweilige Verfügung inzwischen aufgehoben (Az.: I20 U 136/17).

Der Kläger hat gegen die Beklagten eine einstweilige Verfügung des Landgerichts Frankfurt vom 12.07.2017 erwirkt, mit der den Beklagten untersagt worden ist, die Bezeichnung „Premium X“ für Satellitentechnik und -zubehör zu verwenden sowie in einem Angebot Satellitentechnik und -zubehör unter verschiedenen Marken zu bewerben und/oder anzubieten, wie geschehen auf dem Online-Marktplatz Amazon unter der ASIN … (Az. 2-03 O 218/17). Der Senat hat die einstweilige Verfügung mit Urteil vom 19.9.2018 aufgehoben, weil es an einem Verfügungsgrund fehlte (Az. 6 U 74/18).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen (§ 540 I, 1 ZPO).

Das Landgericht hat die Beklagten verurteilt,

I. es bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu unterlassen,

1. ohne Zustimmung des Klägers innerhalb der Bundesrepublik Deutschland im geschäftlichen Verkehr die Bezeichnung „Premium X“ für Satellitentechnik und -zubehör zu verwenden, wie aus Anlage LHR 7 und/oder Anlage LHR 10 ersichtlich;

2. bestehende Angebote des Klägers auf dem Online-Marktplatz Amazon durch nachträgliche Änderungen zu übernehmen, wie

geschehen unter der ldentifikationsnummer (ASIN) … und in der Anlage LHR 7 ersichtlich und/oder wie geschehen unter der Identifikationsnummer (ASIN) … und in Anlage LHR 13 ersichtlich;

3. im geschäftlichen Verkehr in einem Angebot Satellitentechnik und -zubehör unter verschiedenen Marken zu bewerben und/oder anzubieten, wie geschehen auf dem Online-Marktplatz Amazon unter der Identifikationsnummer (ASIN) … und in Anlage LHR 7 ersichtlich;

II. als Gesamtschuldner

1. an den Kläger einen Betrag in Höhe von 949,10 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 12.01.2018 zu zahlen;

2. an den Kläger einen Betrag in Höhe von 1.822,96 FUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 12.01.2018 zu zahlen.

Das Landgericht hat ausgeführt, die Beklagten hätten mit ihren Mastschellen-Angeboten die Klagemarke verletzt. Sie hätten die Angebotsbeschreibungen in Kenntnis der Kennzeichnung mit der Marke Premium X genutzt. Der Einwand der Nichtbenutzung greife nicht durch. Außerdem hätten die Beklagten den Kläger gezielt behindert. Aus den vorgelegten Unterlagen gehe hervor, dass ursprünglich der Kläger die Angebote erstellt habe. Die Beklagten hätten die Marke „TomTrend“ nachträglich ergänzt. Die Beklagten hätten auch in irreführender Weise die Marken TomTrend und Premium X parallel verwendet. Ein Rechtsmissbrauch seitens des Klägers sei nicht gegeben. Dem Kläger stünde auch ein Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten und der Kosten eines Abschlussschreibens zu.

Gegen diese Beurteilung wenden sich die Beklagten mit ihrer Berufung mit der sie ihr Klageabweisungsbegehren weiterverfolgen. Im Berufungsrechtszug wiederholen und vertiefen die Parteien ihr Vorbringen.

Die Beklagten beantragen,

das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 23.10.2018, Az. 2 – 03 O 387/17 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen,

mit der Maßgabe, dass in Ziff. 2. des Tenors des angefochtenen Urteils die Worte „nachträgliche Änderung“ ersetzt werden durch „die nachträgliche Aufnahme eines markenrechtlich geschützten Zeichens“.

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache teilweise Erfolg.

1. Die Klage ist zulässig. Die Unterlassungsanträge sind entgegen der Ansicht der Beklagten hinreichend bestimmt (§ 253 II Nr. 2 ZPO).

a) Der auf die konkrete Verletzungsform bezogene Antrag zu I. 1. Ist hinreichend bestimmt. Die Beklagten bemängeln zu Unrecht, der Antrag berücksichtige nicht den Tatbestand der Erschöpfung. Es könne den Beklagten nicht verboten werden, erschöpfte Ware anzubieten und sich insoweit an die Amazon-Artikelbeschreibung eines Markenartikels anzuhängen. Hierbei handelt es sich nicht um ein Bestimmtheitsproblem, sondern um die Frage, ob die Reichweite des Verbotstenors über den materiell-rechtlichen Anspruch hinausgeht. Diese Sorge ist unbegründet. Der in die Zukunft gerichtete Verbotsausspruch erwächst nicht als solcher in Rechtskraft, sondern nur in Bezug auf die vom Gericht festgestellten Verletzungshandlungen (BGH GRUR 2006, 421 Rn. 24, 28 – Markenparfumverkäufe). Der Klagegrund als der Lebenssachverhalt, auf den der Antrag gestützt ist, bleibt unverändert, wenn der Kläger seinen

Antrag weit fasst. Im vorliegenden Verfahren stehen keine Angebote in Rede, bei denen die Parteien über die Erschöpfung streiten. Bei den Testkäufen wurde keine Ware geliefert, die mit der Marke Premium X versehen ist. Der Ausnahmetatbestand der Erschöpfung muss daher – wie vom Landgericht richtig ausgeführt – im Tenor nicht formuliert werden (vgl. Ingerl/Rohnke, 3. Aufl., vor §§ 14-19, Rn. 151). Auch eine nähere Beschreibung der konkreten Art der markenmäßigen Benutzung ist entgegen der Ansicht der Beklagten nicht erforderlich. Die Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform ist ausreichend (Anlagen LHR7, LHR10). Dem Antrag fehlt es entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht deshalb an der Bestimmtheit, weil sein abstrakter Teil den Begriff „Verwenden“ benutzt. Durch die Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform wird hinreichend deutlich, welche Benutzungsform gemeint ist. An der Bestimmtheit fehlt es auch nicht deshalb, weil der Antrag nicht auf Angebote auf der Handelsplattform Amazon beschränkt ist.

b) Der Klageantrag zu I. 2. Ist ebenfalls hinreichend bestimmt, nachdem ihn der Klägervertreter auf Hinweis des Senats konkretisiert hat. Mit dem Antrag begehrt der Kläger ein Verbot, seine bestehenden Angebote auf Amazon nachträglich durch die Aufnahme eines markenrechtlich geschützten Zeichens abzuändern. Auch dieser Antrag ist auf die konkrete Verletzungsform, nämlich die Angebote unter den Identifikationsnummern (= Amazon Standard Identification Number, ASIN) … (Anlage LHR 7) und … (Anlage LHR 13) bezogen.

c) Mit dem Antrag zu I. 3. begehrt der Kläger ein Verbot, Produkte „unter verschiedenen Marken“ anzubieten. Bestimmtheitsprobleme des auf die konkrete Verletzungsform bezogenen Antrags bestehen nicht. Ob der Antrag zu weit greift, ist entgegen der Ansicht der Beklagten keine Frage der Bestimmtheit, sondern der Begründetheit.

2. Das Landgericht hat zu Recht angenommen, dass dem Kläger gegen die Beklagten ein Anspruch auf Unterlassung der

Benutzung der Klagemarke aus §§ 14 II Nr. 2, V MarkenG zusteht (Antrag zu I. 1.). Insoweit war die Berufung zurückzuweisen.

a) Der Kläger ist Inhaber der nationalen Wortmarke „Premium X“, die seit dem 23.3.2006 für Waren der Klasse 9, unter anderem „Sat-Antennen“, „Wandhalter“, „Sat-Kabel“, etc. eingetragen ist (Anlage LHR2). Die Beklagten sind für die aus den Anlagen LHR7 und LHR10 ersichtlichen Angebote unter dem Account „D“ verantwortlich.

b) Es ist eine markenmäßige Benutzung gegeben. Der angesprochene Verkehr versteht die Angabe in der Überschrift „Mastschelle … von Premium X“ in den angegriffenen Angeboten im Sinne eines Herkunftshinweises. Zwar fehlt es dem Markenbestandteil „Premium“ an jeglicher Unterscheidungskraft. Er wird als bloße Anpreisung oder als ein Qualitätsversprechen verstanden. Durch den zugesetzten Buchstaben „…“ und die Angabe „von“ wird jedoch – im hier gegebenen Kontext – deutlich, dass keine beschreibende Angabe, sondern ein Herkunftshinweis gemeint ist. Zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören entgegen der Ansicht der Beklagten neben Fachkreisen auch Endverbraucher, die zu Hause eine Satellitenantenne selbst montieren. Das geht unter anderem aus den Kunden-Produktbewertungen hervor (Anlage LHR10, vgl. Bl. 81). Da die entscheidenden Richter damit selbst zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören, bedarf es für die Beurteilung des Verkehrsverständnisses nicht der von den Beklagten beantragten Beweiserhebung durch Einholung eines Sachverständigengutachtens.

c) Zwischen der Klagemarke und der angegriffenen Bezeichnung besteht Verwechslungsgefahr. Die Kennzeichnungskraft der Klagemarke ist aufgrund ihrer beschreibender Anklänge („A“) originär eher schwach. Es besteht durchschnittliche Warenähnlichkeit. Entgegen der Ansicht des Landgerichts kann allerdings nicht angenommen werden, dass eine unmittelbare Ähnlichkeit zwischen „Wandhaltern“ und „Rohrschellen“ besteht. Es handelt sich um andersartige Produkte. Eine

Warenähnlichkeit kommt jedoch unter dem Gesichtspunkt in Betracht, dass die Waren sich ergänzen und die Vertriebswege zum Teil übereinstimmen. Der Verkehr ordnet in der Regel Zubehörteile, die für ein bestimmtes Hauptprodukt vorgesehen sind, dem Hersteller des Hauptprodukts zu, wenn sie mit der gleichen Marke gekennzeichnet sind. Er geht davon aus, dass sämtliche Zubehörteile für ein Produkt „aus einer Hand“ angeboten werden. Davon ist auch im Streitfall auszugehen. Die Klagemarke ist für „Sat-Antennen“ und „Wandhalter“ geschützt. Die von den Beklagten angebotenen Rohrschellen dienen der Antennenbefestigung. Es handelt sich um Zubehörteile für Sat-Antennen bzw. für deren Wandhalter. Das ergibt sich aus den Angeboten selbst, in denen von Mastschellen für die Antennenbefestigung die Rede ist. Entgegen der Ansicht der Beklagten kommt es deshalb nicht darauf an, ob entsprechende Produkte auch im Sanitärbereich Anwendung finden können. Im Ergebnis ist von einem durchschnittlichen Grad an Warenähnlichkeit auszugehen. Es besteht Zeichenidentität. Der Umstand, dass bei der angegriffenen Verletzungsform das „…“ nicht mit einem Leerzeichen abgesetzt ist, steht dieser Beurteilung nicht entgegen. Die Gesamtwürdigung sämtlicher Umstände führt dazu, dass die nur geringe Kennzeichnungskraft durch den durchschnittlichen Grad an Warenähnlichkeit und die Zeichenidentität ausgeglichen wird. Es ist von einer unmittelbaren Verwechslungsgefahr auszugehen.

d) Die Nichtbenutzungseinrede greift nicht durch. Es fehlt nicht an der rechtserhaltenden Benutzung der Klagemarke (§§ 25 II, 26 MarkenG). Insoweit kann zunächst auf die zutreffenden Gründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen werden.

aa) Die Marke wurde am 23.3.2006 eingetragen. Die Benutzungsschonfrist ist vor Einleitung des vorausgegangenen Eilverfahrens abgelaufen. Nach § 25 II S. 1 kommt es damit darauf an, ob die Marke innerhalb des Zeitraums von fünf Jahren bis zur Klageerhebung (= Einreichung des Eilantrags) nicht gemäß § 26 MarkenG benutzt worden ist. Es geht also um

den Zeitraum zwischen Mai 2012 und Mai 2017.

bb) Eine rechtserhaltende, ernsthafte Benutzung im Sinne von § 26 Abs. 1 MarkenG setzt voraus, dass die Marke in einer Weise verwendet wird, die im betreffenden Wirtschaftszweig als gerechtfertigt angesehen wird, Marktanteile für die betroffenen Waren oder Dienstleistungen gegenüber denjenigen anderer Unternehmer zu gewinnen oder zu behalten (BGH, Beschl. v. 18.5.2017 – I ZR 178/16, Rn. 17 – Glückskäse; GRUR 2012, 1261Rn. 12 – Orion). Selbst eine geringfügige Benutzung kann als ernsthaft anzusehen sein, wenn sie mit Blick auf die Gewinnung oder Erhaltung von Marktanteilen wirtschaftlich gerechtfertigt ist. Symbolische Verwendungen, die allein der Wahrung der durch die Marke verliehenen Rechte dienen, sind jedoch ausgeschlossen (BGH, aaO, Rn. 18 – Glückskäse). Die Ernsthaftigkeit der Benutzung der Marke ist anhand sämtlicher Tatsachen und Umstände zu prüfen, die belegen können, dass die Marke tatsächlich geschäftlich verwertet wird, um Marktanteile zu behalten oder zu gewinnen. Insoweit kommt es auf die Art dieser Waren oder Dienstleistungen, der Merkmale des Marktes sowie den Umfang und die Häufigkeit der Benutzung an (EuGH GRUR Int. 2014, 956 Rn. 29 – Walzer Traum/Walzertraum).

cc) Das Landgericht hat zutreffend aus den vorgelegten Unterlagen nach den Anlagen LHR 33 und LHR 34 eine ausreichende Benutzung für Wandhalter, Mastschellen und sonstiges Satellitenantennenzubehör festgestellt. Die vorgetragenen Benutzungshandlungen reichen hinsichtlich ihres Umfangs für eine ernsthafte Benutzung nach § 26 MarkenG aus, obwohl es sich bei den fraglichen Artikeln um Massenprodukte handeln dürfte. Die Anforderungen an die rechtserhaltende Benutzung dürfen nicht überspannt werden. Die Benutzung geht jedenfalls über eine bloße Benutzung zum Schein hinaus. Der Marke wurde in den Angeboten auch nach Art einer Marke benutzt. Allerdings muss die Benutzung für diejenigen Waren erfolgen, für die die Marke eingetragen ist. Die Marke ist nicht für Mastschellen eingetragen. Nach der Rechtsprechung

des EuGH kann es jedoch ausreichen, wenn der Inhaber der Marke diese für Waren benutzt, die in unmittelbarem Zusammenhang mit den eingetragenen Waren stehen und die Bedürfnisse der Abnehmer dieser Waren befriedigen sollen. Das kann beim Verkauf von Zubehör der Fall sein (EuGH GRUR 2003, 425Rn. 42 – Ansul/Ajax; Ingerl/Rohnke, 3. Aufl., § 26 Rn. 70). So liegt es im Streitfall. Bei den Mastschellen handelt es sich um Zubehörteile für Wandhalter und Antennen.

e) Die Beklagten sind für die aus den Anlagen LHR7 und LHR10 ersichtlichen Angebote zumindest unter dem Gesichtspunkt der Störerhaftung verantwortlich.

aa) Als Störer kann bei der Verletzung absoluter Rechte auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat-kausal zur Verletzung des geschützten Rechtsguts beiträgt. Da die Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden darf, die die rechtswidrige Beeinträchtigung nicht selbst vorgenommen haben, setzt die Haftung des Störers die Verletzung von Prüfpflichten voraus. Deren Umfang bestimmt sich danach, ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist (BGH GRUR 2016, 268Rn. 21 – Störerhaftung des Access-Providers m.w.N.).

bb) Die Beklagten haben einen adäquat-kausalen Beitrag zu der in Rede stehenden Markenverletzung geleistet. Dafür reicht es aus, dass sie einen Artikel auf der Handelsplattform Amazon zum Verkauf eingestellt haben und dieses Angebot die Produktbeschreibung mit der Marke des Klägers aufgewiesen hat (vgl. BGH GRUR 2016, 936 Rn. 16 – Angebotsmanipulation bei Amazon).

cc) Die Beklagten traf eine Überwachungs- und Prüfungspflicht hinsichtlich der an den Produktbeschreibungen des Amazon-Marketplace vorgenommenen Veränderungen. Dieser Pflicht sind sie nicht ausreichend nachgekommen.

(1) Eine Rechtspflicht zur Prüfung und zur Abwendung einer Rechtsverletzung kann sich unter dem Gesichtspunkt eines gefahrerhöhenden Verhaltens ergeben. Auf der Verkaufsplattform Amazon Marketplace können Angebote für ein bestimmtes Produkt durch andere Händler geändert werden, wobei diese Möglichkeit in Händlerkreisen bekannt ist. Dadurch besteht die Gefahr, dass ursprünglich richtige und zulässige Angebote durch Handlungen Dritter in rechtsverletzender Weise geändert werden (BGH aaO Rn. 23). Es ist den Beklagten zuzumuten, ein über einen längeren Zeitraum bei Amazon Marketplace eingestelltes Angebot regelmäßig darauf zu überprüfen, ob rechtsverletzende Änderungen vorgenommen worden sind. Insofern ist unerheblich, ob die technisch mögliche Aufnahme einer anderen Marke in die Beschreibung eines auf Amazon-Marketplace angebotenen Produkts von Amazon nicht gewünscht und mit den Teilnahmebedingungen unvereinbar ist. Ebenso wenig steht der Störerhaftung entgegen, dass Amazon jedem weiteren Anbieter ermöglicht, die vom ersten Anbieter erstellte Produktbeschreibung zu ändern. Die Prüfungspflicht der Händler auf Amazon-Marketplace besteht, ohne dass zuvor ein Hinweis auf eine Rechtsverletzung durch ein bestimmtes Angebot erfolgen muss. Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist im Rahmen der Bestimmung von Häufigkeit und Umfang der erforderlichen Prüfungen Rechnung zu tragen. Eine Überprüfung erst nach 5 Wochen ist jedenfalls zu spät (BGH aaO Rn. 24 – 29).

(3) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze sind die Beklagten ihrer Prüfungspflicht nicht hinreichend nachgekommen. Vielmehr haben sie die Artikelbeschreibungen mit der Marke „Premium X“ sogar in Kenntnis dieser Änderungen weiterverwendet. Sie haben in der Klageerwiderung vorgetragen, am 18.2.2017 festgestellt zu haben, dass neben der Marke TomTrend nunmehr die Marke „Premium X“ verwendet wird (Bl. 223 d.A., Anlage B9). Dennoch haben sie sich weiterhin – auch noch zum Zeitpunkt der Testkäufe im Mai 2017 – an das Angebot angehängt. Die Beklagten haben ihrer Prüfungspflicht nicht dadurch genügt, dass sie vermeintliche Verstöße gegen die

Amazon-Bedingungen dem Betreiber der Plattform gemeldet haben. Vielmehr hätten sie davon Abstand nehmen müssen, unter der fremden Marke Produkte anzubieten.

f) Die Geltendmachung des markenrechtlichen Anspruchs durch den Kläger ist nicht rechtsmissbräuchlich. Der Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) ist im Markenrecht zulässig, wenn in treuwidriger Weise Ansprüche aus einer Marke erhoben werden (Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl., Rn. 321 vor § 14 ff MarkenG).

aa) Die Beklagten berufen sich darauf, unter den genannten ASIN seien bis zum 10.1.2017 Mastschellen unter der Marke TomTrend angeboten worden (Anlage LHR16, Bl. 101). Erst nach der Berechtigungsanfrage der Beklagten zu 1 an den Kläger wegen der Nutzung der Marke TomTrend habe dieser Kläger bei Amazon veranlasst, dass der Angebotstext auf die Angabe „von Premium X“ geändert wird. Als „Retourkutsche“ gehe der Kläger nun gegen die Beklagten wegen Verwendung der Marke Premium X vor. Aus diesen Umständen lässt sich ein Rechtsmissbrauch nicht ableiten. Nach der Rechtsprechung des BGH besteht eine Prüfungspflicht des Händlers, ob der Angebotstext durch Dritte nachträglich mit einer fremden Marke versehen wurde. Eine solche Prüfungspflicht könnte nicht angenommen werden, wenn die Geltendmachung der Rechte aus der Marke des Dritten in derartigen Fällen rechtsmissbräuchlich wäre. Vielmehr dürfen Händler, die von der Möglichkeit Gebrauch machen, den Angebotstext mit ihrer Marke zu versehen, ihre Markenrechte gegenüber anderen Händlern geltend machen.

bb) Im Übrigen erscheint das Vorgehen des Klägers auch unter Berücksichtigung der Chronologie der Ereignisse nicht rechtsmissbräuchlich. Es mögen einige Indizien dafür sprechen, dass die Hinzufügung der Marke „Premium X“ letztlich auf die Intervention des Klägers bei Amazon im Jahr 2017 zurückgeht. Nach seinem Schreiben vom 10.1.2017 hat er das Angebot wegen der aus seiner Sicht unberechtigten Verwendung der Marke TomTrend bei Amazon gemeldet (Anlagen B4, B5 / BK1, BK2). Nach

seinen Angaben wollte er bei Amazon erreichen, dass der ursprüngliche Zustand des Angebots wiederhergestellt und die Marke TomTrend entfernt wird. Es liegt nahe, dass hierbei die Bezeichnung „von Premium X“ (erstmals oder erneut) eingefügt wurde und die weitere Erwähnung der Marke TomTrend im Beschreibungstext der Angebote übersehen wurde und es so zu der Doppelkennzeichnung kam (Anlage LHR7). Aus der Chronologie der Ereignisse ergibt sich allerdings, dass zuerst die Beklagten die ursprünglich vom Kläger erstellten Produktangebote verändert haben, indem sie die Angabe „von TomTrend“ eingefügt haben (Anlage LHR16). Das Landgericht hat unter Würdigung der Gesamtumstände zu Recht festgestellt, dass die Produktbeschreibungen unter den ASIN … und … – entweder mit oder ohne Marke – ursprünglich vom Kläger erstellt wurden. Mit Emails vom 9.6.2017 bzw. vom 14.6.2017 hat Amazon gegenüber dem Unternehmen des Klägers bestätigt, dass die Klägerseite die ASIN … und … erstellt hat, und zwar bereits zum 24.5.2011 (Anlagen LHR 8, LHR 11). Ferner hat der Kläger durch Verkaufsübersichten hinreichend belegt, dass er erstmals am 3.10.2011 eine Mastschelle dieser ASIN verkauft hat (Anlage LHR9 und LHR12). Demgegenüber können sich die Beklagten nicht mit Erfolg darauf berufen, ihnen sei mit Email vom 12.12.2016 seitens Amazon bestätigt worden, dass die Marke TomTrend erfolgreich ins Amazon-Markenprogramm aufgenommen worden sei und dass die in der Berechtigungsanfrage genannten Angebote als richtlinienkonform bestätigt worden seien. Aus dem Schreiben ergibt sich lediglich, dass die Marke erfolgreich bei Amazon registriert wurde, nachdem alle Bedingungen hierfür erfüllt waren. Zu konkreten Angeboten verhält sich das Schreiben nicht (Anlage BK3, Bl. 638). Das von den Beklagten gegenbeweislich beantragte Sachverständigengutachten musste bei dieser Sachlage nicht eingeholt werden. Soweit die Beklagten erstinstanzlich Zeugen- und Sachverständigenbeweis dafür angeboten haben, dass die Angebote unter den fraglichen ASIN und der Kennzeichnung „von Premium X“ vor dem 10.1.2017 auf den Kläger lauteten, kommt es darauf für die Frage der ursprünglichen Zuweisung der ASIN nicht an (KE S. 6-13, Bl.

220).

cc) Es kann auch nicht angenommen werden, dass der Kläger die Beklagten „in die Falle“ laufen ließ. Zu Unrecht berufen sich die Beklagten in diesem Zusammenhang auf die – vor der BGH-Entscheidung „Angebotsmanipulation bei Amazon“ ergangene – Senatsentscheidung ALPLAND. Danach ist es missbräuchlich, wenn der Markeninhaber die Verletzung selbst dadurch provoziert, dass er in die durch ihn und den Verletzer gemeinsam benutzte Warenbeschreibung nachträglich seine Marke eingefügt, ohne den Mitbewerber auf die bevorstehende Änderung hinzuweisen (Senat, GRUR-RR 2012, 119 – ALPLAND). Anders als im dortigen Fall haben die Beklagten die Artikelbeschreibung in Kenntnis der Änderungen weiterverwendet.

dd) Ein Rechtsmissbrauch kommt auch nicht unter dem Aspekt der „Retourkutsche“ und den übrigen in der Berufungsbegründung angeführten Umständen in Betracht. Von einem Missbrauch im Sinne des § 242 BGB ist auszugehen, wenn mit dem Unterlassungsbegehren sachfremde, für sich gesehen nicht schutzwürdige Interessen und Ziele verfolgt werden und diese als die eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung erscheinen (vgl. BGH GRUR 2012, 730 Rn. 14, 15 – Bauheizgerät zu § 8 IV UWG). Der Umstand dass der Kläger seinerseits von den Beklagten vor dem Landgericht Düsseldorf wegen angeblich „gekaperter“ Amazon-Angebote in Anspruch genommen wurde, begründet keinen Rechtsmissbrauch. Selbst wenn die Ansprüche gerechtfertigt gewesen sein sollten, hindert dies den Kläger nicht, seine eigenen Markenrechte gegenüber den Beklagten durchzusetzen. Ein „unclean-hands-Einwand“ ist dem Markenrecht fremd. Außerdem wurden die veränderten Angebote ursprünglich vom Kläger erstellt (vgl. oben). Auch die Umstände, dass in der Abmahnung ein Streitwert von € 75.000,00 angegeben wurde und dass die vorformulierte Unterlassungserklärung zu weit gefasst gewesen sein mag, reichen nicht aus, um von einem rechtsmissbräuchlichen Vorgehen auszugehen, zumal die Beklagten zum Zeitpunkt der

Abmahnung bereits anwaltlich vertreten waren (Anlage LHR23). Der Streitwert erscheint nicht übersetzt, wenn man berücksichtigt, dass die Abmahnung neben der Markenverletzung auch drei (vermeintliche) Wettbewerbsverstöße erfasste. Ohne Erfolg berufen sich die Beklagten auch darauf, die vorformulierte Unterlassungserklärung habe eine Verwirkung der Vertragsstrafe verschuldensunabhängig vorgesehen. Zwar machte das Formular die Verwirkung der Vertragsstrafe nicht ausdrücklich von einem Verschulden abhängig. Allerdings war insoweit nicht davon auszugehen, dass die Beklagten, die im Hinblick auf die Berechtigungsanfrage bereits anwaltlich vertreten waren, über die Rechtslage getäuscht werden. Anders als in dem Fall „Bauheizgerät“ war es auch nicht so, dass das Verschulden ausdrücklich ausgeschlossen wurde und die Regelung leicht überlesen werden konnte (vgl. BGH GRUR 2012, 730 Rn. 17 – Bauheizgerät; vorgehend OLG Hamm, Urt. v. 17.8.2010 – I-4 U 62/10 -, Rn. 47, juris).

ee) Ein Rechtsmissbrauch ergibt sich schließlich auch nicht daraus, dass der Kläger die Beklagten nicht zunächst formlos auf die Rechtsverletzungen hingewiesen hat. Hintergrund dieses Vorwurfs ist, dass die Parteien Mitglieder in einem Händlerbund sind und sich zu sog. „Fair Commerce“-Verhaltensregeln im Online-Handel bekannt haben (Anlage BK4). Danach ist im Falle einer Rechtsverletzung der andere Teil zunächst kostenfrei auf den Verstoß hinzuweisen. Schäden und Aufwendungen sind so gering wie möglich zu halten. Allerdings wird in § 4 Abs. 2 lit. b) Abs. 2 der „Verhaltensregeln“ ausdrücklich festgehalten, dass mit der Mitgliedschaft kein Verzicht auf die mit der Rechtsverletzung verbundenen Unterlassungsansprüche verbunden ist. Die Mitgliedschaft steht daher der Geltendmachung der vorliegenden Unterlassungsansprüche nicht entgegen (vgl. OLG Hamburg GRUR-RR 2019, 16 Rn. 29). Auch die Geltendmachung der Abmahnkosten erscheint im Streitfall nicht missbräuchlich. Da sich die Beklagten ohnehin nicht unterworfen haben, wäre der Aufwand für die Anwaltsabmahnung auch entstanden, wenn zunächst ein

formloser Hinweis erfolgt wäre.

4. Der Kläger hat gegen die Beklagten keinen Anspruch auf Unterlassung, die von ihm erstellten Amazon-Angebote durch Einfügung der Marke TomTrend in der Artikelbeschreibung „zu übernehmen“ nach §§ 8 I, 3, 4 Nr. 4 UWG (Antrag I. 2.). Insoweit war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

a) Die Beklagten haben die Angebote unter den ASIN … und … nachträglich mit der Bezeichnung „von TomTrend“ versehen. Dies hat das Landgericht unter Berücksichtigung der dargestellten Chronologie der Ereignisse zutreffend festgestellt. Auch das Angebot nach der ASIN … wurde ursprünglich vom Kläger erstellt. Insoweit kann ebenso auf die Würdigung des Landgerichts und die Anlagen LHR 14, LHR 15 Bezug genommen werden (LGU 16), der die Beklagten im Berufungsverfahren keine konkreten Einwendungen entgegengehalten haben.

b) In dem Verändern der Angebotsbeschreibung durch Einfügen der Marke TomTrend liegt jedoch keine gezielte Behinderung im Sinne des § 4 Nr. 4 UWG.

aa) Eine gezielte Behinderung setzt eine Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten der Mitbewerber voraus, die über die mit jedem Wettbewerb verbundene Beeinträchtigung hinausgeht und bestimmte Unlauterkeitsmerkmale aufweist. Unlauter ist die Beeinträchtigung im Allgemeinen dann, wenn gezielt der Zweck verfolgt wird, Mitbewerber an ihrer Entfaltung zu hindern und sie dadurch zu verdrängen, oder wenn die Behinderung dazu führt, dass die beeinträchtigten Mitbewerber ihre Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen können. Dies ist aufgrund einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 2015, 607Rn. 16 – Uhrenankauf im Internet).

bb) Es ist in Händlerkreisen bekannt, dass Angebote auf der Plattform Amazon Marketplace von den Akteuren durch Eingabe ihrer Marke verändert werden können. Es steht den Händlern frei, von den Möglichkeiten der Plattform Gebrauch zu machen. Dieses Verhalten dient in erster Linie der eigenen Entfaltung des Händlers und der Förderung seines Absatzes. Es kann nicht von vornherein angenommen werden, dass eine Angebots-Veränderung gezielt der Mitbewerberbehinderung dient. Vielmehr kann es sich zum Beispiel um Angebote handeln, die vom Ersteller und anderen Händlern mutmaßlich nicht mehr intensiv genutzt werden oder die gleichsam „verwaist“ sind. Nach der Rechtsprechung des BGH sind Händler, die auf der Plattform tätig sind, selbst verpflichtet, Angebotsbeschreibungen von Zeit zu Zeit daraufhin zu überprüfen, ob Dritte eine fremde Marke eingefügt haben und gegebenenfalls Konsequenzen zu ziehen (vgl. oben). Das Verändern kann damit nicht grundsätzlich als gezielte Behinderung eingestuft werden. Hierfür bedarf es vielmehr besonderer Umstände, etwa das gezielte Stellen einer Falle, für die es im Streitfall keine ausreichenden Anhaltspunkte gibt.

5. Der Kläger kann von den Beklagten auch nicht nach §§ 8 I, 3, 5 I S. 2 Nr. 1 UWG Unterlassung verlangen, in Amazon-Angeboten zu einer bestimmten ASIN verschiedene Marken zu verwenden (Antrag I. 3.). Auch insoweit war das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

Das im Antrag in Bezug genommene, aus der Anlage LHR 7 ersichtliche Angebot ist nicht irreführend. Eine geschäftliche Handlung ist im Sinne von § 5 Abs. 1 UWG irreführend, wenn das Verständnis, das sie bei den Verkehrskreisen erweckt, an die sie sich richtet, mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt. Für die Beurteilung kommt es darauf an, welchen Gesamteindruck sie bei den angesprochenen Verkehrskreisen hervorruft (BGH GRUR 2018, 431 Rn. 23 – Tiegelgröße). In dem Angebot heißt es unterhalb der Hauptüberschrift wie folgt: „von Premium X“. Im Beschreibungstext findet sich die Angabe

„Qualität von TomTrend“. Die beiden Marken sind unterschiedlichen Inhabern zuzuordnen. Der Verkehr wird damit – soweit er den Beschreibungstext zu Ende liest – im Unklaren gelassen, welchem Herkunftsbetrieb das Produkt zuzuordnen ist. Eine konkrete Fehlvorstellung wird hierdurch jedoch nicht erzeugt. Der Verkehr erkennt vielmehr, dass die Angebotsbeschreibung in diesem Punkt nicht „stimmig“ ist, ohne daraus weitere Vorstellungen zu entwickeln. Die Herkunftstäuschung, der der Verkehr im Hinblick auf die Verwendung der Marke Premium X unterliegt, wird bereits durch den auf das Markenrecht gestützten Klageantrag zu I. 1 abgebildet.

6. Der Kläger hat gegen die Beklagten außerdem Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten und der Kosten für das Abschlussschreiben nach §§ 670, 677, 683 BGB, soweit diese Kosten durch die Verletzung der Klagemarke veranlasst wurden (Verurteilung zu Ziff. II.). Insoweit kann zunächst auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts Bezug genommen werden. Der Höhe nach besteht der Anspruch jedoch nur, soweit die Abmahnung berechtigt war. Dies ist nur hinsichtlich des markenrechtlichen Unterlassungsanspruchs der Fall. Eine 0,65-Gebühr aus einem Teilstreitwert von € 35.000,00 zzgl. Auslagenpauschale und Umsatzsteuer beträgt € 749,34. Eine 1,3-Gebühr aus einem Teilstreitwert von € 35.000,00 zzgl. Auslagenpauschale und Umsatzsteuer beträgt € 1.474,89.

7. Der vom Klägervertreter beantragte Schriftsatznachlass „zu den Hinweisen des Senats“ war nicht zu gewähren. Der Senat hat in seiner Einführung in den Sach- und Streitstand im Rahmen der mündlichen Verhandlung keine rechtlichen oder tatsächlichen Fragen angesprochen, die überraschend waren oder von den Parteien erkennbar übersehen wurden. Insbesondere war es nicht überraschend, dass der Senat in Anwendung der Grundsätze der BGH-Entscheidung „Angebotsmanipulation bei Amazon“ zu der Auffassung gelangt ist, das nachträgliche Verändern von Angebotsbeschreibungen durch Dritte stelle nicht

grundsätzlich eine gezielte Mitbewerberbehinderung dar. Soweit der Klägervertreter in diesem Zusammenhang angedeutet hat, dass etwas Abweichendes für das „Kapern“ eines sog. „Topseller“-Angebots gelten könnte, für das sich der Mitbewerber ein aussagekräftiges Bewertungsprofil erarbeitet hat, ist zum einen nicht ersichtlich, wieso entsprechender Vortrag nicht vor Schluss der mündlichen Verhandlung gehalten werden konnte; zum anderen ist diese Besonderheit jedenfalls nicht von dem gestellten Klageantrag zu I. 2. erfasst. Die dort in Bezug genommenen Angebote nach Anlagen LHR7 und LHR13 verfügen nur über eine bzw. fünf Kundenrezessionen.

8. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 I, 97 I ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

9. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. Es besteht keine Divergenz zu der Rechtsprechung des OLG Hamm (Urt. v. 22.11.2018 – 4 U 73/18 -, Rn. 44, juris). Danach kann es missbräuchlich sein, wenn der Ersteller eines Amazon-Angebots durch die Angabe „von …“ ein Anhängen an das Angebot für Mitbewerber verhindert, sofern dadurch das Anbieten gleicher Artikel auf Amazon unmöglich wird. Solche Umstände liegen im Streitfall nicht vor. Es ist nicht ersichtlich, dass die Beklagten für die streitgegenständlichen unter der Marke TomTrend angebotene Artikel nicht eine eigene ASIN mit einem eigenen Produktbild erstellen konnten. Hierfür fehlt es jedenfalls an Vortrag. Insbesondere wurde nicht dargelegt, dass die Produkte der Parteien – wie in dem der Entscheidung des OLG Hamm zugrundeliegenden Fall – aus dem gleichen chinesischen Herstellerbetrieb stammen.