Gericht: Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg 5. Zivilsenat
Entscheidungsdatum: 06.03.2025
Aktenzeichen: 5 U 2/24
ECLI: ECLI:DE:OLGHH:2025:0306.5U2.24.00
Dokumenttyp: Urteil
Quelle: juris

Verfahrensgang

vorgehend LG Hamburg 6. Kammer für Handelssachen, 5. Dezember 2023, 406 HKO 29/23, Urteil

Tenor

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 05.12.2023, Az. 406 HKO 29/23, teilweise abgeändert und hinsichtlich der dortigen Ziff. 6 (Abweisung der Klage im Übrigen) wie folgt neu gefasst:

> 6. Der Beklagte wird verurteilt, bereits in den Verkehr gebrachte Erzeugnisse nach Ziff. 1. der landgerichtlichen Verurteilung gegenüber gewerblichen Abnehmern unter Hinweis auf den markenverletzenden Zustand und mit der verbindlichen Zusage zurückzurufen, etwaige Entgelte zu erstatten sowie notwendige Verpackungs- und Transportkosten und mit der Rückgabe verbundene Zoll- und Lagerkosten zu übernehmen und die Erzeugnisse wieder an sich zu nehmen.
>
> 7. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen weiteren Betrag i.H.v. 20.000,- € zu zahlen.
>
> 8. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben die Klägerin 40% und der Beklagte 60 % zu tragen. Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben die Klägerin 60% und der Beklagte 40% zu tragen.

IV. Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte kann die Vollstreckung der Klägerin wegen des Rückrufausspruchs zu Ziff. 6. durch Sicherheitsleistung in Höhe von 10.000,- € abwenden, sofern nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Der Beklagte kann die Vollstreckung der Klägerin wegen des Ausspruchs zu Ziff. 7. und wegen des Kostenausspruchs durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Klägerin kann die Vollstreckung des Beklagten wegen des Kostenausspruchs durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betra-

ges abwenden, sofern nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

1 Die Parteien streiten – soweit im Berufungsverfahren noch von Belang – um Rückruf- und Vertragsstrafeansprüche der Klägerin wegen einer Verletzung der Klagemarken: Unionsmarke (Wort-Bildmarke) Nr. 000049262:,



Unionsmarke (Wortmarke) Nr. 000049221 „BOSS“ und Unionsmarke (Wortmarke) Nr. 000049254 „HUGO BOSS“ durch den Beklagten.

2 Die Klägerin ist Inhaberin der vorgenannten Unionsmarken (Klagemarken, vgl. Anlage K3 bis K5), die u.a. jeweils in Klasse 14 für Uhren geschützt sind.

3 Der Beklagte bot mit den vorgenannten Marken gekennzeichnete Uhren auf seiner Website www.u .de sowie u.a. auf den Verkaufsplattformen eBay (unter „p..._style“) und www.hood.de (unter „p... _style“) an (vgl. Klage S. 5 und Abmahnung vom 13.09.2022 als Anlage K11). U.a. hat die Klägerin das Uhrenangebot des Beklagten auf der Website www.u .de vom 12.09.2022 (vgl. Anlagenkonvolut K7) beanstandet:

[redacted] - HUGO BOSS Uhren [redacted]

Anlage K 7, 1/105

DOMBACK - 5€ automatischer Rabatt für alle Bestellungen ab 199€ -

Klarna Rechnung - Klarna Ratenkauf

UHRENDOM.DE
ZEIT IM GRIFF

KONTO

MEIN EINKAUFSWAGEN 3

Home Katalog Alle Marken Herrenuhr Damenuhr Keramikuhren Kollektion Sale %%

Uhrenblog Uhrenzubehör

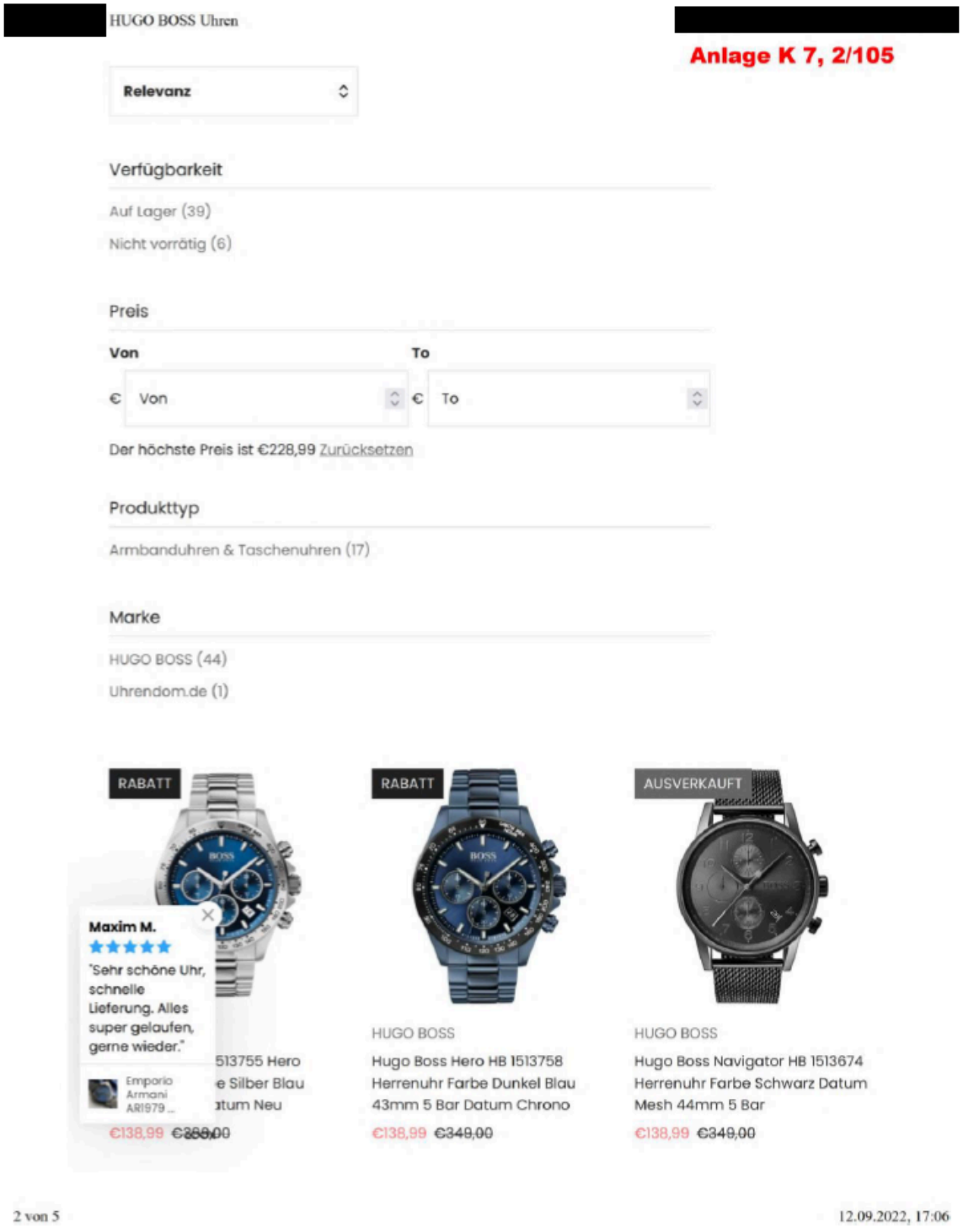


Maxim M.
"Sehr schöne Uhr, schnelle Lieferung. Alles super gelaufen, gerne wieder."
Emporio Armani AR1979 ...

BOSS

ieren nach

LOOX



4 (S. 1 und 2 des Anlagenkonvoluts K7, das insg. 105 Seiten umfasst). Ab S. 20 des Anlagenkonvoluts K7 finden sich die eBay-Angebote des Verkäufer-Shops „p..._style“, u.a.:

Anlage K 7, 25/105



TOP ANGEBOT

HUGO BOSS Hero HB 1513755 Herrenuhr Farbe Silber Blau 5 ATM 43mm Datum Neu

Brandneu: Gewerblich | HUGO BOSS

★★★★★

Feedback

EUR 139,50

Sofort-Kaufen

Gratis 3-Tage-Lieferung

288 verkauft

6 von 64 12.09.2022, 17:17

5 Die Klägerin veranlasste mit Bestelldatum 31.08.2022 einen Testkauf über die Website www.u .de (vgl. Anlagenkonvolut K8):

Anlage K8, 1/10

[redacted]

Germany

UHRENDOM.DE
ZEIT IM GRIFF

RECHNUNG

BESTELLDATUM
31.08.2022 09:54:04

VERSANDDETAILS

[redacted]

RECHNUNGSDETAILS

[redacted]

KUNDENDETAILS

[redacted]

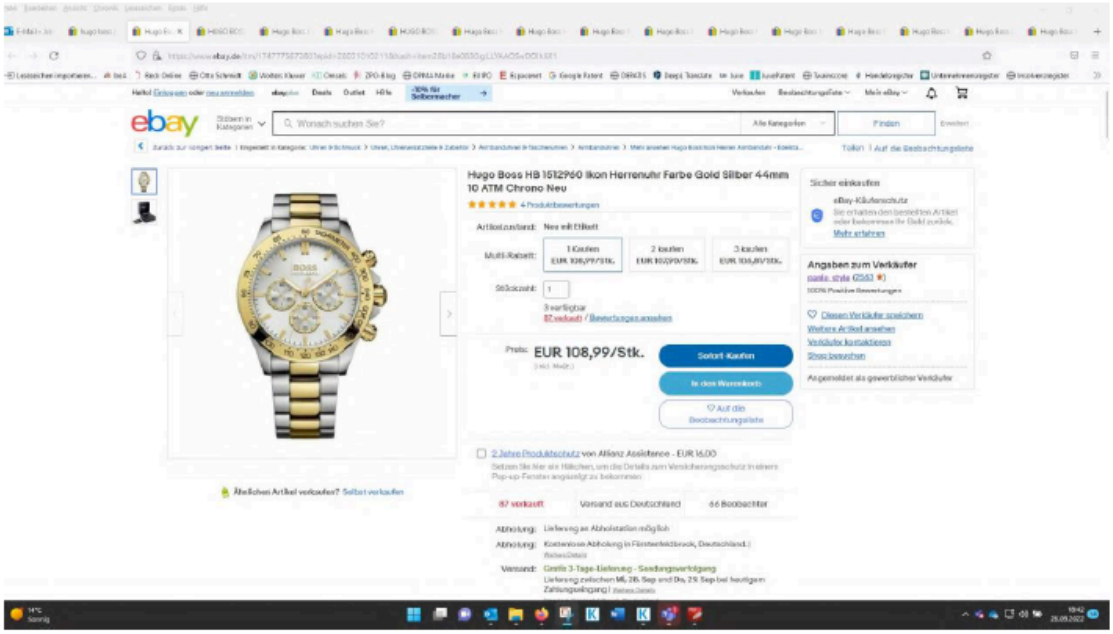
TITEL	ARTIKELNUMMER	MENGE	MWST	EINZELPREIS	GESAMT
 Hugo Boss Jet Chrono HB 1513440 Herrenuhr Farbe Silber Mesh Armband 41mm 5 ATM Neu	hb1513440	1	19%	128,99 €	128,99 €

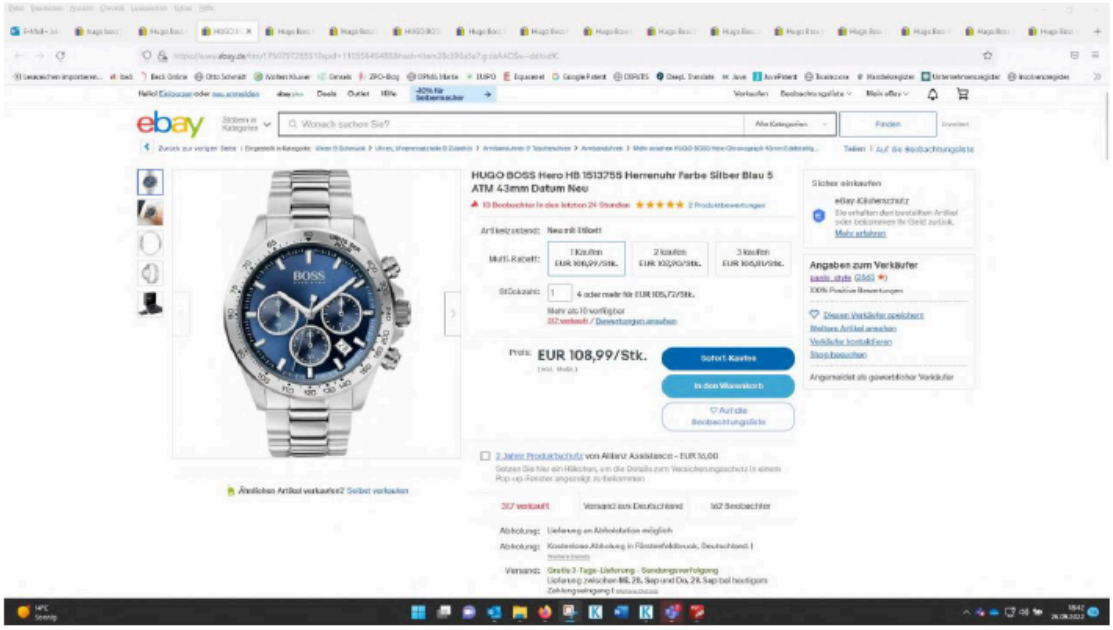
ZWISCHENSUMME :	128,99 €
VERSAND :	0,00 €
MWST :	20,60 €
GESAMT :	128,99 €

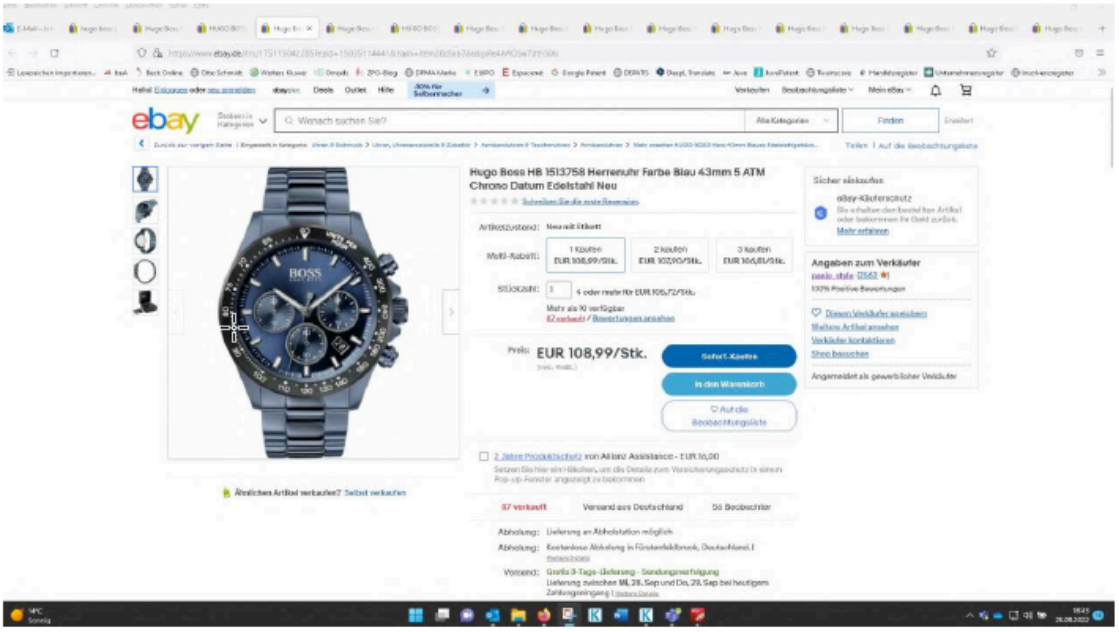
Vielen Dank für Ihre Bestellung!

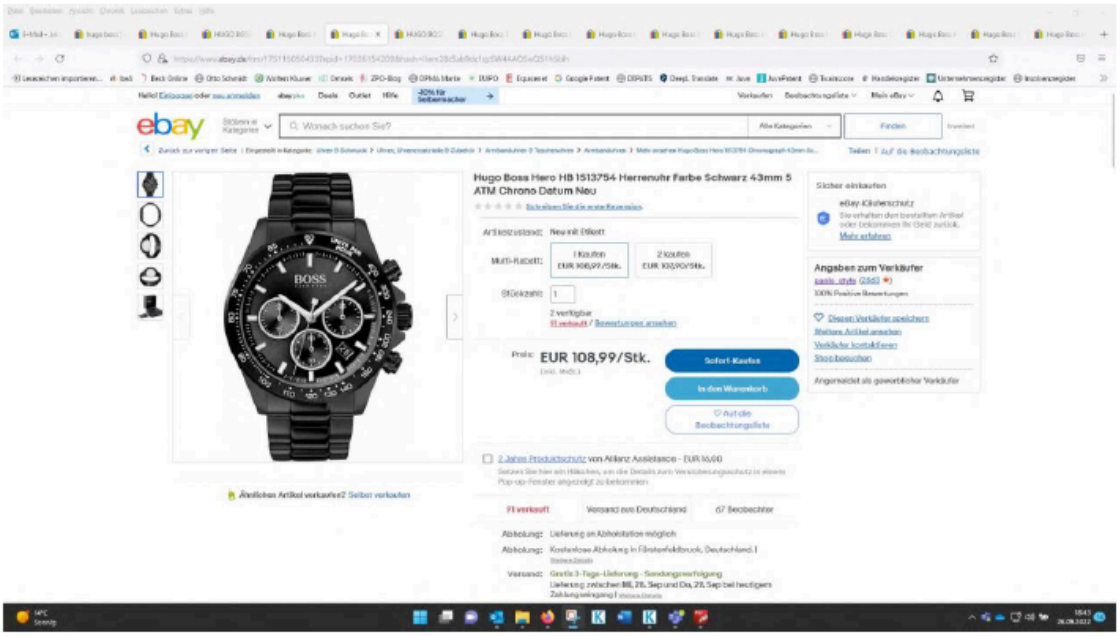
6 Am 13.09.2022 ließ die Klägerin den Beklagten wegen des Angebots markenverletzender Uhren abmahnen (Anlage K11). Der Beklagte gab mit Schreiben vom 26.09.2022 über seinen Prozessbevollmächtigten eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung ab (Anlage K12), die die Klägerin mit Schreiben ebenfalls vom 26.09.2022 (Anlage K13) annahm. Außerdem erteilte der Beklagte Auskunft dahin, er habe lediglich acht Uhren als vermeintliche Originalware ohne Rechnung von einem Trödler, von dem er weder Namen noch Kontaktdaten habe, gekauft und mit ca. 100 € Gewinn weiterverkauft.

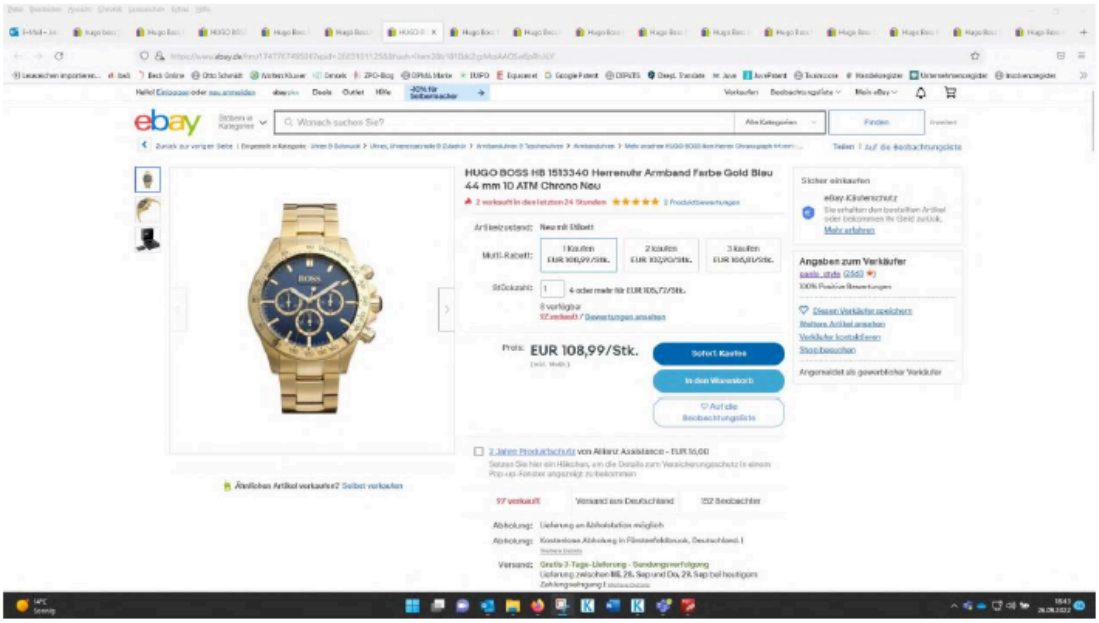
7 Die Klägerin hat sodann weitere Uhrenangebote des Beklagten vom 26.09.2022 beanstandet (Anlage K14):

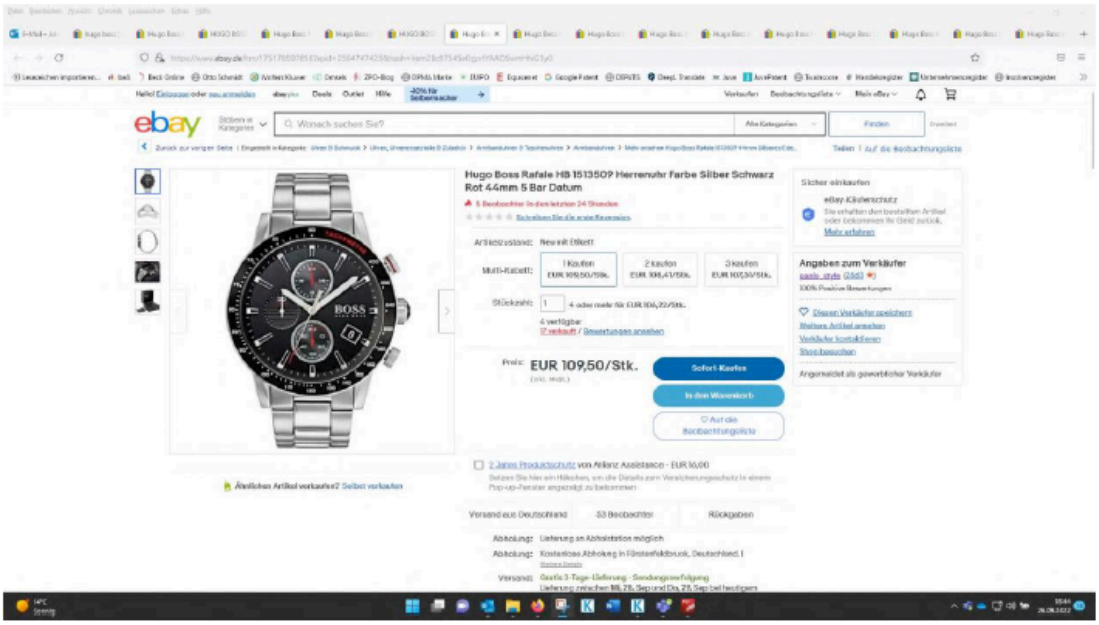

ebay
Hugo Boss HB 1512960 Ikon Herrenuhr Farbe Gold Silber 44mm 10 ATM Chrono Neu
EUR 108,99/Stk.
Sofort Kaufen
In den Warenkorb
Auf die Beobachtungsliste
Angaben zum Verkäufer

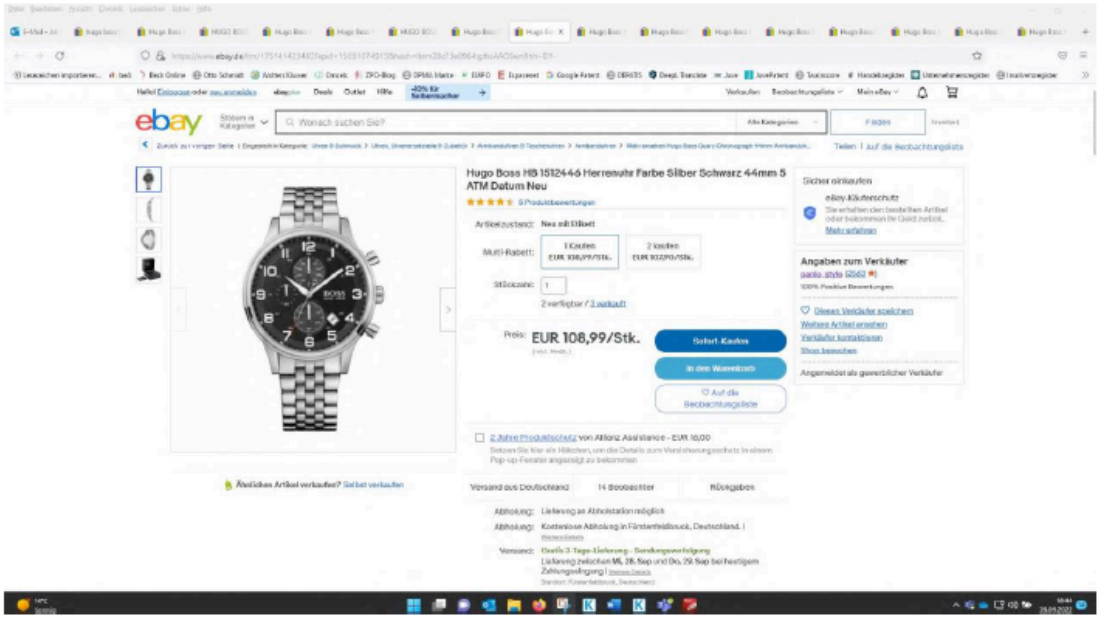

ebay
HUGO BOSS Hero HB 1513755 Herrenuhr Farbe Silber Blau 5 ATM 43mm Datum Neu
EUR 108,99/Stk.
Sofort Kaufen
In den Warenkorb
Auf die Beobachtungsliste
Angaben zum Verkäufer

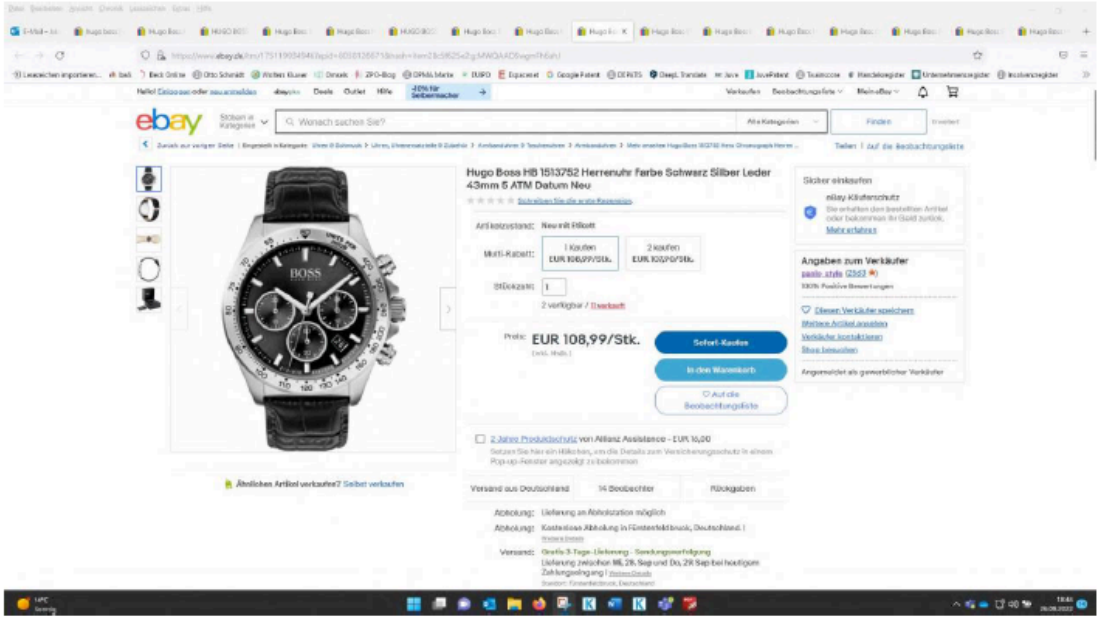

ebay
Hugo Boss HB 1513758 Herrenuhr Farbe Blau 43mm 5 ATM Chrono Datum Edelstahl Neu
Artikelzustand: Neu mit Etikett
Preis: EUR 108,99/Stk.
Sofort-Kaufen
In den Warenkorb
Auf die Beobachtungsliste
Sicher einkaufen
eBay-Käuferschutz
Angaben zum Verkäufer

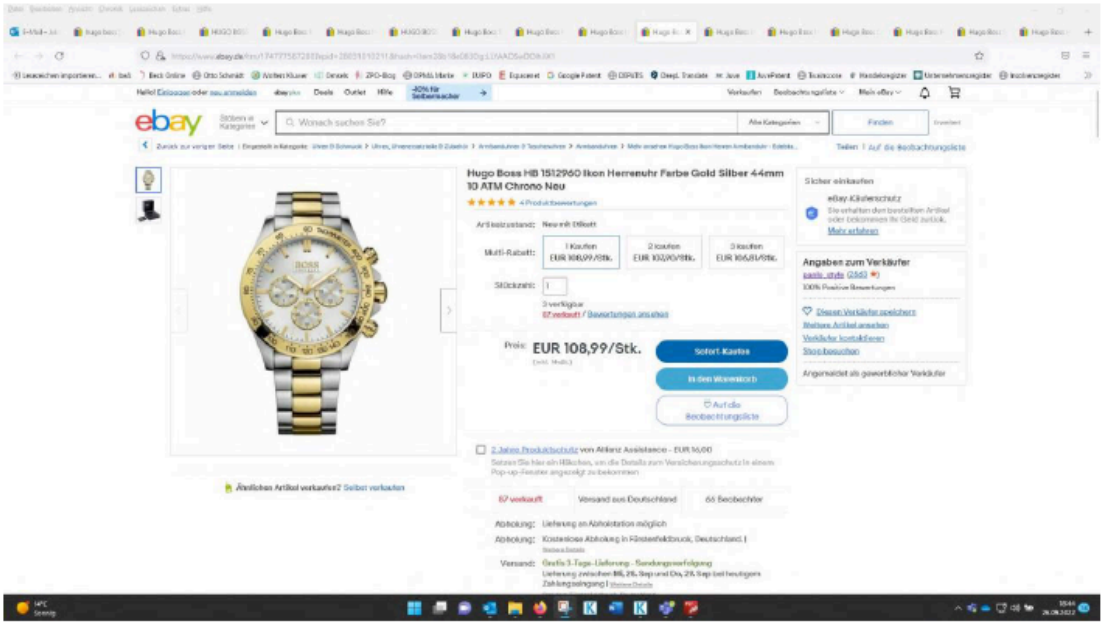

ebay
Hugo Boss Hero HB 1513754 Herrenuhr Farbe Schwarz 43mm 5 ATM Chrono Datum Neu
Artikelzustand: Neu mit Etikett
Preis: EUR 108,99/Stk.
Sofort-Kaufen
In den Warenkorb
Auf die Beobachtungsliste
Sicher einkaufen
eBay-Käuferschutz
Angaben zum Verkäufer

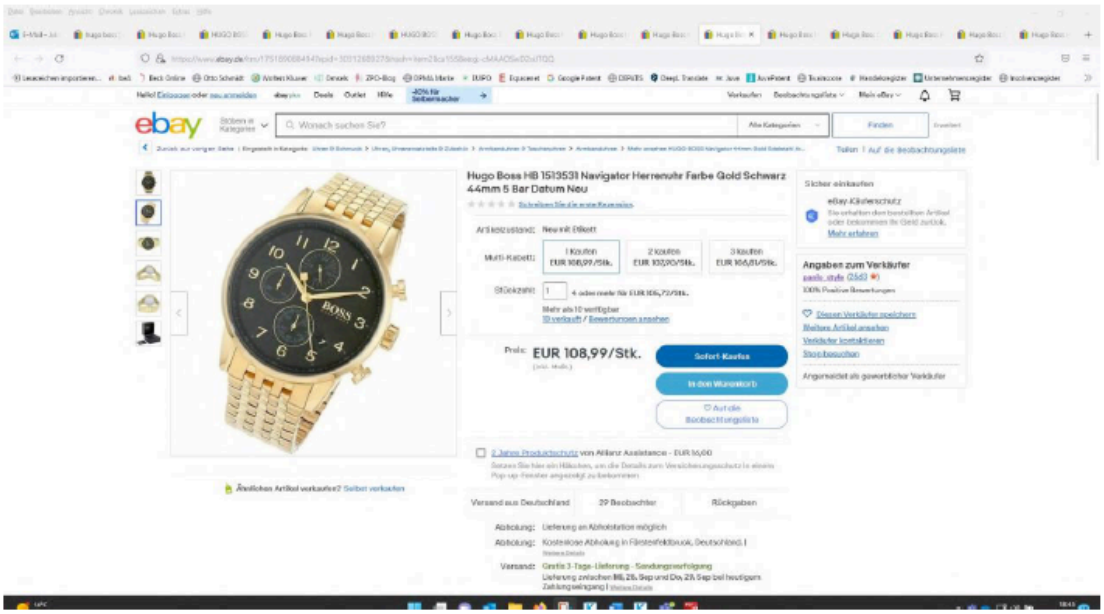

HUGO BOSS HB 1513340 Herrenuhr Armband Farbe Gold Blau 44 mm 10 ATM Chrono Neu
EUR 108,99/Stk.
Sofort Kaufen
In den Warenkorb

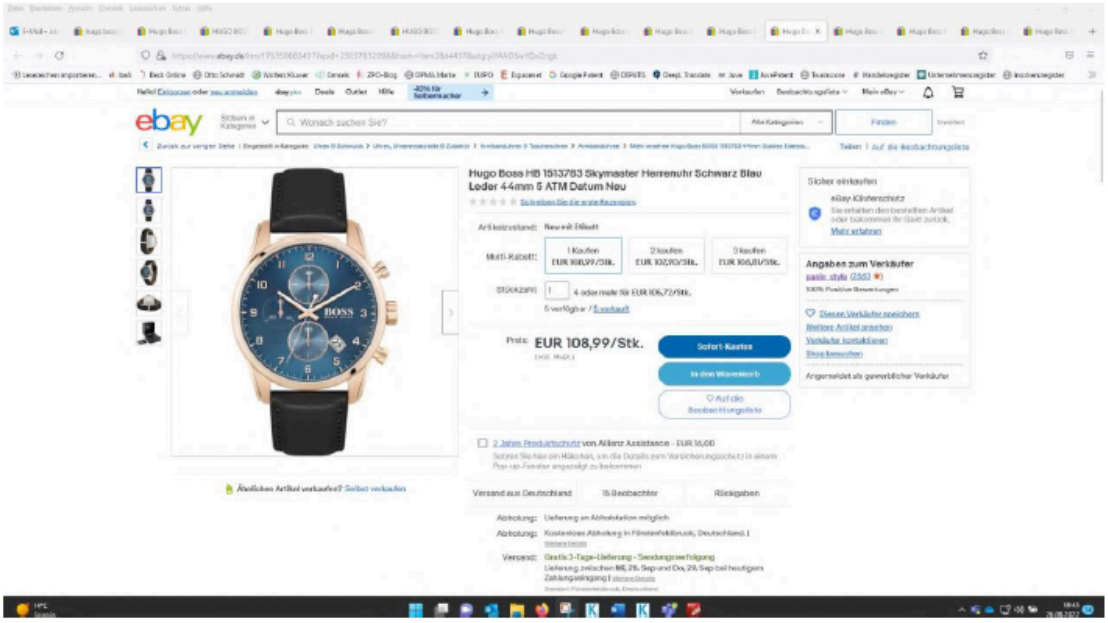

Hugo Boss Rafale HB 1513509 Herrenuhr Farbe Silber Schwarz Rot 44mm 5 Bar Datum
EUR 109,50/Stk.
Sofort Kaufen
In den Warenkorb

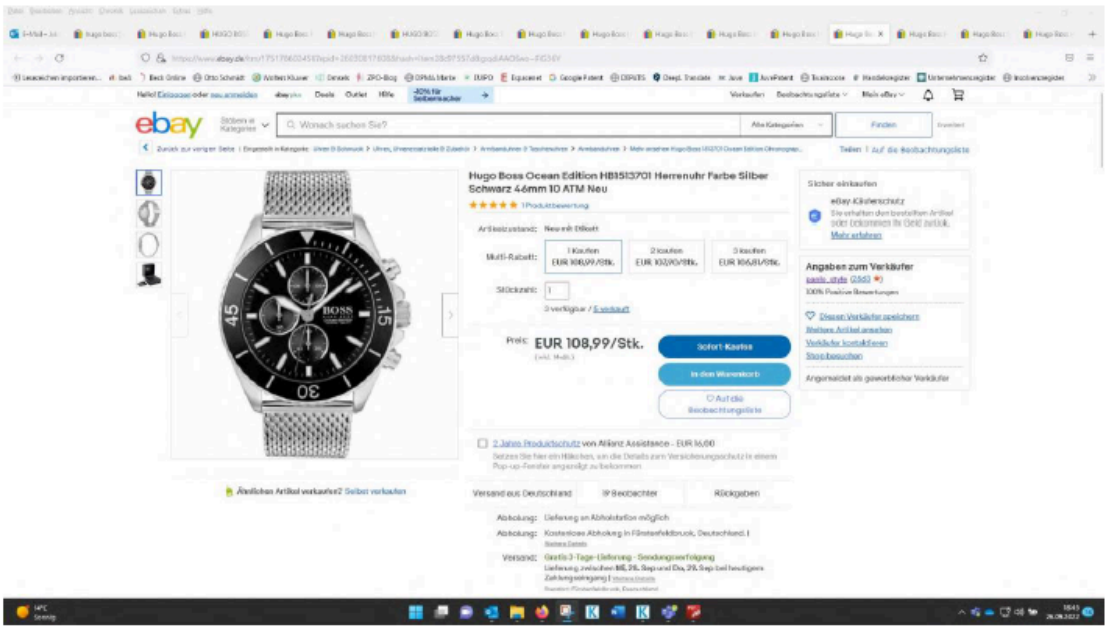

Hugo Boss HB 1512446 Herrenuhr Farbe Silber Schwarz 44mm 5 ATM Datum Neu
EUR 108,99/Stk.
Sofort-Kaufen
In den Warenkorb
Auf die Beobachtungsliste

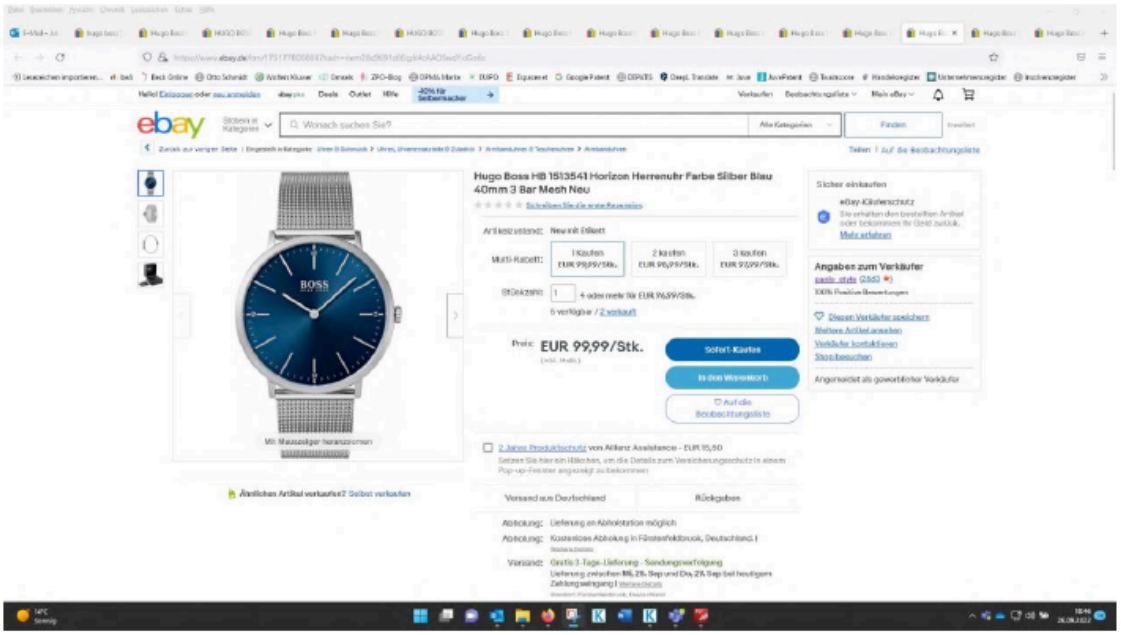

Hugo Boss HB 1513752 Herrenuhr Farbe Schwarz Silber Leder 43mm 5 ATM Datum Neu
EUR 108,99/Stk.
Sofort-Kaufen
In den Warenkorb
Auf die Beobachtungsliste

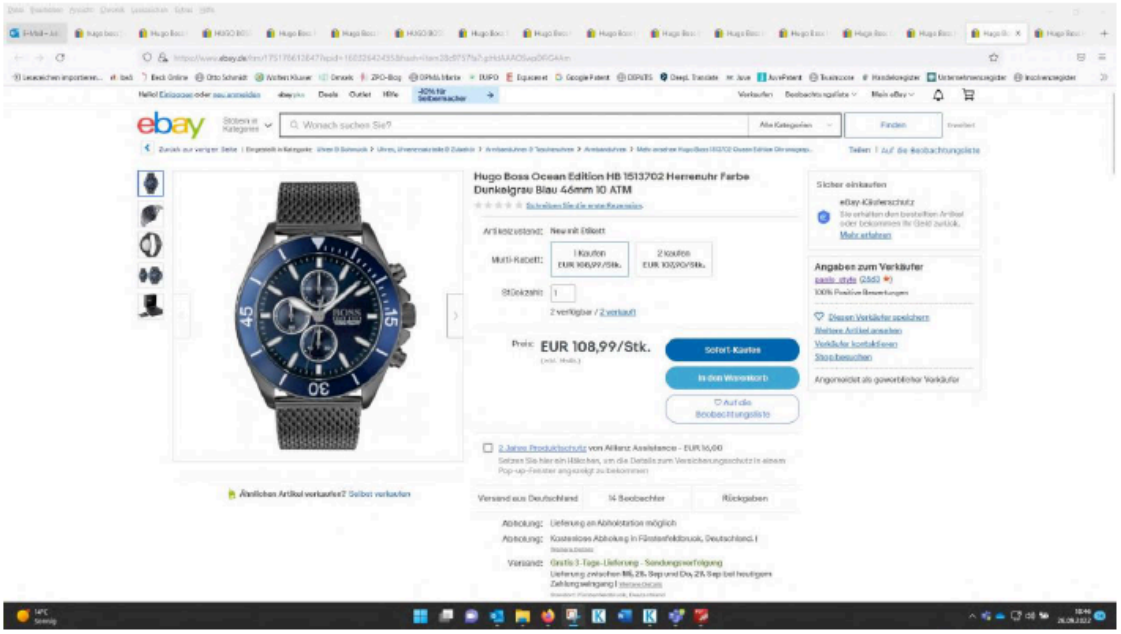

Hugo Boss HB 1512960 Ikon Herrenuhr Farbe Gold Silber 44mm 10 ATM Chrono Neu
EUR 108,99/Stk.
Sofort-Kaufen
In den Warenkorb
Angaben zum Verkäufer


Hugo Boss HB 1513531 Navigator Herrenuhr Farbe Gold Schwarz 44mm 5 Bar Datum Neu
EUR 108,99/Stk.
Sofort-Kaufen
In den Warenkorb
Angaben zum Verkäufer


Hugo Boss HB 1513783 Skymaster Herrenuhr Schwarz Blau Leder 44mm 5 ATM Datum Neu
EUR 108,99/Stk.
Sofort-Kaufen
In den Warenkorb
Angaben zum Verkäufer


Hugo Boss Ocean Edition HB1513701 Herrenuhr Farbe Silber Schwarz 46mm 10 ATM Neu
EUR 108,99/Stk.
Sofort-Kaufen
In den Warenkorb
Angaben zum Verkäufer





8 Weiter hat die Klägerin auf einen Screenshot vom 27.09.2022 verwiesen (Anlage K15), der Uhrenangebote des Beklagten auf der Plattform eBay unter dessen Verkäufershop „p…_style – Ihr freundlicher Onlineshop für hochwertige Uhren“ zeige.

9 Am 28.09.2022 veranlasste die Klägerin einen weiteren Testkauf über die Plattform eBay (Anlagen K16 und K17):



[redacted]

[redacted]

So erreichen Sie uns
E-Mail [redacted]

Steuer-Nr. [redacted]
USt-IdNr.

Datum 28.09.2022
Kunde 15397
Rechnung [redacted]

Ihre Bestellung Nr. 10-09152-29793 vom 28.09.2022

Rechnung [redacted]
Das Rechnungsdatum entspricht dem Leistungsdatum

Pos	Art-Nr.	Bezeichnung	Menge	Einzelpreis	Betrag
1		HUGO BOSS Hero HB 1513755 Herrenuhr Farbe Silber Blau 5 ATM 43mm Datum Neu	1	108,99	108,99 €

Nettobetrag	91,59 €
Umsatzsteuer 19%	17,40 €
Rechnungsbetrag	108,99 €

Vielen Dank für Ihre Bestellung bei eBay.

Ihre Bestellung wurde am 28.09.2022 per eBay Zahlungsabwicklung bezahlt.

10 Am 30.09.2022 forderte die Klägerin vom Beklagten u.a. die Zahlung einer Vertragsstrafe von 70.000,- € wie folgt (Anlage K18):

11 „8. Ferner hat unsere Mandantin festgestellt, dass Ihr Mandant zeitlich nach Annahme der strafbewehrten Unterlassungserklärung weiterhin Uhren der Marken unserer Mandantin in seinem Online-Shop „p..._style“ auf der Verkaufsplattform eBay angeboten und vertrieben hat. Es handelt sich um 14 verschiedene Uhrenmodelle mit mehreren angebotenen Uhren pro Modell. Für diese Uhren hat Ihr Mandant die markenrechtliche Erschöpfung nicht nachgewiesen. Es ist daher nach derzeitigem Stand von einem Verstoß gegen die Unterlassungserklärung auszugehen. Unsere Mandantin setzt eine Vertragsstrafe von EUR 5.000,- pro angebotenem Uhrenmodell, mithin eine **Vertragsstrafe von EUR 70.000,- fest**. Diese Vertragsstrafe ist am unteren Ende angesetzt, da auch ein Anfall pro angebotener Uhr möglich wäre.“ [Hervorhebung im Original]

12 Der Beklagte ließ mit Anwaltsschreiben vom 26.10.2022 (Anlage K19) die Vertragsstrafenforderung zurückweisen. Er habe vor Abgabe der UVE alle Uhrenangebote entfernt und nach Abgabe der UVE keine gefälschten Uhren angeboten und/oder vertrieben.

13 Der Beklagte zahlte von den von Klägerseite geltend gemachten Anwaltskosten i.H.v. 2.924,70

14 € einen Betrag von 2.171,50 €. Die Klägerin wendete für die Testkäufe Beträge von 128,99 € bzw. 108,99 € auf (Anlagen K8 und K16).

15 Die Klägerin hat behauptet, der Beklagte habe in großem Umfang unter Verwendung der Klagemarken Produktfälschungen über das Internet vertrieben. Die beiden durch Testkauf erworbenen Uhren hätten sich als Fälschungen erwiesen. Zeitlich nach Zugang der Annahme der strafbewehrten Unterlassungserklärung habe ihr, der Klägerin, Prozessbevollmächtigter am selben Tag (26.09.2022) geprüft, ob der Beklagte die Unterlassungsverpflichtung umgesetzt habe. Hierbei habe er die Angebote gem. Anlagenkonvolut K14 festgestellt. Diese angebotenen Uhren seien vom Beklagten in den Folgetagen nach und nach abverkauft worden. Ihr, der Klägerin, Prozessbevollmächtigter habe das Angebot noch an den nachfolgenden zwei Tagen (27.09. und 28.09.2022) geprüft, wobei der Angebotsstand immer weniger geworden und schließlich ganz abverkauft gewesen sei. Auch die per Testkauf am 28.09.2022 erworbene Uhr sei eine Produktfälschung.

16 Die Klägerin hat gemeint, der Beklagte sei ihr, der Klägerin, gegenüber – soweit im Berufungsverfahren von Belang – zum Rückruf und zur Zahlung einer angemessenen Vertragsstrafe verpflichtet. Der Beklagte vertreibe Produktfälschungen, die erhebliche Eignung zur Herabsetzung des guten Rufs der Klagemarken und Schädigungspotenzial für ihre, der Klägerin, Verkäufe und ihres Lizenznehmers hätten.

17 Wegen des näheren Sach- und Streitstandes bis zur Entscheidung in erster Instanz und der erstinstanzlich gestellten Anträge wird gem. § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf das Urteil des Landgerichts Bezug genommen.

18 Das Landgericht Hamburg, Kammer für Handelssachen, hat mit Urteil vom 05.12.2023 der Klage zum Teil stattgegeben und sie hinsichtlich des Rückruf- und Vertragsstrafeanspruchs abgewiesen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das angegriffene Urteil Bezug genommen.

19 Gegen die teilweise Abweisung der Klage richtet sich die Berufung der Klägerin.

20 Die Klägerin meint, das Landgericht habe zu Unrecht die Klage bzgl. der Klageanträge zu Ziff.

21 II. (Rückruf) und Ziff. VI. (Vertragsstrafe) abgewiesen.

22 Entgegen der Ansicht des Landgerichts bestehe ein Rückrufanspruch. Das Landgericht habe die Voraussetzungen des § 18 Abs. 2 MarkenG falsch bewertet. Ein Rückrufanspruch bestehe, wenn ein Unterlassungsanspruch wegen einer Markenverletzung gegeben sei. Zwar müsse ein Lieferfall festgestellt werden, indes kein Lieferfall an gewerbliche Abnehmer. Das Landgericht habe Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Rückrufanspruchs vermischt.

23 Zu Unrecht habe das Landgericht auch den Vertragsstrafeanspruch verneint.

24 Der Beklagte habe nach Zustandekommen des Unterlassungsvertrags, der ein Vertragsstrafeversprechen nach „neuem Hamburger Brauch“ beinhalte, mindestens 70 markenverletzende Uhren verschiedener Uhrenmodelle weiter angeboten und abverkauft

(vgl. Anlagen K14 bis K17). Sie, die Klägerin, habe in Ausübung des ihr zustehenden Ermessens für diese Verstöße gegen die Unterlassungserklärung eine Vertragsstrafe von 70.000,- € festgesetzt.

25 Das Landgericht habe die Voraussetzungen für einen Rechtsmissbrauch durch eine Vertragsstrafenforderung falsch bewertet. Die Vertragsstrafenforderung sei nicht rechtsmissbräuchlich und in der geltend gemachten Höhe angemessen. Die Frage, ob die Geltendmachung einer Vertragsstrafe rechtsmissbräuchlich sei, richte sich nicht nach § 8c UWG. Sie, die Klägerin, habe keinen Wettbewerbsverstoß, sondern Markenverletzungen geltend gemacht, auf Grund dessen der Beklagte die strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben habe. Auch in Wettbewerbssachen richte sich die Bewertung der Geltendmachung einer Vertragsstrafe nicht nach § 8c UWG, sondern nach § 242 BGB. Auch die Voraussetzungen des § 8c UWG seien vorliegend nicht gegeben.

26 Die Klägerin beantragt zuletzt:

27 I. Das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 05.12.2023, Az. 406 HKO 29/23, wird abgeändert.

28 II. […]

29 III. Der Beklagte wird verurteilt, bereits in den Verkehr gebrachte Erzeugnisse nach Ziff. 1. der landgerichtlichen Verurteilung gegenüber gewerblichen Abnehmern unter Hinweis auf den markenverletzenden Zustand und mit der verbindlichen Zusage zurückzurufen, etwaige Entgelte zu erstatten sowie notwendige Verpackungs- und Transportkosten und mit der Rückgabe verbundene Zoll- und Lagerkosten zu übernehmen und die Erzeugnisse wieder an sich zu nehmen;

30 IV. […]

31 V. […]

32 VI. […]

33 VII. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen weiteren Betrag i.H.v. EUR 70.000,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 10.10.2022 zu zahlen.

34 VIII. […]

35 Der Beklagte beantragt,

36 die Berufung zurückzuweisen.

37 Der Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil im Umfang der Berufung der Klägerin.

38 Der Beklagte meint, das Landgericht habe zu Recht einen Anspruch auf Rückruf der in den Verkehr gebrachten markenrechtswidrigen Erzeugnisse gegenüber gewerblichen Abnehmern verneint. Die Klägerin habe nicht einen einzigen Lieferfall an gewerbliche Abnehmer dargelegt.

39 Zu Recht habe das Landgericht die geltend gemachte Vertragsstrafe als rechtsmissbräuchlich überhöht abgewiesen.

40 Der geltend gemachte Vertragsstrafeanspruch wäre aber auch deshalb abzuweisen gewesen, da kein Verstoß bzw. keine Verstöße gegen die abgegebene Unterlassungserklärung vorlägen. Es sei streitig, dass mehr als 70 rechtsverletzende Uhren ab dem 26.09.2022 von ihm, dem Beklagten, angeboten und nach und nach abverkauft worden seien.

41 Wegen des weiteren Vortrags der Parteien wird auf die eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsprotokolle Bezug genommen.

II.

42 1. Die zulässige Berufung der Klägerin hat im tenorierten Umfang Erfolg. Denn die Klage ist auch insoweit zulässig und begründet. Der geltend gemachte Rückrufanspruch ist entgegen der Ansicht des Landgerichts gem. § 18 Abs. 2 MarkenG, Art. 129 Abs. 2 UMV begründet. Im tenorierten Umfang steht der Klägerin auch ein Vertragsstrafeanspruch aus der Vertragsstrafevereinbarung vom 26.09.2022 (Anlagen K12 und K13) i.V.m. § 339 Satz 2 BGB, § 315 BGB wegen Verstoßhandlungen zwischen dem 26.09.2022 und dem 30.09.2022 zu.

43 a. Der geltend gemachte Rückrufanspruch gem. § 18 Abs. 2 MarkenG, Art. 129 Abs. 2 UMV steht der Klägerin entgegen der Ansicht des Landgerichts zu.

44 aa. Die Ansprüche aus § 18 MarkenG finden über Art. 129 Abs. 2 UMV, § 119 MarkenG auch auf Verletzungen von Unionsmarken Anwendung.

45 bb. Nach § 18 Abs. 2 MarkenG kann der Inhaber einer Marke den Verletzer in den Fällen der §§ 14, 15 und 17 MarkenG auf Rückruf von widerrechtlich gekennzeichneten Waren oder auf deren endgültiges Entfernen aus den Vertriebswegen in Anspruch nehmen.

46 Der Rückrufanspruch gem. § 18 Abs. 2 MarkenG besteht „in den Fällen der §§ 14, 15 und 17 MarkenG“ (Mittsommer in BeckOK Markenrecht, 40. Ed., § 18 MarkenG Rn. 54). Es muss einer der in § 14 Abs. 2 bis 4, § 15 Abs. 2 und 3 sowie in § 17 Abs. 2 Satz 1 MarkenG normierten Verletzungstatbestände erfüllt sein (Mittsommer in BeckOK Markenrecht, 40. Ed., § 18 MarkenG Rn. 8).

47 Von der Rückrufverpflichtung erfasst sind Gegenstände, die der Verletzer bereits an Dritte / Abnehmer weitergegeben hat (vgl. BGH GRUR 2018, 292 Rn. 32 f. – Produkte zur Wundversorgung; Mittsommer in BeckOK Markenrecht, 40. Ed., § 18 MarkenG Rn. 36). Es genügt – anders als bei § 18 Abs. 1 Satz 1 MarkenG – nicht, dass der Verletzer widerrechtlich gekennzeichnete Waren z.B. mit dem verletzenden Zeichen versehen oder qualifizierten Besitz an ihnen erlangt hat. Da es um die Bereinigung der Vertriebswege geht, müssen widerrechtlich gekennzeichnete Waren auch tatsächlich in die Vertriebswege gelangt sein. Erforderlich ist, dass mindestens ein Lieferfall festgestellt werden kann, wobei die Lieferung nicht notwendig durch den in Anspruch genommenen Verletzer durchgeführt worden sein muss (Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 18 Rn. 71). Weiter müssen sich die Waren grds. im Inland (bei Unionsmarken in der EU) befinden (Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 18 Rn. 72).

48 Der Normzweck der Rückruf- und Entfernungsansprüche ist nicht nur die Verhinderung weiterer Verletzungen, sondern auch die Rückgängigmachung der Folgen der bereits begangenen Verletzung (vgl. Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 18

Rn. 74). Daher sind im Ausgangspunkt auch Waren, die sich bereits bei privaten oder gewerblichen Endabnehmern befinden, bei diesen Ansprüchen mit einzubeziehen (Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 18 Rn. 74). Auch bei solchen Waren können Rückruf und Entfernung dazu beitragen, weitere Verletzungen zu verhindern, etwa wenn es sich um langlebige Waren handelt, die typischerweise als gebrauchte Ware weitervertrieben werden (Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 18 Rn. 74).

49 cc. Das Landgericht hat angenommen, es sei erforderlich, dass mindestens ein Lieferfall an einen gewerblichen Abnehmer festgestellt werden könne. Dies sei hier nicht der Fall, weswegen der Rückrufanspruch nicht bestehe. Das hiergegen gerichtete Berufungsvorbringen hat Erfolg.

50 dd. Mit ihrem Klageantrag begehrt die Klägerin vorliegend nur den Rückruf bei gewerblichen Abnehmern des Beklagten. Ein solcher Anspruch lässt sich im Streitfall entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht verneinen. Es ist nach dem Vorgenannten im Markenrecht nicht erforderlich, dass als Anspruchsvoraussetzung mindestens ein Lieferfall an einen gewerblichen Abnehmer des in Anspruch Genommenen festgestellt werden müsste. Denn es geht – wie die Berufung zu Recht geltend macht – um die Abgrenzung zur bloßen rechtsverletzenden Kennzeichnung und/oder dem (qualifizierten) Besitz. Ein Lieferfall muss insoweit vorliegen, als dass widerrechtlich gekennzeichnete Waren auch tatsächlich in die Vertriebswege gelangt sind. Dies kann für die gegenständlichen Uhren für das Gebiet der Europäischen Union aber festgestellt werden. Im Streitfall sind die rechtsverletzenden Uhren in die Vertriebswege gelangt, nämlich zum Beklagten, der diese – wie die beiden Testkäufe zeigen – auch weitervertrieben hat. Dies ist für den Anspruch aus § 18 Abs. 2 MarkenG genügend. Zudem ist ein Weitervertrieb der gegenständlichen „Boss“-Uhren durch Abnehmer des Beklagten, etwa über die Plattform eBay, auch nicht fernliegend.

51 b. Entgegen der Ansicht des Landgerichts kann die Klägerin vom Beklagten auch die Zahlung einer Vertragsstrafe beanspruchen, und zwar im tenorierten Umfang. Der Anspruch folgt aus der Vertragsstrafevereinbarung vom 26.09.2022 (Anlagen K12 und K13) i.V.m. § 339 Satz 2 BGB, § 315 BGB wegen Verstoßhandlungen zwischen dem 26.09.2022 und dem 30.09.2022. Der Beklagte hat insoweit eine Vertragsstrafe verwirkt.

52 aa. Es besteht ein wirksamer Unterlassungsvertrag zwischen den Parteien vom 26.09.2022. Hierüber streiten die Parteien auch nicht.

53 aaa. Jeder Unterwerfungsvertrag begründet ein auf Unterlassung einer bestimmten Verletzungsform gerichtetes Dauerschuldverhältnis. Unterlassungsverträge sind nach den auch sonst für die Vertragsauslegung geltenden Grundsätzen auszulegen. Maßgebend ist demnach der wirkliche Wille der Vertragsparteien (§§ 133, 157 BGB), bei dessen Ermittlung neben dem Erklärungswortlaut die beiderseits bekannten Umstände wie insbesondere die Art und Weise des Zustandekommens und der Zweck der Vereinbarung sowie die Interessenlage der Parteien heranzuziehen sind (BGH MMR 2015, 262 Rn. 57 – CT-Paradies). Es ist davon auszugehen, dass im Zweifel der Schuldner den gesamten gesetzlichen Unterlassungsanspruch erledigen wollte (vgl. BGH GRUR 2019, 292 Rn. 41 – Foto eines Sportwagens). Es ist nicht am buchstäblichen Sinn eines in der Unterlassungserklärung verwendeten Begriffs zu haften, sondern es ist der wirkliche Wille der Partei-

en des Unterlassungsvertrags zu berücksichtigen (BGH MMR 2015, 262 Rn. 57 – CT-Paradies; Senat GRUR-RS 2023, 52442 Rn. 55 – Vertragsstrafe für Influencer).

54 bbb. Der Beklagte verpflichtete sich mit Erklärung vom 26.09.2022 gegenüber der Klägerin rechtsverbindlich, es bei Meidung einer Vertragsstrafe für jeden Fall der schuldhaften Zuwiderhandlung in einer Höhe, die von der Klägerin nach billigem Ermessen festgesetzt wird, die jedoch im Streitfall hinsichtlich ihrer Billigkeit vom zuständigen Gericht überprüft werden kann, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in der europäischen Union

55 1. unter den Zeichen



56 und/oder „HUGO BOSS“ und/oder „BOSS“ und/oder

57 2. unter den Zeichen



58 und/oder „HUGO“

59 Armbanduhren und/oder deren Aufmachung und/oder Verpackung anzubieten, in den Verkehr zu bringen und/oder zu den genannten Zwecken zu besitzen und/oder zu bewerben, die nicht vom Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung im Europäischen Wirtschaftsraum in Verkehr gebracht worden sind (Anlage K12).

60 Die Klägerin nahm diese Erklärung mit Schreiben vom 26.09.2022 (Anlage K13) an. Dieses Schreiben wurde am 26.09.2022, 18:22 Uhr, an den Prozessbevollmächtigten des Beklagten per beA von Anwalt zu Anwalt übersandt. Damit ist ein Unterlassungsvertrag mit dem Inhalt der Erklärung des Beklagten (Anlage K12) zustande gekommen.

61 Die Unterlassungsverpflichtung bezieht sich sowohl auf das Angebot als auch auf das Inverkehrbringen rechtsverletzender Ware. Es ist zulässig, die Bestimmung der Höhe der Vertragsstrafe in das billige Ermessen des Gläubigers zu stellen (§ 315 Abs. 1 BGB) und mit dem Vorbehalt der gerichtlichen Überprüfung auf ihre Angemessenheit im Einzelfall

zu versehen (§ 315 Abs. 2 BGB, sog. „neuer Hamburger Brauch“; Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 14 Rn. 583).

62 Soweit der Beklagte im Berufungsverfahren den Vortrag der Klägerin zur Übersendung der Annahmeerklärung sowie die Vorlage der Anlage K28 als verspätet rügt, liegt kein ausreichendes Bestreiten des Versands und Zugangs der Annahmeerklärung vor. Die Klägerin hat hierzu substantiiert vorgetragen. Es ist unstreitig, dass die Annahmeerklärung dem Prozessbevollmächtigten des Beklagten zugegangen ist. Zum Zeitpunkt des Zugangs liegt keine anderweitige Erklärung des Beklagten vor. Das substantiierte klägerische Vorbringen ist insoweit zugrunde zu legen.

63 bb. Dem Vertragsstrafeanspruch steht im Streitfall entgegen der Ansicht des Landgerichts auch nicht der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB entgegen.

64 aaa. Das Landgericht hat angenommen, der Anspruch auf Vertragsstrafe sei auch unter Zugrundelegung des Tatsachenvorbringens der Klägerin nicht begründet, da die festgesetzte Vertragsstrafe rechtsmissbräuchlich überhöht sei. Die Forderung offensichtlich überhöhter Vertragsstrafen könne den Einwand des Rechtsmissbrauchs begründen. Es lasse sich allenfalls hinsichtlich der am 27.09.2022 angebotenen 11 Uhrenmodelle ein Vertragsverstoß feststellen. Die Vertragsstrafeforderung übersteige jedoch den vom Beklagten mit den Vertragsverstößen maximal erzielten Umsatz um ca. das Zehnfache und sei damit nicht nur unbillig festgesetzt, sondern auch rechtsmissbräuchlich überhöht.

65 bbb. Auch das hiergegen gerichtete Berufungsvorbringen ist erfolgreich. Zwar kann sich die Geltendmachung einer verwirkten Vertragsstrafe im Einzelfall als rechtsmissbräuchlich i.S.v.

66 § 242 BGB darstellen (Senat GRUR-RS 2023, 52442 Rn. 75 – Vertragsstrafe für Influencer zum UWG). Jedoch lässt sich derartiges im Streitfall nicht feststellen.

67 (1) Die Frage, ob die Geltendmachung einer Vertragsstrafe auf Grund einer Unterlassungserklärung rechtsmissbräuchlich ist, beurteilt sich nach den allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben, § 242 BGB. Dabei ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu prüfen, ob das Verhalten des Abmahnenden vor, bei und nach der Abmahnung den Schluss rechtfertigt, dass die Geltendmachung der Vertragsstrafeansprüche gegen Treu und Glauben verstößt (BGH MMR 2020, 178 Rn. 6 – Da Vinci).

68 Von einem Rechtsmissbrauch kann auszugehen sein, wenn sich der Gläubiger bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs von sachfremden Gesichtspunkten leiten lässt. Diese müssen nicht das alleinige Motiv des Gläubigers sein. Ausreichend ist, dass die sachfremden Ziele überwiegen (Senat GRUR-RS 2023, 52442 Rn. 77 – Vertragsstrafe für Influencer zu § 8 Abs. 4 UWG a.F. / § 8c Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 UWG). Der Einwand des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB ist von Amts wegen zu beachten und die Frage des Rechtsmissbrauchs im Wege des Freibeweises zu würdigen. Der Verhandlungsgrundsatz ist damit nicht aufgehoben (BGH GRUR 2023, 585 Rn. 46 – Mitgliederstruktur). Es ist grundsätzlich Sache der beklagten Partei, Tatsachen für das Vorliegen eines Missbrauchs darzulegen und dafür Beweis anzubieten. Erst wenn die beklagte Partei in ausreichendem Umfang Indizien vorträgt, die für eine missbräuchliche Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs sprechen, obliegt es dem Kläger, diese Umstände zu widerlegen (BGH GRUR 2023, 585 Rn. 51 – Mitgliederstruktur).

69 (2) Die Forderung einer überhöhten Vertragsstrafe kann im Streitfall einen Rechtsmissbrauch entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht begründen. Das Verhalten der Klägerin als Abmahnende vor, bei und nach der Abmahnung rechtfertigt vorliegend nicht den Schluss, dass die Geltendmachung des gegenständlichen Vertragsstrafeanspruchs am 30.09.2022 gegen Treu und Glauben verstößt.

70 (a) Mit der Abmahnung vom 13.09.2022 (Anlage K11) forderte die Klägerin den Beklagten auf, „eine hinreichende Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung abzugeben“ und an die Klägerin zu senden. Der Beklagte gab mit Schreiben vom 26.09.2022 über seinen Prozessbevollmächtigten eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung ab (Anlage K12), die die Klägerin mit Schreiben ebenfalls vom 26.09.2022 (Anlage K13) annahm. Der Unterlassungsvertrag vom 26.09.2022 enthält ein Vertragsstrafeversprechen nach

71 „neuem Hamburger Brauch“. Es ist – wie ausgeführt – zulässig, die Bestimmung der Höhe der Vertragsstrafe in das billige Ermessen des Gläubigers zu stellen (§ 315 Abs. 1 BGB) und mit dem Vorbehalt der gerichtlichen Überprüfung auf ihre Angemessenheit im Einzelfall zu versehen (§ 315 Abs. 2 BGB, sog. „neuer Hamburger Brauch“; Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 14 Rn. 583). Insoweit ist im Streitfall vor und bei der Abmahnung kein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Klägerin zu erkennen. Ein solches wird vom Beklagten auch nicht geltend gemacht.

72 (b) Auch die gegenständliche Forderung einer Vertragsstrafe mit Schreiben vom 30.09.2022 in Höhe von 70.000,- € ist – entgegen der Ansicht des Landgerichts – nicht rechtsmissbräuchlich.

73 Da ein Vertragsstrafeversprechen nach „neuem Hamburger Brauch“ vorliegt, geht es um die Bestimmung gem. § 315 Abs. 2 BGB durch die Gläubigerin. Bestimmungsmaßstab ist insoweit das „billige Ermessen“. Hat die Leistungsbestimmung – wie vorliegend – nach billigem Ermessen zu erfolgen, so ist sie nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB unverbindlich, wenn der Berechtigte die Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens überschritten hat und sie deshalb nicht der Billigkeit entspricht (Würdinger in MüKo BGB, 9. Aufl., § 315 Rn. 54). Da Folge einer unbilligen Bestimmung ist, dass diese für den Gegner unverbindlich ist, kann sich aus dem Schreiben vom 30.09.2022 im Streitfall kein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Klägerin ergeben.

74 Zudem vermag auch sonst ein lediglich einmaliges Verlangen einer überhöhten Vertragsstrafe den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs nicht zu begründen (vgl. OLG Nürnberg GRUR-RR 2023, 499 Rn. 32, 41 – Augenvitamine; Feddersen in Köhler/Feddersen, UWG, 43. Aufl., § 8c Rn. 20).

75 (3) Auch aus anderen Gründen ergibt sich im Streitfall kein Rechtsmissbrauch im Hinblick auf die Geltendmachung eines Vertragsstrafeanspruchs nach dem Unterlassungsvertrag vom 26.09.2022. Im Berufungsverfahren macht der Beklagte geltend, es gehe der Klägerin ausschließlich um Geld. Dass – wie erforderlich – sachfremde Ziele beim Vorgehen der Klägerin überwiegen (vgl. hierzu BGH GRUR 2023, 1116 Rn. 15 – Aminosäurekapseln), lässt sich nicht feststellen und wird bereits durch das vorliegende Verfahren widerlegt. Die Klägerin hat vorgerichtlich und gerichtlich umfassende markenrechtliche Ansprüche geltend gemacht und vor allem ihr Unterlassungsbegehren konsequent verfolgt.

76 cc. Der Beklagte hat auch eine Vertragsstrafe verwirkt.

77 aaa. Die Verwirkung einer Vertragsstrafe setzt eine nach Zustandekommen des Unterlassungsvertrages begangene Zuwiderhandlung des Schuldners voraus, die der Gläubiger darlegen und beweisen muss (Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 14 Rn. 589). Diese Zuwiderhandlung kann nicht nur in einem positiven Tun, sondern auch darin bestehen, dass der Unterlassungsschuldner nicht alles tut, was im konkreten Fall erforderlich und zumutbar ist, um künftige und andauernde Verletzungen zu verhindern oder rückgängig zu machen (Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 14 Rn. 589). Liegt eine Zuwiderhandlung vor, wird das Verschulden vermutet (§§ 339, 280 Abs. 1 Satz 2, 286 Abs. 4 BGB).

78 Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt gem. § 339 Satz 2 BGB die Verwirkung der Vertragsstrafe mit der Zuwiderhandlung ein. Mit dem schuldhaften Verstoß des Schuldners gegen seine strafbewehrte Unterlassungserklärung fällt die Vertragsstrafe automatisch an (BGH GRUR 2022, 1839, Rn. 24 – Vertragsstrafenverjährung). Das gilt auch im Fall eines Vertragsstrafeversprechens nach „Hamburger Brauch“, bei dem der Gläubiger die Höhe der angefallenen Vertragsstrafe gem. § 315 Abs. 1 und Abs. 2 BGB noch konkretisieren muss (BGH GRUR 2022, 1839, Rn. 24 – Vertragsstrafenverjährung).

79 Dem Gläubiger steht bei der Ausübung seines Bestimmungsrechts ein Ermessensspielraum zu (§ 315 Abs. 1 BGB). Nur wenn dieser überschritten und das Ermessen unbillig ausgeübt worden ist, ist das Gericht befugt, die Bestimmung zu ersetzen (§ 315 Abs. 3 BGB; OLG Düsseldorf GRUR-RS 2024, 18570 Rn. 51 – Patientenbroschüren). Es besteht somit nur eine beschränkte Prüfungsbefugnis der Gerichte und kein „Nachbesserungsrecht“ dahingehend, die Ermessensentscheidung des primär Bestimmungsberechtigten durch eine eigene, für besser und billiger gehaltene zu ersetzen (Senat GRUR-RS 2023, 52442 Rn. 118 – Vertragsstrafe für Influencer; Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 14 Rn. 591). Die Ausübung des billigen Ermessens ist gerichtlich dahingehend nachprüfbar, ob die Grenzen des Ermessens eingehalten sind und ob nicht sachfremde oder willkürliche Motive für die Bestimmung maßgebend gewesen sind. Für die Feststellung, ob die vom Bestimmungsberechtigten festgesetzte Strafhöhe der Billigkeit entspricht, ist nicht die festgesetzte Vertragsstrafe abzüglich eines Ermessensspielraums als Ausgangspunkt anzusetzen. Basis für die Überprüfung ist vielmehr die angemessene Vertragsstrafe, die sodann nicht um einen gewissen (Prozent-)Satz überschritten werden darf (OLG Düsseldorf GRUR-RS 2024, 18570 Rn. 51 – Patientenbroschüren). Die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit der Ermessensausübung trifft den zur Leistungsbestimmung Berechtigten (OLG Düsseldorf GRUR-RS 2024, 18570 Rn. 51 – Patientenbroschüren), hier also die Klägerin.

80 Die rechtsgestaltende Erklärung des Berechtigten gem. § 315 Abs. 2 BGB unterliegt den Vorschriften über Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte. Als Gestaltungsrecht ist sie grundsätzlich unwiderruflich und als einmaliges Recht mit seiner Ausübung verbraucht (Würdinger in MüKo BGB, 9. Aufl., § 315 Rn. 45 m.w.N.).

81 bbb. Die Klägerin hat ihr Bestimmungsrecht gem. § 315 Abs. 2 BGB im Hinblick auf eine nach billigem Ermessen festzusetzende Vertragsstrafe mit Schreiben vom 30.09.2022 (Anlage K18) ausgeübt und für die dort genannten Verstoßhandlungen (Angebot und Vertrieb) eine Vertragsstrafe von 70.000,- € festgesetzt. Diese seitens der Klägerin vor-

genommene Bestimmung der Vertragsstrafe entspricht nicht billigem Ermessen und ist deshalb für die Beklagte nicht verbindlich, § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB.

82 (1) Das Recht einer Vertragspartei, die Leistung nach § 315 BGB einseitig zu bestimmen, ist ein Gestaltungsrecht. Es wird durch eine rechtsgeschäftliche, empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber der anderen Vertragspartei ausgeübt (vgl. § 315 Abs. 2 BGB). Die Bestimmung muss so eindeutig erfolgen, dass der Gegner ohne Nachforschung und Berechnung weiß, was er schuldet (Würdinger in MüKo BGB, 9. Aufl., § 315 Rn. 44).

83 Im Streitfall ergibt die Auslegung der Bestimmung im klägerischen Schreiben vom 30.09.2022 (Anlage K18) gem. § 315 Abs. 2 BGB insbesondere durch die darin enthaltene Hervorhebung in Fettdruck, dass der Beklagte hiernach eine Vertragsstrafe i.H.v. 70.000,- € für das dort genannte Geschehen schulde. Die Klägerin forderte die gegenständliche Vertragsstrafe wie folgt:

84 > „8. Ferner hat unsere Mandantin festgestellt, dass Ihr Mandant zeitlich nach Annahme der strafbewehrten Unterlassungserklärung weiterhin Uhren der Marken unserer Mandantin in seinem Online-Shop „p…_style“ auf der Verkaufsplattform eBay angeboten und vertrieben hat. Es handelt sich um 14 verschiedene Uhrenmodelle mit mehreren angebotenen Uhren pro Modell. Für diese Uhren hat Ihr Mandant die markenrechtliche Erschöpfung nicht nachgewiesen. Es ist daher nach derzeitigem Stand von einem Verstoß gegen die Unterlassungserklärung auszugehen. Unsere Mandantin setzt eine Vertragsstrafe von EUR 5.000,- pro angebotenem Uhrenmodell, mithin eine **Vertragsstrafe von EUR 70.000,- fest**. Diese Vertragsstrafe ist am unteren Ende angesetzt, da auch ein Anfall pro angebotener Uhr möglich wäre.“ [Hervorhebung im Original]

85 Die Auslegung der darin enthaltenen Willenserklärung der Klägerin ergibt, dass die Klägerin vorliegend eine (Einzel-)Vertragsstrafe von 70.000,- € und nicht von 5.000,- € bestimmt hat. Zwar heißt es dort: „Unsere Mandantin setzt eine Vertragsstrafe von EUR 5.000,- pro angebotenem Uhrenmodell, mithin eine **Vertragsstrafe von EUR 70.000,-** fest.“ [Hervorhebung im Original]. Jedoch geht aus dieser Bestimmung auch eindeutig hervor, dass die Klägerin für den dort bezeichneten „einen Verstoß gegen die Unterlassungserklärung“ eindeutig eine Vertragsstrafe von 70.000,- € beansprucht.

86 (2) Welche Vertragsstrafe angemessen ist, ist unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Vertragsstrafe die ihr zugewiesenen Funktionen erfüllen können muss (OLG Düsseldorf GRUR-RS 2024, 18570 Rn. 53 – Patientenbroschüren).

87 Bei einer Unterlassungserklärung nach „neuem Hamburger Brauch“ hat sich die Bestimmung der Höhe der Vertragsstrafe regelmäßig und in erster Linie am Sanktionscharakter der Vertragsstrafe und ihrer Funktion, weitere Zuwiderhandlungen zu verhüten, auszurichten. Es kommt insbesondere auf Schwere und Ausmaß der Zuwiderhandlung, deren Gefährlichkeit für den Gläubiger, das Verschulden des Schuldners und dessen – zu beseitigendes – Interesse an weiteren gleichartigen Zuwiderhandlungen an (Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 14 Rn. 591). Daneben ist auch die Funktion der Vertragsstrafe als pauschalierter Schadensersatz zu berücksichtigen (Senat GRUR-RR 2022, 128 Rn. 81 – EVEREST; BGH GRUR 2014, 595 Rn. 16 – Vertragsstrafenklausel). Der Unterlassungsschuldner soll durch eine strafbewehrte Unterwerfungserklärung

zur Einhaltung der von ihm versprochenen Unterlassungspflicht dadurch bewegt werden, dass er auf Grund der versprochenen Strafe vor weiteren Verstößen zurückschreckt (vgl. BGH GRUR 2014, 595 Rn. 16 – Vertragsstrafenklausel). Die Vertragsstrafe muss so hoch sein, dass sich ein Verstoß für den Verletzer voraussichtlich nicht lohnt (OLG Düsseldorf GRUR-RS 2024, 18570 Rn. 53 – Patientenbroschüren). Maßgeblich sind insoweit die Schwere und das Ausmaß der begangenen Zuwiderhandlung, deren Gefährlichkeit für den Gläubiger, das Verschulden des Verletzers und dessen – zu beseitigendes – Interesse an weiteren gleichartigen Begehungshandlungen sowie die Art und Größe des Unternehmens (OLG Düsseldorf GRUR- RS 2024, 18570 Rn. 53 – Patientenbroschüren). Gewicht kommt auch dem Umstand zu, ob es sich um eine erstmalige oder aber wiederholte Zuwiderhandlung handelt (Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 14 Rn. 591).

88 (3) Hiernach sieht der Senat für den gegenständlichen Tatkomplex (Verstoß-/Zuwiderhandlungen zwischen dem 26.09.2022, 18:22 Uhr, und dem 30.09.2022), der eine erstmalige Zuwiderhandlung darstellt, aus nachstehenden Gründen eine Vertragsstrafe in Höhe von 20.000,- € als angemessen an.

89 (a) Die Klägerin macht insoweit Angebot und Vertrieb markenrechtsverletzender Uhren durch den Beklagten auf eBay unter dem Verkäufershop „p…_style“ (Anlagen K14 und K15) sowie einen diesbezüglichen Testkauf vom 28.09.2022 (Anlage K16) geltend.

90 Vorgänge nach dem 30.09.2022 sind – bezogen auf die geltend gemachte Vertragsstrafe – nicht streitgegenständlich. Insoweit hat die Klägerin zudem ihr Leistungsbestimmungsrecht gem. § 315 Abs. 2 BGB noch nicht ausgeübt.

91 Im Zeitraum nach Vertragsschluss (26.09.2022, 18:22 Uhr) bis zur Forderung der Vertragsstrafe am 30.09.2022 geht es – wie ausgeführt – auch um das Stehenlassen von Angeboten. Nach dem nicht erheblich bestrittenen Klägervortrag sind die Screenshots der Angebote des Beklagten gemäß Anlage K14 am 26.09.2022 zwischen 18.42 Uhr und 18.46 Uhr und damit ca. 20 Minuten nach Annahme der Unterlassungserklärung erstellt worden. Aufgrund dieser zeitlichen Nähe ist auch von einem Stehenlassen von Angeboten auszugehen. Daneben liegt ein weiterer Vertrieb vor, wie insbesondere der weitere Testkauf der Klägerin vom 28.09.2022 ergeben hat.

92 (b) Das fortlaufende Angebot mit den Klagemarken gekennzeichneter Uhren auf eBay unter dem Verkäufershop des Beklagten „p…_style“ zwischen dem 26.09.2022 und dem 30.09.2022 kann vorliegend festgestellt werden.

93 Dieses hat die Klägerin mit den Anlagen K14 und K15 substantiiert dargetan. Das Angebot hat der Beklagte nicht erheblich bestritten. Dem Einwand des Beklagten, die Screenshots seien aus dem Cache-Speicher des Klägervertreters erstellt worden, ist die Klägerin substantiiert entgegengetreten. Der Beklagte trägt zudem nicht vor, wie sein Verkäufershop bei eBay ab dem 26.09.2022 ausgesehen habe und wann er konkret welche Uhrenangebote entfernt habe. Auch aus den Screenshots gemäß Anlage K20 ergeben sich eBay-Verkäufe über den Verkäufershop des Beklagten vom 27.09.2022 und vom 03.10.2022. Von einem rechtsverletzenden Angebot auch nach dem 26.09.2022, 18:22 Uhr, ist i.S.v. § 286 ZPO daher vorliegend auszugehen.

94 (c) Zudem ist zwischen dem 26.09.2022, 18:22 Uhr, und dem 30.09.2022 auch ein weiteres Inverkehrbringen / ein weiterer Verkauf rechtsverletzender Waren festzustellen. Die

Klägerin hat am 28.09.2022 per Testkauf eine weitere Uhr, die mit den Klagemarken gekennzeichnet gewesen ist, vom Beklagten erworben. Diese Uhr hat die Klägerin ebenfalls als Fälschung identifiziert und dargetan, an welchen Merkmalen sie dies festmache.

95 (d) Den Beklagten trifft eine sekundäre Darlegungslast, dass es sich bei den nach dem 26.09.2022 angebotenen und vertriebenen Waren um erschöpfte Waren gehandelt habe. Hierzu trägt er spezifiziert nichts vor. Das Bestreiten von Fälschungen genügt im Streitfall – wie die Klägerin zu Recht geltend macht – nicht.

96 (e) Es liegt jeweils – insoweit abweichend von der Rechtsauffassung der Klägerin – eine Handlungseinheit beim Geschehen zwischen dem 26.09.2022 und dem 30.09.2022 und den gerügten Verstößen auf der Plattform eBay unter dem Verkäufershop des Beklagten „p…_style“ vor.

97 (aa) Wenn es zu einer Mehr- oder Vielzahl von Verstößen gekommen ist, ist dabei zunächst zu prüfen, ob diese eine natürliche Handlungseinheit und damit nur eine Handlung darstellen (BGH GRUR 2017, 823 Rn. 36 – Luftentfeuchter). Sie zeichnet sich durch einen engen Zusammenhang der Einzelakte und durch eine auch für Dritte äußerlich erkennbare Zugehörigkeit zu einer Einheit aus. In einem zweiten Schritt ist zu fragen, ob – wenn nicht durch eine Handlungseinheit – die einzelnen Zuwiderhandlungen in der Weise zusammenhängen, dass sie gleichartig sind und unter wiederholter Außerachtlassung derselben Pflichtenlage begangen wurden (Bornkamm/Feddersen in Köhler/Feddersen, UWG, 43. Aufl., § 13a Rn. 25; OLG Düsseldorf GRUR-RS 2024, 18570 Rn. 57 – Patientenbroschüren). In der Regel wird eine Vertragsauslegung ergeben, dass die Vertragsstrafe nicht für jede einzelne Tat verwirkt sein soll (vgl. Bornkamm/Feddersen in Köhler/Feddersen, UWG, 43. Aufl., § 13a Rn. 25). Eine Zäsur, die einer natürlichen Handlungseinheit entgegensteht, tritt etwa ein, wenn zwischen den wiederholten Verstößen dem Schuldner ein Ordnungsmittelantrag zugestellt wird (Scholz in Danckwerts/Papenhausen/Scholz/Tavanti, Wettbewerbsprozessrecht, 2. Aufl., H. Vollstreckung Rn. 1256).

98 (bb) Im Streitfall hat sich der Beklagte verpflichtet, „für jeden Fall der schuldhaften Zuwiderhandlung“ gegen die Unterlassungspflicht eine Vertragsstrafe, deren Höhe von der Klägerin nach billigem Ermessen festgesetzt wird, die jedoch im Streitfall hinsichtlich ihrer Billigkeit vom zuständigen Gericht überprüft werden kann, zu zahlen. Der Beklagte hat sich verpflichtet, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in der europäischen Union

99 1. unter den Zeichen



100 und/oder „HUGO BOSS“ und/oder „BOSS“ und/oder

101 2. unter den Zeichen



102 und/oder „HUGO“

103 Armbanduhren und/oder deren Aufmachung und/oder Verpackung anzubieten, in den Verkehr zu bringen und/oder zu den genannten Zwecken zu besitzen und/oder zu bewerben, die nicht vom Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung im Europäischen Wirtschaftsraum in Verkehr gebracht worden sind (Anlage K12).

104 (cc) In Anwendung der vorgenannten Grundsätze sind das fortgesetzte Anbieten und Vertreiben rechtsverletzender Uhrenmodelle durch den Beklagten über dessen Online-Shop

105 „p..._style“ auf der Verkaufsplattform eBay im Zeitraum zwischen dem 26.09.2022, 18:22 Uhr, und dem 30.09.2022 unter dem Gesichtspunkt der rechtlichen Einheit zu verklammern. Die einzelnen Verstöße liegen in nur vier Tagen und damit zeitlich eng beieinander. Bei dem Anbieten und Vertreiben rechtsverletzender Uhrenmodelle gemäß den Anlagenkonvoluten K14 und K15 handelt es sich jeweils um gleichartige Verstöße, die unter wiederholter Außerachtlassung derselben Pflichtenlage begangen worden sind. Angesichts der zeitlichen Nähe zum Unterlassungsvertrag, der am 26.09.2022, 18:22 Uhr zustande gekommen ist, ist dem Beklagten jedenfalls vorzuwerfen, bestehende Angebote nicht entfernt zu haben. Zudem lässt sich jedenfalls ein weiterer Vertrieb über den Testkauf vom 28.09.2022 feststellen. Eine Zäsur trat mit dem Vertragsstrafeverlangen vom 30.09.2022 ein. Im Hinblick auf die fehlende markenrechtliche Erschöpfung ist dem Beklagten jedenfalls ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen.

106 Eine natürliche Handlungseinheit scheidet im Streitfall – entgegen der Ansicht der Klägerin – auch nicht aus Rechtsgründen deshalb aus, weil sich der Beklagte zur Unterlassung unterschiedlicher Markennutzungen (der Klagemarken) verpflichtet hat. Mit jedem Uhrenmodell-Angebot gemäß Anlagenkonvolute K14 und K15 sind mehrere Marken verletzt worden. Eine Auslegung des Unterlassungsvertrags ergibt vorliegend nicht, dass je Marke eine eigene Zuwiderhandlung anzunehmen sein sollte.

107 (f) Bei der Bemessung einer angemessenen Vertragsstrafe sind – wie ausgeführt – die Schwere und das Ausmaß der begangenen Zuwiderhandlung, deren Gefährlichkeit für den Gläubiger, das Verschulden des Verletzers und dessen – zu beseitigendes – Interesse an weiteren gleichartigen Begehungshandlungen sowie die Art und Größe des Unternehmens in die Gesamtabwägung einzustellen.

108 Straferhöhend wirken sich vorliegend insbesondere die Gefährlichkeit für die Klägerin und das Ausmaß der Zuwiderhandlung des Beklagten aus, da es um zahlreiche Uhren-

modell- Angebote geht. Für eine verhältnismäßige Reduzierung der Vertragsstrafe streiten demgegenüber vor allem die enge zeitliche Nähe zum Abschluss des Unterlassungsvertrages am 22.09.2022, 18:22 Uhr, sowie – mangels anderweitiger Feststellungen – die Unternehmensgröße des Beklagten und der mit dem rechtsverletzenden Uhrenangebot mögliche Gesamtumsatz (bei mehr als 10 angebotenen Uhren-Modellen zu einem Einzel-Kaufpreis von überwiegend 108,99 € gem. den Anlagenkonvoluten K14 und K15, wobei dieses Angebot – wie ausgeführt – nicht erheblich bestritten worden ist, angesichts der dort als „verfügbar“ angegebenen Uhren ein möglicher Gesamtumsatz i.H.v. ca. 8.000,- €). Es geht um die Vertragsstrafe für eine erste Zuwiderhandlung. Auch das Verhalten des Beklagten nach dem 30.09.2022 und die prozessualen Einlassungen des Beklagten rechtfertigen für die gegenständliche erste Zuwiderhandlung bei einer Gesamtabwägung sämtlicher Einzelfallumstände keine höhere (erste) Vertragsstrafe als 20.000,- €. Dabei hat der Senat auch berücksichtigt, dass der Beklagte in hartnäckiger Weise gegen die Unterlassungsverpflichtung verstoßen hat.

109 (g) Ausgehend von der nach Maßgabe der vorherigen Ausführungen angemessenen (ersten) Vertragsstrafe von 20.000,- € überschreitet die von der Klägerin festgesetzte Vertragsstrafe von 70.000,- € ihren Ermessensspielraum so weit, dass sie sich als unbillig erweist.

110 Eine Unbilligkeit ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn das Doppelte der angemessenen Strafe überschritten ist (OLG Düsseldorf GRUR-RS 2024, 18570 Rn. 89 – Patientenbroschüren). Vorliegend überschreitet die von der Klägerin festgesetzte Vertragsstrafe die als angemessen erachtete Vertragsstrafe erheblich, jedenfalls um mehr als das Doppelte. Folglich ist die Höhe der Vertragsstrafe gem. § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB durch das Gericht zu bestimmen. Der Senat hat deshalb den sich nach Maßgabe der vorherigen Ausführungen als angemessen erscheinenden Betrag von 20.000,- € festgesetzt.

111 dd. Liegt eine Zuwiderhandlung vor, wird das Verschulden vermutet (§§ 339, 280 Abs. 1 Satz 2, 286 Abs. 4 BGB). Der Beklagte hat sich im Streitfall nicht entlastet. Das Verhalten seiner Mitarbeiter muss er sich gem. § 278 BGB zurechnen lassen.

112 c. Zinsen kann die Klägerin betreffend die Vertragsstrafe vorliegend nicht beanspruchen. Denn der Beklagte befand sich mit der Zahlung der Vertragsstrafe nicht in Verzug. Es fehlt an der Fälligkeit der Vertragsstrafe. Überschreitet der zur einseitigen Leistungsbestimmung Berechtigte die Grenzen des billigen Ermessens, ist die Leistungsbestimmung unverbindlich (§ 315 Abs. 3 Satz 1 BGB) und die Bestimmung der dem Gläubiger zustehenden Vergütung wird erst durch Gestaltungsurteil getroffen (§ 315 Abs. 3 Satz 2, 1. HS BGB). Erst mit der Rechtskraft dieses Gestaltungsurteils wird die Forderung fällig und kann der Schuldner in Verzug geraten (OLG Düsseldorf GRUR-RS 2024, 18570 Rn. 97 – Patientenbroschüren). Tritt – wie hier – die Fälligkeit erst nach Rechtshängigkeit ein, besteht auch kein Anspruch auf Prozesszinsen (OLG Düsseldorf GRUR-RS 2024, 18570 Rn. 98 – Patientenbroschüren).

113 2. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92, 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

114 3. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entschei-

dung des Revisionsgerichts. Es handelt sich vorliegend um eine Einzelfallentscheidung, die auf der Anwendung bereits bestehender höchstrichterlicher Rechtsprechung beruht.