

Schutzentstehung und Schutzzumfang im handelsrechtlichen Firmenrecht und im markenrechtlichen Unternehmenskennzeichenrecht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines
doctor iuris
der Juristischen Fakultät
der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

vorgelegt von

Marcus Stütting
aus Brilon

2019



Erstberichterstatter: Prof. Dr. Olaf Sosnitza

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Wolfram Buchwitz

Tag der mündlichen Prüfung: 6. November 2019

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	XVI
1. Teil Einleitung.....	1
2. Teil HGB-Firmenrecht und materielles Kennzeichenrecht des MarkenG als zwei parallele und grundsätzlich unabhängig voneinander bestehende Systeme.....	7
3. Teil Historische Entwicklung.....	44
4. Teil Die Schutzentstehung im Firmenrecht und Unternehmenskennzeichenrecht	65
5. Teil Der Schutzzumfang im Firmenrecht und Unternehmenskennzeichenrecht.....	196
6. Teil Zusammenfassung der Ergebnisse	275
Verzeichnis der zitierten Literatur	281

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XVI
1. Teil Einleitung	1
1. Abschnitt: Problemeinführung	1
2. Abschnitt: Zielsetzung	3
3. Abschnitt: Forschungsstand.....	4
2. Teil HGB-Firmenrecht und materielles Kennzeichenrecht des MarkenG als zwei parallele und grundsätzlich unabhängig voneinander bestehende Systeme	7
1. Abschnitt: Vielfalt von Normen und Regelungsgegenständen	7
A. Überblick über die gesetzliche Regelung	8
B. Das formelle Firmenrecht und der materielle Unternehmenskennzeichenschutz	9
I. Die formelle Regelung des Rechts der Firmen im HGB	9
II. Der materielle Unternehmenskennzeichenschutz des MarkenG in §§ 5, 15	9
C. Weitere kennzeichenbezogene Regelungen außerhalb des Untersuchungsgegenstandes.....	10
I. Namensschutz des § 12 BGB	10
II. Schutz der Marke nach §§ 4, 8, 14 MarkenG.....	11
III. Lauterkeitsrechtlicher Schutz vor Irreführung durch Kennzeichen gemäß § 5 Abs. 2 UWG	13
2. Abschnitt: Gegenstand, Rechtsnatur und Funktion der Rechtsinstitute	14
A. HGB-Firmenrecht	14
I. Die Firma als Rechtsinstitut.....	14
1. Die Legaldefinition des § 17 Abs. 1 HGB.....	14
2. Der Name als Kennzeichen zur Identifizierung und Unterscheidung einer Person	14
II. Die Struktur der Firma.....	15
III. Arten der Firma	15
1. Firmenwahlfreiheit.....	15
2. Personenfirma.....	15
3. Sachfirma.....	15
4. Fantasiefirma	17

5. Mischfirma	17
IV. Die Abgrenzung der Firma von anderen Bezeichnungen.....	17
1. Die besondere Geschäftsbezeichnung gem. § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 3 MarkenG.....	17
2. Geschäftsabzeichen und sonstige zur Unterscheidung des Geschäftsbetriebs von anderen Geschäftsbetrieben bestimmte Zeichen gem. § 5 Abs. 2 S. 2 MarkenG	18
3. Firmenbestandteile	18
V. Grundsätze des Firmenrechts.....	19
VI. Die Funktion der Firma im Regelungssystem des HGB.....	21
1. Funktionen der Firma im öffentlichen Interesse	21
a) Der rechtspolizeiliche Gesichtspunkt der sicheren und transparenten Identifikation und Unterscheidung	21
b) Irreführungsschutz.....	21
c) Offenlegung der Haftungsverhältnisse	22
2. Schutz der Individualinteressen des Kaufmanns?	22
VII. Die Rechtsnatur der Firma	23
VIII. Die Legitimation des HGB-Firmenrechts.....	25
B. Materielles Unternehmenskennzeichenrecht.....	26
I. Vorstellung des Rechtsgebiets.....	26
1. Die gesetzliche Regelung zum Schutz der Unternehmenskennzeichen als geschäftliche Bezeichnung	26
2. Die Unterscheidung zwischen Unternehmenskennzeichen mit und ohne Namensfunktion.....	26
3. Anknüpfung an § 16 UWG von 1909	27
II. Die Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion.....	27
1. Der Name gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 1 MarkenG.....	27
a) Namen natürlicher Personen.....	28
(aa) Der bürgerliche Name	28
(bb) Der Künstlername und das Pseudonym.....	28
b) Namen juristischer Personen, Gesellschaften, Vereine, Stiftungen	29
2. Kein Gleichlauf mit dem Namensbegriff des § 12 BGB.....	29
3. Die Firma gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 2 MarkenG	31
a) Übereinstimmung mit dem Firmenbegriff des § 17 HGB	31
b) Firmenbestandteile	31
4. Die besondere Geschäftsbezeichnung gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 3 MarkenG.....	34

III. Unternehmenskennzeichen ohne Namensfunktion.....	35
IV. Die rechtlich geschützten Funktionen der Unternehmenskennzeichen.....	36
1. Identifikations- und Unterscheidungsfunktion	36
2. Goodwill-Funktion	37
3. Weitere Funktionen im Interesse der Wettbewerber, Verbraucher und Allgemeinheit.....	40
V. Legitimation und erster Blick auf die hierauf zurückzuführenden Schutzvoraussetzungen.....	41
3. Teil Historische Entwicklung	44
1. Abschnitt: HGB-Firmenrecht	44
A. Partikularrecht vor dem ADHGB.....	44
B. Das ADHGB und HGB 1897.....	46
C. Die Handelsrechtsreform von 1998	51
I. Die Liberalisierung der Firmenbildung.....	52
II. Die Offenlegung der Gesellschaftsverhältnisse und der Haftungsverhältnisse.....	53
III. Die Entschärfung des firmenrechtlichen Irreführungsverbotes.....	54
IV. Ergebnis.....	56
2. Abschnitt: Der materielle Schutz der Unternehmenskennzeichen	57
A. Partikularrecht vor dem UWG 1896.....	57
B. Das UWG vom 27. Mai 1896 und das UWG vom 7. Juli 1909	61
C. Die Markenrechtsreform von 1995	63
4. Teil Die Schutzentstehung im Firmenrecht und im Unternehmenskennzeichenrecht.....	65
1. Abschnitt: Materieller Unternehmenskennzeichenschutz.....	65
A. Schutzgewährung durch Benutzung.....	65
B. Schutzvoraussetzungen	66
I. Allgemeine Schutzvoraussetzungen	66
1. Benutzung im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit einem lebenden Unternehmen.....	66
a) Die schutzbegründende Benutzung.....	66
(aa) Vorbereitungshandlungen	68
(bb) Eintragung im Handelsregister als schutzbegründende Benutzung	68
(1) Grundsatz: Schutzbeginn durch Benutzung im geschäftlichen Verkehr auch ohne Eintragung im Handelsregister.....	68

(2) Kein Schutzbeginn durch schlichte Handelsregistereintragung.....	69
(cc) Befugte Benutzung im geschäftlichen Verkehr.....	70
(dd) Benutzung des Kennzeichens durch Dritte	71
b) Benutzung „im geschäftlichen Verkehr“	71
c) Benutzung im Zusammenhang mit einem lebenden Unternehmen.....	72
(aa) Herleitung des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals	72
(bb) Auslegung des Begriffs des Unternehmens i.S.d. § 5 MarkenG	73
2. Die ungeschriebene Schutzvoraussetzung der befugten Benutzung.....	74
a) Einzelne Regelungskomplexe der befugten Benutzung	75
(aa) Verstoß gegen Regelungen des formellen Firmenrechts	75
(bb) Unbefugte Benutzung durch Verstoß gegen das Irreführungsverbot des § 5 UWG	76
(1) Irreführende geschäftliche Handlung (§ 5 Abs. 1 UWG)	76
(2) Irreführung durch Hervorrufen einer Verwechslungsgefahr (§ 5 Abs. 2 UWG)	78
i. Grundsätzliches.....	78
ii. Verwechslungsgefahr	78
iii. Wettbewerbliche Relevanz	79
(cc) Unbefugte Benutzung in Orientierung an § 8 Abs. 2 Nr. 5 – 13 MarkenG.....	80
(1) Allgemeines	80
(2) § 8 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG: Verstoß gegen die öffentliche Ordnung und die guten Sitten.....	81
(3) § 8 Abs. 2 Nr. 6 MarkenG: staatliche Hoheitszeichen.....	82
(4) § 8 Abs. 2 Nr. 7, 8 MarkenG: amtliche Prüf- und Gewährzeichen, Kennzeichen zwischenstaatlicher Organisationen	82
(5) § 8 Abs. 2 Nr. 13 MarkenG: Verbot im öffentlichen Interesse.....	82
b) Bösgläubige Benutzungsaufnahme	83
II. Besondere Schutzvoraussetzungen für Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion: Namensmäßige Unterscheidungskraft	83
1. Ungeschriebene Schutzvoraussetzung.....	83
2. Die Beurteilung der Unterscheidungskraft	84
a) Unterscheidungseignung.....	84

b)	Freihaltebedürfnis.....	86
c)	Allgemeiner Sprachgebrauch	89
3.	Die namensmäßige Wirkung.....	90
III.	Die namensmäßige Unterscheidungskraft in der Praxis	92
1.	Keine Bindungswirkung der Verletzungsgerichte.....	93
a)	Keine Bindung des Verletzungsgerichts an amtliche Eintragungsentscheidungen	93
b)	Keine Bindung an die Entscheidung des Handelsregisters	93
c)	Keine Bindung an die Entscheidung des Markenregisters	93
d)	Keine Bindung des Verletzungsgerichts bei der Beurteilung einer Verwechslungsgefahr	94
2.	Die Handhabung der Unterscheidungskraft in der Praxis	94
a)	Bürgerliche Namen.....	94
b)	Fantasiezeichen	95
c)	Beschreibende Angaben	95
d)	Buchstabenkombinationen	96
e)	Fremdsprachige Bezeichnungen.....	97
f)	Sprechende Zeichen und Verfremdungen von Sachangaben	97
g)	Unterscheidungskraft bei Kombinationen von beschreibenden Angaben	98
h)	Kombinationen von beschreibenden Angaben mit Top-Level- Domain	100
i)	Kombinationen aus Tätigkeits- und Ortsangaben.....	101
j)	Sonderregeln für Platzgeschäfte	101
3.	Verkehrsgeltung als besondere Schutzvoraussetzung für Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion, denen die namensmäßige Unterscheidungskraft von Haus aus fehlt.....	102
IV.	Besondere Schutzvoraussetzung für Unternehmenskennzeichen ohne Namensfunktion: Verkehrsgeltung	106
C.	Ende des Kennzeichenschutzes	107
I.	Die Kehrseiten-Theorie des BGH.....	107
II.	Fälle, in denen eine Schutzvoraussetzung weggefallen ist.....	108
1.	Endgültige Aufgabe der Benutzung im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit einem lebenden Unternehmen	108
2.	Aufgabe des Unternehmens	109
a)	Endgültige Aufgabe des Unternehmens	109
b)	Wegfall des Unternehmensträgers	111
3.	Wegfall der namensmäßigen Unterscheidungskraft	111

4. Wegfall der Verkehrsgeltung.....	112
5. Wegfall der Benutzungsbefugnis	112
6. Trennung des Kennzeichens vom Unternehmen.....	114
D. Der räumliche Schutzbereich	115
I. Grundsätze.....	115
II. Einzelheiten.....	116
1. Regional beschränkter Schutz	117
2. Bundesweiter Schutz	117
2. Abschnitt: HGB-Firmenrecht	119
A. Firmenschutz durch Eintragung?.....	119
I. Begriff des subjektiven Rechts.....	120
1. Problemaufriss	120
2. Subjektives Recht als „Rahmenbegriff“	120
3. Formal-normative Theorien des subjektiven Rechts.....	121
4. Willentheorie	121
5. Interessentheorie und die herrschende Kombinationstheorie	122
II. HGB-Firmenrecht als subjektives Recht?	122
1. Untersuchungsziel	122
2. Formelles Firmenrecht als Ordnungsrecht.....	123
3. Formeller „Firmenschutz“ durch Firmenausschließlichkeit ohne subjektiv-rechtlichen Gehalt.....	123
a) Die Firmenausschließlichkeit als polizeiliche Befugisnorm.....	123
b) Das Firmenmissbrauchsverfahren nach § 37 Abs. 2 HGB	125
4. Rechtsbegünstigung als Rechtsreflex.....	128
III. Ergebnis.....	129
B. Das Entstehen der Firma.....	130
I. Die Firmenfähigkeit des Kaufmanns	130
II. Die Kaufmannseigenschaft nach Fallgruppen.....	130
1. Einzelkaufmann	130
a) Grundsatz.....	130
b) Vorbereitungshandlungen	131
2. Personenhandelsgesellschaften	131
3. Kapitalgesellschaften, Formkaufleute	132
4. Vor-Gesellschaften	132
C. Die Eintragungsvoraussetzungen.....	132
I. Allgemeines.....	132

II. Die gesetzlich geregelten Eintragungsvoraussetzungen der Firma und die allgemeinen Grundsätze des Firmenrechts im Einzelnen	134
1. Die Firmenklarheit (Kennzeichnungseignung und Unterscheidungskraft), § 18 Abs. 1 HGB	134
a) Der gesetzliche Maßstab: § 18 Abs. 1 HGB und seine Auslegung im Lichte des Kennzeichenrechts	134
(aa) Das Doppelkriterium der Kennzeichnungseignung und Unterscheidungskraft	134
(bb) Das Verhältnis von Freihaltebedürfnis und registerrechtlicher Unterscheidungskraft.....	136
(1) Die unterschiedlichen Auffassungen.....	136
(2) Stellungnahme.....	137
b) Detailbetrachtung des Doppelkriteriums der Kennzeichnungseignung und Unterscheidungskraft.....	139
(aa) Die Feststellung der Verkehrsauffassung	139
(1) Die angesprochenen Verkehrskreise.....	139
(2) Die Ermittlung der Verkehrsauffassung	140
(3) Durchschnittsbetrachtung	142
(bb) Die Kennzeichnungseignung nach § 18 Abs. 1 HGB.....	143
(cc) Die Unterscheidungskraft gemäß § 18 Abs. 1 HGB	146
(1) Der Begriff der Unterscheidungskraft.....	146
(2) Die grundsätzliche Handhabung der Unterscheidungskraft in der Praxis	146
i. Der bürgerliche Name	146
ii. Fantasiezeichen	147
iii. Beschreibende Angaben	147
iv. Buchstabenkombinationen	148
v. Fremdsprachige Bezeichnungen	148
vi. Sprechende Zeichen und Verfremdungen von Sachangaben	148
vii. Unterscheidungskraft bei Kombinationen von beschreibenden Angaben.....	149
viii. Kombinationen von beschreibenden Angaben mit Top-Level-Domain	149
ix. Kombinationen von tätigkeitsbeschreibenden Angaben mit Ortsangaben.....	150
x. Sonderregeln für Platzgeschäfte?	150
(3) Unterscheidungskraft durch Verkehrsgeltung?	151
i. Gesichtspunkte für die Übernahme der materiell-rechtlichen Kriterien.....	152

ii.	Gesichtspunkte gegen die Übernahme der materiell-rechtlichen Kriterien	154
iii.	Eigene vermittelnde Ansicht	155
(4)	Die räumliche Dimension der Prüfung der Unterscheidungskraft.....	156
c)	Vergleich der firmenrechtlichen und unternehmenskennzeichenrechtlichen Kriterien	157
(aa)	Strukturelle Übereinstimmung	157
(bb)	Inhaltliche Übereinstimmung?	158
(cc)	Die Handhabung des Maßstabs in der Praxis	159
(1)	Ziel der Untersuchung	159
(2)	Methode der Untersuchung	159
(3)	Die Untersuchung	160
i.	LG München I vom 6. Februar 2007 – „Klingeltöne.de“	160
ii.	OLG Dresden vom 9. Januar 2007 – „deejay.de“	161
iii.	KG vom 13. Juni 2000 – „Toolshop“	162
iv.	LG Hamburg vom 15. September 2008 – „GeoEnergy“	162
v.	OLG München vom 10. Februar 2014 – „hair free“	163
vi.	OLG Hamburg vom 7. März 2002 – „berlin location“	164
vii.	BGH vom 21. Juli 2005 – „Star Entertainment“	165
viii.	LG Frankenthal vom 29. September 2005 – „guenstig.de“	166
ix.	LG Düsseldorf vom 27. September 2002 – „Schuelerhilfe.de“	167
x.	KG vom 26. September 2008 – „europamöbel“	168
(dd)	Zusammenfassendes Untersuchungsergebnis	169
(ee)	Legitimation einer von § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG abweichenden Praxis in § 18 Abs. 1 HGB	170
2.	Der Grundsatz der Firmenwahrheit bzw. das Irreführungsverbot des § 18 Abs. 2 HGB	173
a)	Die Firmenwahrheit als Eintragungshindernis	173
b)	Objektive Eignung zur Irreführung	174
c)	Wesentlichkeitsschwelle des § 18 Abs. 2 HGB	174
(aa)	Die zwei Stoßrichtungen der Wesentlichkeit: der angesprochene Verkehr und die Ermittlung seiner Auffassung	174

(1) Das gesetzgeberische Konzept	174
(2) Der angesprochene Verkehrskreis	175
i. Weiter und engerer Verkehrskreis	175
ii. Der Übergang zum normativen Maßstab zur Ermittlung der Verkehrsauffassung	176
iii. Die Ermittlung der Verkehrsauffassung durch tatsachengestützte Normativbeurteilung	179
(3) Wettbewerbliche Relevanz und normativer Maßstab.....	181
(bb) Auswirkungen des normativen Verständnisses der Irreführungseignung auf die Firmenwahlfreiheit	182
(1) Praktische Konkordanz von Liberalisierung und Verkehrerschutz.....	182
(2) Sachbezug der Sachfirma.....	182
(3) Namen als Firmenkern	184
(cc) Die Veränderung des Maßstabs und das Verhältnis von § 18 Abs. 2 S. 2 HGB zu § 5 UWG	185
3. Firmenunterscheidbarkeit bzw. Firmenausschließlichkeit, § 30 Abs. 1 HGB.....	187
III. Ungeschriebene Eintragungshindernisse.....	188
1. Der Grundsatz der Firmeneinheit.....	188
2. Analoge Anwendung der markenrechtlichen Eintragungshindernisse gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 5 – 13 MarkenG.....	188
3. Bösgläubigkeit.....	188
D. Löschung der Firma aus dem Handelsregister.....	189
I. Erlöschen der Firma.....	189
1. Eintragungspflicht	189
2. Aufgabe der Firma	189
3. Geschäftsaufgabe.....	190
a) Grundregel.....	190
b) Einzelkaufleute	190
c) Personenhandelsgesellschaften.....	190
d) Kapitalgesellschaften, juristische Personen.....	190
4. Absinken auf ein Kleingewerbe.....	191
a) Einzelkaufmann	191
b) Personenhandelsgesellschaften.....	191
c) Kapitalgesellschaften, juristische Personen.....	191
II. Keine Erlöschenstatsbestände: Firmenbeständigkeit und Firmenkontinuität.....	192

1. Erhalt des Goodwills bei Übertragung der Firma	192
2. Die Bindung der Firma an das kaufmännische Unternehmen.....	194
E. Der räumliche Schutzbereich	195
5. Teil Der Schutzzumfang im Firmenrecht und Unternehmenskennzeichenrecht.....	196
1. Abschnitt: Materieller Unternehmenskennzeichenschutz.....	197
A. Überblick	197
B. Der Schutz gegen Verwechslungsgefahr	197
I. Grundsätzliches zu Wortlaut, Historie und Systematik.....	197
II. Einheitlicher Begriff der Verwechslungsgefahr im MarkenG?	198
1. Unterschiedliche Wurzeln der Regelungen.....	198
2. Die Auffassung des BGH	198
3. Meinungsstreit im Schrifttum.....	198
a) Befürworter einer einheitlichen Auslegung	198
b) Befürworter einer nicht einheitlichen Auslegung.....	199
4. Eigene Auffassung.....	199
III. Definition der Verwechslungsgefahr in § 15 Abs. 2 MarkenG	202
IV. Die Arten der Verwechslungsgefahr.....	203
1. Die Verwechslungsgefahr im engeren Sinne	203
2. Die Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne.....	204
V. Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr	205
1. Rechtsfrage	205
2. Die Sicht der angesprochenen Verkehrskreise.....	206
a) Durchschnittsbetrachtung	206
b) Der durchschnittliche Aufmerksamkeitsgrad.....	207
c) Der durchschnittliche Informationsstand.....	208
3. Ermittlung der Verkehrsauffassung.....	208
4. Die Faktoren für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr.....	209
a) Die drei Faktoren in ihrer Wechselwirkung	209
b) Die Kennzeichnungskraft des geschützten Unternehmenskennzeichens	210
(aa) Die Bedeutung der Kennzeichnungskraft.....	210
(bb) Die unterschiedlichen Grade der Kennzeichnungskraft	210
(cc) Mit dem Grad der Kennzeichnungskraft wachsender Schutzbereich	211
(dd) Mit der Schwäche der Kennzeichnungskraft schrumpfender Schutzbereich.....	212

(ee) Die Beurteilung der Kennzeichnungskraft.....	212
(1) Feststellung durch das Verletzungsgericht.....	212
(2) Ausgangspunkt der Betrachtung.....	213
(3) Steigerung der Kennzeichnungskraft.....	214
c) Zeichenähnlichkeit.....	215
(1) Gegenstand der Ähnlichkeitsprüfung.....	215
(2) Zeichenvergleich bzw. Ähnlichkeitsprüfung.....	217
d) Branchennähe.....	219
(1) Die Funktion des Kriteriums.....	219
(2) Definition der Branchennähe.....	220
C. Erweiterter Schutz bekannter Unternehmenskennzeichen als subsidiärer ergänzender Verletzungstatbestand.....	221
I. Bedeutung des erweiterten Schutzes in Abgrenzung zur Verwechslungsgefahr.....	221
1. Legitimation und Anwendungsbereich des erweiterten Schutzes.....	221
2. Der erweiterte Schutz als gegenüber der Verwechslungsgefahr subsidiär.....	224
II. Voraussetzungen des erweiterten Schutzes.....	225
1. Orientierung an der Regelung des erweiterten Schutzes bekannter Marken.....	225
2. Die Voraussetzungen im Einzelnen.....	226
a) Bekanntheit des geschützten Unternehmenskennzeichens.....	226
b) Zeichenähnlichkeit.....	228
c) Die gedankliche Verknüpfung.....	228
d) Erfüllung einer Tatbestandsalternative.....	229
(aa) Die Ausnutzung der Wertschätzung („ <i>Rufausbeutung</i> “).....	230
(bb) Ausnutzung der Unterscheidungskraft („ <i>Aufmerksamkeitsausbeutung</i> “).....	232
(cc) Beeinträchtigung der Wertschätzung („ <i>Rufbeeinträchtigung</i> “).....	233
(dd) Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft („ <i>Verwässerung</i> “).....	233
e) Unlauterkeit.....	235
(aa) Indizwirkung der Tatbestandserfüllung für die Unlauterkeit...	235
(bb) Mögliche Rechtfertigungsgründe.....	235
(1) Vergleichende Werbung.....	235
(2) Unvermeidbarkeit der Tatbestandserfüllung.....	236
(3) Grundrechte.....	236

D. Überblick über die Rechtsfolgen bei Verletzung.....	237
I. Der Unterlassungsanspruch.....	238
1. Allgemeines	238
2. Wiederholungsgefahr.....	238
3. Erstbegehungsgefahr.....	239
4. Reichweite des Unterlassungsanspruchs	240
5. Aktivlegitimation	241
6. Passivlegitimation	241
a) Täter und Teilnehmer	241
b) Störer.....	241
II. Allgemeiner Beseitigungsanspruch.....	242
III. Anspruch auf Löschung einer rechtsverletzenden Marke	243
IV. Schadensersatzanspruch.....	243
1. Verschulden als Voraussetzung des Schadensanspruchs	243
2. Inhalt des Schadensersatzanspruchs	244
a) Rechtsfolgenverweisung	244
b) Konkrete Schadensberechnung	244
c) Verletzergewinn.....	245
d) Lizenzanalogie.....	247
V. Auskunftsansprüche.....	247
1. Der unselbständige Anspruch auf Auskunft nach § 242 BGB.....	247
2. Der selbständige Auskunftsanspruch nach § 19 MarkenG (Drittauskunft)	248
2. Abschnitt: HGB-Firmenrecht	250
A. Schutzzumfang (§ 30 Abs. 1 HGB)	250
I. Firmenunterscheidbarkeit (Firmenausschließlichkeit)	250
II. Das Verhältnis von Firmenunterscheidbarkeit und Verwechslungsgefahr.....	250
1. Ausgangspunkt der Diskussion.....	250
2. Meinungsstand.....	251
a) Die heute überwiegende Auffassung.....	251
b) Die traditionelle Auffassung.....	251
c) Die vermittelnde Auffassung <i>Burgards</i>	252
3. Auseinandersetzung mit dem Meinungsstand und Stellungnahme	252
a) Gang der Darstellung	252
b) Ausgangspunkt.....	253

c)	Beurteilungsgegenstand.....	254
(aa)	Konzentration auf den schlagwortartigen Bestandteil im materiellen Kennzeichenrecht.....	254
(bb)	Die Handhabung im formellen Firmenrecht.....	255
(1)	Betrachtung der Firma in ihrer eingetragenen Gestalt mit allen Bestandteilen.....	255
(2)	Besondere Berücksichtigung einzelner Elemente?.....	256
(3)	Kein Bestandteilsschutz im formellen Firmenrecht	257
d)	Beurteilungshorizont.....	258
e)	Die kennzeichenrechtlichen Kriterien der Verwechslungsgefahr und ihre Nicht-Anwendbarkeit auf die registerrechtliche Unterscheidbarkeit nach § 30 Abs. 1 HGB	259
(aa)	Kennzeichenrechtliche Zeichenähnlichkeit als Kriterium der registerrechtlichen Unterscheidbarkeit?.....	259
(1)	Zeichenähnlichkeit als gemeinsames Konzept	259
(2)	Unterschiedliche Zielrichtung.....	260
(3)	Unterschiedliche Handhabung.....	261
i.	Tätigkeitsbeschreibungen.....	261
ii.	Ortsangaben.....	261
iii.	Vornamen.....	262
iv.	Ordnungszahlen	262
v.	Rechtsformzusätze.....	263
(bb)	Branchennähe als Kriterium der registerrechtlichen Unterscheidbarkeit?	263
(cc)	Kennzeichnungskraft als Kriterium der registerrechtlichen Unterscheidbarkeit?	264
f)	Gibt es eine „ <i>Unterscheidbarkeit im weiteren Sinne</i> “ bei § 30 Abs. 1 HGB?.....	265
4.	Zusammenfassung	267
B.	Erweiterter Schutz der bekannten Firma?	268
C.	Anwendung des HGB-Firmenrechts durch die Registergerichte von Amts wegen.....	268
D.	§ 37 Abs. 2 HGB als individuelle Rechtsbehelf	269
I.	Rechtsnatur.....	269
II.	Voraussetzungen und praktische Anwendung	269
1.	Rechtsverletzung	269
a)	Verletzung echter „ <i>Rechte</i> “	269
(aa)	Verletzung des Firmenrechts	270
(bb)	Verletzung des Namensrechts	270

(cc) Verletzung sonstiger Kennzeichenrechte.....	271
(dd) Verletzung sonstiger absoluter Rechte	271
b) Verletzung rechtlich geschützter Interessen.....	271
c) Ergebnis	273
2. Rechtsfolgen.....	273
6. Teil Zusammenfassung der Ergebnisse.....	275
Verzeichnis der zitierten Literatur.....	281

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
ALR	Allgemeines Landrecht
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BayObLGZ	Sammlung des BayObLG in Zivilsachen
BB	Betriebs Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung (ein Online-Angebot des C.H. Beck-Verlages)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch

BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BPatG	Bundespatentgericht
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache (Wahlperiode/Nummer)
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
bzw.	beziehungsweise
C.	Codex Iustinianus
d. h.	das heißt
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DPMA	Deutsches Patent- und Markenamt
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
EG	Europäische Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUIPO	Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum
ff.	folgende (Plural)
FGPrax	Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Zeitschrift)
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls

GK	Großkommentar
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil (Zeitschrift)
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
h.M.	herrschende Meinung
HABM	Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle)
HGB	Handelsgesetzbuch
HR	Handelsregister
HRV	Handelsregisterverordnung
i.d.R.	in der Regel
i.S.d.	im Sinne des/im Sinne der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
LG	Landgericht
lit.	litera, litera
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MarkenG	Markengesetz

MarkenR	Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Kennzeichenrecht
MarkenRL	Erste Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken 89/104/EG
MittBayNot	Mitteilungen des Bayrischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern (Zeitschrift)
MMR	Multimedia und Recht Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht
MSchG	Österreichisches Markengesetz / Eidgenössisches Markengesetz [Deutsches] Gesetz über [den] Markenschutz vom 30. November 1874
MüKo	Münchener Kommentar
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJWE-WettbR	NJW-Entscheidungsdienst Wettbewerbsrecht (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OLG-NL	OLG-Rechtsprechung Neue Länder
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
öUWG	österreichisches Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
PrPG	Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

RheinArch	Rheinisches Archiv für Zivil- und Strafrecht. Vorgänger: Archiv für das Zivil- und Kriminalrecht der Königlich-Preussischen Rheinprovinzen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer, Randnummer
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
Rpfleger	Der Rechtspfleger (Zeitschrift)
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz/Seite
sog.	sogenannte
StriethArch	Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Ober-Tribunals gelangt sind
Tz.	Textziffer
u.U.	unter Umständen
UMV	Unionsmarkenverordnung
Urt.	Urteil
UW	Unlauterer Wettbewerb (Zeitschrift, später MuW)
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Vorb.	Vorbemerkung
WBezG	Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894
WZG	Warenzeichengesetz
ZGE	Zeitschrift für geistiges Eigentum

ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Im Übrigen vgl. *Hildebert Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage 2018

1. Teil

Einleitung

1. Abschnitt: Problemeinführung

Das formelle Firmenrecht ist im HGB in den §§ 17 ff. geregelt und bestimmt, unter welchen Voraussetzungen eine Firma eingetragen werden kann und welchen Abstand eine neu einzutragende Firma von einer bereits vorhandenen Firma zu wahren hat. Das materielle Unternehmenskennzeichenrecht ist im MarkenG in den §§ 5, 15 geregelt und bestimmt, welche Kennzeichen unter welchen Voraussetzungen einen materiellen Schutz erhalten und wie weit dieser reicht.

Beide Rechtsmaterien stehen auf den ersten Blick weitgehend unverbunden nebeneinander. § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 2 MarkenG ist nur zu entnehmen, dass die Firma als Unternehmenskennzeichen und damit als geschäftliche Bezeichnung gemäß §§ 5 Abs. 1, 15 Abs. 1 MarkenG geschützt ist, und zwar gemäß § 15 Abs. 2 MarkenG gegen Verwechslungsgefahr und, wenn die Firma bekannt ist, auch nach Maßgabe des erweiterten Schutzes gemäß § 15 Abs. 3 MarkenG.

Die Handelsrechtsreform von 1998 hatte zum Ziel, die Anforderungen an die Eintragbarkeit von Firmen den Voraussetzungen des materiellen Kennzeichenschutzes in gewisser Weise anzugleichen. Seither schreibt § 18 Abs. 1 HGB vor, dass eine Firma „zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen“ muss. Sonst trägt das Registergericht die Firma nicht ein. Von der herrschenden Meinung wird diese Tatbestandsvoraussetzung im Ergebnis als „*namensmäßige Unterscheidungskraft*“ verstanden. Denn die Kennzeichnungseignung zielt in erster Linie darauf, dass die Firma als Name geeignet sein und wie ein Name wirken muss.¹ Die Unterscheidungskraft ist gesetzliches Tatbestandsmerkmal und erfordert, dass die Firma geeignet ist, bei Lesern und Hörern die Assoziation mit einem ganz bestimmten Kaufmann und seinem Unternehmen zu wecken und ihn von anderen zu unterscheiden.²

Der Begriff der „*namensmäßigen Unterscheidungskraft*“ wird zwar als feststehender Begriff in der handelsrechtlichen Literatur kaum verwendet. Der Sache nach lassen sich die Anforderungen aber durchaus in dieser Formel zusammenfassen. Mit den Erfordernissen der Unterscheidungskraft und der namensmäßigen Wirkung stellt das HGB auf Kriterien

¹ Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 8; MüKo-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 9; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, § 18, Rn. 3.

² Baumbach/Hopt/Hopt, § 18 HGB, Rn. 5; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth § 18 HGB, Rn. 4.

ab, die im Markenrecht zentrale Bedeutung haben, nämlich für den Schutz des Unternehmenskennzeichens mit Namensfunktion gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 MarkenG.³ Es war eines der Ziele der Handelsrechtsreform von 1998, das als insbesondere im europäischen Vergleich verknöchert und rückständig empfundene formelle Firmenrecht, das im Kern noch auf das ADHGB von 1861 zurückging, zu modernisieren und neuen, in anderen Ländern Europas längst auch im Firmenrecht akzeptierten Kennzeichnungsgewohnheiten anzupassen.⁴ Der Zwang zur Bildung einer Personenfirma für Einzelkaufleute und Personenhandelsgesellschaften wurde aufgehoben und der Weg frei gemacht für die Bildung von Fantasiefirmen.⁵ Es war die Absicht des Gesetzgebers, allen Kaufleuten Möglichkeiten zur Firmenwahl zu geben, wie sie seit jeher für die Bildung von Marken und anderen Unternehmenskennzeichen zur Verfügung standen. Insbesondere sollten Kaufleute in die Lage versetzt werden, werbewirksame Fantasiezeichen zu bilden.⁶ Die Voraussetzungen der formellen Eintragung einer Firma sollte nach dem Willen des Gesetzgebers den Voraussetzungen für den materiellen Schutz von Unternehmenskennzeichen gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG) angeglichen werden.⁷ Damit stand dem Gesetzgeber ein Gleichlauf des Begriffs der Unterscheidungskraft in § 18 Abs. 1 HGB mit dem Schutz der Unternehmenskennzeichen vor Augen.⁸

Dennoch werden heute auffällig viele Firmen, vor allem Sachfirmen, eingetragen, deren „*namensmäßige Unterscheidungskraft*“ zweifelhaft ist. Ob diese Zweifel berechtigt sind, hängt von dem Maßstab ab, an dem diese Firmen zu messen sind. Betrachtet man die Eintragungspraxis der Registergerichte einerseits und die Entscheidungspraxis der Verletzungsgerichte andererseits und nimmt man zusätzlich noch die Eintragungspraxis von DPMA und BPatG in den Blick, fällt auf, dass Firmen den Weg ins Handelsregister finden, denen eine Eintragung als Marke oder ein materieller Schutz als Unternehmenskennzeichen versagt wird.

So ist etwa die Firma „*Naturstrom Aktiengesellschaft*“ eingetragen beim AG Düsseldorf (HRB Nr. 36544), die Wortmarkenanmeldung „*naturstrom*“ Nr. DE39905764 wurde aber

³ Umfassend *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5.

⁴ *Roth*, S. 31 ff.

⁵ *Schmidt*, NJW 1998, 2161 (2167).

⁶ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 35).

⁷ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 35).

⁸ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 69.

als nicht unterscheidungskräftig zurückgewiesen⁹ und auch der Firmenbestandteil „*Naturstrom*“ genießt wohl keinen materiellen Schutz.¹⁰

Die Diskrepanz in der Rechtspraxis wirft die Frage auf, ob die Registergerichte zu großzügig oder die Verletzungsgerichte zu streng sind oder ob von Gesetzes wegen in beiden Feldern eben doch kein einheitlicher Maßstab gilt.

Überhaupt macht sich in der Beratungspraxis eine gewisse Unsicherheit bemerkbar, wenn es darum geht, die Grenzen und Möglichkeiten des materiellen Unternehmenskennzeichenrechts einerseits und des formellen Firmenrechts andererseits auszuloten. Experten für Handels- und Gesellschaftsrecht haben häufig geringe Erfahrung im MarkenG. Und auch versierte Markenrechtler tun sich schwer mit der spröden Materie des formellen Firmenrechts.

In der Kommentarliteratur und der Rechtsprechung zum HGB gewinnen Konzepte und Vorstellungen aus dem materiellen Kennzeichenrecht immer mehr Bedeutung. Dabei herrscht die Vorstellung vor, dass man sowohl bei der Betrachtung der Eintragungsfähigkeit als auch bei der Bemessung des Abstands, der gemäß § 30 Abs. 1 HGB von einer jüngeren Firma am selben Ort einzuhalten ist, im materiellen Kennzeichenrecht verankerte Rechtsfiguren übernehmen kann. Dies gilt auch für die Verwechslungsgefahr, deren Beurteilung und Reichweite von der ganz überwiegenden Auffassung in den § 30 Abs. 1 HGB übertragen wird.¹¹

Dabei wird kaum je gefragt, ob ein solches Vorgehen praktikabel, sinnvoll, legitim und geboten ist. Und vergleicht man die Rechtspraxis in beiden Bereichen, fallen deutliche Unterschiede ins Auge, deren Sinnhaftigkeit und Legitimität wiederum fraglich sind.

2. Abschnitt: Zielsetzung

Diese Untersuchung hat sich zum Ziel gesetzt, im Lichte der historischen Entwicklung, der Zwecksetzung und der Grundgedanken der jeweiligen Rechtsinstitute Unterschiede und Gemeinsamkeiten herauszuarbeiten und auf ihre Stimmigkeit zu überprüfen. Dabei wurde besonderer Wert auf die Praxis gelegt. Deshalb enthält diese Arbeit eine Untersuchung über die Eintragungsfähigkeit von Firmen und ihre Schutzfähigkeit als Unternehmenskennzeichen, die alle greifbaren veröffentlichten Fälle abdeckt, in denen eine nach neuem Recht eingetragene Firma auf den Prüfstand der Verletzungsgerichte gestellt wurde. Diese

⁹ Vgl. BPatG, Beschl. v. 15.04.2015, Az. 24 W (pat) 52/14 – Naturstrom.

¹⁰ Vgl. *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 69.

¹¹ Nachweise in Fn. 1587.

Untersuchung ist aufgrund des begrenzten Fallmaterials nicht besonders umfangreich, erlaubt aber dennoch Rückschlüsse auf eine unterschiedliche Handhabung. Diese mag auf den ersten Blick zwar nur Details betreffen, zeigt aber doch grundlegende Wertungsunterschiede auf, die in der unterschiedlichen Zielrichtung beider Rechtsmaterien bedingt sind.

Ausgangspunkt der Untersuchung ist eine Gegenüberstellung des formellen Firmenrechts des HGB und des materiellen Unternehmenskennzeichenrechts des MarkenG in ihren Grundzügen, wobei beide Materien als zwei parallele und grundsätzlich unabhängig voneinander bestehende Systeme dargestellt werden. Sodann wird in einer überblicksartigen geschichtlichen Darstellung geschildert, wie es zur Entwicklung dieser beiden parallelen Systeme gekommen ist und welche Tendenzen der Konvergenz die Handelsrechtsreform von 1998 mit sich gebracht hat. Kern der Untersuchung sind die beiden Teile „*Schutzentstehung*“ und „*Schutzumfang*“. Sie sind wiederum jeweils zweigeteilt und versuchen, in einer synoptisch ausgerichteten Darstellung beide Rechtsinstitute so darzustellen, dass ihre Gemeinsamkeiten und Unterschiede erkennbar werden. Den Abschluss bildet eine Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse.

Als Weg hin zu einer Lösung werden die Funktionen des formellen Firmenrechts – Identifikation und Unterscheidung von Kaufleuten im öffentlichen Interesse, wenn auch unter Bedachtnahme auf die wirtschaftlichen Belange des Kaufmanns – und die Funktionen des materiellen Unternehmenskennzeichenschutzes – Identifikation und Unterscheidung sowie Schutz des Goodwills in erster Linie im Interesse des Unternehmers – herausgearbeitet und einander gegenübergestellt. In die Betrachtung einbezogen werden auch zwingende Allgemeininteressen, die der Eintragung der Firma bzw. der materiellen Schutzgewährung als Unternehmenskennzeichen entgegenstehen können.

3. Abschnitt: Forschungsstand

Es lässt sich nicht sagen, dass die Thematik im Schrifttum überhaupt nicht behandelt wurde. Aus den gängigen Kommentierungen zu §§ 17 ff. HGB ist etwa die Kommentierung von *Burgard* in der 5. Auflage des Großkommentars Staub aus dem Jahr 2009 zu nennen. Sie überträgt die Begrifflichkeiten des Marken- und Kennzeichenrechts in die Normanwendung des § 18 Abs. 1 HGB hinein und zitiert unterschiedslos Rechtsprechung zum materiellen Unternehmenskennzeichenschutz nach § 16 Abs. 1 UWG von 1909 und

§ 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG nebeneinander.¹² Der Ansatz ist von einem Bestreben nach Einheitlichkeit in der formellen wie materiellen Beurteilung geprägt, setzt sich aber mit der tatsächlichen Handhabung in der Praxis und den auftretenden Unterschieden nicht auseinander. Bei der Frage, ob zwischen dem Begriff der Verwechslungsgefahr in § 15 Abs. 2 MarkenG einerseits und der deutlichen Unterscheidbarkeit gemäß § 30 Abs. 1 HGB ebenfalls ein Gleichlauf besteht, nimmt die Kommentierung eine differenzierende Haltung ein. Sie erkennt innerhalb des § 30 Abs. 1 HGB die Rechtsfigur einer Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne nicht an.¹³ Damit hebt sie sich von der heute herrschenden Ansicht in der Literatur ab, die einen kompletten Gleichlauf fordert (eingehend dazu S. 251 f.). Eine ausführliche dogmatische Begründung hierfür wird jedoch in der Kommentierung von *Burgard* nicht gegeben.

Die Arbeit von *Lamsa*, *Die Firma der Auslandsgesellschaft* (2011), setzt sich insbesondere unter dem Aspekt fremdsprachlicher und fremdartiger Firmenbildung mit dem Begriff der namensmäßigen Unterscheidungskraft auseinander und lässt hierzu auch materielle Kriterien des Markenrechts und des Unionsmarkenrechts (absolute Eintragungshindernisse) einfließen. *Lamsa* schlägt vor, die namensmäßige Unterscheidungskraft i.S.d. § 18 Abs. 1 HGB (Eignung zur Kennzeichnung einerseits und Unterscheidungskraft andererseits) mit der von Art. 7 Absatz 1 lit. b) UMV geforderten Unterscheidungskraft von Marken als „*ein für alle Kennzeichen verallgemeinerungsfähiges Prinzip*“ gleichzusetzen.¹⁴ Der Schwerpunkt der Arbeit von *Lamsa* liegt aber auf anderen Gebieten und insbesondere nicht auf einem Vergleich von materiellem Unternehmenskennzeichenschutz und formellem Firmenrecht. Zudem nimmt der Ansatz von *Lamsa* keine Rücksicht auf die unterschiedlichen Funktionen von Marken und Firmen.

Das soeben in neuer, 4. Auflage erschienene Handbuch von *Goldmann*, *Unternehmenskennzeichen* (2018), spricht die Problematik zwar klar an und kritisiert die „*zu großzügige*“ Praxis der Registergerichte im Vergleich zu den Verletzungsgerichten, liefert aber darüber hinaus keinen Beitrag zur Vertiefung.¹⁵ *Goldmann* arbeitet auch nicht klar heraus, ob trotz des Bemühens um Einheit doch im Ergebnis zwei unterschiedliche Maßstäbe gelten, oder ob ein einheitlicher Maßstab nur unterschiedlich gehandhabt wird.

¹² Staub/*Burgard*, § 18 HGB, Rn. 26 f.

¹³ Staub/*Burgard*, § 30 HGB, Rn. 25.

¹⁴ *Lamsa*, S. 302 f.

¹⁵ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 68.

Das Themenfeld ist einerseits eingegrenzt und – etwa durch die genannten Veröffentlichungen – in gewisser Weise abgesteckt, aber noch nicht ausführlich und vor allem nicht mit Blick auf die Praxis der Register- und Verletzungsgerichte untersucht worden. Dies ist Gegenstand dieser Arbeit.

2. Teil

HGB-Firmenrecht und materielles Kennzeichenrecht des MarkenG als zwei parallele und grundsätzlich unabhängig voneinander bestehende Systeme

1. Abschnitt: Vielfalt von Normen und Regelungsgegenständen

Die Rechtsordnung regelt das Recht der Firma und das Recht der Unternehmenskennzeichen nicht einheitlich in einem einzigen Gesetz. Stattdessen besteht auch nach der Markenrechtsreform von 1995 eine ähnliche Vielfalt von Normen und Regelungsgegenständen, wie sie vor der Reform bestanden hatte und heftig kritisiert worden war.¹⁶ Zwar ist der materielle Schutz der gewerblichen Kennzeichen heute nicht mehr in zwei Gesetzen, also WZG und UWG geregelt, sondern in einem einzigen Gesetz, nämlich dem MarkenG. Dies stellt aber keine inhaltliche Vereinheitlichung, sondern nur eine äußere Zusammenfassung dar (dazu S. 26 und S. 64).¹⁷ Außerdem tritt – jedenfalls subsidiär – daneben noch immer der bürgerlich-rechtliche Namensschutz (näher dazu S. 10 f.).

Das formelle Firmenrecht (verstanden als die registerrechtlichen Regelungen des formellen Firmenrechts zur Firmenbildung, -änderung, -eintragung und Firmenführung)¹⁸ ist nach wie vor im HGB geregelt. Zwar hat das formelle Firmenrecht eine gewisse Angleichung an das materielle Firmenrecht (verstanden als die namens- und kennzeichenrechtlichen Regelungen des materiellen Unternehmenskennzeichenrechts zum Schutz der Firma)¹⁹ erfahren. In der praktischen Handhabung zeigen sich aber – wie diese Arbeit darlegen wird – beachtliche Differenzen.²⁰

¹⁶ *Baumbach*, § 16 UWG, Anm. 1 B: „... Flickarbeit der Gesetzgebung ... Nie hat der Gesetzgeber es für nötig befunden, sich den inneren Zusammenhang der Vorschriften des Namens-, Firmen-, Zeichen-, Ausstattungs- und allgemeinen Wettbewerbsrechts klarzumachen“; ganz ähnlich noch *Baumbach/Hefermehl*, § 16 UWG, Rn. 4; *Rosenthal*, § 16 UWG, Vorwort zur 6. Auflage; *Gloy/Schultz-Süchting*, § 55, Rn. 1: „Die gesetzliche Regelung des Kennzeichenrechts leidet darunter, daß die einzelnen Kennzeichnungsmittel in verschiedenen Gesetzen geregelt und die gesetzlichen Regelungen nicht immer klar aufeinander abgestimmt sind“.

¹⁷ Amtliche Begründung zum Markenrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 12/6581, S. 55, 67).

¹⁸ BGH, Urt. v. 01.06.1979, Az. I ZR 48/77 – Hausbau Ulm; v. *Gamm*, in: FS Stimpel, S. 1007 (1008); *ders.*, Wettbewerbsrecht, Kapitel 55, Rn. 7 ff.; *Ingerl/Rohnke*, Nach §15 MarkenG, Rn. 251; *Pöpel*, S. 16; *Steinbeck*, in: FS Horn, S. 589 (592).

¹⁹ BGH, Urt. v. 01.06.1979, Az. I ZR 48/77 – Hausbau Ulm; v. *Gamm*, in: FS Stimpel, S. 1007 (1008); *ders.*, Wettbewerbsrecht, Kapitel 55, Rn. 7 ff.; *Ingerl/Rohnke*, Nach §15 MarkenG, Rn. 251; *Pöpel*, S. 18; *Steinbeck*, in: FS Horn, S. 589 (592).

²⁰ Vgl. zur Unterscheidung von formellem Firmenrecht und materiellem Kennzeichenrecht an der Firma auch *Ingerl/Rohnke*, Nach § 15 MarkenG, Rn. 251.

A. Überblick über die gesetzliche Regelung

Das HGB enthält in §§ 17 ff. HGB formelle Vorschriften zur Bedeutung, Bildung, Eintragung, Führung, Aufrechterhaltung und Übertragung der Firma eines Kaufmanns. Die gesetzlichen Grundanforderungen an die Firma enthält § 18 HGB. Eine Firma muss zum einen sowohl zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein, als auch Unterscheidungskraft besitzen (§ 18 Abs. 1 HGB). Sie darf zum anderen nicht zur Irreführung geeignet sein (§ 18 Abs. 2 HGB). Diese grundlegende Vorschrift über die Bildung der Firma wird durch den in § 30 HGB geregelten Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit bzw. Firmenausschließlichkeit ergänzt. Beide Vorschriften zusammen machen in der Systematik des Firmenbildungsrechts deren „*allgemeinen Teil*“ aus.²¹

Das MarkenG regelt in § 5 Abs. 1 und 2 S. 1 Fall 2 und § 15 Abs. 1 – 3 deren materiellen Schutz als Immaterialgüterrecht, nämlich als Unternehmenskennzeichen, also als eine geschäftliche Bezeichnung. Das MarkenG bleibt dabei aber nicht stehen. Es billigt den Schutz als Unternehmenskennzeichen auch noch weiteren Zeichenarten zu, auf die das HGB nicht eingeht. Dies sind der Name des Nichtkaufmanns (§ 5 Abs. 2 S. 1 Fall 1 MarkenG), die besondere Geschäftsbezeichnung (§ 5 Abs. 2 S. 1 Fall 3 MarkenG), das Geschäftsabzeichen (§ 5 Abs. 2 S. 2 Fall 1 MarkenG) und alle weiteren betrieblichen Unterscheidungszeichen (§ 5 Abs. 2 S. 2 Fall 2 MarkenG). In §§ 5 Abs. 3, 15 Abs. 1 – 3 MarkenG ist als weitere Form der geschäftlichen Bezeichnung der Schutz des Werktitels geregelt. Auf ihn wird im Rahmen dieser Untersuchung nicht eingegangen.²²

Ergänzt wird das Recht der Firma durch den bürgerlich-rechtlichen Namensschutz gemäß § 12 BGB.

Selbständig neben die HGB-Normen und §§ 5 und 15 MarkenG treten die Vorschriften über eingetragene Marken und Benutzungsmarken der §§ 4, 8, 14 MarkenG.

Hinzu kommt die Regelung des § 5 Abs. 2 UWG, die Verbraucher vor Irreführung durch Kennzeichen schützen soll.

²¹ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 18 HGB, Rn. 1.

²² Hierzu ausführlich *Baronikians*, Der Schutz des Werktitels, 2. Aufl. 2015.

B. Das formelle Firmenrecht und der materielle Unternehmenskennzeichenschutz

I. Die formelle Regelung des Rechts der Firmen im HGB

§ 17 HGB definiert die Firma als den Namen des Kaufmanns, unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt (§ 17 Abs. 1 HGB) sowie klagt und verklagt werden kann (§ 17 Abs. 2 HGB).

Nach § 30 Abs. 1 HGB muss sich jede neue Firma von allen anderen am selben Ort oder in derselben Gemeinde bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden. Der Firmenunterscheidbarkeit bzw. Firmenausschließlichkeit dienen auch § 30 Abs. 2 und 3 HGB. § 30 Abs. 2 HGB bestimmt, dass bei Kaufleuten mit dem gleichen Vornamen und dem gleichen Familiennamen, die beide ihren bürgerlichen Namen auch als Firma nutzen, ein unterscheidungskräftiger Zusatz in die neue Firma aufgenommen werden muss. Gemäß § 30 Abs. 3 HGB muss sich die Firma einer Zweigniederlassung eines an einem anderen Ort niedergelassenen Kaufmanns von einer an dem Ort oder der Gemeinde der Zweigniederlassung bereits eingetragenen Firma deutlich unterscheiden. Das Bestehen einer Firma schließt die Eintragung einer gleichlautenden jüngeren Firma aus („*Firmenausschließlichkeit*“).

Die Einhaltung der Regelungen über die Firmierung in den §§ 17 ff. HGB wird durch § 37 HGB sichergestellt. Das Firmenmissbrauchsverfahren nach § 37 Abs. 1 HGB ermöglicht im öffentlichen Interesse ein Einschreiten des Registergerichts von Amts wegen gegen unzulässigen Firmengebrauch. § 37 Abs. 2 HGB eröffnet betroffenen Dritten ein Klagerecht zur Beseitigung einer rechtswidrigen Firmierung.²³

II. Der materielle Unternehmenskennzeichenschutz des MarkenG in §§ 5, 15

Der materielle Schutz der Firma und der anderen Unternehmenskennzeichen als Immaterialgüterrecht wird in §§ 5, 15 MarkenG geregelt. Hier ist der Schutz der geschäftlichen Bezeichnungen verankert. Als geschäftliche Bezeichnungen geschützt sind gemäß § 5 Abs. 1 MarkenG die Unternehmenskennzeichen und der Werktitel. Eine nähere Regelung der Unternehmenskennzeichen findet sich in § 5 Abs. 2 MarkenG. Hier werden die Kennzeichen mit Namensfunktion in S. 1 (Name, Firma, besondere Geschäftsbezeichnung) unterschieden von den Geschäftsabzeichen und sonstigen Kennzeichen, die gemäß S. 2 nur aufgrund von Verkehrsgeltung Schutz genießen. Der Umfang des Schutzes der

²³ BGH, GRUR 1970, 320 (322) – Doktorfirma.

Unternehmenskennzeichen ist nicht in § 5 MarkenG, sondern in § 15 MarkenG geregelt. Diese zentrale Norm des Rechts der geschäftlichen Bezeichnung²⁴ stellt zunächst klar, dass das Recht an einer geschäftlichen Bezeichnung ein Ausschließlichkeitsrecht und damit ein subjektives absolutes Recht gewährt (Abs. 1).²⁵ Dem Inhaber einer jeden geschäftlichen Bezeichnung billigt sie einen Schutz gegen Verwechslungsgefahr (Abs. 2) und dem Inhaber einer bekannten geschäftlichen Bezeichnung den erweiterten Schutz gegen unlautere Ausbeutung und Beeinträchtigung ihrer Wertschätzung oder Unterscheidungskraft zu (Abs. 3). Als Rechtsfolge normiert § 15 Abs. 4 MarkenG einen verschuldensunabhängigen Unterlassungsanspruch und § 15 Abs. 5 MarkenG einen verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch.

Gerade im Vergleich zur Regelung des Schutzes eingetragener Marken (näher dazu S. 11 ff.) fällt auf, dass Schutzvoraussetzungen und Schutzhindernisse der Unternehmenskennzeichen nicht gesetzlich geregelt sind. Sie ergeben sich aber aus Sinn und Zweck des Rechtsinstituts (dazu unten S. 83).

C. Weitere kennzeichenbezogene Regelungen außerhalb des Untersuchungsgegenstandes

I. Namensschutz des § 12 BGB

Neben den sich mit der Firma nach §§ 17 ff. HGB und den sich mit den Unternehmenskennzeichen nach § 5 MarkenG befassenden Vorschriften steht § 12 BGB. Für nicht im geschäftlichen Verkehr benutzte Firmen vermittelt § 12 BGB ohne Weiteres einen Namensschutz, da der bürgerlich-rechtliche Namensschutz unabhängig von der Benutzung im geschäftlichen Verkehr ist und jeder Firma zugute kommt.²⁶ Nach der Rechtsprechung steht der bürgerlich-rechtliche Namensschutz aber auch solchen Firmen zur Verfügung, die im geschäftlichen Verkehr benutzt werden und die deshalb gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 2 MarkenG einen Schutz als Unternehmenskennzeichen genießen. § 12 BGB bleibt für solche Firmen in gewissem, wenn auch im Einzelnen strittigen,²⁷ Umfang weiterhin neben §§ 5 und 15 MarkenG anwendbar.²⁸

²⁴ Fezer, § 15 MarkenG, Rn. 1.

²⁵ BGH, GRUR 1995, 825 (828) – Torres; Ingerl/Rohnke, § 15 MarkenG, Rn. 5.

²⁶ Vgl. zum Namensschutz als eine *Art Generalklausel des Kennzeichenrechts* die Ausführungen und Nachweise auf S. 47 f.

²⁷ Krit. Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 16, Rn. 11 ff.

²⁸ BGH, GRUR 2002, 622 (623) – shell.de; BGH, GRUR 2005, 430 (431) – mho.de; BGH, GRUR 2012, 304 (305 f.), Tz. 32 – Basler Haar-Kosmetik.

Als Rechtsfolge sieht § 12 S. 1 BGB einen Beseitigungsanspruch vor, der gemäß § 12 S. 2 BGB für den Fall der Wiederholungsgefahr von einem Unterlassungsanspruch ergänzt wird. Ein Schadensersatzanspruch ergibt sich bei schuldhafter Verletzung aus § 823 Abs. 1 Fall 6 BGB (sonstiges Recht).²⁹

II. Schutz der Marke nach §§ 4, 8, 14 MarkenG

Neben dem materiellen Schutz des Unternehmenskennzeichens nach §§ 5, 15 MarkenG tritt der Markenschutz. Nach § 4 MarkenG entsteht Markenschutz durch Eintragung (Abs. 1), Verkehrsgeltung (Abs. 2) oder notorische Bekanntheit (Abs. 3). Gemäß § 3 Abs. 1 MarkenG können alle Zeichen, insbesondere Wörter, einschließlich Personennamen geschützt werden. Hiermit steht auch der Firma als Personennamen des Kaufmanns ein Markenschutz grundsätzlich offen. Weitere Zeichenformen sind Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, Hörzeichen, dreidimensionale Gestaltungen einschließlich der Form einer Ware oder ihrer Verpackung sowie sonstige Aufmachungen einschließlich Farben und Farbzusammenstellungen. Bestimmte Zeichen sind gemäß § 3 Abs. 2 MarkenG im öffentlichen Interesse vom Schutz als Marke ausgeschlossen. Dies sind Zeichen, die ausschließlich aus einer Form bestehen, die durch die Art der Ware selbst bedingt ist (Nr. 1), die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist (Nr. 2) oder die der Ware einen wesentlichen Wert verleiht (Nr. 3). Die Vorschrift soll im Sinne eines absoluten Schutzhindernisses die dauerhafte Monopolisierung von Formgebungen verhindern, die einem zeitlich begrenzten Schutz durch technische Schutzrechte³⁰ oder das Design- oder Urheberrecht³¹ zugänglich sind.³² Für den Schutz der Firma als Marke hat sie keine Relevanz.

Die Voraussetzungen für die Eintragung einer Marke, der kein absolutes Schutzhindernis entgegensteht, sind detailliert in § 8 MarkenG geregelt. Man spricht auch von absoluten Eintragungshindernissen.³³ Soweit ein Zeichen nicht grafisch darstellbar ist, kann es nach § 8 Abs. 1 MarkenG nicht eingetragen werden. Als zentrale Vorschrift der materiellen Schutzfähigkeitsprüfung schränkt damit § 8 MarkenG den zunächst sehr weiten Bereich der schutzfähigen Zeichen wieder ein.³⁴

²⁹ OLG München, GRUR 2002, 453 – Gesetzessammlung; OLG Hamburg, GRUR-RR 2010, 208 (210) – Stadtwerke Uetersen.de; RGRK/Krüger-Nieland, § 12 BGB, Rn. 104; MüKo-BGB/Säcker, § 12 BGB, Rn. 166; RGRK/Steffen, § 823 BGB, Rn. 34; MüKo-BGB/Wagner, § 823 BGB, Rn. 367.

³⁰ EuGH, GRUR 2002, 804 (809), Tz. 78 – Philips/Remington.

³¹ EuGH, GRUR 2014, 1097 (1098), Tz. 19 – Hauck/Stokke.

³² Ingerl/Rohnke, § 3 MarkenG, Rn. 40; Kur/v. Bomhard/Albrecht/Kur, § 3 MarkenG, Rn. 48 f.

³³ Ingerl/Rohnke, § 8 MarkenG, Rn. 1; Ströbele, GRUR 2001, 658 ff.

³⁴ Ingerl/Rohnke, § 8 MarkenG, Rn. 1.

Die absoluten Eintragungshindernisse knüpfen zum Teil an der Eignung als unterscheidender betrieblicher Herkunftshinweis an (fehlende Unterscheidungskraft gemäß Nr. 1, Eignung zur Beschreibung gemäß Nr. 2 und Sprachüblichkeit gemäß Nr. 3). Diese Eintragungshindernisse können durch den Erwerb von Verkehrsdurchsetzung überwunden werden und die Marke dennoch eingetragen werden (Abs. 3). Zum Teil beziehen sich die absoluten Eintragungshindernisse aber auch auf öffentliche Interessen (z. B. Verbot der Eintragung täuschender Zeichen gemäß Nr. 4 oder sittenwidriger Zeichen gemäß Nr. 5). Die im öffentlichen Interesse liegenden absoluten Eintragungshindernisse können nicht durch Verkehrsdurchsetzung überwunden werden. Dies gilt auch für das lauterkeitsrechtlich motivierte absolute Eintragungshinderniss der bösgläubigen Markenmeldung (Nr. 10).

Mit Erwerb des Markenschutzes nach § 4 MarkenG wird dem Inhaber der Marke ein subjektiv ausschließliches Recht gewährt, § 14 Abs.1 MarkenG. Der Inhalt und die sachliche Reichweite des Ausschließlichkeitsrechts wird über § 14 Abs. 2 MarkenG mit drei Verletzungstatbeständen festgelegt. Dritten ist es gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG untersagt, identische Zeichen für identische Waren oder Dienstleistungen zu benutzen. Gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist es Dritten untersagt, eine Verwechslungsgefahr dadurch hervorzurufen, dass identische oder ähnliche Zeichen für identische oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen benutzt werden. Weiter ist es Dritten gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG untersagt, durch die Benutzung eines identischen oder ähnlichen Zeichens die Unterscheidungskraft oder Wertschätzung einer bekannten Marke auszunutzen oder zu beeinträchtigen. Als zentrale Norm zur Regelung von Markenkonflikten stimmt § 14 MarkenG mit § 15 MarkenG überein, der die Ansprüche bei Verletzung der geschäftlichen Bezeichnungen regelt.³⁵

Als Rechtsfolge einer Verletzungshandlung kann der Markeninhaber von dem Verletzer Unterlassung und bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Handeln Schadensersatz nach § 14 Abs. 5, 6 MarkenG verlangen. Die Löschung einer Firma aus dem Handelsregister kann als Rechtsfolge einer Markenverletzung nicht verlangt werden.³⁶

³⁵ Fezer, § 14 MarkenG, Rn. 1.

³⁶ Büscher, in: FS Fezer, S. 701 (702); Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 12, Rn. 40.

III. Lauterkeitsrechtlicher Schutz vor Irreführung durch Kennzeichen gemäß § 5 Abs. 2 UWG

Gemäß § 5 Abs. 2 UWG ist eine geschäftliche Handlung irreführend, wenn sie im Zusammenhang mit der Vermarktung von Waren oder Dienstleistungen einschließlich vergleichender Werbung eine Verwechslungsgefahr mit einer anderen Ware oder Dienstleistung oder mit der Marke oder einem anderen Kennzeichen eines Mitbewerbers hervorruft. Diese Vorschrift geht auf Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-RL zurück. Sie normiert keinen eigenständigen lauterkeitsrechtlichen Kennzeichenschutz und dient insbesondere nicht dem Individualschutz des Zeicheninhabers, sondern soll Verbraucher davor schützen, durch Kennzeichen irregeführt zu werden. Das Verhältnis des lauterkeitsrechtlichen Irreführungsverbots zum Markenrecht war vor Umsetzung von Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-RL von dem Verständnis geprägt, wonach das Markenrecht in seinem Anwendungsbereich dem Lauterkeitsrecht vorgeht.³⁷ An einem so weitgehend uneingeschränkten Vorrang wird heute nicht mehr festgehalten. Stattdessen ist der Vorrang in einem modifizierten³⁸ bzw. materiellen³⁹ Sinne zu verstehen, dass eine Beschränkung des Lauterkeitsrechts dann erfolgen soll, wenn die Anwendung des UWG im Widerspruch zu markenrechtlichen Wertungen stehen würde oder sich beide Regelungen im Kern auf den gleichen Sachverhalt beziehen.⁴⁰ Dahinter steht die Erwägung, dass das UWG dem Zeicheninhaber keinen Schutz einräumen darf, der ihm nach Kennzeichenrecht nicht zukommt.⁴¹ Die markenrechtlichen Wertungen – etwa das Recht der Gleichnamigen, die Lizenzerteilung oder Abgrenzungsvereinbarungen – müssen daher auch im Bereich des § 5 Abs. 2 UWG berücksichtigt werden.⁴² Es ist daher im Ergebnis tendenziell zweitrangig,⁴³ ob man von keinem Vorrang des Markenrechts gegenüber dem verbraucherschützenden Lauterkeitsrecht⁴⁴ oder von einem (modifizierten bzw. materiellen) Vorrang des Markenrechts ausgeht.⁴⁵

³⁷ Hefermehl/Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4 UWG, Rn. 7.9.

³⁸ Bornkamm, GRUR 2011, 1 (7).

³⁹ Sosnitza, ZGE 2013, 176 (185).

⁴⁰ Ohly/Sosnitza, § 5 UWG, Rn. 708 m.w.N.; Sosnitza, ZGE 2013, 176 (185).

⁴¹ Ohly/Sosnitza, § 5 UWG, Rn. 708, 713; Sosnitza, ZGE 2013, 176 (185).

⁴² BGH, GRUR 2013, 397 (400), Tz. 44 – Peek & Cloppenburg III; ebenso Bornkamm, in: FS Loschelder, S. 31 (37); ders. GRUR 2011, 1 (4); Sosnitza, ZGE 2013, 176 (190 ff.); Ohly/Sosnitza, § 5 UWG, Rn. 708; a.A. und für eine einzelfallbezogene Auflösung von Wertungswidersprüchen auch mit der Möglichkeit eines Vorrangs lauterkeitsrechtlicher Wertungen Schladt, S. 229 ff.

⁴³ Sosnitza, ZGE 2013, 176 (185).

⁴⁴ BGH, GRUR 2013, 1161 (1165, 1167), Tz. 60, 84 – Hard Rock Cafe; Alexander in: FS Köhler, S. 21 (26 f.); Bornkamm, in: FS Loschelder, S. 31 (33 f.); Büscher, GRUR 2009, 230 (236); Hafenmayer, S. 93 f.; Schladt, S. 228.

⁴⁵ Sosnitza, ZGE 2013, 176 (190).

2. Abschnitt: Gegenstand, Rechtsnatur und Funktion der Rechtsinstitute

A. HGB-Firmenrecht

I. Die Firma als Rechtsinstitut

1. Die Legaldefinition des § 17 Abs. 1 HGB

Die Firma eines Kaufmanns ist der Name, unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt. Diese Legaldefinition des § 17 Abs. 1 HGB hat einen dreifachen Aussagegehalt. Erstens ist die Firma ein Name, den zweitens nur Kaufleute haben können und unter dem drittens der Kaufmann Geschäfte abschließt und zeichnet. Gegenstand des HGB-Firmenrechts ist nur die Firma *als Name* des Kaufmanns im Handelsverkehr. Die Firma ist ein Name, wenn und soweit sie die beiden Wesensmerkmale eines Namens erfüllt.

2. Der Name als Kennzeichen zur Identifizierung und Unterscheidung einer Person

Namen sind nur Bezeichnungen, die Personen identifizieren.⁴⁶ Das kann eine natürliche Person, eine juristische Person oder eine Personengesellschaft sein. Fehlt dieser Personenbezug und wird stattdessen eine Sache oder Sachgesamtheit gekennzeichnet, wie z. B. das Unternehmen, das der Kaufmann betreibt oder das Gebäude, das ihm gehört oder in dem er sein Geschäft betreibt, liegt richtigerweise kein Name vor.⁴⁷ § 17 Abs. 1 HGB stellt insoweit unmissverständlich klar, dass Gegenstand des handelsrechtlichen Firmenrechts nur der Name *des Kaufmanns* im Handelsverkehr ist. Als Name des Kaufmanns identifiziert die Firma den Unternehmensträger und nicht das Unternehmen oder den Betrieb selbst. Die Bezeichnung des Unternehmens ist kein Name und keine Firma i.S.d. § 17 Abs. 1 HGB, sondern eine besondere Geschäftsbezeichnung i.S.d. § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 3 MarkenG.⁴⁸ Dem Kaufmann als dem Unternehmensträger werden die unter der Firma abgeschlossenen Geschäfte typischerweise zugewiesen, er wird berechtigt und verpflichtet. Der Kaufmann ist als Unternehmensträger der Inhaber der im Unternehmen begründeten Rechte und Verbindlichkeiten, nicht das Unternehmen, das selbst nicht rechtsfähig ist.⁴⁹

⁴⁶ Hefermehl, in: FS Hueck, S. 519 (520).

⁴⁷ Fezer, GRUR 1976, 312 (313); Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 5; RGRK/Krüger-Nieland, § 12 BGB, Rn. 61.

⁴⁸ BGH, NJW 1957, 179 – Bäckerei S.; BGH, GRUR 1960, 490 (492) – Vogeler; Staub/Burgard, § 17 HGB, Rn. 5, 6; Canaris, § 10, Rn. 1; Heymann/Emmerich, § 17 HGB, Rn. 3, 7; v. Gierke, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Zweiter Band, S. 439 (440); MüKo-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 5; Baumbach/Hopt/Hopt, § 17 HGB, Rn. 4, 11; Schmidt, Handelsrecht, § 12, Rn. 1 f.

⁴⁹ Staub/Burgard, § 17 HGB, Rn. 6; Schmidt, Handelsrecht, § 3, Rn. 39 f.

II. Die Struktur der Firma

Die Firma ist eine Einheit, die aus dem Firmenkern und einem Firmenzusatz oder auch mehreren Firmenzusätzen besteht (z. B. „Zalando SE“; „Pelikan Vertriebsgesellschaft mbH & Co. KG“, „Tropag Oscar H. Ritter Nachf. GmbH“).⁵⁰ Firmenzusätze sind etwa der Rechtsformzusatz (z. B. „SE“, „GmbH“) oder der Nachfolgevermerk gemäß § 22 Abs. 1 HGB (z. B. „Nachf.“). Der Firmenkern ist das Element, das gemäß § 18 Abs. 1 HGB zur eigentlichen namensmäßigen Kennzeichnung dient und unterscheidungskräftig ist.⁵¹ Der Rechtsformzusatz gibt als Firmenzusatz Auskunft über die Haftungsverhältnisse.⁵²

III. Arten der Firma

1. Firmenwahlfreiheit

Viele der in der Vergangenheit geltenden Anforderungen an die Bildung des Firmenkerns wurden seit der Reform des HGB 1998 modifiziert oder aufgegeben (näher dazu unten S. 51 ff.). Soweit die Firma zur Kennzeichnung geeignet ist und Unterscheidungskraft besitzt, besteht Firmenwahlfreiheit (vgl. unten S. 52).⁵³ Kaufleute können Personen-, Sach- und Fantasiefirmen, einschließlich ihrer Mischformen bilden.⁵⁴

2. Personenfirma

Wird der Firmenkern unter Verwendung des Familiennamens des Einzelkaufmanns bzw. zumindest eines persönlich haftenden Gesellschafters gebildet, spricht man von einer Personenfirma.⁵⁵ Prominente Beispiele sind die „Sixt SE“,⁵⁶ gebildet aus dem Familiennamen des früheren Unternehmensgründers *Martin Sixt* oder die „Wilhelm Werhahn KG“ des seinerzeitigen Gründers *Wilhelm Werhahn*.⁵⁷

3. Sachfirma

Bei der Sachfirma nimmt die Firma auf den Gegenstand der unternehmerischen Tätigkeit Bezug.⁵⁸

⁵⁰ RGZ 96, 195 (196 f.) – Kalkwerk Josef Gäng, Weizen; Staub/Burgard, Vor § 17 HGB, Rn. 22; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 51; MüKo-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 16 f.; Oetker/Schlingloff, § 17 HGB, Rn. 3.

⁵¹ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 53.

⁵² Kessen, S. 56 f.

⁵³ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 35, 37, 52); MüKo-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 1; Kessen, S. 56 f.; Schmidt, NJW 1998, 2161 (2167); Schönemann, S. 8.

⁵⁴ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 52, 54).

⁵⁵ Staub/Burgard, Vor § 17 HGB, Rn. 16.

⁵⁶ Eingetragen beim AG München unter HR B 206738.

⁵⁷ Eingetragen beim AG Neuss unter HR A 4096.

⁵⁸ Staub/Burgard, Vor § 17 HGB, Rn. 18.

In § 20 HGB von 1897 bzw. § 4 AktG a.F., die für Aktiengesellschaften einen Zwang zur Führung einer Sachfirma vorsahen, war als Legaldefinition der Sachfirma davon die Rede, dass die Firma „in der Regel von dem Gegenstand des Unternehmens zu entlehnen“ sein musste. Die Firma der GmbH konnte gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 GmbHG entweder als Personenfirma oder als Sachfirma gebildet werden, wobei die Sachfirma „von dem Gegenstande des Unternehmens entlehnt sein“ musste. Dieses Entlehnungsgebot bedeutete, dass die Firma den Schwerpunkt der Unternehmenstätigkeit für die beteiligten Wirtschaftskreise erkennbar machen musste (dazu S. 49).

Das Entlehnungsgebot wurde vom Reformgesetzgeber bewusst abgeschafft.⁵⁹ Nach der Liberalisierung des Firmenrechts muss der Begriff „Sachfirma“ weiter gefasst werden als früher. Hierunter fällt heute eine Firma, die von ihrem äußeren Erscheinungsbild auf (irgend) einen Unternehmensgegenstand oder Tätigkeitsbereich Bezug nimmt.⁶⁰ Nachdem eine Firma nicht nur als Sach- oder Personenfirma gebildet werden kann, sondern auch als Fantasiefirma sowie als Kombination aus diesen Möglichkeiten, sind die Grenzen zur Fantasiefirma fließend.⁶¹ So kann vom Ausgangspunkt her auch eine Sachfirma gewählt werden, die nicht den Gegenstand des Unternehmens oder den Schwerpunkt der Unternehmenstätigkeit offenbart.⁶² Inwieweit das Irreführungsverbot gemäß § 18 Abs. 2 HGB einer Sachfirma doch gewisse Informationen über die Unternehmenstätigkeit abverlangt, wird im Zusammenhang mit der Irreführungseignung erörtert (näher dazu S. 182 ff.).

Diese Möglichkeit der Bildung einer Sachfirma steht heute nicht (mehr) nur den Kapitalgesellschaften offen. Anders als früher darf auch jeder Einzelkaufmann und jede Personengesellschaft eine Sachfirma bilden.⁶³ Bei „Deutsche Bahn AG“ und „Deutsche Bank AG“ wird ebenso auf den Unternehmensgegenstand Bezug genommen wie in der Firma „Naturstrom Aktiengesellschaft“. Auch Sachfirmen müssen heute, um neu eingetragen zu werden, die von § 18 Abs. 1 HGB geforderte Unterscheidungskraft aufweisen. Aber auch nach altem Recht waren ganz allgemeine, jeglicher Individualisierung entbehrende Sachfirmen wie z. B. lediglich „Bank AG“ oder „Fabrik AG“ nicht eintragungsfähig.⁶⁴

⁵⁹ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 37, 73 f.); OLG Frankfurt, NJW-RR 2001, 172 – ProArchitektur; Baumbach/Hueck/Fastrich, 21. Aufl., § 4 GmbHG Rn. 5; MüKo-AktG/Heider, § 4 AktG, Rn. 29; MüKo-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 29; Lutter/Welp, ZIP 1999, 1073 (1081).

⁶⁰ OLG Stuttgart, FGPrax 2012, 177 – Solar.

⁶¹ OLG Stuttgart, FGPrax 2012, 177 – Solar; Staub/Burgard, § 18, Rn. 60; MüKo-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 29.

⁶² OLG Stuttgart, FGPrax 2012, 177 – Solar; MüKo-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 27 ff.

⁶³ MüKo-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 27; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 18 HGB, Rn. 15.

⁶⁴ Staub/Bondi, 14. Aufl., § 20 HGB, Anm. 1 m.w.N.

4. Fantasiefirma

Der deutlichste Ausdruck möglichst weitgehender Liberalisierung des Firmenrechts ist die Möglichkeit der Bildung von Fantasiefirmen.⁶⁵ Darunter fallen alle Firmen, die nicht Personen- und nicht Sachfirma sind.⁶⁶ Hierzu gehören neben Firmen mit einem frei erfundenen Firmenkern, wie z. B. „Zalando SE“ (Versandhandel) auch Firmen mit einem Firmenkern wie „Der Eisvogel e.K.“ (Hotelbetrieb), bei denen ein Begriff mit einem feststehenden Bedeutungsgehalt, der nichts mit dem Geschäftsgegenstand des Kaufmanns zu tun hat, verwendet wird.

5. Mischfirma

Auch Mischfirmen sind möglich. Denn zulässig ist auch die Möglichkeit jeder Kombination von Elementen einer Personen-, Sach-, und Fantasiefirma.⁶⁷ Eine aus Fantasieelementen und Sachfirma gemischte Firma liegt vor, wenn der Firmenkern aus einem Fantasiezeichen und einer dem Geschäftsgegenstand entlehnten Bezeichnung gebildet wird (z. B. „Pelikan Vertriebsgesellschaft“⁶⁸). Der Firmenkern einer Mischfirma kann auch aus einem Fantasiezeichen und einem Namen bestehen (z. B. „Tropag Oscar H. Ritter“⁶⁹).

Die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Firmenarten hat heute keine rechtliche Bedeutung mehr, sondern dient nur noch der terminologischen Unterscheidung zwischen den unterschiedlichen Möglichkeiten, einen Firmenkern zu bilden.⁷⁰

IV. Die Abgrenzung der Firma von anderen Bezeichnungen

1. Die besondere Geschäftsbezeichnung gem. § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 3 MarkenG

Von der Firma gemäß § 17 Abs. 1 HGB streng zu unterscheiden und nicht im HGB, sondern in § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 3 MarkenG geregelt ist die besondere Bezeichnung eines Geschäftsbetriebes oder eines Unternehmens.⁷¹ Ebenso wie die Firma hat auch die besondere Geschäftsbezeichnung Namensfunktion.⁷²

Ihre Bezugsobjekte sind jedoch grundverschieden.⁷³ Während die Firma den Unternehmensträger kennzeichnet, kennzeichnen die besonderen Geschäftsbezeichnungen das

⁶⁵ Müko-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 32; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 18 HGB, Rn. 27.

⁶⁶ Staub/Burgard, Vor § 17 HGB, Rn. 19. Müko-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 32.

⁶⁷ Staub/Burgard, Vor § 17 HGB, Rn. 20; Müko-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 33.

⁶⁸ Pelikan Vertriebsgesellschaft mbH & Co. KG, eingetragen beim AG Hannover unter HR A 24756.

⁶⁹ Tropag Oscar H. Ritter Nachf. GmbH, eingetragen beim AG Hamburg unter HR B 7971.

⁷⁰ Staub/Burgard, Vor § 17 HGB, Rn. 15; Oetker/Schlingloff, § 17 HGB, Rn. 2.

⁷¹ BGH, NJW 1957, 179 – Bäckerei S.

⁷² BGH, GRUR 2005, 419 (422) – Räucherkatze.

⁷³ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 191.

von ihm betriebene Unternehmen bzw. einen Unternehmensteil.⁷⁴ Gekennzeichnet wird also die organisatorisch-wirtschaftliche Einheit als solche, also ein Rechtsobjekt, nicht dagegen dessen Inhaber als Rechtssubjekt.⁷⁵ Auf die näheren Ausführungen zum materiellen Unternehmenskennzeichenschutz (S. 34 ff.) wird verwiesen.

2. Geschäftsabzeichen und sonstige zur Unterscheidung des Geschäftsbetriebs von anderen Geschäftsbetrieben bestimmte Zeichen gem. § 5 Abs. 2 S. 2 MarkenG

Ebenfalls nicht Gegenstand des HGB-Firmenrechts sind Zeichen, die nicht wie Namen wirken, z. B. Bildzeichen oder Farben und Farbkombinationen. Für diese Unternehmenskennzeichen ohne Namensfunktion schafft § 5 Abs. 2 S. 2 MarkenG einen Schutz, der dem Schutz der besonderen Geschäftsbezeichnung gleichsteht. Gewährt wird er solchen Geschäftsabzeichen und sonstigen zur Unterscheidung bestimmten Zeichen, die innerhalb der beteiligten Verkehrskreise zwar als identifizierendes und unterscheidendes Kennzeichen eines bestimmten Unternehmens gelten, die der Verkehr aber gleichwohl nicht für dessen namensmäßige Bezeichnung hält.⁷⁶

Auch diese Unternehmenskennzeichen weisen wie die besondere Geschäftsbezeichnung nicht auf den Unternehmensträger, sondern auf das Unternehmen hin.

Auf die Geschäftsabzeichen wird im Rahmen des materiellen Kennzeichenschutzes (S. 35 ff.) näher eingegangen.

3. Firmenbestandteile

Unter „Firma“ i.S.d. § 17 Abs. 1 HGB ist nur die ganze Firma, bestehend aus Firmenkern und Firmenzusätzen, aber nicht deren einzelne Teile zu verstehen.⁷⁷ Gegenstand des formellen Firmenrechts ist ausschließlich die Firma in ihrer Gesamtgestalt.

Unterscheidungskräftige Firmenbestandteile sind aber einem besonderen materiellen Kennzeichenschutz im Rahmen der §§ 5, 15 MarkenG zugänglich.⁷⁸ Auf die näheren Ausführungen im materiellen Unternehmenskennzeichenschutz (S. 31 ff.) wird verwiesen.

⁷⁴ Staub/Burgard, § 17 HGB, Rn. 15; Teichmann, Rn. 408.

⁷⁵ BGH, GRUR 1970, 479 (480) – Treppchen; BGH, GRUR 2008, 1108 (1111), Tz. 44 – Haus & Grund III; OLG Hamburg, GRUR-RR 2005, 223 (224) – WM 2006; Hefermehl, in: FS Hueck, S. 519 (524); Ingerl/Rohnke, § 5 MarkenG, Rn. 27; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 35; GK/Teplitzky, § 16 UWG, Rn. 52.

⁷⁶ BGH, GRUR 1958, 290 (291) – Fernsprechnummer; Baumbach/Hefermehl, UWG (17. Aufl. 1993), § 16, Rn. 140; GK/Teplitzky, § 16 UWG, Rn. 73; Büscher/Dittmer/Schiwy/Schalk, § 5 MarkenG, Rn. 33.

⁷⁷ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 49 m.w.N.

⁷⁸ BGH, GRUR 2013, 68 (70), Tz. 28 – Castell/VIN CASTEL; BGH, GRUR 2013, 638 (641), Tz. 24 – Völkl; BGH, GRUR 2016, 705 (706), Rn. 19 – ConText; Kur/v. Bomhard/Albrecht/Weiler, § 5 MarkenG, Rn. 33 ff.; Büscher, in: FS Bornkamm, S. 543 (545 ff.); Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 30.

V. Grundsätze des Firmenrechts

Um im öffentlichen Interesse ein Mindestmaß an Praktikabilität, Transparenz und Verkehrsschutz zu erreichen, wird das formelle Firmenrecht des HGB von einigen Regeln geprägt, die zum Grundbestand des Firmenrechts zählen.⁷⁹

Als Name muss die Firma zur Kennzeichnung geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen (*Grundsatz der Firmenklarheit*). Dem Interesse des Wirtschaftsverkehrs, vor Verwirrungen und Verwechslungen geschützt zu werden, entspricht es, nicht über den Firmeninhaber und die Art der Unternehmung getäuscht zu werden (*Grundsatz der Firmenwahrheit*), über die Rechtsform informiert zu werden (*Zwang zum Firmenzusatz*) und zudem Klarheit über die an einem Ort oder in einer Gemeinde verwendete Firma und damit letztlich die Person des Kaufmanns zu haben (*Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit oder Firmenausschließlichkeit*). Daneben unterliegt die Firma den Grundsätzen der *Firmenbeständigkeit*, *Firmeneinheit* und *Firmenöffentlichkeit*.

Vom Regelungscharakter her kann nach *Canaris* zwischen dem Firmennamensrecht⁸⁰ und dem Firmenordnungsrecht⁸¹ differenziert werden.⁸² Das Firmennamensrecht hat die mit dem Namenscharakter der Firma verbundenen Regelungen zum Gegenstand.⁸³ Das Firmenordnungsrecht verfolgt demgegenüber rechtspolizeiliche Zwecke, dient der Verkehrssicherheit und formuliert entsprechende Regelungen.⁸⁴ Diese begrifflich scharfe Trennung lässt sich aber inhaltlich nur schwer begründen, weil beide Ansätze auch in ein- und demselben Rechtsinstitut vereint sein und ineinander übergehen können. Letztlich trägt das gesamte formelle Firmenrecht ungeachtet der begrifflichen Einordnung als „*Firmennamensrecht*“ oder „*Firmenordnungsrecht*“ in allen Regelungen den Charakter als im öffentlichen Interesse bestehendes Ordnungsrecht.

Zum Firmennamensrecht wird überwiegend die Rechtsnatur der Firma als Name des Kaufmanns gemäß § 17 HGB ebenso gezählt wie die Firmenbildungsregel des § 18 Abs. 1 HGB, wonach die Firma zur Kennzeichnung geeignet sein und Unterscheidungskraft haben muss.⁸⁵ Dies ist insoweit sachgerecht, als die Firma als Name des Kaufmanns alle Funktionen eines namensmäßigen Kennzeichens aufweist und sich nur eine

⁷⁹ Henssler/Strohn/Wamser, § 18 HGB, Rn. 1.

⁸⁰ *Canaris*, § 10.

⁸¹ *Canaris*, § 11.

⁸² *Canaris*, § 11, Rn. 1; im Anschluss hieran *Lamsa*, S. 18; Müko-HGB/*Heidinger*, Vor § 17 HGB, Rn. 8; *Schünemann*, S. 9; *Steinbeck*, Handelsrecht, § 11 Rn. 1.

⁸³ *Canaris*, § 11, Rn. 1; *Lamsa*, S. 18; *Schünemann*, S. 9.

⁸⁴ *Canaris*, § 11, Rn. 1.

⁸⁵ *Lamsa*, S. 18.

unterscheidungskräftige Firma hierzu und zum Aufbau eines Goodwills eignet. Aber auch eine Zuordnung der §§ 17, 18 Abs. 1 HGB zum Firmenordnungsrecht ist ohne Weiteres möglich und liegt sogar näher. Denn die Möglichkeit zur Identifikation des Kaufmanns dient eben nicht seinem Interesse an einer optimalen Platzierung am Markt und dem Sammeln von Goodwill, wenn der Gesetzgeber diese Aspekte auch bei der Neugestaltung des § 18 Abs. 1 HGB berücksichtigt hat (dazu unten S. 52), sondern gerade der Verkehrssicherheit (siehe oben S. 21).⁸⁶

Zum Firmenordnungsrecht zählen unstreitig das dem Grundsatz der Firmenwahrheit zuzurechnende Irreführungsverbot des § 18 Abs. 2 HGB,⁸⁷ die Pflicht zur Ausweisung der Rechtsform und der Haftungsbeschränkung gemäß § 19 HGB,⁸⁸ das Gebot der Firmentrennscheidbarkeit bzw. Firmenausschließlichkeit nach § 30 Abs. 1 HGB⁸⁹ und die Möglichkeit, gemäß § 37 HGB eine unzulässig gebildete Firma zu untersagen.⁹⁰ Zum Firmenordnungsrecht gehört auch die Pflicht zur Anmeldung der Firma zum Handelsregister gemäß §§ 29, 31 HGB, also die Firmenöffentlichkeit.⁹¹ Dasselbe gilt für den nicht positiv normierten, von der Rechtsprechung entwickelten Grundsatz der Firmeneinheit (siehe unten S. 188).

Die Firmenbeständigkeit, also die gemäß §§ 22, 23 HGB gegebene Möglichkeit, dass der Erwerber einer Firma bei gleichzeitigem Erwerb des Unternehmens die ursprüngliche Firma fortführen kann, wird teilweise dem Firmennamensrecht zugeordnet. Dies gilt jedenfalls für das hier verankerte Zustimmungserfordernis.⁹² Teilweise werden die §§ 22, 23 HGB ausschließlich dem Firmenordnungsrecht zugeschlagen.⁹³ Richtigerweise vereint die Firmenbeständigkeit Elemente des Firmennamen- und des Firmenordnungsrechts. Dem Namens- und Zeichencharakter entspricht die Übertragbarkeit des unter der Firma angesammelten Goodwills (siehe unten S. 37 ff.). Dem ordnungsrechtlichen Charakter entspricht die Bindung der Firma an den Geschäftsbetrieb, der darauf abzielt, Irreführungen zu vermeiden und deshalb die Übertragbarkeit von Firmen im öffentlichen Interesse einschränkt (siehe unten S. 194 f.).

⁸⁶ *Schünemann*, S. 37.

⁸⁷ *Lamsa*, S. 18; *Schünemann*, S. 37.

⁸⁸ *Lamsa*, S. 18.

⁸⁹ *Lamsa*, S. 19.

⁹⁰ *Lamsa*, S. 19.

⁹¹ *Kessen*, S. 40.

⁹² Vgl. *Lamsa*, S. 18.

⁹³ *Kessen*, S. 44; *Schünemann*, S. 37; *Teichmann*, Rn. 416.

Auf die Firmengrundsätze in ihrer Funktion als Eintragungsvoraussetzungen bzw. Eintragungshindernisse wird im 3. Teil (S. 134 ff.) im Detail eingegangen.

VI. Die Funktion der Firma im Regelungssystem des HGB

1. Funktionen der Firma im öffentlichen Interesse

a) Der rechtspolizeiliche Gesichtspunkt der sicheren und transparenten Identifikation und Unterscheidung

Bei der Regelung des Firmenrechts ist die Erwägung vorherrschend, dass im Interesse der öffentlichen Ordnung alle Kaufleute stets deutlich und unterscheidbar gekennzeichnet sind und jederzeit sicher identifiziert werden können.⁹⁴ Deshalb besteht für Kaufleute die Pflicht, eine Firma anzunehmen und zu führen (sog. „*Annahmepflicht*“⁹⁵).

Außerdem sollen Irreführungen unterbleiben, § 18 Abs. 2 HGB. Aber auch bereits die durch § 18 Abs. 1 HGB gewährleistete Möglichkeit der sicheren Identifikation soll eine Irreführung des Publikums vermeiden, dient der Sicherheit und dem Schutz des Rechtsverkehrs und liegt im Allgemeininteresse.⁹⁶ Die Firma ist das einzige Unternehmenskennzeichen, dessen Gebrauch obligatorisch ist, während die anderen Unternehmenskennzeichen, den bürgerlichen Namen des Nichtkaufmanns einmal ausgenommen, als fakultatives Angebot zur Verfügung stehen.⁹⁷

Die Pflicht eines jeden Kaufmanns zur Eintragung seiner Firma im Handelsregister (§ 29 HGB) sichert den gesetzgeberischen Willen zu Transparenz und Klarheit dadurch ab, dass aus einem öffentlich einsehbaren Register stets klar erkennbar ist, welche Unternehmensträger welche Firmen im Geschäftsverkehr verwenden und wie die Haftungsverhältnisse beschaffen sind.⁹⁸

b) Irreführungsschutz

Diese Unterscheidung und Identifikation des einzelnen Kaufmanns hat so zu erfolgen, dass es nicht zu Täuschungen des Verkehrs kommt.⁹⁹ Das Identifikationsgebot wird mit einem Irreführungsschutz flankiert.

⁹⁴ Ehrenberg/*Pisko*, S. 274; Koller/Kindler/Roth/Drüen/*Roth*, § 17 HGB, Rn. 4.

⁹⁵ v. *Gierke*, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Zweiter Band, S. 439 (440).

⁹⁶ Staub/*Burgard*, § 18 HGB, Rn. 4; Müko-HGB/*Heidinger*, § 18 HGB, Rn. 2.

⁹⁷ Ehrenberg/*Pisko*, S. 274; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 30.

⁹⁸ Heymann/*Emmerich*, § 29 HGB, Rn. 2.

⁹⁹ Baumbach/*Hopt/Hopt*, § 18 HGB, Rn. 9; Ebenroth/*Boujong/Joost/Strohn/Reuschle*, § 18 HGB, Rn. 1, 35; Müko-HGB/*Heidinger*, § 18 HGB, Rn. 39; Oetker/*Schlingloff*, § 18 HGB, Rn. 16.

c) Offenlegung der Haftungsverhältnisse

Die Firma dient aber nicht nur dazu, Klarheit über die Person des Unternehmensträgers und damit über das Rechtssubjekt zu verschaffen. Von ebenso großer Bedeutung für den Rechtsverkehr ist die nähere Qualifikation des Unternehmensträgers als Haftungssubjekt. Die Verpflichtung des Kaufmanns in § 19 HGB, einen Zusatz hinzuzufügen, der die Haftungsverhältnisse erkennbar macht, unterstreicht die ordnungsrechtliche Funktion der Firma. Dritte sollen nicht nur darüber informiert werden, wer ihr Vertragspartner wird, sondern auch, wie die Haftungsverhältnisse des Unternehmensträgers sind.¹⁰⁰ Dieses Informationsbedürfnis wird flankiert durch die gesetzliche Pflicht zur Angabe von Firma, Rechtsformbezeichnung, Ort der Handelsniederlassung bzw. des Sitzes, des Registergerichts und der Nummer des Handelsregistereintrags auf Geschäftsbriefen, die ein Kaufmann bzw. eine OHG oder KG an einen bestimmten Empfänger richtet (§§ 33 Abs. 4, 37a, 125a, 177a HGB).¹⁰¹

2. Schutz der Individualinteressen des Kaufmanns?

Die Regelung des Rechts der Firmen in §§ 17 ff. HGB dient wie gesehen öffentlichen Interessen und steht nicht zur Disposition des einzelnen Kaufmanns. Sie bieten als solche gerade keine Grundlage für einen Schutz des Kaufmanns als Firmeninhaber. Die Interessen des Kaufmanns als Firmeninhaber sind nicht Gegenstand des formellen Firmenrechts. Damit ist der Firmeninhaber aber nicht schutzlos gestellt. Seine wirtschaftlichen Interessen werden durch den materiellen Unternehmenskennzeichenschutz gemäß §§ 5, 15 MarkenG und in gewissem Umfang durch den bürgerlich-rechtlichen Namensschutz gemäß § 12 BGB geschützt (siehe oben S. 10 ff.).

Auch wenn die formellen Regelungen des Firmenrechts nicht in erster Linie dazu dienen, die Belange des Kaufmanns zu schützen, tragen sie ihnen dennoch Rechnung. Das formelle Firmenrecht beinhaltet zwei gewichtige Zugeständnisse an diese durch den materiellen Unternehmenskennzeichenschutz bzw. den bürgerlich-rechtlichen Namensschutz geschützten Interessen.

So gesteht § 18 Abs. 1 HGB dem Kaufmann zu, seine Firma so zu bilden, wie er es im Interesse eines optimalen Marktauftritts für richtig hält. Er kann seine Firma so wählen, dass er einen optimalen materiellen Schutz als Unternehmenskennzeichen gemäß

¹⁰⁰ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 36); Baumbach/Hopt/Hopt, § 17 HGB, Rn. 3; Staub/Burgard, Vor § 17 HGB, Rn. 14.

¹⁰¹ Schmidt, Handelsrecht, § 11, Rn. 8.

§ 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG erhält und seine Kunden unter Marketinggesichtspunkten bestmöglich ansprechen kann (siehe unten S. 52 f.).

Die Firmenbeständigkeit wiederum gewährleistet den Erhalt und die wirtschaftliche Verwertbarkeit des Goodwills, der unter dem materiellen Schutz der Firma als Unternehmenskennzeichen gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 2 MarkenG erworben wurde (vgl. dazu unten S. 192 ff.).¹⁰²

VII. Die Rechtsnatur der Firma

Die Beurteilung der Rechtsnatur der Firma ist nicht ohne Weiteres eindeutig möglich. Der gesetzliche Rahmen enthält Anhaltspunkte sowohl für eine persönlichkeitsrechtliche, aber ebenso auch für eine immaterialgüterrechtliche Dimension der Firma. Dabei ist zu beachten, dass sich aus den Regelungen des § 17 Abs. 1 HGB unmittelbar nicht einmal ergibt, dass die Firma überhaupt ein subjektives Recht ihres Inhabers ist. Eine eingehende Auseinandersetzung mit der Frage, ob die handelsrechtliche Firma dem Kaufmann ein subjektives Recht gewährt, erfolgt im 3. Teil (S. 122 ff.). Auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen.

§ 17 Abs. 1 HGB ist aber offen, mit den Inhalten anderer Normen aufgeladen zu werden. Aus seinem Wortlaut ergibt sich, dass die Firma ein Name ist. Als besonderer Name des Kaufmanns muss sie als Name gemäß § 12 BGB einen rechtlichen Schutz genießen, und zwar unabhängig davon, ob sie im geschäftlichen Verkehr benutzt wird oder nicht.¹⁰³ Zudem ist die im geschäftlichen Verkehr benutzte Firma i.S.d. § 17 Abs. 1 HGB gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 2 MarkenG als Unternehmenskennzeichen und damit als geschäftliche Bezeichnung gemäß § 5 Abs. 1 MarkenG geschützt. Damit kommt der im geschäftlichen Verkehr benutzten Firma gemäß § 15 Abs. 1 MarkenG unzweifelhaft ein Charakter als subjektives Recht zu, dessen materieller Schutz wiederum durch § 15 Abs. 2 und 3 MarkenG konturiert wird.

Die Firma ist also durch den bürgerlich-rechtlichen Namensschutz und den Schutz als Unternehmenskennzeichen als ein gegenüber jedermann wirkendes absolutes Recht geschützt,¹⁰⁴ obgleich dieser Schutz sich nicht unmittelbar aus § 17 Abs. 1 HGB ergibt.

¹⁰² Schünemann, S. 12; Canaris, § 11, Rn. 17.

¹⁰³ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 16, Rn. 33.

¹⁰⁴ So auch v. Gierke/Sandrock, § 17 I 4 (S. 235).

Dies vorangeschickt, lässt sich folgendes sagen. Als „Name“ des Kaufmanns hat die Firma einen personalen Bezug und ermöglicht ihre Bewertung ausschließlich als Persönlichkeitsrecht. Diese Auffassung stammt aus der Zeit vor der Handelsrechtsreform, als bei der Neubildung von Firmen von Einzelkaufleuten und Personenhandelsgesellschaften der bürgerliche Name des Kaufmanns bzw. eines persönlich haftenden Gesellschafters verwendet werden musste und findet sich in der älteren Rechtsprechung¹⁰⁵ und in Teilen der älteren Literatur.¹⁰⁶

Die Firma ist aber auch der Name des Kaufmanns, „*unter dem er seine Geschäfte betreibt*“, der also gerade nicht der persönlichen, sondern der kommerziellen Sphäre und Interaktion zugeordnet ist und der in einer engen, ja gemäß §§ 22, 23 HGB untrennbaren Beziehung zum kaufmännischen Unternehmen als Wirtschaftseinheit und dem mit der Firma verbundenen wertvollen Goodwill steht, was für eine Einordnung als Vermögensrecht spricht.¹⁰⁷ Dass die Firma zusammen mit dem Handelsgeschäft nach §§ 22, 23 HGB übertragen werden kann, steht dies einer Bewertung der Firma als Persönlichkeitsrecht entgegen, dessen Natur eine Übertragbarkeit gerade verbieten müsste.¹⁰⁸ Deshalb wird die Firma zum Teil als reines Immaterialgüterrecht eingeordnet.¹⁰⁹ Diese Auffassung hat seit der Handelsrechtsreform von 1998 an Plausibilität gewonnen, denn durch die Wahlfreiheit bei der Bildung des Firmenkerns besteht bei den Firmen von Einzelkaufleuten und Personenhandelsgesellschaften kein Zwang mehr zur Nutzung des eigenen bürgerlichen Namens, dem man noch am ehesten einen rein persönlichkeitsrechtlichen Gehalt zusprechen könnte. Diese „*Entpersonalisierung*“ der Firma spricht gegen eine Einordnung als Persönlichkeitsrecht.¹¹⁰

Andererseits kommt aber auch juristischen Personen des Privatrechts und Personengesellschaften, die als Kaufleute oder sonst unternehmerisch tätig sind, ein sog. „*Unternehmenspersönlichkeitsrecht*“ zu.¹¹¹ Dieses hat seinen Ursprung zwar nicht wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der personalen Würde des Menschen, schützt aber ebenso

¹⁰⁵ RGZ 9, 104 (106) – G. & U.; RGZ 58, 166 (169) – C. W. Ms Verlagsbuchhandlung; *BGH*, GRUR 1960, 490 (493) – Vogeler.

¹⁰⁶ *Bergstein*, S. 18 f.; *Droscha*, S. 106; *Kohler*, Wettbewerb, S. 23; *ders.*, Warenzeichenrecht, S. 122; *Lehmann/Hoeniger*, S. 116, 129.

¹⁰⁷ *Adler*, ZHR 85 (1921), 93 (97); *Bußmann*, S. 266; *Peifer*, S. 172.

¹⁰⁸ *Götting*, S. 122; *Peifer*, S. 172; *MüKo-BGB/Säcker*, § 12 BGB, Rn. 76; *Schapira*, S. 142; *Sosnitza*, JZ 2004, 992 (994 f.).

¹⁰⁹ *Adler*, ZHR 85 (1921), 93 (97); *Callmann*, S. 34; *Fezer*, ZHR 161 (1997), 52 (55); *Götting*, S. 122; *Kessen*, S. 71 ff., 79 f.; *Schapira*, S. 143.

¹¹⁰ *Kessen*, S. 75 f.; *Sosnitza*, JZ 2004, 992 (996).

¹¹¹ *BGH*, GRUR 1986, 759 (761) – BMW; *BGH*, GRUR 2017, 918 (921), Tz. 36 – Wettbewerbsbezug; *MüKo-BGB/Rixecker*, § 12 BGB Anh., Rn. 30.

den sozialen Geltungsanspruch¹¹² und bietet Handhabe gegen Verfälschungen ihrer Identität.¹¹³ Dies spricht gegen die vollständige Ausblendung aller persönlichkeitsrechtlichen Aspekte. Nach der zutreffenden und herrschenden Auffassung vereinigt das Firmenrecht immaterialgüterrechtliche und persönlichkeitsrechtliche Elemente, so dass man genauso gut von einem Immaterialgüterrecht mit persönlichkeitsrechtlichem Einschlag,¹¹⁴ wie von einem Persönlichkeitsrecht mit immaterialgüterrechtlichem bzw. vermögensrechtlichem Einschlag sprechen kann (sog. „*Mischrecht*“).¹¹⁵

VIII. Die Legitimation des HGB-Firmenrechts

Das System der handelsrechtlichen Regelungen der Firma als ein formelles Firmenrecht ist mit dem materiellen Schutz der Unternehmenskennzeichen, der ein begrenztes Monopolrecht einräumt (näher hierzu unten S. 41 f.), nicht vergleichbar. Denn die handelsrechtlichen Regelungen selbst gewähren dem firmenführenden Kaufmann kein Ausschließlichkeitsrecht, das der gesonderten Legitimation bedürfte. Das Ausschließlichkeitsrecht ergibt sich nicht aus den §§ 17 ff. HGB, sondern aus der Eigenschaft als Name bzw. als Unternehmenskennzeichen und geschäftliche Bezeichnung gemäß §§ 5 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Fall 2, 15 Abs. 1 MarkenG. Als Rechtsinstitut schöpft die Firma des Kaufmanns ausreichende Legitimation aus den öffentlichen Interessen, zu deren Schutz der Kaufmann die Firma ordnungsgemäß bilden und führen muss (siehe oben S. 21 ff.). Das formelle Firmenrecht trägt als Ordnungsrecht seine Legitimation im Ordnungszweck. Der materiell-rechtliche Schutz der Firma wird durch ihre Funktion als Unternehmenskennzeichen legitimiert (siehe unten S. 41 ff.).

¹¹² BGH, GRUR 2017, 918 (921), Tz. 36 – Wettbewerbsbezug; MüKo-BGB/Rixecker, § 12 BGB Anh., Rn. 30.

¹¹³ MüKo-BGB/Rixecker, § 12 BGB Anh., Rn. 30.

¹¹⁴ BGHZ 17, 209 (214).

¹¹⁵ Bartels, AcP 209 (2009), 309 (323 f.); Staub/Burgard, § 17 HGB, Rn. 50; Canaris, § 10, Rn. 7; Diesener, S. 36 f.; v. Gierke, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Zweiter Band, S. 439 (439); v. Gierke/Sandrock, § 17 I 4 (S. 236); MüKo-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 42; Maier, S. 2 f.; Lamsa, S. 14; Oetker/Schlingloff, § 17 HGB, Rn. 4; Schmidt, Handelsrecht, § 12, Rn. 34 f.; Schünemann, S. 7 f.; Steinbeck, Handelsrecht, § 10, Rn. 14.

B. Materielles Unternehmenskennzeichenrecht

I. Vorstellung des Rechtsgebiets

1. Die gesetzliche Regelung zum Schutz der Unternehmenskennzeichen als geschäftliche Bezeichnung

Nach dem Willen des Gesetzgebers ist das MarkenG der zentrale Ort für den Schutz der geschäftlichen Kennzeichen.¹¹⁶ Gemäß § 1 MarkenG gehören hierzu Marken, geschäftliche Bezeichnungen und geografische Herkunftsangaben.

Zu den geschäftlichen Bezeichnungen gehören neben den in § 5 Abs. 3 MarkenG gesondert geregelten Werktiteln nach § 5 Abs. 1 MarkenG die Unternehmenskennzeichen. Nach der Legaldefinition des § 5 Abs. 2 MarkenG sind dies zunächst Zeichen, die im geschäftlichen Verkehr als Name, Firma oder als besondere Bezeichnung eines Geschäftsbetriebes oder eines Unternehmens benutzt werden. Den besonderen Geschäftsbezeichnungen als Unternehmenskennzeichen stehen nach § 5 Abs. 2 S. 2 MarkenG Geschäftsabzeichen und sonstige zur Unterscheidung des Geschäftsbetriebes von anderen Geschäftsbetrieben bestimmte Zeichen gleich, die innerhalb der beteiligten Verkehrskreise als Kennzeichen des Geschäftsbetriebes gelten.

2. Die Unterscheidung zwischen Unternehmenskennzeichen mit und ohne Namensfunktion

Die Rechtsprechung differenziert seit jeher zwischen Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion und Unternehmenskennzeichen ohne Namensfunktion.¹¹⁷ Diese Unterscheidung ergibt sich nicht aus dem Gesetzeswortlaut, sondern ist Teil der überkommenen, durch die Rechtsprechung zu § 16 UWG von 1909 herausgebildeten Systematik, die der Reformgesetzgeber nicht ändern wollte.¹¹⁸ Sie kommt in der Gesetzessystematik durch die Aufgliederung des § 5 Abs. 2 MarkenG in zwei Sätzen zum Ausdruck: § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG regelt die Schutzfähigkeit der Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion und nennt als solche Name, Firma und besondere Geschäftsbezeichnung. § 5 Abs. 2 S. 2 MarkenG regelt die Schutzfähigkeit der Unternehmenskennzeichen ohne Namensfunktion und nennt als solche das Geschäftsabzeichen und die sonstigen betrieblichen Unterscheidungszeichen.

¹¹⁶ Amtliche Begründung zum MarkenG (BT-Drucks. 12/6581, S. 67).

¹¹⁷ BGHZ GRUR 1953, 290 (291) – Fernsprechnummer; BGH, GRUR 1954, 195 (197) – KfA; *Baumbach/Hefermehl*, UWG (17. Aufl. 1993), § 16, Rn. 140; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 30; *GK/Teplitzky*, § 16 UWG, Rn. 73.

¹¹⁸ BGH, GRUR 2005, 419 (422) – Räucherkatze; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 30.

3. Anknüpfung an § 16 UWG von 1909

Terminologie und Systematik des § 5 Abs. 2 MarkenG knüpfen damit nahezu unverändert an § 16 Abs. 1 und 3 UWG von 1909 an, die ebenfalls eine systematische Trennung von Unternehmenskennzeichen mit und ohne Namensfunktion vorsahen.¹¹⁹ Mit der Reform des MarkenG wurde der Regelungsgehalt dieser Vorgängernorm in das MarkenG integriert und hat seinen Standort in §§ 5, 15 MarkenG. Das Anliegen des Gesetzgebers war es, alle Kennzeichenrechte systematisch und zentral im neuen MarkenG zusammenzufassen. Eine inhaltliche Änderung des zu § 16 UWG von 1909 erreichten Rechtszustandes sollte damit nicht verbunden sein.¹²⁰ Die zu § 16 UWG von 1909 und teilweise noch zu dessen Vorgängernorm, § 8 UWG von 1896, entwickelte, nahezu 100 Jahre umspannende Rechtspraxis kann daher für die Auslegung der §§ 5 Abs. 2, 15 Abs. 1 und 2 MarkenG herangezogen werden.¹²¹

II. Die Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion

1. Der Name gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 1 MarkenG

§ 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG erwähnt als den ersten Fall eines Unternehmenskennzeichens den Namen. Namen i.S.d. § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 1 MarkenG sind nur Personennamen, welche die Person des Unternehmensinhabers identifizieren, individualisieren und von anderen unterscheiden und abgrenzen.¹²² Der Begriff des Namens stimmt mit dem gleichen Begriff in § 8 S. 1 Alt. 1 UWG von 1896 und in § 16 Abs. 1 Abs. 1 Alt. 1 UWG von 1909 überein (siehe unten S. 30 f.). Dort wurde dieses Begriffsverständnis zugrunde gelegt.¹²³ Der historische Gesetzgeber von 1896 hatte als Schutzobjekt in erster Linie die Namen von Nichtkaufleuten im Auge, denn der Name des Kaufmanns ist als Firma i.S.d. § 17 HGB gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 2 MarkenG gesondert als Unternehmenskennzeichen geschützt.¹²⁴

¹¹⁹ Amtliche Begründung zum MarkenG (BT-Drucks. 12/6581, S. 76).

¹²⁰ Amtliche Begründung zum MarkenG (BT-Drucks. 12/6581, S. 55, 59).

¹²¹ Amtliche Begründung zum MarkenG (BT-Drucks. 12/6581, S. 67, 76); *BGH*, GRUR 1995, 507 (508) – City-Hotel; *BGH*, GRUR 1995, 754 (756) – Altenburger Spielkartenfabrik; *BGH*, GRUR 1995, 825 (827) – Torres; *BGH*, GRUR 2000, 605 (606) – comtes/ComTel; *BGH*, GRUR 2008, 1104 (1107), Tz. 32 – Haus & Grund II; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 41 ff.; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 2.

¹²² *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 3 m.w.N.; *Koppensteiner*, § 29, Rn. 18 zu § 9 öUWG.

¹²³ RG UW I, 109 (110) – Victoria; *Allfeld*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 182; *Engel*, § 16 UWG, Anm. 3; GK/Teplitzky, § 16 UWG, Rn. 28.

¹²⁴ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 4 m.w.N. aus den Gesetzesmaterialien zu § 8 UWG von 1896.

Ein Name ist ein Unterscheidungsmittel für das Ohr, ein Kennwort, das als Wort gesprochen, gehört und geschrieben werden kann.¹²⁵ Der Name i.S.d. § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 1 MarkenG ist deshalb stets ein reines Wortzeichen.¹²⁶

a) Namen natürlicher Personen

(aa) Der bürgerliche Name

Name i.S.d. § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 1 MarkenG ist zunächst der bürgerliche Name einer natürlichen Person, die ihn zu ihrer Identifizierung und Unterscheidung im geschäftlichen Verkehr benutzt.¹²⁷ So benutzt, werden der Vor- und Familienname insgesamt als bürgerlicher Name einer natürlichen Person geschützt.¹²⁸ Auch der in Alleinstellung im geschäftlichen Verkehr benutzte Familienname genießt Schutz.¹²⁹ Wird allerdings nur der Vorname in Alleinstellung genutzt, gilt das nur, wenn damit der Verkehr eine Vorstellung an eine ganz bestimmte Person verbindet.¹³⁰

(bb) Der Künstlername und das Pseudonym

Künstlernamen und Pseudonyme stehen den bürgerlichen Namen nahe und sind bei Benutzung im geschäftlichen Verkehr ebenso wie diese nach § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 1 MarkenG geschützt.¹³¹ Im Schrifttum wird allerdings teilweise erst das Erreichen von Verkehrsgeltung gefordert und somit ein Schutz bereits mit Benutzungsaufnahme abgelehnt.¹³² Auch der BGH vertritt – für den Schutz als Name i.S.d. § 12 BGB – diese Auffassung; nur so könne verhindert werden, dass sich der Verwender des Wahlnamens auf ein Recht als Gleichnamiger berufen kann.¹³³ Demgegenüber hat *Goldmann* überzeugend nachgewiesen, dass für den Schutz eines Künstlernamens oder Pseudonyms als Unternehmenskennzeichen keine Verkehrsgeltung erforderlich sein kann. Werden nämlich Wahlnamen im geschäftlichen Verkehr und damit als Unternehmenskennzeichen verwendet, gilt ohnehin der Prioritätsgrundsatz des Kennzeichenrechts, und der Namensträger kann sich im Ergebnis nicht auf Rechte aus einem gleichen Namen berufen.¹³⁴ Auch die historische Betrachtung stützt

¹²⁵ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 39; *Hefermehl*, in: FS Hueck, S. 519 (520).

¹²⁶ *OLG Köln*, NZGW 2011, 155 – PARDUR; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 4.

¹²⁷ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 32.

¹²⁸ *Kur/v. Bomhard/Albrecht/Weiler*, § 5 MarkenG, Rn. 18, 21.

¹²⁹ *OLG Düsseldorf*, GRUR-RR 2013, 384 (385 f.) – Der Wendler; *Kur/v. Bomhard/Albrecht/Weiler*, § 5 MarkenG, Rn. 21.

¹³⁰ *BGH*, GRUR 2008, 1124 (1125), Tz. 12 – Zerknitterte Zigarettenschachtel.

¹³¹ *LG München I*, ZUM 2009, 168 (170) – Bully; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 16 m.w.N.

¹³² So *Ingerl/Rohnke*, § 5 MarkenG, Rn. 18; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 13.

¹³³ *BGH*, GRUR 2003, 897 (898) – maxem.de; a.A. *LG München I*, GRUR-RR 2007, 214 (215) – Schweini.

¹³⁴ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 18.

dieses Verständnis, denn es entsprach schon dem Willen des Gesetzgebers des § 8 UWG von 1896, im geschäftlichen Verkehr benutzte Künstlernamen und Pseudonyme dem bürgerlichen Namen gleichzustellen.¹³⁵

b) Namen juristischer Personen, Gesellschaften, Vereine, Stiftungen

Werden die Namen juristischer Personen und sonstigen Personenmehrheiten im geschäftlichen Verkehr verwendet, sind sie auch als Unternehmenskennzeichen gemäß § 5 Abs. 2 S 1 Fall 1 MarkenG geschützt. Das gilt für die juristische Person des privaten¹³⁶ wie die des öffentlichen Rechts¹³⁷, ebenso wie für den rechtsfähigen¹³⁸ und nicht-rechtsfähigen¹³⁹ Verein. Auch die Namen von Gebietskörperschaften¹⁴⁰ und sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts, wie z. B. der katholischen Kirche¹⁴¹, sind bei Benutzung im geschäftlichen Verkehr geschützt. Schutz als Unternehmenskennzeichen genießen ebenso die Namen von Personengesellschaften.¹⁴²

2. Kein Gleichlauf mit dem Namensbegriff des § 12 BGB

Bei der Anwendung des Schutzes des Namens als Unternehmenskennzeichen gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 Fall 1 MarkenG stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis der Begriff des Namens in dieser Norm zum äußerlich gleichen Begriff in § 12 BGB steht. Nach Wortlaut, Systematik und gesetzgeberischer Zielsetzung sollte § 12 BGB den bürgerlichen Namen natürlicher Personen schützen und für den Schutz von Vereinsnamen offen sein, nicht aber geschäftlichen Kennzeichen einen zusätzlichen Schutz bieten.¹⁴³ Die Rechtsprechung hat den bürgerlich-rechtlichen Namensschutz aber im Laufe der Zeit auf andere Namensträger als natürliche Personen oder Vereine erstreckt, so etwa auf Firmen von Kapitalgesellschaften¹⁴⁴, Firmen von Personengesellschaften¹⁴⁵, Firmenbestandteilen¹⁴⁶ und später dann auch auf besondere Geschäftsbezeichnungen.¹⁴⁷ Damit entwickelte sich § 12 BGB nach

¹³⁵ Vgl. *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 20 m.w.N.

¹³⁶ *BGH*, GRUR 1954, 195 – KfA.

¹³⁷ *Ingerl/Rohnke*, § 5 MarkenG, Rn. 19.

¹³⁸ *BGH*, GRUR 2008, 1102 (1103), Tz. 12 – Haus & Grund I; *BGH*, GRUR 2008, 1104 (1105), Tz. 14 – Haus & Grund II; *BGH*, GRUR 2008, 1108 (1110), Tz. 29 – Haus & Grund III.

¹³⁹ *BGH*, GRUR 1988, 560 (561) – Christophorus-Stiftung.

¹⁴⁰ *BGH*, GRUR 2002, 917 (918 f.) – Düsseldorfer Stadtwappen.

¹⁴¹ *Ingerl/Rohnke*, § 5 MarkenG, Rn. 19.

¹⁴² Vgl. zur GbR *BGH*, GRUR 2002, 706 (707) – vossius.de; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 27.

¹⁴³ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 16, Rn. 2 m.w.N.

¹⁴⁴ RGZ 117, 215 (218) – Eskimo Pie.

¹⁴⁵ RGZ 114, 90, 93 f. – Haus Neuerburg.

¹⁴⁶ RGZ 109, 213 (214 f.) – Kwatta; *BGH*, GRUR 1954, 195 (196) – KfA; *BGH*, GRUR 1952, 418 (419) – GUZ-DUZ.

¹⁴⁷ RGZ 171, 30 (32 f.) – Am Rauchfang; *BGH*, GRUR 1957, 550 (551) – Tabu II; *BGH*, GRUR 1970, 479 (480) – Treppchen; ausführlich *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 16, Rn. 3.

und nach zu einer „Art Generalklausel des Kennzeichenrechts“.¹⁴⁸ Nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung kommt allen Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion grundsätzlich auch ein Schutz als Namensrecht nach § 12 BGB zu.¹⁴⁹ Darüber hinaus sollen sogar die Bezeichnungen von Liegenschaften¹⁵⁰ und Gebäuden¹⁵¹ einem Schutz als Name i.S.d. § 12 BGB zugänglich sein.

Teilweise wird angenommen, der weite bürgerlich-rechtliche Namensbegriff in seiner extensiven Auslegung und der kennzeichenrechtliche Namensbegriff seien identisch.¹⁵² Dagegen spricht aber die Systematik des § 5 MarkenG. Sollte der Gesetzgeber tatsächlich von einem so weiten Verständnis des kennzeichenrechtlichen Namensbegriffs ausgegangen sein, hätte es nicht der besonderen Erwähnung der Firma und der besonderen Geschäftsbezeichnung neben dem Namen als Schutzobjekt des § 5 Abs. 2 MarkenG bedurft.¹⁵³ Denn diese Zeichen sind in § 5 Abs. 2 S. 2 Fall 2 und 3 MarkenG als vom Namen zu unterscheidende Kennzeichnungsmittel erwähnt und können deshalb unter systematischen Gesichtspunkten nicht unter den Begriff des Namens fallen.¹⁵⁴ Hinzu kommt, dass die Systematik des § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG genau derjenigen Systematik entspricht, die bereits § 8 UWG von 1896 zugrunde lag. Diese Vorschrift wiederum ist älter als § 12 BGB und wurde insoweit unverändert durch § 16 Abs. 1 UWG von 1909 und § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG fortgeschrieben. Dabei ist der Begriff des Namens als Name des Unternehmensinhabers immer gleich geblieben und wurde nicht durch die extensive Auslegung der historisch späteren Norm des § 12 BGB durch zusätzliche Inhalte erweitert. Man kann also sagen: In § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 1 MarkenG wurde der ursprüngliche, auf § 8 UWG von 1896 zurückgehende Namensbegriff unbeeinflusst von der Rechtsentwicklung zu § 12 BGB konserviert.¹⁵⁵

Vom kennzeichenrechtlichen Schutz als Name gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 Fall 1 MarkenG ausgenommen sind selbstverständlich auch Gebäudebezeichnungen, weil § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG nur die Namen von Unternehmensträgern in ihrer Eigenschaft als Rechtsperson

¹⁴⁸ *Hefermehl*, in: FS Hueck, S. 519 (523).

¹⁴⁹ *BGH*, GRUR 2005, 430 f. – mho.de; *BGH*, GRUR 2008, 1099 (1100), Tz. 10 – afillias.de; *BGH*, GRUR 2012, 304 (306), Tz. 34 – Basler Haar-Kosmetik; *BGH*, GRUR 2014 (506), Tz. 10 – sr.de.

¹⁵⁰ *BGH*, GRUR 2012, 543 (536), Tz. 23 ff. – Landgut Borsig.

¹⁵¹ *BGH*, GRUR 1976, 311 (312) – Sternhaus.

¹⁵² *Ingerl/Rohnke*, § 5 MarkenG, Rn. 17.

¹⁵³ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 7; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 10.

¹⁵⁴ *Staub/Burgard*, § 37 Anh II HGB, Rn. 5; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 7; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 10; *Kur/v. Bomhard/Albrecht/Weiler*, § 5 MarkenG, Rn. 18.

¹⁵⁵ So *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 7 f.

schützt, aber nicht die Bezeichnungen von Sachen, denen jedes personale Element abgeht.¹⁵⁶

3. Die Firma gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 2 MarkenG

a) Übereinstimmung mit dem Firmenbegriff des § 17 HGB

Die soeben für das Verhältnis zu § 12 BGB erörterte Begriffsproblematik stellt sich für die Firma nicht. Der Begriff der Firma als Schutzobjekt des § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 2 MarkenG ist nach einhelliger Auffassung identisch mit dem handelsrechtlichen Firmenbegriff des § 17 HGB.¹⁵⁷ Die Firma ist der Name des Kaufmanns, unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt, § 17 Abs. 1 HGB. Der Begriff der Firma i.S.v. § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 2 MarkenG ist ebenso wie früher in § 16 Abs. 1 UWG von 1909 im Einklang mit § 17 HGB als „*vollständige Firma*“ zu verstehen, also einschließlich aller darin enthaltenen Zusätze, und nicht mit Bezug auf nur einzelne Teile der Firma.¹⁵⁸

b) Firmenbestandteile

Der Schutz von Bestandteilen der Firma ist nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Für einen solchen Schutz besteht aber ein praktisches Bedürfnis. Denn in ihrer eingetragenen Gestalt wird eine Firma außerhalb des Handelsregisters und offizieller Korrespondenz (z. B. Vertragsschluss, Pflichtangaben, Geschäftsbericht) im Geschäftsleben praktisch kaum verwendet.¹⁵⁹ Im Geschäftsverkehr ist es üblich, sich zur griffigen Kurzbezeichnung nicht der oftmals „*sperrigen*“ und aus mehreren Elementen bestehenden eingetragenen Firma zu bedienen, sondern nur eines einprägsamen Bestandteils, auf den die Firma unter Fortlassung von rein beschreibenden Elementen und Rechtsformzusätzen und unter Aussonderung anderer, nicht zur schlagwortartigen Bezeichnung geeigneter Elemente reduziert wird.¹⁶⁰ So sagt man statt „*Dr. R. Pfleger Chemische Fabrik GmbH*“ einfach „*Pfleger*“.¹⁶¹

¹⁵⁶ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 47; *Kur/v. Bomhard/Albrecht/Weiler*, § 5 MarkenG, Rn. 20; a.A. *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 16.

¹⁵⁷ *Fezer*, ZHR 161 (1997), 52 (55 f.); *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 49; *Ingerl/Rohnke*, § 5 MarkenG, Rn. 21; *Lange*, Rn. 43; *Kur/v. Bomhard/Albrecht/Weiler*, § 5 MarkenG, Rn. 29; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 24.

¹⁵⁸ *Staub/Burgard*, § 37 HGB Anh II, Rn. 6; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 49; *Lange*, Rn. 43; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 24; *Kur/v. Bomhard/Albrecht/Weiler*, § 5 MarkenG, Rn. 31.

¹⁵⁹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 80.

¹⁶⁰ RGZ 114, 90 (95) – Haus Neuerburg; *BGH*, GRUR 1991, 475 (477) – Caren Pfleger; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 80; *GK/Teplitzky*, § 16 UWG, Rn. 47; *Kur/v. Bomhard/Albrecht/Weiler*, § 5 MarkenG, Rn. 31.

¹⁶¹ *BGH*, GRUR 1991, 475 (476) – Caren Pfleger; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 81.

Die Rechtsprechung hat schon unter Geltung von § 8 UWG von 1896 einen Schutz schlagwortartiger Firmenbestandteile anerkannt.¹⁶² Diese Rechtsprechung wurde unter Geltung des § 16 Abs. 1 UWG von 1909 fortgeführt.¹⁶³ Traditionell wurde der Schutz des schlagwortartigen Firmenbestandteils als Ausweitung der Verwechslungsgefahr unter Konzentration des Zeichenvergleichs auf den schlagwortartigen Firmenbestandteil anstelle der Firma in ihrer eingetragenen Gesamtgestalt konstruiert.¹⁶⁴ Seit 1995 sieht der BGH, ohne dass ein direkter Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des MarkenG im selben Jahr hergestellt werden könnte, den Schutz des schlagwortartigen Firmenbestandteils als einen gesonderten kennzeichenrechtlichen Schutz i.S.v. § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG.¹⁶⁵ Der schlagwortartige Firmenbestandteil ist damit weiteres, von der Firma zwar abhängiges und ihr gegenüber akzessorisches, aber gesondert geschütztes Unternehmenskennzeichen, das den kaufmännischen Unternehmensträger als Person bezeichnet.¹⁶⁶ In der Praxis ist der Schutz des schlagwortartigen Firmenbestandteils von überragender Bedeutung und weit wichtiger als der Schutz der Firma selbst.¹⁶⁷ Ein entsprechender Schutz besteht für schlagwortartige Namensbestandteile.¹⁶⁸

Darin mag man eine Nähe zu dem für die Marke grundsätzlich abzulehnenden¹⁶⁹ Elementenschutz erkennen. Allerdings weist *Goldmann* zutreffend nach, dass Zweck des Schutzes der Unternehmenskennzeichen von Beginn an gerade dieser Elementenschutz war.¹⁷⁰ Ein Vergleich des Unternehmenskennzeichens mit der Marke widerspricht dieser Erkenntnis nicht. Das Unternehmenskennzeichen ist kein Registerrecht, sondern entsteht durch die Benutzung im Geschäftsverkehr (siehe unten S. 66 ff.). Es unterliegt daher auch einer

¹⁶² RG, MuW VIII, 105 (106) – Marie Mumm; RG, MuW VIII, 295 (297) – Mercier.

¹⁶³ Z. B. RGZ 109, 213 (214 f.) – Kwatta; RGZ 114, 90 (95) – Haus Neuerburg; RGZ 117, 215 (219) – Eskimo Pie; BGH, GRUR 1960, 296 (297) – Reiherstieg; BGH, GRUR 1985, 461 (462) – Gefa/Gewa; BGH, GRUR 1993, 913 (914) – KOWOG.

¹⁶⁴ RGZ 114, 90 (95) – Haus Neuerburg; RGZ 117, 215 (219) – Eskimo Pie; BGH, GRUR 1960, 296 (297) – Reiherstieg; BGH, GRUR 1985, 461 (462) – Gefa/Gewa; BGH, GRUR 1988, 635 (636) – Grundcommerz; Rosenthal/Leffmann, § 16 UWG, Rn. 14.

¹⁶⁵ BGH, GRUR 1995, 505 (506 f.) – APISERUM; BGH, GRUR 2002, 626 (628) – IMS; BGH, GRUR 2002, 898 – defacto; BGH, GRUR 2004, 514 (515) – Telekom; BGH, GRUR 2008, 803 (804), Tz. 19 – HEITEC; BGH, GRUR 2008, 1102 (1103), Tz. 12 – Haus & Grund I; BGH, GRUR 2008, 1108 (1110 f.) Tz. 29, 42 – Haus & Grund III; BGH, GRUR 2013, 638 (641), Tz. 24 – Völkl; zum Ganzen *Büscher*, in: FS Bornkamm, S. 543 (545 ff.); *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 94.

¹⁶⁶ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 94; *Knaak*, in: FS GRUR, S. 971 (994 ff.), Rn. 44 ff.

¹⁶⁷ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 97.

¹⁶⁸ BGH, GRUR 2008, 1102 (1103), Tz. 12 – Haus & Grund I; BGH, GRUR 2010, 1020 (1021), Tz. 13 – Verbraucherzentrale.

¹⁶⁹ BGH, GRUR 2008, 903 (905), Tz. 34 – SIERRA ANTIGUO; BGH, GRUR 2009, 1055 (1057), Tz. 31 – airdsl; *Büscher*, in: FS Bornkamm, S. 543; *Fezer*, § 14 MarkenG, Rn. 555; *Ullmann*, GRUR 1993, 334 (336 f.).

¹⁷⁰ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichens, § 3, Rn. 98.

stärkeren Beeinflussung durch die Verkehrsauffassung, als dies bei einem durch Registereintrag definierten Recht der Fall sein könnte.¹⁷¹

Der von der Firma abgeleitete Schutz setzt voraus, dass der Firmenbestandteil seiner Art nach im Vergleich zu den übrigen Firmenbestandteilen geeignet erscheint, sich im Verkehr als schlagwortartiger Hinweis auf den Inhaber des Unternehmens durchzusetzen.¹⁷² Maßgeblich dafür ist die Verkehrsauffassung. Sie orientiert sich in erster Linie am Grad der Kennzeichnungskraft des Bestandteils und an seinem Charakter als Personennamen, als Sachangabe usw., sowie daran, ob sich üblicherweise Unternehmensinhaber selbst nach den Kennzeichnungsgewohnheiten im Handelsverkehr und in der jeweiligen Branche in derartiger Weise namensmäßig zu bezeichnen pflegen.¹⁷³ Die Eignung als schlagwortartiger Hinweis setzt zunächst voraus, dass dem Firmenbestandteil von Haus aus namensmäßige Unterscheidungskraft zukommt.¹⁷⁴ Fehlt es an der namensmäßigen Unterscheidungskraft von Haus aus, muss Verkehrsgeltung bestehen.¹⁷⁵ Enthält eine Firma nicht nur einen, sondern mehrere unterscheidungskräftige Bestandteile, kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an.¹⁷⁶ Kriterien sind die Kennzeichnungskraft des Bestandteils im Vergleich zu den übrigen, die Position des Elements innerhalb der Gesamtbezeichnung und ein ganzer Katalog weiterer Faktoren.¹⁷⁷ Zu diesen Faktoren gehört insbesondere, mit welcher Kurzbezeichnung der Firmeninhaber in der Werbung auftritt und so dem Verkehr eine entsprechende Verkürzung nahelegt¹⁷⁸ und auf welche Kurzbezeichnung der Verkehr eine längere Firma tatsächlich reduziert.¹⁷⁹ Diese beiden Umstände lassen sich nicht allein aus der Firma ersehen, sondern hängen von gesondert zu treffenden Tatsachenfeststellungen ab.

Eine Reihe von möglichen Firmenbestandteilen eignet sich nicht als schlagwortartige Bestandteile. Sie werden gedanklich vom kennzeichnungskräftigen Bestandteil abgespalten

¹⁷¹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 99; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 15 MarkenG, Rn. 43 f.

¹⁷² *BGH*, GRUR 1985, 461 (462) – Gefa/Gewa; *BGH*, GRUR 1991, 556 (557) – Leasing Partner; *BGH*, GRUR 2013, 68 (70), Tz. 28 – Castell/VIN Castel.

¹⁷³ *BGH*, GRUR 1985, 461 (462) – Gefa/Gewa; *BGH*, GRUR 1991, 475 (476) – Caren Pfleger; *BGH*, GRUR 1995, 505 (506) – APISERUM; *BGH*, GRUR 1996, 68 (69) – COTTON LINE.

¹⁷⁴ *BGH*, GRUR 1985, 461 (463) – Gefa/Gewa; *BGH*, GRUR 1999, 492 (493) – Altberliner; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 105; *GK/Teplitzky*, § 16 UWG, Rn. 48.

¹⁷⁵ *BGH*, GRUR 1991, 556 (557) – Leasing Partner; *BGH*, GRUR 2004, 514 (515) – Telekom.

¹⁷⁶ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 105.

¹⁷⁷ Ausführlich *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 107 ff.

¹⁷⁸ *BGH*, GRUR 1995, 505 (507) – APISERUM; *BGH*, GRUR 2008, 1102 (1103), Tz. 12 – Haus & Grund II; OLG Braunschweig, Urt. v. 13.4.2000, Az. 2 U 156/99 – Antenne Bremen.

¹⁷⁹ *RG*, GRUR 1936, 659 (660) – Iduna; OLG Braunschweig, Urt. v. 13.4.2000, Az. 2 U 156/99 – Antenne Bremen; *LG München I*, Urt. v. 25.7.2017, Az. 33 O 11594/16 – X-Trade Brokers.

und bleiben außer Betracht.¹⁸⁰ Hierzu gehören Angaben, die die Unternehmenstätigkeit beschreiben,¹⁸¹ Ortsangaben und Angaben über den räumlichen Tätigkeitsbereich,¹⁸² akademische Titel,¹⁸³ Rechtsformzusätze¹⁸⁴ und Vornamen in einem aus Vor- und Familiennamen gebildeten bürgerlichen Namen,¹⁸⁵ wenn es sich bei dem Familiennamen nicht um einen Allerweltsnamen handelt.¹⁸⁶

4. Die besondere Geschäftsbezeichnung gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 3 MarkenG

Neben dem Namen und der Firma erwähnt § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 3 MarkenG den Schutz der besonderen Bezeichnung eines Geschäftsbetriebs oder eines Unternehmens als Unternehmenskennzeichen. Die besondere Geschäftsbezeichnung hat Namensfunktion und muss deshalb ebenso wie der Name und die Firma grundsätzlich ein Wortzeichen sein.¹⁸⁷ Ebenso wie der Name und die Firma erlangt die besondere Geschäftsbezeichnung bei namensmäßiger Unterscheidungskraft Schutz mit Benutzungsaufnahme.¹⁸⁸ Sie unterscheidet sich von Namen und Firma durch ihr Bezugsobjekt. Denn sie weist nicht auf den Unternehmensträger hin, sondern auf das Unternehmen selbst oder einzelne selbständig bezeichnungsfähige Unternehmensteile.¹⁸⁹

Die besondere Geschäftsbezeichnung ist damit eine Objektbezeichnung. Sie kann zusätzlich zur Firma und unabhängig von ihr in Benutzung genommen werden.¹⁹⁰ Anders als die Firma ist ihre Benutzung nicht obligatorisch, sondern freiwillig; auch darin unterscheidet sich die besondere Geschäftsbezeichnung von der Firma.¹⁹¹

In ihrer häufigsten Erscheinung als Etablissementbezeichnung bezeichnet die besondere Geschäftsbezeichnung etwa Hotels („Hotel zur Post“), Apotheken („Sonnenapotheke“),

¹⁸⁰ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 114 ff.

¹⁸¹ *RG*, GRUR 1930, 193 (195) – Fabisch; *BGH*, GRUR 2006, 159 (160), Tz. 11 – hufeland.de; *BGH*, GRUR 2013, 68 (70) Tz. 28 – Castell/VIN CASTELL.

¹⁸² *LG Köln*, Ur. v. 05.11.2015, Az. 31 O 103/15; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 116.

¹⁸³ *BGH*, GRUR 1991, 475 (476) – Caren Pfleger; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 125.

¹⁸⁴ *BGH*, GRUR 2009, 484 (488), Tz. 51 – Metrobus.

¹⁸⁵ *RG*, MuW XXVIIXXVIII, 183 – Ern; *BGH*, GRUR 1991, 575 (477) – Caren Pfleger; *OLG Hamburg*, GRUR-RR 2004, 78 – holzmann-bauberatung.de; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 134.

¹⁸⁶ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 139.

¹⁸⁷ *BGH*, GRUR 2005, 419 (422) – Räucherkatze; *BGH*, GRUR 2008, 1108 (1111), Tz. 44 – Haus & Grund III; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 188; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 35, 38.

¹⁸⁸ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 8, Rn. 5; *Kur/v. Bomhard/Albrecht/Weiler*, § 5 MarkenG, Rn. 104.

¹⁸⁹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 150; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 35; *Ingerl/Rohnke*, § 5 MarkenG, Rn. 27; *Kur/v. Bomhard/Albrecht/Weiler*, § 5 MarkenG, Rn. 45.

¹⁹⁰ *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 35; *Knaak*, Firma und Firmenschutz, S. 111; *Teichmann*, Rn. 410.

¹⁹¹ *Ingerl/Rohnke*, § 5 MarkenG, Rn. 27; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 152.

Kaufhäuser („*Kaufhaus des Westens*“), Restaurants („*Balthasar*“) oder Cafés („*Eiscafé Venezia*“, etc. Etablissementbezeichnungen markieren in besonderer Weise auch das Geschäftslokal als den Ort der Geschäftsausübung.¹⁹² Besondere Geschäftsbezeichnungen kommen aber auch in anderer Ausprägung vor, so etwa als Ensemblebezeichnungen von Künstlergruppen, als Bezeichnungen von Werken, Fabriken, Bergwerken und landwirtschaftlichen Gütern oder als Bezeichnung für Praxen von Freiberuflern.¹⁹³ Die Anwendungsmöglichkeiten sind unbegrenzt. Eine besondere Geschäftsbezeichnung kann für jede Art von Unternehmen geschützt werden.¹⁹⁴

Für verschiedene Unternehmen eines Inhabers bzw. verschiedene organisatorisch abgrenzbare und deshalb selbständig bezeichnungsfähige Teile und Betriebsstätten eines Unternehmens können jeweils eigenständige, besondere Geschäftsbezeichnungen geführt und als Unternehmenskennzeichen gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 3 MarkenG geschützt werden.¹⁹⁵

Für ein jedes Unternehmen und einen jeden selbständig bezeichnungsfähigen Teil davon kann der Inhaber aber auch mehrere besondere Bezeichnungen nutzen. Es gibt nämlich keinen der Firmeneinheit (siehe unten S. 188 ff.) vergleichbaren Grundsatz, demzufolge für ein Unternehmen oder einen selbständig bezeichnungsfähigen Unternehmensteil nur jeweils eine besondere Bezeichnung geführt werden dürfte.¹⁹⁶ Da der Verkehr aber in aller Regel nur mit einer einzigen besonderen Geschäftsbezeichnung rechnet und nicht mit zwei oder mehr, ist für den Schutz ebenso wie bei den Geschäftsabzeichen i.S.d. § 5 Abs. 2 S. 2 MarkenG grundsätzlich Verkehrsgeltung erforderlich.¹⁹⁷

III. Unternehmenskennzeichen ohne Namensfunktion

Zu den nach § 5 Abs. 2 MarkenG geschützten Unternehmenskennzeichen gehören gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 MarkenG auch diejenigen Zeichen, die man als Unternehmenskennzeichen ohne Namensfunktion bezeichnet. Dies sind die Geschäftsabzeichen gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 Fall 1 MarkenG und die sonstigen betrieblichen Unterscheidungszeichen gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 Fall 2 MarkenG. Eine trennscharfe Abgrenzung zwischen diesen

¹⁹² BGH, GRUR 2017, 914 (917), Tz. 48 – Medicon-Apotheke/MediCo Apotheke; OLG Frankfurt, GRUR-RR 2016, 448 (449), Tz. 17 – Apfelweinlokal; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 177.

¹⁹³ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 180 ff.; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 8.

¹⁹⁴ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 187.

¹⁹⁵ Ausführlich Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 8, Rn. 125 ff.; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 35; Ingerl/Rohnke, § 5 MarkenG, Rn. 27; Kur/v. Bomhard/Albrecht/Weiler, § 5 MarkenG, Rn. 44.

¹⁹⁶ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 169.

¹⁹⁷ OLG Hamm MuW XXXIX, 148 (149) – Zur Devesburg; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 170.

beiden Formen der Unternehmenskennzeichen ohne Namensfunktion ist weder möglich noch notwendig.¹⁹⁸ Für ihren Schutz ist stets Verkehrsgeltung erforderlich. Für den Verkehr gelten diese Zeichen dann zwar als identifizierende und unterscheidende Kennzeichen, dennoch haben sie trotz Verkehrsgeltung nicht die Wirkung eines Namens.¹⁹⁹ Die Unterscheidungs- und Identifikationswirkung des Zeichens entsteht allein dadurch, dass es vom Verkehr als Hinweis auf das Unternehmen verstanden wird, wenn auch nicht als ein namensmäßiger.

Beispiele für Unternehmenskennzeichen ohne Namensfunktion sind Bildzeichen²⁰⁰, Farben und Farbkombinationen²⁰¹, die Gestaltung von Gebäudefassaden,²⁰² Geschäftsräumen,²⁰³ Geschäftsfahrzeugen²⁰⁴ und die besonders gestaltete Arbeitskleidung der Mitarbeiter.²⁰⁵

IV. Die rechtlich geschützten Funktionen der Unternehmenskennzeichen

1. Identifikations- und Unterscheidungsfunktion

Unternehmenskennzeichen haben eine rechtlich geschützte Identifikationsfunktion.²⁰⁶ Sie besteht darin, die Identifizierung und Individualisierung des Unternehmens oder des Unternehmensträgers zu ermöglichen.²⁰⁷

Darüber hinaus haben Unternehmenskennzeichen eine rechtlich geschützte Unterscheidungsfunktion. Sie besteht darin, dass Unternehmenskennzeichen dem Unternehmensträger ermöglichen, sich und sein Unternehmen von denen anderer Unternehmer zu unterscheiden und klar abzugrenzen. Von der Unterscheidungsfunktion geschützt wird auch das Individuierungsinteresse des Kennzeicheninhabers.²⁰⁸ Hierunter versteht man das Inte-

¹⁹⁸ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 4, Rn. 32.

¹⁹⁹ *BGH*, GRUR 1953, 290 (291) – Fernsprechnummer; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 4, Rn. 2 f.; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 61; *GK/Teplitzky*, § 16 UWG, Rn. 73.

²⁰⁰ *BGH*, GRUR 1962, 647 (650) – Strumpf-Zentrale; *BGH*, GRUR 1964, 71 (73) – Personifizierte Kaffeekanne.

²⁰¹ *BGH*, GRUR 1997, 754 (755) – grau/magenta; *OLG Frankfurt*, GRUR-RR 2015, 18 (20), Tz. 24 – Sprühender Waschbär.

²⁰² Vgl. *BGH*, GRUR 1977, 614 (615) – Gebäudefassade (hier Schutz mangels Verkehrsgeltung verneint).

²⁰³ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 4, Rn. 33 m.w.N.; *ders.*, MarkenR 2015, 8 ff.; *Sosnitza*, MarkenR 2015, 1, 3.

²⁰⁴ *Finger*, § 16 UWG, Rn. 62b; *Gast*, S. 67; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 4, Rn. 33 m.w.N.,

²⁰⁵ *Baumbach/Hefermehl*, UWG (17. Aufl. 1993), § 16, Rn. 137.

²⁰⁶ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 2.

²⁰⁷ Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, UWG (17. Aufl. 1993), Vor § 16, Rn. 1; *Büscher*, in: FS Ullmann, S. 129 (135); *Cosack*, S. 167; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 2; *Klippel*, GRUR 1986, 697 (708); *GK/Teplitzky*, Vor § 16 UWG, Rn. 3.

²⁰⁸ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2 Rn. 50.

resse, nicht mit anderen Unternehmern, Unternehmen oder deren Erzeugnissen in Verbindung gebracht zu werden, zu denen in Wahrheit keine Beziehungen bestehen und auf die er keinen Einfluss hat.²⁰⁹

Durch die Identifikation und Unterscheidung wirken die Unternehmenskennzeichen am Aufbau einer „*Identität*“²¹⁰ bzw. „*Individualität*“²¹¹ des Unternehmens oder des Unternehmensträgers mit, die ohne sie nicht herzustellen wäre. Die Möglichkeit, sich durch Kennzeichen von anderen zu unterscheiden, sich gleichsam eine eigene Identität zu geben, führt erst dazu, dass sich das Unternehmen oder sein Inhaber eine Wahrnehmung am Markt verschafft, aus der Anonymität der Masse hervortritt und von möglichen Geschäftspartnern erkannt oder wiedererkannt wird. Der rechtliche Schutz dieser Kennzeichen gehört zu den unentbehrlichen Existenzbedingungen eines jeden Unternehmens.²¹² Er dient damit der Verwirklichung des Grundrechts eines jeden Unternehmers auf Berufsfreiheit und der damit zusammenhängenden freien Ausübung seiner wirtschaftlichen Tätigkeit.²¹³ Die Identifikationsfunktion und die Unterscheidungsfunktion sind nach herrschender Auffassung allein im Interesse des Zeicheninhabers geschützt.²¹⁴

Daneben erfüllen Unternehmenskennzeichen aber auch Funktionen, deren rechtlicher Schutz im Interesse des Wettbewerbs, der Verbraucher und der Allgemeinheit liegt. Diese Interessen werden aber unmittelbar und in erster Linie durch § 5 Abs. 2 MarkenG geschützt.²¹⁵ §§ 5, 15 MarkenG schützen diese Interessen nicht unmittelbar, sondern nur reflexartig (dazu näher unten 3.).

2. Goodwill-Funktion

Die Identifikations- und Unterscheidungsfunktion der Unternehmenskennzeichen ist auch Grundlage einer weiteren rechtlich geschützten Funktion, nämlich der Goodwill-Funktion. Diese wird z.T. auch als „*Geltungsfunktion*“ bezeichnet²¹⁶ und besteht in der Bündelung und Speicherung des Goodwills.²¹⁷ Der historische Gesetzgeber des § 8 UWG von 1896

²⁰⁹ Götting, S. 86; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 2 Rn. 50; Klippel, S. 358, 416.

²¹⁰ Schmidt, Handelsrecht, § 6 IV, Rn. 38.

²¹¹ Schäffle, S. 279 spricht von der „*industriellen Individualität*“ und sieht darin bereits 1867 eine der Legitimationsgrundlagen eines materiellen Kennzeichenschutzes.

²¹² Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 53 m.w.N.

²¹³ RGZ 75, 370 (373) – Stiller; RGZ 101, 226 (230) – Uessesms Artistenkinder; RGZ 108, 272 (273) – Merx; BGH, GRUR 1962, 419 (420) – Leona; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 7; Rosenthal, § 16 UWG, Note 12 b.

²¹⁴ RGZ 75, 370, 373 – Stiller; RGZ 103, 388 (392 f.) – Commerz- und Privatbank; v. Gierkel/Sandrock, § 17 II 4 b (S. 246); Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 7.

²¹⁵ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 89.

²¹⁶ Pawlowski, Rn. 264.

²¹⁷ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 13 f., 17.

bezeichnete den Goodwill als „*gewisses Ansehen im Publikum*“ und erklärte seinen Schutz zum zentralen Anliegen des Schutzes der Unternehmenskennzeichen.²¹⁸ Der Schutz des Unternehmenskennzeichens vor Missbräuchen dient dem Schutz des darin verkörperten Goodwills. Der rechtliche Schutz des Goodwills ist Grundvoraussetzung für jede auf Kontinuität angelegte unternehmerische Leistung in der Marktwirtschaft.²¹⁹ Der Goodwill wird auch als „*Ruf*“²²⁰, „*Ruf und Vertrauen*“²²¹, „*Ruf und Kredit*“²²², „*Geschäftsrenommee und Chance*“²²³, „*Kundschaft*“²²⁴, „*Anziehungskraft*“²²⁵, „*günstige Erwartungen*“ des Publikums²²⁶ oder „*Werbekraft des Unternehmens*“²²⁷ umschrieben. Ungeeignet ist der Begriff „*Verkehrsgeltung*“²²⁸, da er im Kennzeichenrecht anders belegt ist. Treffend ist die Definition des Goodwills von *Callmann* als „*Geneigtheit von Menschen, zu einem Unternehmen und seinen Produkten in Beziehung zu treten.*“²²⁹ Der Goodwill macht den Werbewert des Unternehmenskennzeichens als immaterielles Wirtschaftsgut aus.

Sämtliche Investitionen des Kaufmanns in die Werbung, sein Bemühen um die Steigerung der Qualität seiner Waren und Dienstleistungen, sein seriöses Geschäftsgebaren, seine Zahlungsbereitschaft und die hierauf erfolgende Resonanz und das Wohlwollen des Publikums, seiner Lieferanten und Kreditgeber etc. sind Ausdruck der Anstrengungen seiner Geschäftstätigkeit, die in das „*wirtschaftliche Ansehen*“ des Unternehmens einfließen und durch seine Kennzeichen wiedergespiegelt werden. Das Unternehmenskennzeichen wird dadurch zu einem wichtigen Instrument des Marketings.²³⁰ Hierher gehören diejenigen Funktionen, die in der neueren Funktionenlehre des EuGH als zusätzliche, zur zentralen

²¹⁸ Begründung zum dritten Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes zu § 8 über den Schutz der besonderen Geschäftsbezeichnung: „*Es ist aber als ein Verstoß gegen die geschäftliche Ehrlichkeit anzusehen, wenn ein solcher Name, nachdem er sich ein gewisses Ansehen im Publikum erworben hat, von anderen Gewerbetreibenden zum Zwecke verwertet wird, um Verwechslungen hervorzurufen*“ (abgedruckt bei: *Bachem/Roeren*, S. 20 (37), *Lobe*, S. 46 (67)).

²¹⁹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 13 unter Bezugnahme auf *Rogers*, S. 19 f., 228 ff. und insbesondere S. 33: „*Without good will all business which is not monopolistic would be temporary – depending as it would have to on casual patronage only. The element of good will – the desire on the part of customers to keep up more or less continuous trade relations and the reasonable expectation of such continuance on the part of the trader, is what gives permanency and stability to business*“.

²²⁰ *Engel*, § 16 UWG, Anm. 1.

²²¹ *Müller*, Einl. zu § 8 UWG Anm. IV.

²²² *Pisko*, S. 65.

²²³ *Lehmann/Hoeniger*, S. 115.

²²⁴ RGZ 68, 49 (52) – Süddeutsche Bauhütte.

²²⁵ Vgl. *Müller-Erzbach*, S. 87.

²²⁶ *Koppensteiner*, § 29, Rn. 2.

²²⁷ *Ulmer*, Warenzeichen, S. 4.

²²⁸ So aber *Pawlowski*, Rn. 264.

²²⁹ *Callmann*, S. 36; ebenso *Elsaesser*, S. 113; *Finger*, § 16 UWG, Rn. 1.

²³⁰ *Lamsa*, S. 13.

Herkunftsfunktion²³¹ der Marke hinzutretenden Funktionen besonders betont werden.²³² Dies sind die *Garantiefunktion* bzw. *Qualitätsfunktion*²³³, die darin besteht, dem Verbraucher die qualitative Beständigkeit (oder Homogenität) der mit der Marke gekennzeichneten Produkte anzuzeigen,²³⁴ die *Werbefunktion*²³⁵, die darin besteht, eine Marke für Zwecke der Werbung zu verwenden, um den Verbraucher zu informieren oder zu überzeugen und sie als Element der Verkaufsförderung oder als Instrument der Handelsstrategie einzusetzen,²³⁶ die *Kommunikationsfunktion*²³⁷, also ihre Fähigkeit, Informationen zu vermitteln, z. B. Botschaften über immaterielle Eigenschaften, die das Image des Produkts oder des Unternehmens formen,²³⁸ und die *Investitionsfunktion*²³⁹, also die Fähigkeit der Marke, sie zum Erwerb oder zur Wahrung eines Rufes einzusetzen, der geeignet ist, Verbraucher anzuziehen oder zu binden.²⁴⁰ Diese Funktionen kommen auch dem Unternehmenskennzeichen zu. Sie sind unselbständige Ausschnitte einer umfassend verstandenen Goodwill-Funktion.²⁴¹ Die Goodwill-Funktion ist allein im Interesse des Kennzeicheninhabers geschützt.²⁴²

²³¹ *EuGH*, GRUR 2003, 55 (58), Tz. 53 f. – Arsenal; *EuGH*, GRUR 2005, 153 (155), Tz. 59 – Anheuser-Busch; *EuGH*, GRUR 2007, 318 (319), Tz. 21 – Opel/Autec; *EuGH*, GRUR 2007, 971 (972), Tz. 21 – Céline.

²³² *EuGH*, GRUR 2009, 756 (761), Tz. 58, 63 – L'Oréal/Bellure; *EuGH*, GRUR 2010, 445 (448), Tz. 77 – Google und Google France; *EuGH*, GRUR 2011, 1124 (1127), Tz. 38 – Interflora; *EuGH*, GRUR 2014, 280 (281), Tz. 30 – Red Bull; *EuGH*, UrT. v. 25.7.2018, Az. C-129/17, Tz. 34 – Mitsubishi/Duma.

²³³ *EuGH*, GRUR 2009, 756 (761), Tz. 58, 63 – L'Oréal/Bellure; *EuGH*, GRUR 2010, 445 (448), Tz. 77 – Google und Google France; *EuGH*, GRUR 2011, 1124 (1127), Tz. 38 – Interflora; *EuGH*, GRUR 2014, 281 (281), Tz. 30 – Red Bull.

²³⁴ Generalanwalt Mengozzi, Schlussanträge zu C-487/07 Tz. 53 – L'Oréal/Bellure.

²³⁵ Vgl. *EuGH*, GRUR 2009, 756 (761), Tz. 58, 63 – L'Oréal/Bellure; *EuGH*, GRUR 2010, 445 (448), Tz. 77 – Google und Google France; *EuGH*, GRUR 2014, 280 (281), Tz. 30 – Red Bull; Kessen, S. 60 f; Weber, S. 2.

²³⁶ *EuGH*, GRUR 2010, 445 (449), Tz. 92 – Google und Google France; *EuGH*, UrT. v. 25.7.2018, Az. C-129/17, Tz. 37 – Mitsubishi/Duma.

²³⁷ *EuGH*, GRUR 2009, 756 (761), Tz. 58, 63 – L'Oréal/Bellure; *EuGH*, GRUR 2010, 445 (448), Tz. 77 – Google und Google France; *EuGH*, GRUR 2011, 1124 (1127), Tz. 38 – Interflora; *EuGH*, GRUR 2014, 280 (281), Tz. 30 – Red Bull; Pöpel, S. 12.

²³⁸ Generalanwalt Mengozzi, Schlussanträge zu C-487/07 Tz. 54 – L'Oréal/Bellure.

²³⁹ *EuGH*, GRUR 2009, 756 (761), Tz. 58, 63 – L'Oréal/Bellure; *EuGH*, GRUR 2010, 445 (448), Tz. 77 – Google und Google France; *EuGH*, GRUR 2011, 1124 (1128), Tz. 60 ff. – Interflora; *EuGH*, GRUR 2014, 280 (281), Tz. 30 – Red Bull.

²⁴⁰ *EuGH*, GRUR 2011, 1124 (1128), Tz. 62 – Interflora; *EuGH*, UrT. v. 25.7.2018, Az. C-129/17, Tz. 36 – Mitsubishi/Duma.

²⁴¹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 19 ff.

²⁴² *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 13 unter Bezugnahme auf RGZ 75, 370 (373) – Stiller; *Callmann*, § 16 UWG, Rn. 3; *Finger*, § 16 UWG, Rn. 1; *Ulmer*, Warenzeichen, S. 3 ff.

3. Weitere Funktionen im Interesse der Wettbewerber, Verbraucher und Allgemeinheit

Wenn die §§ 5, 15 MarkenG vorrangig den Schutz des Kennzeicheninhabers bezwecken, ist damit nicht zugleich ausgeschlossen, dass daneben auch die Interessen der Wettbewerber, Verbraucher und der Allgemeinheit durch die Regelungen zum Unternehmenskennzeichen geschützt werden. Der Wortlaut des MarkenG ist für ein solches Schutzzweckverständnis offen. Anders als z. B. in § 1 UWG fehlt zwar eine ausdrückliche Schutzzweckregelung, nach der die Interessen der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb geschützt werden. Gleichwohl werden mittelbar auch deren Belange reflexartig geschützt, wenn Zeichen, die nicht unterscheidungskräftig sind oder an denen ein Freihaltebedürfnis besteht, keinen materiellen Schutz als Unternehmenskennzeichen erhalten (näher zur namensmäßigen Unterscheidungskraft als Schutzzvoraussetzung und zum Freihaltebedürfnis unten S. 84 ff.).²⁴³ Es entspricht dem Interesse der Mitbewerber und des Verkehrs, die Verwendung von beschreibenden Angaben nicht zugunsten einzelner zu schützen und zu monopolisieren. Auch der Aspekt des Schutzes der Allgemeinheit und der Verbraucher vor Irreführung hat im Recht des Unternehmenskennzeichens seinen Niederschlag gefunden, weil irreführende Unternehmenskennzeichen keinen Schutz genießen (näher dazu unten S. 76 ff.). Die Schutzunfähigkeit verringert den Anreiz, irreführende Unternehmenskennzeichen zu wählen, was wiederum reflexhaft dem Schutz der Verbraucher vor Irreführung dient.²⁴⁴ Auch über den Tatbestand der Verwechslungsgefahr werden mittelbar die Belange der Wettbewerber und Verbraucher geschützt. Deren Interesse entspricht es nämlich, ein Zeichen einem bestimmten Unternehmen zuordnen zu können und nicht der Fehlvorstellung zu unterliegen, das Zeichen würde durch dasselbe Unternehmen, durch denselben Unternehmensinhaber oder ein mit diesem verbundenen Unternehmen verwendet, wenn dies tatsächlich gar nicht der Fall ist (näher zu Verwechslungsgefahr unten S. 197 ff., insb. zu den verschiedenen Arten der Verwechslungsgefahr S. 203 ff.).

Als im weiten Sinne Reflex, der vorrangig im Interesse des individuellen Kennzeicheninhabers geschützten Identifikations-, Unterscheidungs- und Goodwill-Funktion ergeben sich weitere Funktionen des Unternehmenskennzeichens, die der Allgemeinheit zugute kommen, die aber durch §§ 5, 15 MarkenG nicht geschützt werden. Durch die Identifikati-

²⁴³ Vgl. mit ähnlichen Erwägungen zum Verbraucherschutz im Markenrecht *Sosnitza*, ZGE 2013, 176 (177 f.).

²⁴⁴ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 89.

ons- und Unterscheidungsfunktion wird Markttransparenz erzeugt (*marktordnende Funktion*).²⁴⁵ Unternehmenskennzeichen dienen damit dem Funktionieren einer auf Wettbewerb basierenden Wirtschaft. Sie stellen – ebenso wie Marken – einen wesentlichen Bestandteil des Systems eines unverfälschten Wettbewerbs dar, das das System der europäischen Verträge schaffen und erhalten will.²⁴⁶ Durch die rechtlich geschützte Goodwill-Funktion wird mittelbar das Marktverhalten der Unternehmer gesteuert (*Auslesefunktion*). Der Wunsch, Kundenbeziehungen zu erhalten und den Wert des eingeführten Kennzeichens gegenüber Wettbewerbern zu behaupten, bildet einen Anreiz, die Qualität der Leistung nicht absinken zu lassen, um nicht im Ausleseprozess des Wettbewerbs aus dem Markt auszuscheiden und führt gesamtwirtschaftlich betrachtet zu einer Steigerung des allgemeinen Leistungsniveaus.²⁴⁷

V. Legitimation und erster Blick auf die hierauf zurückzuführenden Schutzvoraussetzungen

Aus den rechtlich geschützten Funktionen der Unternehmenskennzeichen und ihrer essentiellen Bedeutung ergibt sich gleichzeitig auch die Legitimation des materiellen Kennzeichenschutzes. Die unternehmerische Leistung muss sich im Wettbewerb mit anderen Unternehmern ständig messen lassen und von deren Leistungsangeboten abgrenzen. Nur so ist es möglich, trotz der Vielzahl der Waren- oder Dienstleistungsangebote diejenige Verankerung im Bewusstsein der Marktgegenseite zu erhalten, die den potentiellen Kunden zu einem wirklichen Kunden und den zufriedenen Kunden zu einem Stammkunden macht. Die Entscheidung für oder gegen das Angebot eines Unternehmens kann aber nur dann getroffen werden, wenn die im Wettbewerb um die Absatzmöglichkeit stehenden Unternehmen voneinander unterschieden werden können. Ohne Kennzeichen ließen sich Unternehmen nicht voneinander unterscheiden und jede unternehmerische Tätigkeit, die sich nicht unterscheiden kann, wird unmöglich.²⁴⁸ Ein effektiver Kennzeichenschutz steht damit auch unter dem grundrechtlichen Schutz des Art. 12 GG.²⁴⁹ Denn die wirtschaftliche Betätigung dient auch der Verwirklichung des Grundrechts des Unternehmers auf freie Ausübung seines Berufs.²⁵⁰

²⁴⁵ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 26 ff.

²⁴⁶ Vgl. *EuGH*, GRUR Int. 1990, 960 (961), Tz. 13 – HAG II; *EuGH*, GRUR Int. 1994, 614 (617), Tz. 45 f. – Ideal Standard II; *EuGH*, GRUR 2003, 604 (607), Tz. 48 – Libertel; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 72.

²⁴⁷ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 31; *Müller-Erbach*, S. 87.

²⁴⁸ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 5.

²⁴⁹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 38.

²⁵⁰ RGZ 101, 226 (230) – Uessems Artistenkinder; RGZ 103, 388 (392 f.) – Commerz- und Privatbank; RGZ 108, 272 (273) – Merx; *BGH*, GRUR 1962, 419 (420) – Leona; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 7.

Unternehmenskennzeichen und ihr materieller Schutz sind deshalb essentiell für das Funktionieren einer auf Unternehmertum ausgerichteten Marktwirtschaft.²⁵¹ Nur, wenn verhindert wird, dass Dritte sich durch unbefugte Verwendung der Firma ihre „*werterhaltende Wirkung*“ aneignen, besteht die Bereitschaft zur wirtschaftlichen Betätigung.²⁵² Und nur, wenn der Inhaber des Unternehmenskennzeichens sich effektiv gegen die Verwendung eines gleichen oder ähnlichen Zeichens und damit gegen eine Verwechslung, verteidigen kann, kann das Unternehmenskennzeichen auch seine Aufgabe der Identifikation und Unterscheidung dauerhaft erfüllen und dem Unternehmer das notwendige Vertrauen geben, dass sich seine unternehmerische Leistung auch lohnt. Der gerechten Entlohnung der unternehmerischen Leistung dient deshalb das Unternehmenskennzeichen. *Schäffle* hat 1867 in einem Beitrag zur rechtspolitischen Diskussion über die Einführung eines materiellen Schutzes von Marke und Unternehmenskennzeichen diese Zusammenhänge wie folgt beschrieben:

„So wenig der Firmen-, Marken- und Titelschutz ein Monopol oder ausschliessendes Absatzrecht begründet, ebenso sehr dient er dazu, thatsächlich vortheilhafte Kundschaften, welche ohne Ausschluss der freien Concurrrenz bestehen, zu schützen. Der Firmen-, Marken- und Titelschutz ist hierdurch ein nichtsinguläres Rechtsinstitut, welches die im freien von der Concurrrenz bewegten Verkehr wirkende normale Rentenfunktion unterstützt. Wer sich durch seine ins Geschäft und in die Produkte gelegte, im Geschäfte das persönliche Leben sogar überdauernde, daher dem Vermögenswerth nach vererbbar und übertragbare, individuelle Tüchtigkeit verdient gemacht hat, ist nach unserer Theorie von der Rente berechtigt, die Frucht hiervon zu ernten. Jeder Andere soll in der Lage bleiben, durch gleiche oder bessere Leistung gleiches oder höheres Einkommen beziehen zu können. Aber Niemand hat das Recht, dadurch, dass er sich mit fremden Federn schmückt, das Renteneinkommen Anderer zu beziehen oder dasselbe durch Erheuchelung guten Scheines für schlechtes eigenes Fabrikat zu gefährden.“²⁵³

Gerechtfertigt ist der Schutz aber nur, wenn das Unternehmenskennzeichen seine rechtlich geschützten Funktionen auch effektiv erfüllen kann. Kennzeichen, die nicht kontinuierlich im geschäftlichen Verkehr benutzt werden, fehlt diese Legitimation. Das gleiche gilt für Zeichen, die nicht geeignet sind, auf den Verwender oder sein Unternehmen hinzuweisen und ihn deutlich von anderen zu unterscheiden. Hat ein Zeichen aber die Fähigkeit zur

²⁵¹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 26.

²⁵² *Ehrenberg/Pisko*, S. 275.

²⁵³ *Schäffle*, S. 279 f.

Identifizierung und Unterscheidung, ist sein Schutz legitim, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob diese Fähigkeit dem Zeichen von Haus aus gegeben ist oder es sich bei den angesprochenen Verkehrskreisen als Kennzeichen für ein bestimmtes Unternehmen etabliert hat.²⁵⁴ Die durch Verkehrsgeltung erworbene Unterscheidungskraft erfüllt die gleiche Funktion wie die originäre Unterscheidungskraft und verdient deshalb den gleichen Schutz.

²⁵⁴ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 119.

3. Teil

Historische Entwicklung

1. Abschnitt: HGB-Firmenrecht

A. Partikularrecht vor dem ADHGB

Das Rechtsinstitut der Firma hat seinen Ursprung im Italien des späten Mittelalters und leitet sich aus dem ital. „*firmare*“ ab, d. h. die Bekräftigung, Bestätigung und Beglaubigung einer Urkunde durch Unterzeichnung bzw. Auflegen der Hand.²⁵⁵ Indem die Urkunde mit der Firma seiner Handelsgesellschaft unterzeichnet wurde, war deutlich gemacht, dass der Unterfertiger nicht im eigenen Namen, sondern im Namen aller Sozien handelte.²⁵⁶ Die Firma war ursprünglich nur die Firma der Handelsgesellschaften.²⁵⁷ Gebräuchlich geworden ist die Firma ausgehend davon nicht nur als Zeichen der Bekräftigung, sondern auch als die Art, wie sich die Gesellschaft im Geschäftsverkehr zu bezeichnen pflegt.²⁵⁸ Der angenommene Name der Gesellschaft erlangte in der Geschäftswelt in der Regel einen Bekanntheitsgrad, der die Gesellschafter regelmäßig veranlasste, nach dem Ausscheiden des den Hauptnamen tragenden Gesellschafters den ursprünglichen Namen beizubehalten.²⁵⁹ Damit erhält die Firma die Bedeutung als Name, unter dem die Gesellschaft als Kaufmann im Handel ihre Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt.²⁶⁰ Daneben trat seit dem 18. Jahrhundert auch eine Begriffsvorstellung, derzufolge unter einer Firma die Bezeichnung des Handelsgeschäfts, also des kaufmännischen Unternehmens selbst verstanden wurde.²⁶¹ Bei Einzelkaufleuten ist der Gebrauch einer besonderen, vom bürgerlichen Namen des Kaufmanns rechtlich zu unterscheidenden Firma erst später aufgekommen und gesetzlich in Art. 15 f. ADHGB anerkannt worden.²⁶² Wegen der Nähe der Firma zum bürgerlichen Namen war es für die Rechtswissenschaft folgerichtig, die Firma als eine besondere Art des Namens aufzufassen.²⁶³

²⁵⁵ Behrend, § 40 (S. 250); Staub/Bondi, 14. Aufl., § 17 HGB, Anm. 1; v. Gierke, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Zweiter Band, S. 439 (440); Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 50; Krause, S. 22; Ehrenberg/Pisko, S. 277.

²⁵⁶ Ehrenberg/Pisko, S. 277.

²⁵⁷ Bartels, AcP 209 (2009), 309 (315); Behrend, § 40 (S. 252); Staub/Bondi, 14. Aufl., § 17 HGB, Anm. 1; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 50; Lehmann/Hoeniger, S. 114; Krause, S. 22; Ehrenberg/Pisko, S. 277.

²⁵⁸ Behrend, § 40 (S. 250).

²⁵⁹ Krause, S. 22.

²⁶⁰ Behrend, § 40 (S. 250).

²⁶¹ Schirmer, S. 63.

²⁶² Bartels, AcP 209 (2009), 309 (315); Behrend, § 40 (S. 252 f.); Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 54; Lehmann/Hoeniger, S. 114; Ehrenberg/Pisko, S. 277.

²⁶³ Vgl. die Nachweise bei Klippel, Schutz des Namens, S. 76 f.

Ein Zwang zur Annahme einer Firma bestand nicht. So war es „dem Belieben des Geschäftsinhabers anheimgegeben, ob er überhaupt eine Firma annehmen sowie welche Gestalt er derselben geben wollte.“²⁶⁴ Denn basierend auf den Lehren des klassischen römischen Rechts waren die Wahl und die Änderung des Namens allgemein frei.²⁶⁵ Damit wurde zugleich der Grundsatz der freien Firmenwahl begründet.²⁶⁶ Dieser Grundsatz beherrschte das Firmenrecht bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts.²⁶⁷ Der Kaufmann konnte seine Firma grundsätzlich frei bilden. Er war nicht auf bestimmte Typen (z. B. Personen- oder Sachfirma) festgelegt und konnte etwa auch Fantasiefirmen oder Pseudonyme bilden. Von dem gemeinrechtlichen Grundsatz der freien Firmenwahl existierten partikularrechtliche Ausnahmen, allerdings nur sehr begrenzt. So gab es in ALR II 8 §§ 621 f. eine in etwa den heutigen §§ 30, 37 Abs. 1 HGB entsprechende Regelung.²⁶⁸ Vereinzelt wurde auch ein Straftatbestand der Usurpation fremder Firmen als Variante des Betrugs eingeführt.²⁶⁹

Man ging bis Mitte des 19. Jahrhunderts davon aus, dass die Firma zunächst einmal eine Kennzeichnungs- und Abkürzungsfunktion hat. Durch die freie Wahl einer prägnanten und einfachen Firma war es möglich, anstelle der Namen aller Gesellschafter eine abgekürzte Bezeichnung zu verwenden.²⁷⁰ Die Verwendung einer Firma ermöglichte darüber hinaus eine Abgrenzung der Privatgeschäfte des Kaufmanns von den Geschäften der Gesellschaft (Trennungsfunktion).²⁷¹ Zugleich ermöglichte die Firma selbstverständlich auch die Unterscheidung zweier Kaufleute (Unterscheidungsfunktion).²⁷² Schon früh wurde in die-

²⁶⁴ Behrend, § 40 (S. 252).

²⁶⁵ C. 9,25,1 (Diocl./Maxim. a. 293) lautet: Sicut initio nominis cognominis praenominis recognoscendi singulos imposito privatim libera est, ita horum mutatio innocentibus periculosa non est. Mutare itaque nomen sive praenomen sine aliqua fraude licito iure, si liber es, secundum ea quae saepe statuta sunt minime prohiberis, nulli ex hoc praeiudicio futuro. („So wie ursprünglich jeder Privatperson, zur Erkennung des Einzelnen, die Benennung mit Zunamen und Vornamen frei steht, ist auch deren Änderung bei solchen, die keine böse Absicht dabei hegen, ungefährlich. Es steht dir daher, wenn du ein Freier bist, den darüber erlassenen Verordnungen gemäß, nichts im Weg, ohne betrügerische Absicht deinen Namen und Vornamen zu ändern, wenn damit für die Zukunft keine Vorentscheidung gefällt wird.“).

²⁶⁶ Behrend, § 40 (S. 252); Krug, S. 11; vgl. Klippel, Schutz des Namens, S. 78 f. m.w.N.; ders. Bedeutung des Rheinischen Rechts, 123 (131).

²⁶⁷ Bartels, AcP 209 (2009), 309 (314); Behrend, § 40 (S. 252); Klippel, Schutz des Namens, S. 76 ff.

²⁶⁸ ALR II 8 § 621: „Bey Bestimmung der Firma ist darauf zu sehen, daß sich dieselbe von allen bereits öffentlich bekannt gemachten hinlänglich unterscheidet“; § 622: „Ergiebt sich in der Folge, daß eine andere bereits errichtete Handlung dergleichen Firma führe: so ist die später geschlossene Societät verbunden, ihre Firma zu ändern.“

²⁶⁹ Vgl. Klippel, Bedeutung des Rheinischen Rechts, S. 123 (133) mit Hinweis auf die Anmerkungen zu Art. 256 des bayerischen Strafgesetzbuchs von 1813: als Betrüger wurde bestraft, wer „die Firma eines anderen Kaufmanns oder Fabrikanten sich widerrechtlich zu eignet“.

²⁷⁰ Behrend, § 40 (S. 252); Ehrenberg/Pisko, S. 277; Gans, S. 39.

²⁷¹ Ehrenberg/Pisko, S. 277; Gans, S. 39.

²⁷² Gans, S. 40; Klippel, Schutz des Namens, S. 79 m.w.N.

sem Zusammenhang auch die Bedeutung der Firma für den „*Vorteil des Creditverstärkers*“²⁷³ gesehen. Denn das Vertrauen und die Achtung des Kaufmanns, die er sich im Geschäftsleben erworben hatte, konzentrierten sich in der Firma.²⁷⁴ Das entspricht der heute allgemein anerkannten Goodwill-Funktion der Firma (siehe oben, S. 37 ff.). Dieser mit der Firma verbundene *Kredit* des Kaufmanns sollte auch für den Fall eines Gesellschafterwechsels erhalten bleiben.²⁷⁵

Dagegen war die Firmenwahrheit keine Funktion, die man von der Firma erwartete.²⁷⁶

Allerdings erkannte man auch die Gefahren einer freien Firmenwahl für den Kredit des Kaufmanns, wenn der Verkehr durch einen damit verbundenen Irrtum über die Identität des Firmeninhabers zu Schaden kommt.²⁷⁷ Die zum Schutz vor einem Firmenmißbrauch vorhandenen registerrechtlichen und strafrechtlichen Vorschriften, z. B. ALR II 8 § 621 und § 622, sah man aber als ausreichend an.²⁷⁸ Damit korrespondiert die Diskussion über einen Firmenschutz und die Anerkennung eines absolut subjektiven Rechts an der Firma. Wegen der sachlichen Nähe zum materiellen Firmenschutz wird darauf näher im Zusammenhang mit der historischen Entwicklung des materiellen Kennzeichenschutzes eingegangen (vgl. S. 57 ff.).

B. Das ADHGB und HGB 1897

Das ADHGB vom 31. Mai 1861 war von einschneidender Bedeutung für die Entwicklung des Firmenrechts. Der Gesetzgeber traf mit der Regelung des Art. 15 ADHGB die klare und bis heute richtungsweisende Entscheidung, dass die Firma der Handelsname des Kaufmanns ist und gerade nicht die Bezeichnung des Unternehmens. Dem gegenteiligen Verständnis war damit der Boden entzogen. Fortan galt auch eine Pflicht des Kaufmanns zur Firmenführung im Sinne einer Annahmepflicht (dazu oben, S. 21).

Von dem gemeinrechtlichen Grundsatz der Firmenwahlfreiheit wandte sich das ADHGB mit Art. 16 und 17 ADHGB ausdrücklich ab und entschied sich stattdessen für den diametral gegenläufigen Grundsatz der Firmenwahrheit. In der bis dahin geltenden willkürlichen Firmenwahl wurde das Risiko einer leichten Täuschung des Publikums gesehen, das aus

²⁷³ *Morstadt*, S. 65.

²⁷⁴ *Gans*, S. 39; *Klippel*, Schutz des Namens, S. 79 m.w.N.

²⁷⁵ *Gans*, S. 39 f. spricht von einem über lange Jahre erworbenen Zutrauen des Kaufmanns.

²⁷⁶ *Klippel*, Schutz des Namens, S. 79 f.

²⁷⁷ *Klippel*, Schutz des Namens, S. 80 m.w.N.; ders. S. 123 (132).

²⁷⁸ *Klippel*, Bedeutung des Rheinischen Rechts, S. 123 (133) m.w.N; vgl. den Überblick der Gesetze zum Schutz der Fabrik- und Waarenzeichen bei *Krug*, S. 50 ff.

der Firma auf den Kredit (dazu oben, S. 46 f.) des Geschäfts schließen könne.²⁷⁹ Daher müsse dem Publikum „die Möglichkeit gegeben werden, bei einer jeden Firma zu erfahren, wer durch sie repräsentiert und verpflichtet wird.“²⁸⁰ Die Folge dieses so verstandenen Grundsatzes der Firmenwahrheit waren stark formalisierte Regeln zur Bildung von Firmen. Nach Art. 16 Abs. 1 ADHGB durfte der Einzelkaufmann „nur seinen Familiennamen (bürgerlichen Namen) mit oder ohne Vornamen als Firma führen“, mit der Möglichkeit von Zusätzen „zu näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäfts“ (Art. 16 Abs. 2 S. 2 ADHGB). Zusätze, die ein Gesellschaftsverhältnis andeuteten, waren dem Einzelkaufmann ausdrücklich nicht gestattet (Art. 16 Abs. 2 S. 1 ADHGB). Die Firma der KG musste nach Art. 17 ADHGB den Namen des persönlich haftenden Gesellschafters und bei der OHG den Namen mindestens eines persönlich haftenden Gesellschafters, jeweils mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatzes enthalten. Da „durch Sachfirmen das Publikum über den Umfang und den Kredit eines Geschäfts getäuscht werden kann“, waren Sachfirmen für Einzelkaufleute und Personenhandelsgesellschaften ebenso unzulässig wie Fantasiefirmen.²⁸¹ Dagegen stand der AG die Möglichkeit einer Personenfirma nicht offen. Sie musste ihre Firma dem Gegenstand ihrer Unternehmung entlehnen (Art. 18 ADHGB). Damit bestand für sie ein Zwang zur Sachfirma.

Damit war das von 1861 bis 1865 in fast allen Ländern des Deutschen Bundes eingeführte ADHGB ein Paradigmenwechsel für die bis dahin vom gemeinen Recht geprägten Firmenrechtsgrundsätze. Fortan galt für Einzelkaufleute und Personengesellschaften das Prinzip, „dass die Firma ihren Träger so genau als möglich bezeichnen müsse.“²⁸²

Der Grundsatz der Firmenwahrheit hatte in dieser Ausprägung die Funktion einer gesetzlichen Informationspflicht über die hinter der Firma stehenden natürlichen Personen erhalten. Das HGB von 1897 übernahm die Firmenbildungsvorschriften des ADHGB nahezu unverändert. Bei der Neubildung der Firma eines Einzelkaufmanns oder einer Personenhandelsgesellschaft musste zur Firmenbildung der Name des Einzelkaufmanns (§ 18 Abs. 1 HGB a.F.) oder eines persönlich haftenden Gesellschafters (§ 19 Abs. 1 HGB a.F.) ver-

²⁷⁹ Vgl. die Motive zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten nebst Motiven, Zweiter Theil: Motive, S. 15 (Der Entwurf war zugleich Grundlage der Beratungen zur Ausarbeitung eines Entwurfs eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, vgl. Lutz, Protokolle, S. IV, 6); Klippel, Schutz des Namens, S. 102.

²⁸⁰ Vgl. die Motive zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten nebst Motiven, Zweiter Theil: Motive, S. 15; Klippel, Schutz des Namens, S. 102.

²⁸¹ Klippel, Schutz des Namens, S. 102 m.w.N.

²⁸² Vgl. die Motive zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten nebst Motiven, Zweiter Theil: Motive, S. 1517.

wendet werden, so dass im Interesse der Klarheit des Haftungssubjekts stets der mit seinem Privatvermögen haftende Kaufmann oder Gesellschafter identifiziert werden konnte und die Haftungsverhältnisse gleich aus dem Firmenkern ersichtlich waren.²⁸³ Die Pflicht der Kapitalgesellschaften zur Bildung einer Sachfirma gemäß §§ 4 Abs. 1 GmbHG, 4 Abs. 1 AktG, die vom Gegenstand des Unternehmens „entlehnt“ sein musste, trug ebenfalls dem Grundsatz der Firmenwahrheit Rechnung und verlieh der Firma der Kapitalgesellschaft insoweit eine Informationsfunktion über deren Geschäftstätigkeit,²⁸⁴ die man ebenfalls als an den Firmenkern anknüpfende Informationspflicht begreifen konnte. Ergänzt wurden diese Informationspflichten durch ein an das heutige Irreführungsverbot des § 18 Abs. 2 HGB erinnerndes Täuschungsverbot. Es war in § 18 Abs. 2 HGB a.F. normiert und galt trotz seiner systematischen Zuordnung zur Firmenbildung des Einzelkaufmanns für alle Firmen, also auch für die Firmen von Personenhandels- und Kapitalgesellschaften.²⁸⁵ Gemäß § 18 Abs. 2 HGB a.F. durfte der Firma kein Zusatz mit der Eignung zur Herbeiführung einer Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschäftes oder die Verhältnisse des Geschäftsinhaber hinzugefügt werden. Bei Sachfirmen wurde insofern kein Unterschied zwischen Firmenkern und Firmenzusatz gemacht, sondern die ganze Firma in ihrem Gesamteindruck auf eine Täuschungseignung überprüft.²⁸⁶ Vor der Handelsrechtsreform wurde dieses Täuschungsverbot inhaltlich ebenfalls allgemein dem Grundsatz der Firmenwahrheit zugeordnet.²⁸⁷ Der Grundsatz der Firmenwahrheit hatte damit eine doppelte Stoßrichtung als Informationspflicht (§ 18 Abs. 1 HGB a.F.) und als Täuschungsverbot (§ 18 Abs. 2 HGB a.F.).

Mit dem Grundsatz der Firmenwahrheit in seiner Ausprägung als Informationspflicht war es nicht vereinbar, dass Einzelkaufleute und Personenhandelsgesellschaften Fantasiefirmen wählen. Für Aktiengesellschaften blieb es gemäß § 20 HGB von 1897 in seiner ursprünglichen Fassung (bzw. später §§ 4, 279 AktG) bei dem Zwang eine Sachfirma zu bilden, die dem Geschäftsgegenstand entlehnt war. Auch die GmbH kannte gemäß § 4

²⁸³ Denkschrift, S. 191; RGZ 156, 16 (21) – Hamburger Kaffeelager; Heymann/Emmerich, § 18 HGB, Rn. 1; Ehrenberg/Pisko, S. 295.

²⁸⁴ Vgl. OLG Neustadt, NJW 1963, 2208 (2209) – Bauhelf.

²⁸⁵ RGZ 127, 77 (80) – Vereinigte Weingutsbesitzer Wein- und Sektkellereien GmbH; OLG Hamm, OLGZ 1982, 303 – Hanseat; BayObLG NJW-RR 1989, 867 – Treuhand GmbH; Staub/Bondj, 14. Aufl., § 18 HGB, Einleitung, Anm. 7; Brodmann, § 4 GmbHG, Rn. 2; Heymann/Emmerich, § 18 HGB, Rn. 14; Hachenburg/Heinrich, § 4 GmbHG, Rn. 63; Schlegelberger/Hildebrandt, § 18 HGB, Rn. 7; Düringer/Hachenburg/V. Hoeniger, § 18 HGB, Anm. 6; GK/HGB/Würdinger, § 18 HGB, Anm. 12.

²⁸⁶ RGZ 127, 77 (81) – Vereinigte Weingutsbesitzer Wein- und Sektkellereien GmbH; GK/HGB/Würdinger, § 18 HGB, Anm. 16; Schlegelberger/Hildebrandt, § 18 HGB, Rn. 8.

²⁸⁷ BGH, GRUR 1970, 320 (321) – Doktor-Firma; Bokelmann, Rn. 93; v. Gierkel/Sandrock, § 17 II 1 (S. 238), II 2 b (S. 242); Haberkorn, S. 9 f.; Schlegelberger/Hildebrandt, § 18 HGB, Rn. 1; Lehmann/Hoeniger, S. 116; Jordan, S. 74; Weber, S. 88 f.

GmbHG von 1892 die Sachfirma. Sie musste zwingend Sachangaben über den im Gesellschaftsvertrag festgelegten und in das Handelsregister eingetragenen Gegenstand des Unternehmens enthalten.²⁸⁸ Diese Angaben mussten selbstverständlich den Geschäftsgegenstand nicht erschöpfend wiedergeben, aber doch den Schwerpunkt der Unternehmenstätigkeit für die beteiligten Wirtschaftskreise erkennbar machen und wahr sein.²⁸⁹ Umstritten war, ob eine Sachfirma eine gewisse individualisierende Kennzeichnungskraft haben müsse und reine Gattungs- und Branchenbezeichnungen, wie z. B. „*Transportbeton GmbH*“, wegen einer fehlenden Fähigkeit zur Individualisierung ohne die Hinzufügung weiterer individualisierender Zusätze nicht als Firma eintragbar seien²⁹⁰ oder ob sich für derart gebildete Firmen aus Eigenart und gesetzlicher Anordnung der Sachfirma eine ausreichende Namensqualität ergab und deshalb auch Gattungs- und Branchenbezeichnungen ohne Weiteres als Firmenkern möglich sein sollten.²⁹¹

Als Firma einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung musste gemäß § 4 GmbHG a.F. entweder ebenfalls eine Sachfirma gewählt werden, oder die Firma musste den Namen mindestens eines Gesellschafters enthalten, wobei es nicht zulässig war, den Namen eines nicht an der Gesellschaft beteiligten Dritten in die Firma einzubeziehen. Ob auch eine aus Sach- und Personenfirma gemischte Firma zulässig war, war früher umstritten²⁹² und wurde zuletzt allgemein bejaht.²⁹³ Dieser Zwang zur Sachfirma bzw. Personenfirma machte auch Kapitalgesellschaften die Wahl einer Fantasiefirma grundsätzlich unmöglich.²⁹⁴ Eine enge Ausnahme galt für die Wahl eines bereits seit längerem am Markt eingeführten und einigermaßen bekannten Warenzeichens, dessen sich die Kapitalgesellschaft beim Vertrieb ihrer Waren bedienten, als Firmenkern, wenn der Geschäftsgegenstand gerade die Herstellung und der Vertrieb der so bezeichneten Waren war und der Verkehr aufgrund der Bekanntheit des Warenzeichens diesen Geschäftsgegenstand auch ohne Weiteres

²⁸⁸ Staub/Burgard, Vor § 17 HGB, Rn. 28.

²⁸⁹ OLG Neustadt, NJW 1962, 2208 (2209) – Bauhelf; OLG Frankfurt, OLGZ 1979, 392 (393) – Food- und Nonfood; BayObLG, BayObLGZ 1988, 194 (197) – GKF Gesellschaft für Kultur-Fernsehen mbH; BayObLG, NJW-RR 1989, 867 – Treuhand-GmbH (jeweils zur Sachfirma der GmbH); Ammon, DStR 1994, 325 (326); Brodmann, § 4 GmbHG, Anm. 3; Scholz/Emmerich, 8. Aufl. 1993, § 4 GmbHG, Rn. 12; Hachenburg/Heinrich, § 4 GmbHG, Rn. 14 ff.; Rohwedder/Rittner, § 4 GmbHG, Rn. 5 m.w.N.; v. Gierke/Sandrock, § 17 II 2 a) γ (S. 241) (jeweils zur Sachfirma der GmbH); dies., § 17 II 2 a) δ (S. 242).

²⁹⁰ So etwa OLG Hamm, NJW 1961, 2018 f. – Transportbeton; Scholz/Emmerich, 8. Aufl. 1993, § 4 GmbHG, Rn. 19; Lutter/Hommelhoff, 13. Aufl. 1991, § 4 GmbHG, Rn. 6.

²⁹¹ So Hachenburg/Heinrich, § 4 GmbHG, Rn. 26 m.w.N. aus Rspr. u. Lit.

²⁹² Dagegen früher Brodmann, § 4 GmbHG, Anm. 3.

²⁹³ Dafür OLG Stuttgart, OLGZ 1971, 230 – PASCHE; Scholz/Emmerich, 8. Aufl. 1993, § 4 GmbHG, Rn. 38; Hachenburg/Heinrich, § 4 GmbHG, Rn. 60; Baumbach/Hueck/G. Hueck, 15. Aufl., § 4 GmbHG, Rn. 33; Krieger/Lenz, § 4 GmbHG, Rn. 4; Rohwedder/Rittner, § 4 GmbHG, Rn. 17; Roth, § 4 GmbHG, Anm. 4.3; v. Gierke/Sandrock, § 17 II 2 a) γ (S. 240).

²⁹⁴ Brodmann, § 4 GmbHG, Anm. 3; Düringer/Hachenburg/V. Hoeniger, § 20 HGB, Anm. 2.

erkennen konnte.²⁹⁵ Systematisch blieb aber auch eine unter Verwendung eines Warenzeichens als Fantasiezeichen gebildete Firma stets eine dem Unternehmensgegenstand entlehnte Sachfirma.²⁹⁶ Das Erfordernis einer längeren Markteinführung und gewissen Bekanntheit des Warenzeichens schloss dabei die Wahl eines Fantasiezeichens als Firmenkern in all denjenigen Fällen aus, in denen das Warenzeichen erstmals neu in Gebrauch genommen wurde und deshalb unbekannt war.²⁹⁷ Weitergehende Vorschläge, Fantasieworte generell als wesentliche Bestandteile einer Firma zuzulassen,²⁹⁸ konnten sich nicht durchsetzen und mussten der späteren Reform des Firmenrechts überlassen werden.

Buchstabenkombinationen aus Konsonanten, die nicht durch Vokale verbunden und daher für sich genommen nicht als Wort aussprechbar sind, wurde die Eignung als Firmenkern grundsätzlich abgesprochen.²⁹⁹ Sie passten auch nicht in das vorgegebene System. Als Personenfirma schieden sie von vornherein aus, weil bürgerliche Namen nicht ausschließlich aus Konsonanten bestehen. Als Sachfirma waren sie ungeeignet, weil sie keinen hinreichend sicheren Aufschluss auf den Unternehmensgegenstand geben konnten.³⁰⁰

Für den Kaufmann bedeutete die Abschaffung der Firmenwahlfreiheit eine erhebliche Beschränkung der Möglichkeit, seiner Firma eine stärkere Werbewirkung und Suggestivkraft zu verschaffen, als sie sein bürgerlicher Name oder eine Sachfirma erzeugen kann. Die Praxis reagierte darauf mit einer „*Flucht in Firmenschlagworte*“, indem sie Fantasiebezeichnungen, die ein Unternehmen seinen nach den früher gültigen registerrechtlichen Vorschriften vorgeschriebenen Firmenbestandteilen als weitere, kennzeichnungskräftige Bestandteile der Firma voran- oder nachstellte.³⁰¹ Solche Zusätze wurden als registerrechtlich zulässig betrachtet, durften aber nicht allein den Firmenkern ausmachen.³⁰² Über diese

²⁹⁵ RG, MuW XXXIV, 239 (242) – Egona; OLG Stuttgart, OLGZ 1971, 230 – PASCHE; OLG Frankfurt, OLGZ 1982, 144 (145) – Darius; Scholz/Emmerich, 8. Aufl. 1993, § 4 GmbHG, Rn. 16; Goldschmit, § 20 HGB, Rn. 44; Hachenburg/Heinrich, § 4 GmbHG, Rn. 20 f.; Schlegelberger/Hildebrandt, § 20 HGB, Rn. 3; Baumbach/Hueck/G. Hueck, 15. Aufl., § 4 GmbHG, Rn. 15; Jordan, S. 63; Krieger/Lenz, § 4 AktG, Rn. 3; Lutter/Hommelhoff, 13. Aufl. 1991, § 4 GmbHG, Rn. 4; Nietzold, GRUR 1927, 1 (11); Rohwedder/Rittner, § 4 GmbHG, Rn. 5.

²⁹⁶ Hachenburg/Heinrich, § 4 GmbHG, Rn. 20; Lutter/Hommelhoff, 13. Aufl. 1991, § 4 GmbHG, Rn. 6; Jordan, S. 63.

²⁹⁷ OLG Frankfurt, OLGZ 1982, 144 (145) – Darius; Scholz/Emmerich, 8. Aufl. 1993, § 4 GmbHG, Rn. 16; Hachenburg/Heinrich, § 4 GmbHG, Rn. 21; Lutter/Hommelhoff, 13. Aufl. 1991, § 4 GmbHG, Rn. 6; Jordan, S. 64.

²⁹⁸ Nietzold, GRUR 1927, 1 (12).

²⁹⁹ Vgl. BGH, GRUR-RR 2009, 102 (103), Tz. 6 – HM&A; Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 13; Scholz/Emmerich, 8. Aufl. 1993, § 4 GmbHG, Rn. 3; Goldschmit, § 20 HGB, Rn. 44; Hachenburg/Heinrich, § 4 GmbHG, Rn. 19.

³⁰⁰ Vgl. (sogar zu aussprechbaren Abkürzungen) Hachenburg/Heinrich, § 4 GmbHG, Rn. 18.

³⁰¹ Vgl. zum vom früheren Zwang zur Sachfirmenbildung ausgelösten Bedürfnis nach Hinzufügung eines Schlagworts RG, MuW XXXII, 459 (460) – Nordsee; Rosenthal/Leffmann, § 16 UWG, Rn. 143.

³⁰² Hachenburg/Heinrich, § 4 GmbHG, Rn. 59; Lutter/Hommelhoff, 13. Aufl. 1991, § 4 GmbHG, Rn. 6; Nietzold, GRUR 1927, 1 (12).

kennzeichnungskräftigen Kurzbezeichnungen konnte der Unternehmer eine Individualisierung im Geschäftsverkehr erreichen, die durch den eigenen Namen bzw. die auf die Unternehmenstätigkeit hinweisende Sachbezeichnung nicht hinreichend möglich war.³⁰³ Diese Firmenschlagworte waren meist sogenannte Initialkurzwörter. Sie kamen bereits Ende des 19. Jahrhunderts auf³⁰⁴ und wurden entweder aus den Anfangsbuchstaben der Gesellschafternamen gebildet (z. B. „Lego“ als aus den Anfangsilben der Gesellschafter „Lewinski“ und „Goldstein“ in der Firma „Lego-Kleidung, J. Goldstein & L. Lewinski OHG“)³⁰⁵ oder aus dem Unternehmensgegenstand (z. B. „CHEMPHAR“ innerhalb der Firma „CHEMPHAR‘ Chemisch-pharmazeutische Handelsgesellschaft mbH“;³⁰⁶ „Tropag“ innerhalb der Firma „Tropag Oscar H. Ritter Nachf. GmbH“ als aus den Anfangsbuchstaben der den Unternehmensgegenstand beschreibenden Worte „Tropischen und überseeischen Rohprodukten Aktiengesellschaft“). Auch nicht weiter bekannte Warenzeichen³⁰⁷ und Fantasiebegriffe kamen als Firmenschlagworte vor (z. B. „Condux“ innerhalb der Firma „Condux-Werke Herbert A. Merges KG Wolfgang bei Hanau“).³⁰⁸

Darüber hinaus kam es in breitem Umfang dazu, dass Kaufleute zum Zwecke eines besseren Marketings griffige Kennzeichen außerhalb des Registers bildeten und entweder als besondere Geschäftsbezeichnung oder zusätzliches, neben ihrer Firma auf sie hindeutendes namensmäßiges Zeichen benutzten. Nach einer 1986 veröffentlichten, auf empirischen Untersuchungen basierenden Studie benutzten 48,3% aller Kaufleute derartige Kennzeichen.³⁰⁹ Bei 78,1 % hiervon wurde ein Firmenschlagwort als zusätzlicher Firmenbestandteil genutzt. Hiervon waren wiederum 53,5 % Fantasiezusätze.³¹⁰

C. Die Handelsrechtsreform von 1998

Diese als „Notlösung“ erkannte Umgehung der Firmenbildungsvorschriften sollte durch eine umfassende Neuregelung des Firmenrechts von 1998 überflüssig gemacht werden. Es war erklärtes Ziel der Reform, das im Vergleich zum europäischen Ausland als zu starr

³⁰³ Gloy/Schultz-Süchting, § 56, Rn. 14.

³⁰⁴ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 67; Schirmer, S. XLIV.

³⁰⁵ BGH, GRUR 1958, 302 (303) – Lego.

³⁰⁶ RGZ 171, 321 (324) – CHEMPHAR.

³⁰⁷ Baumbach/Hueck/G. Hueck, 15. Aufl., § 4 GmbHG, Rn. 15.

³⁰⁸ BGH, GRUR 1959, 484 – Condux.

³⁰⁹ Knaak, Firma und Firmenschutz, S. 112.

³¹⁰ Knaak, Firma und Firmenschutz, S. 114 f., 248 mit Tabelle 31.

empfundene Firmenrecht und die damit verbundenen Wettbewerbsnachteile abzubauen.³¹¹ Dieses Ziel wurde mit drei Reformschwerpunkten umgesetzt³¹²: Liberalisierung bei der Firmenbildung (nachfolgend I.), Offenlegung der Gesellschaftsverhältnisse und der Haftungsverhältnisse (nachfolgend II.) und Entschärfung des firmenrechtlichen Irreführungsverbot (nachfolgend III.).

I. Die Liberalisierung der Firmenbildung

Die vollständige Neuformulierung von § 18 Abs. 1 HGB ist der deutlichste Ausdruck einer möglichst weitgehenden Liberalisierung des Firmenrechts. Jeder Kaufmann kann ungeachtet seiner Rechtsform jede Art von Firma bilden, sofern sie nur zur Kennzeichnung geeignet ist und Unterscheidungskraft besitzt. Auch Fantasiefirmen sind zulässig.³¹³

Ziel und Ergebnis der Reform war es, alle Zeichen, die als besondere Geschäftsbezeichnung oder als Wortmarke geschützt werden können, auch als Firma eintragungsfähig zu machen. Unternehmer haben seitdem die Möglichkeit, den Firmenkern auch allein aus einer Wortmarke bilden zu können.³¹⁴ Die Firma kann jetzt ebenso wie die Marke mit Blick auf ihre Werbewirksamkeit konzipiert und als kreativ geschaffenes Marketinginstrument eingesetzt werden und so einen optimalen Beitrag zum Aufbau eines Goodwills leisten.³¹⁵ Diese Möglichkeit der Firmenbildung ist ein wichtiger Wettbewerbsfaktor für die am Markt werbend auftretenden Unternehmen.³¹⁶ Eine Flucht in Firmenschlagworte erübrigt sich. Zeichen, wie sie früher als Firmenschlagworte gewählt wurden, können heute den alleinigen Firmenkern bilden. Dies bedeutete einen radikalen Bruch mit den bisherigen Anforderungen an die Bildung der Firma.³¹⁷

Durch die Freigabe von Sach- und Fantasiefirmen auch für Einzelkaufleute und Personengesellschaften hat gleichzeitig der Grundsatz der Firmenwahrheit eine grundlegende Inhaltsänderung erfahren. Er ist nur in abgeschwächter Form beibehalten worden.³¹⁸ Mit der Zulassung von Sach- und Fantasiefirmen, deren Firmenkern den dahinterstehen-

³¹¹ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 36); Roth, S. 31 (33); Schünemann, S. 8.

³¹² Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 36).

³¹³ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 52, 54); Staub/Burgard, Vor § 17 HGB, Rn. 14; Müko-HGB/Heidinger, Vorb. zu § 17 HGB, Rn. 5; Roth, S. 31 (33).

³¹⁴ Möller, S. 11 f.; Roth, S. 31 (34).

³¹⁵ Kessen, S. 61; Roth, S. 31 (34, 53), vgl. auch Lamsa, S. 13; Teichmann, Rn. 402.

³¹⁶ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 35); Roth, S. 31 (34); Schmidt, NJW 1998, 2161 (2167).

³¹⁷ Roth, S. 31 (32).

³¹⁸ OLG Stuttgart, Beschl. v. 31.05.1999, Az. 8 W 136/97 – Dachtechnik; Möller, S. 13; dies. DNotZ, 2000, 830.

den Kaufmann oder persönlich haftenden Gesellschafter nicht mehr ohne Weiteres erkennen lassen, hat die Firma nicht mehr die Aufgabe, Informationsträger über den Inhaber³¹⁹, die Rechtsform oder den Gegenstand des Unternehmens zu sein.³²⁰ Damit hat auch der Grundsatz der Firmenwahrheit seine Funktion als Informationspflicht weitgehend eingebüßt und ist auf das Irreführungsverbot des § 18 Abs. 2 HGB reduziert worden, der das frühere Täuschungsverbot des § 18 Abs. 2 HGB a.F. abgelöst hat. Auch das Irreführungsverbot gebietet es deshalb nicht, dass die Person des Inhabers aus der Firma ersichtlich ist, so dass ein Einzelkaufmann etwa einen fiktiven bürgerlichen Namen zum Kern seiner Firma machen kann.³²¹ Der Standort der Firmenwahrheit als Informationspflicht hat sich damit vollständig vom Firmenkern auf den Rechtsformzusatz verlagert, der zwar nicht über die Identität des Kaufmanns oder der Gesellschafter Aufschluss gibt, aber immerhin über die Haftungsverhältnisse informiert. Um das mit der Firmenwahlfreiheit verbundene Informationsdefizit zu kompensieren, hat der Gesetzgeber eine umfassende Rechtsformpublizität geschaffen.³²²

II. Die Offenlegung der Gesellschaftsverhältnisse und der Haftungsverhältnisse

Die Pflicht, der Firma einen Rechtsformzusatz hinzuzufügen, erfüllt das Informationsbedürfnis des Verkehrs, Auskunft über die Gesellschafts- und Haftungsverhältnisse des Unternehmensinhabers zu erhalten.³²³ Die Firma wird über den Rechtsformzusatz zum verlässlichen Informationsträger über die Rechts- bzw. Gesellschaftsform des Unternehmensträgers.³²⁴

Für den Einzelkaufmann wurde die Pflicht zur Führung eines Rechtsformzusatzes neu geschaffen. Einzelkaufleute, die bei einer Firmenneubildung vor 1998 ohne Weiteres ihren bürgerlichen Namen auch ohne jeden Zusatz verwenden konnten, müssen seit der Handelsrechtsreform ihrer frei gewählten Firma den Zusatz „*eingetragener Kaufmann*“ oder „*eingetragene Kauffrau*“ bzw. eine allgemein verständliche Abkürzung hinzufügen (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB). Bei Personenhandelsgesellschaften bestand vor der Handelsrechtsreform zwar ein Zwang, einen das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz in

³¹⁹ OLG München, NZG 2013, 108 – E D e.K.

³²⁰ OLG Stuttgart, Beschl. v. 31.05.1999, Az. 8 W 136/97 – Dachtechnik; Kögel, BB 1998, 1645.

³²¹ OLG München, NZG 2013, 108 – E D e.K.

³²² Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 2); Kessen, S. 56 f.; Möller, S. 26; Priester, DNotZ 1998, 691 (699); Schaefer, Handelsrechtsreformgesetz, Erläuterungen zu § 18 HGB (S. 178); Steinbeck, Handelsrecht, § 10, Rn. 10.

³²³ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 37 f.); Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 19 HGB, Rn. 2; Fezer, ZHR 161 (1997), 52 (60 f.); Müko-HGB/Heidinger, § 19 HGB, Rn. 2; Roth, S. 31 (39).

³²⁴ Kessen, S. 57.

die Firma aufzunehmen (z. B. „& Co.“). Aus diesem Zusatz musste aber nicht hervorgehen, ob es sich bei der Gesellschaft um eine OHG oder eine KG handelte.³²⁵ Hier hat die Reform einen Zwang zur Offenlegung der Gesellschaftsform gebracht. Die Offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft muss gem. § 19 Abs. 1 Nr. 2, 3 HGB die Bezeichnung „*Offene Handelsgesellschaft*“ oder „*Kommanditgesellschaft*“ bzw. eine allgemein verständliche Abkürzung führen (z. B. „OHG“ oder „KG“). Für die Kapitalgesellschaften bedurfte es keiner grundlegenden Neuregelung. Die Haftungsverhältnisse waren nämlich schon vor der Reform ersichtlich, weil die Firma der Gesellschaft jeweils den Zusatz „*Aktiengesellschaft*“ oder „*mit beschränkter Haftung*“ enthalten musste. Abkürzungen wie „AG“ oder „GmbH“ waren zwar im Geschäftsverkehr gebräuchlich und wurden als erlaubte Form der früheren Benutzung toleriert, sie durften allerdings im Gesellschaftsvertrag, im Antrag auf Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, in der Eintragung und Bekanntmachung nicht verwendet werden, weil die Verwendung der ausgeschriebenen Bezeichnung vorgeschrieben war.³²⁶ Für diese Gesellschaften brachte die Handelsrechtsreform die Erleichterung, auch allgemein gebräuchliche Abkürzungen des Rechtsformzusatzes wie „AG“ oder „GmbH“ zu verwenden (vgl. § 4 AktG, § 279 Abs. 1 AktG, § 4 GmbHG).

III. Die Entschärfung des firmenrechtlichen Irreführungsverbot

Das strenge Täuschungsverbot des § 18 Abs. 2 HGB a.F. bedeutete eine erhebliche Einschränkung der Kaufleute bei der Firmenbildung (näher dazu oben, S. 46 ff.).

Die Schwierigkeiten der Praxis zum Zeitpunkt der Gesetzesnovellierung waren dabei nach Ansicht des Gesetzgebers durch eine zum Teil unübersichtliche Kasuistik der Rechtsprechung der Obergerichte entstanden, von der die Vorschrift des § 18 Abs. 2 HGB a.F. zum Nachteil für die betroffenen Verkehrskreise „*unverständlich eng ausgelegt*“ worden sei. Die von den Gerichten durchgeführte vorbeugende Kontrolle habe mitunter unberücksichtigt gelassen, dass „*eine abstrakt vielleicht täuschungsgeeignete Firma im Geschäftsverkehr*“

³²⁵ Staub/Bondi, 14. Aufl., § 19 HGB, Anm. 1 f.; Heymann/Emmerich, § 19 HGB, Rn. 4, 9, 11; Schlegelberger/Hildebrandt, § 19 HGB, Rn. 5; Düringer/Hachenburg/V. Hoeniger, § 19 HGB, Anm. 3; Krieger/Lenz, § 19 HGB, Rn. 2, 3; GK/HGB/Würdinger, § 19 HGB, Anm. 2, 6.

³²⁶ Staub/Bondi, 14. Aufl., § 20 HGB, Anm. 2; Brodmann, § 4 GmbHG, Rn. 7; Scholz/Emmerich, 8. Aufl. 1993, § 4 GmbHG, Rn. 51; Hachenburg/Heinrich, § 4 GmbHG, Rn. 55; Schlegelberger/Hildebrandt, § 20 HGB, Rn. 2, 6; Düringer/Hachenburg/V. Hoeniger, § 30 HGB, Anm. 3; Krieger/Lenz, § 4 AktG, Rn. 5; Lutter/Hommelhoff, 13. Aufl. 1991, § 4 GmbHG, Rn. 6; Rohwedder/Rittner, § 4 GmbHG, Rn. 25.

tatsächlich nicht missverstanden“ werde.³²⁷ Die Reform sollte einer Versteinerung der Irreführungsmaßstäbe angesichts sich wandelnder Verbrauchererwartungen entgegenwirken.³²⁸

Die so einhellig als unangemessen streng verstandene Firmenwahrheit in ihrer Ausprägung als Täuschungsverbot wurde als Irreführungsverbot in § 18 Abs. 2 HGB neu formuliert und durch die Einführung des neuen Kriteriums der Wesentlichkeit auf materiell-rechtlicher Ebene (§ 18 Abs. 2 S. 1 HGB) und eines Ersichtlichkeits-Kriteriums auf verfahrensrechtlicher Ebene (§ 18 Abs. 2 S. 2 HGB) eingeschränkt und entschärft.³²⁹ In materiell-rechtlicher Hinsicht sollte sichergestellt werden, dass nicht auch solche Angaben als irreführend qualifiziert würden, die nur von geringer wettbewerblicher Relevanz oder für die wirtschaftlichen Entscheidungen der angesprochenen Verkehrskreise nur von nebensächlicher Bedeutung seien³³⁰ und in verfahrensrechtlicher Hinsicht solle mit dem Erfordernis der ersichtlichen Irreführungseignung im Registerverfahren – verstanden als Offensichtlichkeit³³¹ – nunmehr lediglich noch ein gewisses Grobraster an die Prüfung der Irreführungseignung angelegt werden.³³² Es war erklärtes Ziel der Reform, den Registerrichter von umfangreichen Beweisaufnahmen zu entbinden.³³³

Dem Reformgesetzgeber schwebte damit eine zweigeteilte Rollenverteilung bei der Irreführungsprüfung vor. Die Prüfung der Firma auf Täuschungseignung im Handelsregistereintragungsverfahren sollte im Interesse eines vorbeugenden Verkehrsschutzes zwar beibehalten werden, weil die nachträgliche Kontrolle mit Mitteln des Wettbewerbsrechts alleine unzureichend sei; eine Firma sollte aber künftig nur dann von der Eintragung in das Handelsregister ausgeschlossen sein, wenn sie Angaben enthalte, die ersichtlich geeignet seien, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich seien, irrezuführen.³³⁴ Erweitert wurde das Irreführungsverbot insoweit, als es sich

³²⁷ OLG Frankfurt, Beschl. v. 03.05.2011, Az. 20 W 525/10 – „Verband der ...“; OLG Frankfurt NJW-RR 2015, 727 (728), Tz. 30 – Sehzentrum; Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 36).

³²⁸ OLG Stuttgart, Beschl. v. 31.05.1999, Az. 8 W 136/97 – Dachtechnik; OLG Frankfurt, NJW-RR 2015, 727 (728), Tz. 30 – Sehzentrum; Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 53); HK/Ruß, § 17 HGB, Rn. 11.

³²⁹ Schönemann, S. 11.

³³⁰ OLG Frankfurt, Beschl. v. 03.05.2011, Az. 20 W 525/10 – „Verband der ...“; OLG Frankfurt, NJW-RR 2015, 727 (728), Tz. 30 – Sehzentrum; Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 53); Müko-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 53.

³³¹ Roth, S. 31 (43).

³³² OLG Frankfurt, Beschl. v. 03.05.2011, Az. 20 W 525/10 – „Verband der ...“; OLG Frankfurt, NJW-RR 2015, 727 (728), Tz. 30 – Sehzentrum; Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 53 f.); Roth, S. 31 (44).

³³³ Müko-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 58; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 18 HGB, Rn. 69.

³³⁴ OLG Frankfurt, Beschl. v. 03.05.2011, Az. 20 W 525/10 – „Verband der ...“; OLG Frankfurt, NJW-RR 2015, 727 (728), Tz. 30 – Sehzentrum; Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 35).

nicht wie § 18 Abs. 2 HGB a.F. dem Wortlaut nach nur auf Firmenzusätze bezieht,³³⁵ sondern alle Angaben in der Firma erfasst und damit auch den Firmenkern betrifft.³³⁶ Näher wird auf § 18 Abs. 2 HGB, das Wesentlichkeitskriterium und insbesondere die notwendige Abgrenzung des firmenrechtlichen Irreführungsverbots zum allgemeinen Irreführungsverbot des § 5 UWG im 3. Teil (S. 173 ff.) eingegangen.

IV. Ergebnis

Zeichnet man die historische Entwicklung der gesetzlichen Anforderung an die Bildung der Firma nach, zeigt sich, dass nach einer Epoche deutlicher Beschränkungen auch der in der Firma enthaltene Goodwill zum anerkannten Wettbewerbsfaktor wurde. Das zu rigide Firmenbildungsrecht wurde liberalisiert und erlaubt seither die Bildung von Fantasiefirmen für alle Unternehmen und damit die Möglichkeit, aussagekräftige und werbewirksame Firmen auch ohne ein Firmenschlagwort zu bilden.³³⁷

Mit der Freigabe aller Firmenarten für alle Kaufleute, ungeachtet ihrer Rechtsform, bedeutete die Reform des Handelsrechts eine *größtmögliche Freiheit*³³⁸ für die Firmenbildung und damit eine zusätzliche Aufwertung der vermögensrechtlichen Interessen der Firmeninhaber.³³⁹ Diese Freiheit und Flexibilität ist um den Preis erkaufte, dass z. B. bei einem Einzelkaufmann, der eine Sach- oder Fantasiefirma führt, nicht mehr erkennbar ist, welche natürliche Person hinter der Firma steht und für die Verbindlichkeiten des Unternehmens letztendlich persönlich haftet.³⁴⁰ Der Grundsatz der Firmenwahrheit ist gesetzlich nicht mehr als Informationspflicht, sondern nur noch als Irreführungsverbot geregelt und wurde damit jedenfalls teilweise aufgegeben.³⁴¹

Im Ergebnis ist man im formellen Firmenrecht des HGB wieder dort angelangt, wo man zu Beginn des 19. Jahrhunderts stand: bei der Freiheit der Firmenwahl.

³³⁵ Zur über den Gesetzeswortlaut hinausgehenden Anwendung des § 18 Abs. 2 HGB a.F. auch auf den Firmenkern der Sachfirmen von Kapitalgesellschaften RGZ 127, 77 (81) – Vereinigte Weingutsbesitzer Wein- und Sektkellereien GmbH; Schlegelberger/Hildebrandt, § 18 HGB, Rn. 8 und oben B, S. 58 f.; GK/HGB/Würdinger, § 18 HGB, Anm. 16; vgl. zum erweiterten Verständnis des Täuschungsverbots auch Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 36); Schönemann, S. 10 f.

³³⁶ OLG Stuttgart, Beschl. v. 31.05.1999, Az. 8 W 136/97 – Dachtechnik; Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 35.).

³³⁷ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 35.); kritisch zur Zulassung von Fantasiefirmen Kögel, BB 1997, 793 (796).

³³⁸ Schmidt, NJW 1998, 2161 (2167).

³³⁹ Kessen, S. 61.

³⁴⁰ OLG Stuttgart, Beschl. v. 31.05.1999, Az. 8 W 136/97 – Dachtechnik; Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 52); Kessen, S. 61.

³⁴¹ Roth, S. 31 (34, 51).

2. Abschnitt: Der materielle Schutz der Unternehmenskennzeichen

A. Partikularrecht vor dem UWG 1896

Das Partikularrecht sah einen Schutz der Firma nur nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften vor. Die Firma wurde nur polizei- und strafrechtlich geschützt (dazu bereits oben, S. 45).³⁴²

Historisch galt der gemeinrechtliche Grundsatz der Firmenwahlfreiheit (hierzu S. 45 f.) nicht nur im formellen Firmenrecht, sondern wurde auch angewandt, wenn es um das Verhältnis zu älteren Firmen ging. *„Auch durch das Vorhandensein gleich oder ähnlich lautender Firmen wurde die Freiheit der Wahl nicht beeinträchtigt, es gab kein Exklusivrecht bestehender Firmen.“*³⁴³ Nach heutigem Verständnis ist der materielle Schutz der Firma vom formellen Firmenrecht, bei dem es allein um die Frage geht, welche formellen Vorschriften für die Bildung und den Fortbestand einer Firma bestehen, zu trennen.

Das öffentlich-rechtliche Firmenwesen zu Beginn des 19. Jahrhunderts war allein Ausdruck eines merkantilistischen Verständnisses von Staat und Wirtschaft. Zu den Aufgaben und Befugnissen des Staates gehörte auch die Handels- und Gewerbepolizei. Im Interesse des Staates an einer *„guten Policey“* diente die Firma allein der Identifikation der natürlichen Personen sowie der hoheitlichen Kontrolle der Herkunft und Qualität der Waren.³⁴⁴ Eine Notwendigkeit für einen subjektiven Namensschutz wurde nicht gesehen.³⁴⁵ Der Name könne *„überhaupt nicht die mindeste rechtliche Wirkung“* hervorbringen.³⁴⁶

Selbstverständlich war auch zu Beginn des 19. Jahrhunderts in der Sache klar, dass der Goodwill eines Kaufmanns mit seiner Firma verbunden ist und dass die Wahl der gleichen oder einer ähnlichen Firma durch einen Dritten diesem die Gelegenheit bietet, diesen Goodwill auf sich umzuleiten.³⁴⁷ Dennoch wurde keine Veranlassung gesehen, die Freiheit der Firmenwahl zugunsten eines materiellen Firmenschutzes einzuschränken.³⁴⁸ Die

³⁴² Klippel, Schutz des Namens, S. 66 f.; vgl. Art. 256 des Strafgesetzbuches für das Königreich Bayern vom 15. Mai 1831: *„Wer die Firma eines andern Kaufmanns oder Fabrikanten sich widerrechtlich zueignet, wer seine Waaren und Fabrikate mit den Zeichen eines andern Fabrikanten versieht, der gibt falsche Thatsachen zu seinem Vortheile oder zum Schaden der Andern für wahr an: er ist also nach dem Artikel 256 ein Betrüger, denn er betrügt den Käufer, welcher im Vertrauen auf diese Zeichen Sachen kauft, welche er nicht kaufen wollte: er betrügt bei Gegenständen des öffentlichen Handels das Publikum und beschädigt den Fabrikanten, dessen Absatz er durch falsche nachgemachte Zeichen vermindert. Auf den inneren Gehalt der unter falschem Namen, Zeichen oder Firma in Umlauf gebrachten Waaren kommt es also ebensowenig als auf den innern Gehalt der unächten Münze (Art. 341) an, wo das Hauptmoment des Betrugs nicht eben in der Materie, sondern in der Form liegt.“*

³⁴³ Behrend, § 40 (S. 252).

³⁴⁴ Klippel, Bedeutung des Rheinischen Rechts, S. 123 (134); ders., Schutz des Namens, S. 66 f.

³⁴⁵ Gans, S. 62 f.

³⁴⁶ Wiarda, S. 185.

³⁴⁷ Vgl. Klippel, Schutz des Namens, S. 80 m.w.N.

³⁴⁸ Klippel, Schutz des Namens, S. 76 f., 80 f.

Goodwill-Funktion der Firma wurde nicht als mit Mitteln des Privatrechts rechtlich schützenswert erkannt. Der Firma wurde zwar eine rechtlich geschützte Unterscheidungsfunktion zugebilligt.³⁴⁹ Diese Funktion wurde aber nur im öffentlichen Interesse und im Sinne einer „*guten Policey*“ anerkannt, und nicht im Interesse des Firmeninhabers. Diese im öffentlichen Interesse liegende Unterscheidungsfunktion konnte auch eine frei gewählte Firma erfüllen. Entsprechend beschränkte sich die Diskussion auf die Errichtung öffentlicher Firmenregister und der Veröffentlichung der Identität der hinter der Firma stehenden Person.³⁵⁰

Von einem materiell-rechtlichen Schutz der Firma nach heutigem Verständnis war man zu Beginn des 19. Jahrhunderts noch weit entfernt.

Die Auffassung von der Existenz eines subjektiven Firmenrechts entwickelte sich erst relativ spät. Anerkannt wurde das subjektive Firmenrecht erst um die Mitte des 19. Jahrhunderts.³⁵¹ Bis dahin hatte die Pandektistik aufkommende Tendenzen eines zivilrechtlichen Schutzes der Firma abgelehnt.³⁵² Erst die vor allem in Preußen sowohl in den Gebieten des ALR als auch des rheinischen Rechts stark vom französischen Recht beeinflusste Rechtsprechung öffnete seit dem Urteil des Rheinischen Appellationsgerichtshofes in Köln vom 5. Juli 1832³⁵³ die Tür zur Anerkennung von Name und Firma als absolute Privatrechte. Gestützt auf Art. 1382 Code Civil gewährte das Gericht dem Inhaber der berühmten und vielfach nachgeahmten³⁵⁴ Firma *Johann Maria Farina, gegenüber dem Jülichs-Platz* Schadensersatz mit der Begründung, „*daß der Familienname Farina nicht allein einen Bestandtheil des Personenstandes [...], sondern auch [...] einen Bestandtheil des Vermögens [...] darstellt, da gerade an jenen Namen das den Fabrikanten derselben geschenkte Zutrauen zum Theil geknüpft ist, [...]*“³⁵⁵ Noch aber war die Rechtsprechung zurückhaltend und diese Entwicklung eines absoluten Rechts an der Firma zum Teil sogar gegenläufig.³⁵⁶ Erst im Urteil vom 28. September 1858 erfolgte dann letztlich deutlich und ausdrücklich eine Anerkennung der Firma als ein „*wohlerworbenes und ausschließliches Recht*“.³⁵⁷

³⁴⁹ Klippel, Schutz des Namens, S. 77, 79.

³⁵⁰ Klippel, Schutz des Namens, S. 80 f. m.w.N.

³⁵¹ Brinckmann, § 21, Fn. 8 (S. 55 f.); Klippel, Schutz des Namens, S. 81 f. m.w.N.

³⁵² Eingehend Klippel, Schutz des Namens, S. 77 und insb. 84 ff.

³⁵³ RheinArch 16 (1832), Erste Abtheilung, S. 251 ff.

³⁵⁴ Hierzu ausführlich Gosta/Muñoz Arantes, Farina Eau de Cologne – 220 Jahre Kampf gegen Nachahmer, S. 41 ff.; vgl. auch Klippel, Schutz des Namens, S. 85; Klippel, Bedeutung des Rheinischen Rechts, S. 123 (148 f.).

³⁵⁵ RheinArch 16 (1832), Erste Abtheilung, S. 251 (255); Klippel, Schutz des Namens, S. 86.

³⁵⁶ Vgl. die Nachweise bei Klippel, Schutz des Namens, S. 86 f.

³⁵⁷ StriethArch 37 (1861), S. 13 ff. (22).

Wohl unter dem Eindruck dieser Rechtsprechung³⁵⁸ wurde mit Art. 27 Abs. 1 ADHGB, der Vorläuferbestimmung des heutigen § 37 HGB, ein privatrechtlicher Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch bei unbefugter Firmenführung im ADHGB kodifiziert.

Das ADHGB konnte die Erwartungen hinsichtlich eines umfassenden Schutzes der Firma im Geschäftsverkehr nicht erfüllen. Bemängelt wurde der örtlich beschränkte Ansatz. Gemäß Art. 20 Abs. 1 ADHGB konnte die Nutzung einer gleichlautenden Firma an einem anderen Ort nicht verhindert werden.³⁵⁹ Außerdem bestand keine Möglichkeit gegen die Beteiligung von Strohleuten mit gleichlautenden, berühmten und werbewirksamen Namen, der dem schlagwortartigen Bestandteil einer bekannten Firma entsprach (z. B. „*Farina*“), vorzugehen. Denn gemäß Art. 17 ADHGB musste und durfte die Firma einer Personengesellschaft den Namen mindestens eines persönlich haftenden Gesellschafters enthalten. Wenn hierfür von den Mehrheitsgesellschaftern ein – in aller Regel am Geschäft nicht interessierten und weder mit dem nötigen Kapital noch mit den notwendigen Kenntnissen ausgestatteter und meist rasch nach der Gründung wieder ausscheidender – Minderheitsgesellschafter mit einem klangvollen Familiennamen als Strohmännchen bei der Gründung einbezogen wurde, war die Firma rechtmäßig, weil im Einklang mit dem formellen Firmenrecht gebildet, so dass hiergegen grundsätzlich keine Handhabe gegeben war.³⁶⁰

Zudem wurde gerade der wichtige Fall des unbefugten markenmäßigen Gebrauchs einer Firma auf Waren und Etiketten nicht von Art. 27 ADHGB erfasst.³⁶¹

Das vom französischen Vorbild beeinflusste Reichsgesetz über Markenschutz von 30. November 1874 (MSchG)³⁶² sollte diese Schutzlücken schließen, konnte aber die darin gesetzten Erwartungen nur unvollständig erfüllen.³⁶³ Der gewährte Schutzzumfang ging über einen Schutz vor identischen Zeichen nur wenig hinaus. Nach § 18 MSchG waren Warenzeichen, Name und Firma auch gegen Wiedergabe mit Abänderungen geschützt, „*welche nur durch Anwendung besonderer Aufmerksamkeit wahrgenommen werden können.*“³⁶⁴ Dieser Maßstab blieb hinter dem, was wir heute als Verwechslungsgefahr kennen, weit

³⁵⁸ *Klippel*, Bedeutung des Rheinischen Rechts, S. 123 (144 ff.).

³⁵⁹ *Makower*, Art. 20 ADHGB, Anm. 13.

³⁶⁰ *Kohler*, Markenschutz, S. 131 ff.; vgl. nochmals die Darstellung zur Bildung der Firma „*Farina*“ für Kölnisch-Wasser durch Strohleute bei *Klippel*, Bedeutung des Rheinischen Rechts, S. 123 (148 ff.).

³⁶¹ ROHGE 4, 253 (257 f.) – Laferme; RGZ 3, 164 (165) – Einzige Fabrik nikotinfreier Tabake; *Behrend*, § 40 (S. 263 f.); *Gareis/Fuchsberger*, Art. 27 ADHGB, Anm. 164, MSchG, Anm. 3; *Makower*, Art. 27 ADHGB, Anm. 32; krit. dazu *Krug*, S. 32 f.

³⁶² Vgl. die Darstellung bei *Krug*, S. 41 ff.

³⁶³ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 1, Rn. 3 m.w.N.

³⁶⁴ v. *Stechow*, S. 46.

zurück.³⁶⁵ Wie untauglich das Merkmal der besonderen Aufmerksamkeit für das Schutzbedürfnis der Zeicheninhaber war, zeigte sich in der Apollinarisbrunnen II-Entscheidung des RG von 1880. Nach dem anwendbaren gesetzlichen Maßstab war die ältere Firma „*Apollinarisbrunnen, vormals Georg Kreuzberg*“ ohne „*besondere Aufmerksamkeit*“ von der jüngeren Wort/Bild-Marke „*Apollinisbrunnen*“ zu unterscheiden.³⁶⁶ Zwar wäre für den Inhaber der älteren Firma auf der Grundlage von Art. 1382 Code Civil ein ergänzender wettbewerbsrechtlicher Schutz nach französischem Recht möglich gewesen, weil französisches Recht in Rheinhessen galt, wo der Verletzer seinen Sitz hatte.³⁶⁷ Dort kannte man bereits einen Schutz von Unternehmenskennzeichen vor Verwechslung durch „*concurrency déloyale*“.³⁶⁸ Das zitierte Urteil des Rheinischen Appellationsgerichtshofes im Farina-Fall war hier gewissermaßen der „*leading case*“. Das MSchG wurde vom RG aber als *erschöpfende und reichseinheitliche* Regelung des Kennzeichenschutzes interpretiert, das einen solchen Rückgriff auf Art. 1382 Code Civil als Landesrecht ausschließe.³⁶⁹

Ein Schutz von geschäftlichen Zeichen gegen eine echte Verwechslungsgefahr wurde erst mit dem Gesetz zum Schutz der Waarenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 (WBezG) eingeführt.³⁷⁰ Zudem erhielt der Firmeninhaber einen zivilrechtlichen Schutz gegen den Missbrauch seiner Firma gerade zur Warenkennzeichnung (§§ 14, 20 WBezG).³⁷¹ Letztlich blieben auch die mit dem WBezG umgesetzten Reformen hinter den Erwartungen und Bedürfnissen der Wirtschaft zurück.³⁷² Nach wie vor aber gab es keinen Schutz gegen die Bildung von Firmen unter Strohmännbeteiligung.³⁷³ Und auch andere geschäftliche Unterscheidungsmitel wie Etablissementbezeichnungen waren nicht geschützt.³⁷⁴

³⁶⁵ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 1, Rn. 4.

³⁶⁶ RGZ 3, 67 (68 f.) – Apollinarisbrunnen II.

³⁶⁷ Vgl. Klippel, Schutz des Namens, S. 268; ders. Bedeutung des Rheinischen Rechts, S. 123 (148 ff.).

³⁶⁸ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 1, Rn. 5 m.w.N.

³⁶⁹ RGZ 3, 67 (69) – Apollinarisbrunnen II.

³⁷⁰ v. Stechow, S. 113 f.; Wadler, S. 265.

³⁷¹ Heilfron, S. 148.

³⁷² Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 1, Rn. 7 m.w.N.

³⁷³ Bachem, S. 12 ff.

³⁷⁴ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 1, Rn. 7.

B. Das UWG vom 27. Mai 1896 und das UWG vom 7. Juli 1909

Diese beiden Schutzdefizite wurden mit § 8 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896 beseitigt.³⁷⁵ Geschützt wurden fortan Name, Firma und besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts vor der Gefahr einer Verwechslung.³⁷⁶ Damit war es jetzt auch möglich, Strohmänngründungen zu untersagen, die zwar registrierrechtlich zulässig waren, aber bewusst auf eine Verwechslung mit gleichlautenden Konkurrenten abzielten.³⁷⁷ Allerdings wurde Schutz auch nur unter der subjektiven Voraussetzung gewährt, dass die Verwechslung absichtlich herbeigeführt worden sein muss.³⁷⁸ Ein in der Praxis nur schwer zu führender Beweis.³⁷⁹

Erst mit § 16 Abs. 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 7. Juli 1909 war eine objektive Verwechslungsgefahr ausreichend.³⁸⁰ Auf die Absicht, eine Verwechslung hervorzurufen, kam es nicht mehr an. Zudem erweiterte § 16 Abs. 3 UWG von 1909 den Schutzbereich der Unternehmenskennzeichen auch auf Geschäftsabzeichen und als Kennzeichen geltende Einrichtungen eines Erwerbsgeschäfts. Diese waren von § 8 UWG 1896 nicht geschützt worden. Damit richtete sich der Schutz ganz nach den praktischen Bedürfnissen der Gewerbetreibenden.³⁸¹

Die Struktur des § 16 Abs. 1 UWG von 1909 knüpfte nahtlos an § 8 UWG von 1896 an. Zuerst wurde die Verletzungshandlung (*Schutzumfang*) und dann das geschützte Recht (*Schutzfähigkeit*) geregelt. Möglicherweise ist es auf diese heute unübliche Regelungstechnik zurückzuführen, dass die Schutzvoraussetzungen der Unternehmenskennzeichen im Gesetzestext nur ganz rudimentär Erwähnung fanden und etwa die zentrale Schutzvo-

³⁷⁵ § 8 UWG von 1896 lautete: „*Wer im geschäftlichen Verkehr einen Namen, eine Firma oder die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts, eines gewerblichen Unternehmens oder einer Druckschrift in einer Weise benutzt, welche darauf berechnet und geeignet ist, Verwechslungen mit dem Namen, der Firma oder der besonderen Bezeichnung hervorzurufen, deren sich ein anderer in befugter Weise bedient, ist diesem zum Ersatze des Schadens verpflichtet. Auch kann der Anspruch auf Unterlassung der mißbräuchlichen Art der Benutzung geltend gemacht werden.*“

³⁷⁶ Vgl. zum Schutz von Etablissementbezeichnungen *Finger*, UWG 1896, § 8 UWG, Anm. 6 (S. 198 ff.).

³⁷⁷ Begründung zum dritten Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes zu § 8 über den Schutz der besonderen Geschäftsbezeichnung: (abgedruckt bei: *Bachem/Roeren*, S. 20 (36); *Lobe*, S. 46 (66 f.)).

³⁷⁸ *Finger*, § 8 UWG 1896, Anm. 7 (S. 223).

³⁷⁹ Vgl. zur Kritik *Fuld*, § 16 UWG, Anm. I (S. 364 f.); v. *Stechow*, S. 358 f. m.w.N.

³⁸⁰ § 16 UWG von 1909 lautete: (Abs. 1) „*Wer im geschäftlichen Verkehr einen Namen, eine Firma oder die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts, eines gewerblichen Unternehmens oder einer Druckschrift in einer Weise benutzt, welche geeignet ist, Verwechslungen mit dem Namen, der Firma oder der besonderen Bezeichnung hervorzurufen, deren sich ein anderer befugterweise bedient, kann von diesem auf Unterlassung der Benutzung in Anspruch genommen werden. (Abs. 2) Der Benutzende ist dem Verletzten zum Ersatze des Schadens verpflichtet, wenn er wußte oder wissen mußte, daß die mißbräuchliche Art der Benutzung geeignet war, Verwechslungen hervorzurufen. (Abs. 3) Der besonderen Bezeichnung eines Erwerbsgeschäftes stehen solche Geschäftsabzeichen und sonstigen zur Unterscheidung des Geschäfts von anderen Geschäften bestimmten Einrichtungen gleich, welche innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen des Erwerbsgeschäftes gelten [...]*“

³⁸¹ *Fuld*, § 16 UWG, Anm. I (S. 362 ff.); *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 1, Rn. 14.

raussetzung, die namensmäßige Unterscheidungskraft, im Gesetzeswortlaut nicht auftauchte. Der allzu knappe Gesetzestext konnte von der Rechtsprechung aber ohne Weiteres gut gehandhabt werden. Mit Blick auf Sinn und Zweck des materiellen Kennzeichenschutzes und den möglichen Schutzzumfang, entwickelte die Rechtsprechung die maßgeblichen Kriterien für den Schutz, seinen Beginn und sein Ende in ihrer Entscheidungspraxis.³⁸²

Zentraler Begriff für den Schutzzumfang war die Verwechslungsgefahr. Die Gefahr einer Verwechslung war zunächst dann gegeben, wenn ein Geschäftsbetrieb wegen des benutzten Zeichens für einen anderen Geschäftsbetrieb gehalten und mit diesem verwechselt wurde.³⁸³ Schon bald entwickelte sich ein weites Verständnis vom Begriff der Verwechslungsgefahr. Eine Verwechslungsgefahr wurde auch dann angenommen, wenn zwei Unternehmer oder Unternehmen zwar als voneinander verschieden erkannt wurden, aber „*Beziehungen*“ zwischen ihnen vermutet wurden, die in Wirklichkeit nicht bestanden.³⁸⁴ Auch diese sogenannte Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne war vom Schutzzumfang des § 16 UWG von 1909 erfasst und war um so weiter, je kennzeichnungskräftiger das ältere Kennzeichen war. Sie ging so weit, dass eine Verwechslungsgefahr bei der Benutzung des stark kennzeichnungskräftigen Kennzeichens eines Margarineherstellers für Schokolade³⁸⁵ oder eines stark kennzeichnungskräftigen Kennzeichens eines Parfümherstellers durch einen Büromaschinen- und Schreibwarenhändler bejaht wurde.³⁸⁶ Für die näheren Ausführungen zur Verwechslungsgefahr wird auf die Darstellung im Rahmen des materiell-rechtlichen Schutzzumfangs im 4. Teil (S. 197 ff.) verwiesen, da hier nur die historische Entwicklung skizziert werden soll.

Aufgrund dieses extensiven Verständnisses der Verwechslungsgefahr und der Branchennähe gerade bei stark kennzeichnungskräftigen Zeichen bestand kaum ein Bedürfnis für einen ergänzenden Schutz des berühmten Zeichens vor Verwässerung oder des bekannten Zeichens vor Rufausbeutung.³⁸⁷

Dennoch hatte die Rechtsprechung vereinzelt über Fallkonstellationen zu entscheiden, bei denen trotz der Bekanntheit des älteren Unternehmenskennzeichens unter keinen Um-

³⁸² *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 7.

³⁸³ Vgl. z. B. *Kahn/Weiß*, § 16 UWG, Anm. VIII 3; *Rosenthal/Wehner*, § 16 UWG, Note 27 f.

³⁸⁴ *RG*, GRUR 1912, 238 (239) – Seide nach Voemel.

³⁸⁵ *RGZ* 111, 192 (199) – Goldina.

³⁸⁶ *RG*, MuW XXXII, 239 (240) – gegenüber.

³⁸⁷ *Callmann*, § 16 UWG, Rn. 121b; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 2.

ständen eine Unternehmensverbindung vermutet werden konnte. Man war sich aber weitgehend einig, dass es sittenwidrig sei, den guten Ruf des berühmten Kennzeichens für sich auszunutzen oder dessen Werbewert zu verwässern. Realisiert wurde der Schutz berühmter Kennzeichen gegen Verwässerung zunächst über § 1 UWG von 1909³⁸⁸ und später dann über § 12 BGB.³⁸⁹

C. Die Markenrechtsreform von 1995

Die europäische Harmonisierung des Markenschutzes durch die Erste Richtlinie 89/194/EWG vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken („Markenrichtlinie“ – MarkenRL)³⁹⁰ gab dem deutschen Gesetzgeber Anlass, auch für den Schutz der Unternehmenskennzeichen einen nächsten Schritt in der Kodifikationshistorie zu tun. Obwohl der Schutz der Unternehmenskennzeichen nicht zum Harmonisierungsprogramm der Richtlinie gehörte und rein nationales Recht darstellte,³⁹¹ wollte der Gesetzgeber die Umsetzung der MarkenRL zur Schaffung eines umfassenden und zentralen Systems der geschäftlichen Kennzeichenrechte nutzen und die bisherige Rechtszersplitterung zugunsten einer „Vereinheitlichung“ beseitigen.³⁹² Mit Inkrafttreten des Gesetzes über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichnungen (MarkenG) vom 25. Oktober 1994 am 1. Januar 1995 wurde deshalb § 16 UWG von 1909 abgeschafft und der Schutz der Unternehmenskennzeichen in §§ 5, 15 MarkenG geregelt.

Damit erfolgte zugleich auch eine systematische Annäherung des Schutzes der Unternehmenskennzeichen an das Recht der eingetragenen Marken. Anders als unter der Geltung von § 16 UWG von 1909 wird in § 5 Abs. 2 MarkenG zuerst das geschützte Recht und dann die Schutzvoraussetzungen (Schutzfähigkeit) geregelt. Davon getrennt wird in § 15 MarkenG der Schutzzumfang und der Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch bei Rechtsverletzung geregelt. Diese Gesetzestchnik orientiert sich an der Systematik der Regelung der eingetragenen Marken, wo zuerst die Eintragungsvoraussetzungen geregelt sind (§ 8 MarkenG) und dann der Schutzzumfang und die Ansprüche bei Markenverletzung (§ 14 MarkenG).

³⁸⁸ BGH, GRUR 1955, 299 (302) – Koma.

³⁸⁹ BGHZ 28, 320 (326 ff.) – Quick. BGH, GRUR 1966, 623 (624) – Kupferberg; BGH, GRUR 1991, 863 (867) – Avon.

³⁹⁰ Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Marken, ABl. 1989; Nr. L 40/1.

³⁹¹ BGH, GRUR 2011, 623 (628), Tz. 58 – Peek & Cloppenburg II; BGH, GRUR 2013, 1150 (1153), Tz. 41 – Baumann I; BGH, GRUR 2016, 965 (968), Tz. 37 – Baumann II.

³⁹² Amtliche Begründung zum MarkenG (BT-Drucks. 12/6581, S. 55, 67).

Ungeachtet dieser Unterschiede in der Regelungstechnik bleibt es dabei, dass – anders als im Recht der eingetragenen Marken – die Schutzvoraussetzungen im Gesetzestext nur ganz rudimentär einen gewissen Niederschlag finden. Da der Gesetzgeber mit dem MarkenG nur eine Zusammenfassung und Kodifizierung des bisherigen geltenden Rechts verwirklichen wollte,³⁹³ ist mit der Einführung der §§ 5 und 15 MarkenG gegenüber § 16 UWG von 1909 keine sachliche Änderung für den Schutz der Unternehmenskennzeichen verbunden.³⁹⁴ Für die Schutzfähigkeit, den Schutzbeginn, das Schutzende und den Schutz gegen Verwechslungsgefahr gemäß § 15 Abs. 2 MarkenG kann an der Praxis zu § 16 UWG von 1909 festgehalten werden.³⁹⁵

Erstmals mit der Reform des MarkenG wurde der erweiterte Schutz bekannter Unternehmenskennzeichen in § 15 Abs. 3 MarkenG geregelt.

³⁹³ *BGH*, GRUR 1995, 825 (828) – Torres.

³⁹⁴ Amtliche Begründung zum MarkenG (BT-Drucks. 12/6581, S. 55, 67); *BGH*, GRUR 1995, 825 (826) – Torres; *BGH*, GRUR 1995, 754 (756) – Altenburger Spielkartenfabrik; *BGH*, GRUR 1997, 468 (469) – NetCom I; *BGH*, GRUR 1997, 749 (751) – L'Orange; *BGH*, GRUR 1998, 391 (392) – Dr. St. ... Nachf.; *BGH*, GRUR 2002, 972 (975) – FROMMIA.

³⁹⁵ *BGH*, GRUR 1995, 507 (508) – City-Hotel; *BGH*, GRUR 1995, 754 (756) – Altenburger Spielkartenfabrik; *BGH*, GRUR 1995, 825 (826) – Torres; *BGH*, GRUR 1997, 468 (469) – NetCom I; *BGH*, GRUR 1997, 749 (751) – L'Orange; *BGH*, GRUR 2008, 1104 (1107), Tz. 32 – Haus & Grund II; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 6 ff.

4. Teil

Die Schutzentstehung im Firmenrecht und im Unternehmenskennzeichenrecht

1. Abschnitt: Materieller Unternehmenskennzeichenschutz

A. Schutzgewährung durch Benutzung

Gemäß § 15 Abs. 1 MarkenG erhält der Inhaber mit dem Erwerb des Schutzes einer geschäftlichen Bezeichnung ein ausschließliches Recht.³⁹⁶ Die Regelung stellt klar, dass es sich bei allen Unternehmenskennzeichen, die gemäß § 5 Abs. 1 MarkenG geschäftliche Bezeichnungen sind, um echte Immaterialgüterrechte handelt. Damit ist zugleich deutlich gemacht, dass das Unternehmenskennzeichen als geschäftliche Bezeichnung gemäß § 5 Abs. 2 MarkenG seinem Inhaber ein subjektives Recht zuordnet.³⁹⁷ Es unterliegt aber keinem Zweifel, dass über die gesetzliche Klarstellung hinaus auch die materiellen Anforderungen erfüllt sind, die an ein subjektives Recht gestellt werden (hierzu näher S. 122 ff.). Beides gilt selbstverständlich auch für die Firma in ihrer Eigenschaft als Unternehmenskennzeichen gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 2 MarkenG.

Dieses subjektive Recht ist allein im Interesse seines Inhabers geschützt (näher zum subjektiven Recht S. 120 ff.). Eine Diskussion über Natur und Charakter der Firma in ihrer Eigenschaft als Unternehmenskennzeichen gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 2 MarkenG erübrigt sich aufgrund der gesetzlichen Klarstellung in § 15 Abs. 1 MarkenG. Hier genügt die Feststellung, dass die Firma als Unternehmenskennzeichen sämtliche Voraussetzungen erfüllt, die an ein subjektives Recht gestellt werden. Für die Firma als Regelungsgegenstand der Bestimmungen der §§ 17 ff. HGB muss dies gesondert untersucht werden (dazu näher unten S. 122 ff.).

Der Schutz wird nicht aufgrund einer Registereintragung gewährt, sondern geht aus der tatsächlichen Benutzung im geschäftlichen Verkehr hervor.³⁹⁸ Diese Schutzvoraussetzung ist auch als einzige im Gesetzestext niedergelegt. Nachfolgend werden diese und die weiteren Schutzvoraussetzungen dargestellt.

³⁹⁶ BGH, GRUR 2016, 201 (206), Tz. 65 – Ecosoil.

³⁹⁷ BGH, GRUR 1995, 825 (828) – Torres; Fezer, ZHR 161 (1997), 52 (65); Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 11, Rn. 1; Ingerl/Rohnke, § 15 MarkenG, Rn. 5; M. Lehmann, in: FS Beier, S. 279 (285); Sosnitza, Markenrecht, § 18, Rn. 1; Starck, in: FS DPA – 100 Jahre Marken®-Amt, S. 291 (299).

³⁹⁸ Callmann, § 16 UWG, Rn. 25.

B. Schutzvoraussetzungen

I. Allgemeine Schutzvoraussetzungen

Nach dem Wortlaut des § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG („... *die im geschäftlichen Verkehr als ... Firma ... benutzt werden ...*“) ist für den Schutz der Unternehmenskennzeichen allein die Benutzung im geschäftlichen Verkehr maßgeblich.³⁹⁹ Auf eine Eintragung im Handelsregister oder eine sonstige Registrierung kommt es nicht an. Damit ist zugleich ein Hinweis auf den Zeitpunkt der Schutzentstehung gegeben – allerdings ein unpräziser und zudem unzureichender Hinweis. Denn das Gesetz macht weder nähere Angaben, welche Anforderungen an die tatsächliche Handlung der *Benutzung im geschäftlichen Verkehr* zu stellen sind, noch enthält der Wortlaut des § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG einen Hinweis darauf, dass zentrale Schutzvoraussetzung der Unternehmenskennzeichen zudem das Vorhandensein eines lebenden Unternehmens ist. Das bedarf der näheren Untersuchung.

1. Benutzung im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit einem lebenden Unternehmen

Für den Schutz des Unternehmenskennzeichens als geschäftliches Kennzeichenrecht ist eine Benutzung im geschäftlichen Verkehr erforderlich.⁴⁰⁰ Nur eine nach außen gerichtete geschäftliche Tätigkeit, die auf den Beginn einer dauernden wirtschaftlichen Betätigung schließen lässt, lässt zugleich den Schutz als Unternehmenskennzeichen nach § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG entstehen.⁴⁰¹ Welche Anforderungen an die schutzbegründenden Kriterien der Benutzung (nachfolgend a)) und des geschäftlichen Verkehrs (nachfolgend b)) zu stellen sind, wird im Folgenden überblicksartig dargestellt.

a) Die schutzbegründende Benutzung

Generell werden Unternehmenskennzeichen nach § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG nur geschützt, wenn sie ihrer Namensfunktion gerecht werden und wie Namen wirken (vgl. bereits oben S. 27, sowie eingehend unten S. 90 ff.). Daraus folgt, dass auch der Benutzungsbegriff im

³⁹⁹ Ingerl/Rohnke, § 5 MarkenG, Rn. 57.

⁴⁰⁰ RGZ 101, 226 (230) – Uessesms Artistenkinder; RG, MuW XXVII/XXVIII, 21 (22) – Kruschen-Salz; BGH, GRUR 1993, 404 (405) – Columbus; BGH, GRUR 1997, 749 (751) – L'Orange; BGH, GRUR 1997, 903 (905) – GARONOR; BGH, GRUR 2009, 685 (686), Tz. 17 – ahd.de; BGH, GRUR 2016, 1066 (1067), Tz. 23 – mt-perfect; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 8, Rn. 1, 5; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 52 ff.; Ingerl/Rohnke, § 5 MarkenG, Rn. 57 ff.; M. Lehmann, in: FS Beier, S. 279 (283); Rosenthal/Leffmann, § 16 UWG, Rn. 61; GK/Teplitzky, § 16 UWG, Rn. 83.

⁴⁰¹ BGH, GRUR 1997, 903 (905) – GARONOR; Kochendörfer, WRP 2009, 239 (240).

Hinblick auf diesen spezifischen Funktionszusammenhang zu bestimmen ist und eine namensmäßige Benutzung des Kennzeichens erfordert.⁴⁰² Wird das Kennzeichen als Herkunftshinweise für die Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens benutzt, ist das nur eine markenmäßige, nicht aber auch namensmäßige Ingebrauchnahme des Zeichens. Nur, wenn zumindest auch das Unternehmen oder sein Inhaber gekennzeichnet werden, handelt es sich um eine namensmäßige und damit schutzbegründende Benutzung.⁴⁰³

Der Schutz von Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG, die von Haus aus namensmäßige Unterscheidungskraft haben, beginnt also mit ihrer namensmäßigen Ingebrauchnahme im geschäftlichen Verkehr im Inland, ohne dass es einer Verkehrsgeltung bedarf.⁴⁰⁴ Es ist auch nicht erforderlich, dass das Zeichen schon ein bestimmtes Maß an Anerkennung im Verkehr gefunden hat.⁴⁰⁵ Man spricht hier von einer Schutzentstehung durch „*schlichten Gebrauch*“.⁴⁰⁶ Die Anforderungen an Art und Umfang der Benutzung sind im Übrigen sehr gering.⁴⁰⁷ Es genügt jede nach außen in Erscheinung tretende Benutzungsform, die auf eine dauernde wirtschaftliche Betätigung schließen lässt.⁴⁰⁸

Für Kennzeichen mit Namensfunktion gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG, aber ohne namensmäßige Unterscheidungskraft und für Kennzeichen ohne Namensfunktion gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 MarkenG genügt die Benutzung im Sinne eines schlichten Gebrauchs allein nicht. Ihr Schutz entsteht erst, wenn der – in diesem Zusammenhang üblicherweise länger anhaltende⁴⁰⁹ – Gebrauch dieser Zeichen zu einer Verkehrsgeltung führt.⁴¹⁰ Wegen dieses Zusammenhangs zwischen Benutzung und Verkehrsgeltung wird üblicherweise von einem „*qualifizierten Gebrauch*“ gesprochen.⁴¹¹

⁴⁰² Günther, WRP 2005, 975 (976); weitergehend: Ingerl/Rohnke, § 5 MarkenG, Rn. 60.

⁴⁰³ BGH, GRUR 1973, 661 (662) – Metrix; BGH, GRUR 1995, 825 (826) – Torres; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 8, Rn. 15 ff.; Günther, WRP 2005, 975 (976); Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 52;

⁴⁰⁴ St. Rspr. vgl. nur BGH, GRUR 1997, 749 (751) – L'Orange; BGH, GRUR 1997, 903 (905) – GARONOR; BGH, GRUR 2002, 972 (973) – FROMMIA; BGH, GRUR 2005, 871 (873) – Seicom; BGH, GRUR 2008, 1099 (1100), Tz. 16 – afilias.de; BGH, GRUR 2009, 685 (686), Tz. 17 – ahd.de; BGH, GRUR 2016, 1066 (1067), Tz. 23 – mt-perfect; Kochendörfer, WRP 2009, 239 (240).

⁴⁰⁵ BGH, GRUR 2016, 1066 (1067), Tz. 23 – mt-perfect; Kochendörfer, WRP 2009, 239 (240).

⁴⁰⁶ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 8, Rn. 5.

⁴⁰⁷ GK/Teplitzky, § 16 UWG, Rn. 91.

⁴⁰⁸ BGH, GRUR 1969, 357 (359) – Sihl; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 53; Ingerl/Rohnke, § 5 MarkenG, Rn. 58.

⁴⁰⁹ Callmann, § 16 UWG, Rn. 29b; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 100.

⁴¹⁰ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 2 f., § 8, Rn. 23, 28.

⁴¹¹ Vgl. Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 8, Rn. 25, 28 m.w.N.

(aa) Vorbereitungshandlungen

Eine im Sinne des „*schlichten Gebrauchs*“ rechtsbegründende Benutzungshandlung kann auch in einem geschäftlichen Vorbereitungsstadium stattfinden.⁴¹² Damit sind schon nach außen dringende Vorbereitungshandlungen wie die Durchführung von Informationsveranstaltungen über die künftige Geschäftstätigkeit ausreichend.⁴¹³ Rein interne Vorbereitungshandlungen wie etwa eine interne Korrespondenz unter Gesellschaftern oder Vereinsmitgliedern genügen dagegen nicht.⁴¹⁴

(bb) Eintragung im Handelsregister als schutzbegründende Benutzung

(1) Grundsatz: Schutzbeginn durch Benutzung im geschäftlichen Verkehr auch ohne Eintragung im Handelsregister

Die Eintragung der Firma im Handelsregister ist keine Voraussetzung für den Beginn ihres Schutzes als Unternehmenskennzeichen gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 2 MarkenG. Schutz entsteht für eine von Haus aus namensmäßig unterscheidungskräftige Firma als Unternehmenskennzeichen auch ohne ihre Eintragung im Handelsregister, wenn sie im geschäftlichen Verkehr benutzt wird.⁴¹⁵

Bei juristischen Personen des Handelsrechts, die erst mit ihrer Eintragung Rechtsfähigkeit erlangen, ist zu differenzieren. Juristische Personen des Handelsrechts (GmbH, AG, SE) werden erst mit der Eintragung in das Handelsregister zum Formkaufmann und damit rechtsfähig. Außerdem sind eben nur Kaufleute nach § 17 HGB firmenfähig.⁴¹⁶ Die Eintragung in das Handelsregister ist deshalb gleichzeitig Voraussetzung für den Erwerb der Firma durch die juristische Person.⁴¹⁷ Die mit der späteren Kapitalgesellschaft identischen Vorgesellschaften sind im Zeitraum nach dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags und vor der Eintragung in das Handelsregister aber jedenfalls noch keine Formkaufleute.⁴¹⁸ Sie sind jedoch gemäß § 1 HGB Kaufleute, wenn sie bereits ein Handelsgewerbe betreiben. Dann sind sie als Kaufleute firmenfähig und können eine Firma in Benutzung nehmen und

⁴¹² *BGH*, GRUR 1995, 903 (905) – GARONOR; *BGH*, GRUR 2008, 1099 (1102), Tz. 36 – *afilias.de*; *BGH*, GRUR 2016, 1066 (1067), Tz. 23 – *mt-perfect*; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 8, Rn. 53.

⁴¹³ *BGH*, GRUR 1997, 903 (905) – GARONOR.

⁴¹⁴ *BGH*, GRUR 2008, 1099 (1102), Tz. 37 – *afilias.de*.

⁴¹⁵ *OLG Hamburg*, GRUR-RR 2005, 381 (382) – *abebooks*; *Ingerl/Rohnke*, § 5 MarkenG, Rn. 33.

⁴¹⁶ *Müko-HGB/Heidinger*, § 17 HGB, Rn. 19; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle*, § 17 HGB, Rn. 8; *Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth*, § 17 HGB, Rn. 2; *Oetker/Schlingloff*, § 17 HGB, Rn. 13.

⁴¹⁷ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 62; *MüKo-HGB/Schmidt*, § 6 HGB, Rn. 10.

⁴¹⁸ *Müko-HGB/Heidinger*, § 17 HGB, Rn. 19; *Baumbach/Hopt/Hopt*, § 6 HGB, Rn. 6; *Oetker/Schlingloff*, § 6 HGB, Rn. 10; *MüKo-HGB/Schmidt*, § 6 HGB, Rn. 12.

als Kaufmann führen. Entsteht die juristische Person später mit ihrer Eintragung im Handelsregister als Formkaufmann, geht der durch Aufnahme der Benutzung begründete ursprüngliche Zeitrang der Firma der Vorgesellschaft auf die juristische Person über.⁴¹⁹

(2) Kein Schutzbeginn durch schlichte Handelsregistereintragung

Ob andererseits allein die Anmeldung der Firma im Handelsregister eine Benutzungsaufnahme im Sinne des § 5 Abs. 2 S.1 MarkenG ist, wird nicht einheitlich beantwortet. Nachdem die überwiegende Auffassung in Rechtsprechung⁴²⁰ und Literatur⁴²¹ bislang davon ausging, dass die Eintragung allein nicht für eine Schutzbegründung genügt, ist seit der *Haus & Grund II*-Entscheidung des BGH von 2008 wieder Bewegung in die Diskussion gekommen. Ohne nähere Begründung lässt der BGH in dieser Entscheidung die Eintragung der Firma als schutzbegründende Benutzungsaufnahme genügen.⁴²² Teile der Rechtsprechung und Literatur folgen inzwischen dieser Auffassung.⁴²³

Richtigerweise wird man in der Anmeldung oder Eintragung der Firma im Handelsregister noch nicht den Beginn eines Kennzeichenschutzes sehen können. Lässt man die Eintragung als ausreichende Benutzungsaufnahme genügen, müsste auch der Firma der Vorratsgesellschaft Schutz schon allein mit ihrer Eintragung gewährt werden, obwohl sie doch auf den Moment ihrer aktiven Benutzung im Geschäftsverkehr noch wartet und eben daher nur „auf Vorrat“ gegründet und eingetragen wurde.⁴²⁴ Auch umgekehrt müsste einer Firma, die im Handelsregister zwar noch eingetragen ist, deren Geschäftsbetrieb aber endgültig eingestellt ist, weiterhin Schutz gewährt werden, obwohl sie im Geschäftsverkehr nicht mehr tätig ist. Ein solcher Firmenmantel, der nicht mehr im Zusammenhang mit einem nach außen tätigen kaufmännischen Unternehmen benutzt wird, genießt aber nach einschlägiger Auffassung gerade keinen Schutz nach § 5 Abs. 2 1 Fall 2 MarkenG.⁴²⁵ Deshalb

⁴¹⁹ BGH, GRUR 1993, 404 (405) – Columbus; BGH, GRUR 1997, 749 (751) – L'Orange; LG Berlin, NJW-RR 1987, 874 – amadeus; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 38 ff.; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 25; Ingerl/Rohnke, § 5 MarkenG, Rn. 22; Büscher/Dittmer/Schiwy/Schalk, § 5 MarkenG, Rn. 8.

⁴²⁰ RG, MuW XXVII/XXVIII, 21 (22) – Kruschen-Salz; BGH, GRUR 1957, 547 (550) – Tabu I; BGH, GRUR 1983, 182 (183) – Concordia-Uhren.

⁴²¹ Callmann, § 16 UWG, Rn. 25, 96; v. Gamm, Wettbewerbsrecht, Kapitel 55, Rn. 8; ders., § 16 UWG, Rn. 15; v. Gierke/Sandrock, § 17 II 4 (S. 247); Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 54; Ingerl/Rohnke, § 5 MarkenG, Rn. 33, 58; Ehrenberg/Pisko, S. 288; Rosenthal/Leffmann, § 16 UWG, Rn. 8, 137; Büscher/Dittmer/Schiwy/Schalk, § 5 MarkenG, Rn. 11.

⁴²² BGH, GRUR 1966, 38 (41) – Centra; BGH, GRUR 2008, 1104 (1107), Tz. 31 – Haus & Grund II; OLG Hamm, BeckRS 2013, 16874; LG Düsseldorf, BeckRS 2015, 12250 – PRO VITA; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 17 HGB, Rn. 14.

⁴²³ BGH, GRUR 1966, 38 (41) – Centra; BGH, GRUR 2008, 1104 (1107), Tz. 31 – Haus & Grund II; OLG Hamm, BeckRS 2013, 16874; LG Düsseldorf, BeckRS 2015, 12250 – PRO VITA; Kochendörfer, WRP 2009, 239 (240); Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 17 HGB, Rn. 14.

⁴²⁴ Gloy/Schultz-Süchting, § 56, Rn. 9; Simon, in: FS vom Stein, S. 120 (124).

⁴²⁵ BGH, GRUR 1961, 420 (422) – Cuyper; BGH, GRUR 1962, 419 (422) – Leona; BGH, GRUR 1997, 749 (752 f.) – L'Orange; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 78.

kann auch die bloße Neueintragung im Handelsregister nicht als schutzbegründende Benutzungsaufnahme gelten. Denn die Anforderungen an die schutzbegründende Benutzungsaufnahme entsprechen denen, die an eine rechtserhaltende Benutzung gestellt werden (eingehend hierzu S. 107 ff.).⁴²⁶

In diesem Zusammenhang verdient eine Entscheidung des EUIPO aus dem Jahr 2013 besondere Aufmerksamkeit, die der Eintragung der Firma im Handelsregister eine konstitutive Bedeutung für den Beginn ihres Schutzes als Unternehmenskennzeichen beizumessen scheint. Das Amt hatte aus der Pflicht des Kaufmanns, seine Firma, den Ort und die inländische Geschäftsanschrift seiner Handelsniederlassung in das Handelsregister anzumelden (§ 29 HGB), gefolgert, dass eine Verletzung dieser Anmeldepflicht dazu führt, dass der nicht im Handelsregister eingetragenen Firma der materielle Schutz versagt bleibt.⁴²⁷ Dem ist nicht zu folgen. Das EUIPO verkennt, dass § 29 HGB eine bloße Ordnungsvorschrift ist und lediglich die Offenlegung der wesentlichen Merkmale des kaufmännischen Unternehmens im Interesse der Allgemeinheit an Rechtsklarheit und Transparenz bezweckt.⁴²⁸ Wer seiner Pflicht zur Anmeldung nicht nachkommt, dem droht als einzige Sanktion gemäß § 14 HGB ein vom Registergericht zu verhängendes Zwangsgeld.⁴²⁹ Der materielle Schutz der Firma als Unternehmenskennzeichen wird durch einen Verstoß gegen § 29 HGB nicht berührt.⁴³⁰ In neueren Entscheidungen verlangt das EUIPO für den Schutz der Firma eine Eintragung in das Handelsregister richtigerweise nicht mehr.⁴³¹

(cc) Befugte Benutzung im geschäftlichen Verkehr

Nicht jede Benutzung der Firma im geschäftlichen Verkehr ist geeignet, den Schutz als Unternehmenskennzeichen zu begründen. Den materiellen Schutz als Unternehmenskennzeichen kann nur eine Firma beanspruchen, die in Übereinstimmung mit den §§ 17 ff. HGB geführt wird. Eine entgegen diesen Vorschriften geführte Firma wird nicht

⁴²⁶ Vgl. *BGH*, GRUR 2016, 1066 (1067), Tz. 22 – mt-perfect.

⁴²⁷ HABM, Entsch. v. 15. Oktober 2013, Az. B 1 932 543 – Braun Schlockermann und Partner Planer.

⁴²⁸ MüKo-HGB/*Krafka*, § 29 HGB, Rn. 3; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Reuschle*, § 29 HGB, Rn. 1; Koller/Kindler/Roth/Drüen/*Roth*, § 29 HGB, Rn. 1.

⁴²⁹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 28; MüKo-HGB/*Krafka*, § 29 HGB, Rn. 1; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Reuschle*, § 29 HGB, Rn. 11.

⁴³⁰ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 57, § 7, Rn. 28.

⁴³¹ Vgl. HABM, Entsch. v. 10. September 2015, Az. B 1 069 535 – Peek & Cloppenburg/Cloppenburg.

befugt geführt. Dies entsprach schon dem Wortlaut des § 16 UWG von 1909 und beansprucht im Rahmen des § 5 Abs. 2 MarkenG weiterhin Geltung.⁴³² Darauf wird näher auf S. 75 ff. unten einzugehen sein.

(dd) Benutzung des Kennzeichens durch Dritte

Die gesetzliche Regelung des § 5 Abs. 2 MarkenG gibt keinen Hinweis, ob auch eine Benutzung des Kennzeichens durch Dritte den Kennzeichenschutz begründet. Der Wortlaut spricht nur davon, dass das Zeichen „benutzt werden“ muss. Einen Anhaltspunkt für diese Frage gibt der Wortlaut der Vorgängernorm zu § 5 Abs. 2 MarkenG, auf dessen Auslegung zurückgegriffen werden kann.⁴³³ Wenn § 16 UWG von 1909 Zeichen schützte, „*deren sich ein anderer befugterweise bedient*“, dann zeigt dies, dass der Zeichenschutz nur demjenigen gewährt wird, der das Zeichen selbst benutzt und zudem Inhaber des Zeichens ist.⁴³⁴ Die Benutzung des Zeichens nur durch Dritte, die nicht auch Zeicheninhaber sind, ist unzureichend.⁴³⁵

Von einer unzureichenden Benutzung durch Dritte ist der Fall zu unterscheiden, dass ein Repräsentant oder Angestellter des Rechtsinhabers das Kennzeichen erkennbar für diesen, und damit als Hinweis auf dessen Unternehmen, nutzt. Vom Verkehr wird der namensmäßige Gebrauch dann dem Rechtsinhaber zugerechnet.⁴³⁶

b) Benutzung „im geschäftlichen Verkehr“

Die Benutzung des Kennzeichens muss „*im geschäftlichen Verkehr*“ erfolgen. Der Begriff des geschäftlichen Verkehrs ist als zentraler Begriff des Kennzeichenrechts europarechtskonform im Einklang mit Art. 10 Abs. 2 MarkenRL auszulegen.⁴³⁷ Er umfasst nach der Rechtsprechung des EuGH jede auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichtete kommerzielle Tätigkeit, die nicht im privaten Bereich erfolgt.⁴³⁸ Dieses Verständnis entspricht dem weiten Verständnis des Begriffs des geschäftlichen Verkehrs in der bisherigen Rechtsprechung des BGH zum Marken- und Wettbewerbsrecht.⁴³⁹ Allerdings müssen über die vom EuGH

⁴³² BGH, GRUR 2010, 156 (157), Tz. 23 – EIFEL-ZEITUNG; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 24, 58.

⁴³³ Amtliche Begründung zum MarkenG (BT-Drucks. 12/6581, S. 76.).

⁴³⁴ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 8, Rn. 65.

⁴³⁵ Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 52.

⁴³⁶ BGH, GRUR 1973, 661 (662) – Metrix; BGH, GRUR 1994, 652 (654) – Virion; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 8, Rn. 68 ff.

⁴³⁷ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 8, Rn. 36.

⁴³⁸ EuGH, GRUR 2010, 445 (447), Tz. 50 – Google und Google France; BGH, GRUR 2007, 708 (710), Tz. 23 – Internet-Versteigerung II.

⁴³⁹ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 8, Rn. 37.

gegebene Definition hinaus auch rein hoheitliche Handlungen vom Begriff des geschäftlichen Verkehrs ausgenommen werden.⁴⁴⁰ Zum geschäftlichen Verkehr gehört jede erlaubte wirtschaftliche, d. h. nicht hoheitliche oder rein private Betätigung, durch die in Wahrnehmung oder Förderung eigener oder fremder Geschäftsinteressen am Erwerbsleben teilgenommen wird.⁴⁴¹ Auf eine Gewinnerzielungsabsicht⁴⁴² oder die Entgeltlichkeit des Handelns⁴⁴³ kommt es nicht an.

c) Benutzung im Zusammenhang mit einem lebenden Unternehmen

(aa) Herleitung des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals

Die unternehmerische Betätigung des Zeicheninhabers ist Legitimation des materiellen Schutzes seiner Unternehmenskennzeichen.⁴⁴⁴ Sie ist aber nicht nur Legitimation, sondern zugleich auch ihre Voraussetzung. Denn die Existenz des Unternehmenskennzeichens hängt stets auch von der tatsächlich und kontinuierlich ausgeübten geschäftlichen Tätigkeit ab. Nur die auf Dauer angelegte und verstetigte wirtschaftliche Teilnahme des Kennzeicheninhabers am Markt rechtfertigt den Schutz seiner Unternehmenskennzeichen⁴⁴⁵ und die damit zugleich verbundene Einschränkung anderer Marktbeteiligter an der Verwendung eines verwechslungsfähigen Unternehmenskennzeichens. Das unterscheidet das Unternehmenskennzeichen von der eingetragenen Marke, die ein Monopolrecht gegen Zahlung einer geringen Eintragungsgebühr gewährt, ohne dass ein Unternehmen vorhanden sein muss.⁴⁴⁶ Auf eine tatsächliche Benutzung kommt es erst nach Ablauf der fünfjährigen Benutzungsschonfrist an (§ 25 MarkenG). Auch nach diesem Zeitpunkt muss der Markeninhaber weder ein Unternehmen haben, noch die Marke in seinem eigenen Unternehmen benutzen; eine Benutzung durch Dritte mit Zustimmung des Markeninhabers reicht aus (§ 26 Abs. 2 MarkenG).

Der Wortlaut des § 5 Abs. 2 MarkenG macht allerdings nur unzureichend deutlich, dass nur dem tatsächlich bestehenden Unternehmen Schutz seiner Kennzeichen gewährt wird. Lediglich für die besonderen Geschäftsbezeichnungen in § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 3 MarkenG

⁴⁴⁰ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 8, Rn. 45 m.w.N.

⁴⁴¹ *BGH*, GRUR 2002, 622 (624) – shell.de; *BGH*, GRUR 2004, 241 (242) – GeDIOS; *BGH*, GRUR 2007, 708 (710), Tz. 23 – Internet-Versteigerung II; *BGH*, GRUR 2007, 780 (782), Tz. 20 – Pralinenform; *BGH*, GRUR 2008, 1099 (1100), Tz. 12 – afiliias.de; *BGH*, GRUR 2009, 871 (872), Tz. 23 – Ohrclips; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 72.

⁴⁴² *Kochendörfer*, WRP 2009, 239 (240).

⁴⁴³ *BGH*, GRUR 1987, 438 (440) – Handtuchspender.

⁴⁴⁴ *RG*, GRUR 1943, 349 (350) – Wien-Berlin; *Ulmer/Reimer*, Rn. 240.

⁴⁴⁵ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 93.

⁴⁴⁶ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 12.

ist der Unternehmensbezug gesetzlich geregelt. Nach Systematik, Telos und Entstehungsgeschichte steht aber außer Frage, dass auch für die anderen Unternehmenskennzeichen ein Unternehmen vorhanden sein muss, um Schutz nach § 5 Abs. 2 MarkenG zu erlangen.⁴⁴⁷ Für den Namen im Sinne des § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 1 MarkenG folgt dies aus einer historisch-systematischen Unterscheidung zum bürgerlichen Namen im Sinne des § 12 BGB. Verstanden wurde der Name in § 8 S. 1 Alt. 1 UWG von 1896 und in § 16 Abs. 1 Abs. 1 Alt. 1 UWG von 1909 als wörtliche Bezeichnung, welche die Person des Unternehmensträgers gerade in seiner Eigenschaft als Inhaber des Unternehmens identifiziert, individualisiert und von anderen Unternehmensträgern unterscheidet und abgrenzt (siehe oben S. 27). Im Unterschied dazu schützt § 12 BGB den bürgerlichen Namen in jeder Lebenslage und unabhängig vom Betrieb eines Unternehmens.

Dass auch die Firma im Sinne des § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 2 MarkenG ein Unternehmen voraussetzt, ergibt sich mittelbar aus §§ 22, 23 HGB. Die Veräußerung des Unternehmens wird davon abhängig gemacht, dass die Firma mit dem Handelsgeschäft verbunden bleibt. Das ermöglicht den Erhalt des in der Firma gespeicherten Goodwills, der mit dem Unternehmen verbunden ist und zugleich dessen Existenz voraussetzt.⁴⁴⁸

Und letztlich zeigt das Tatbestandsmerkmal des „Geschäftsbetriebs“, dass auch für die Geschäftsabzeichen im Sinne des § 5 Abs. 2 S. 2 Fall 1 MarkenG und die sonstigen zur Unterscheidung des Geschäftsbetriebs von anderen Geschäftsbetrieben bestimmten Zeichen gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 Fall 2 MarkenG ein Unternehmen vorhanden sein muss. Der Begriff des „Geschäftsbetriebs“ hat neben dem Begriff des „Unternehmens“ keine eigenständige oder einschränkende Bedeutung. Beide Begriffe sind im Kern gleichbedeutend und sollen nur verdeutlichen, dass auch für die Zeichen einzelner Teile eines Unternehmens, die eine separate Betriebsstätte bilden, ein Schutz gewährt wird.⁴⁴⁹

(bb) Auslegung des Begriffs des Unternehmens i.S.d. § 5 MarkenG

Zum Verständnis des Begriffs des Unternehmens kann nicht auf eine allgemeingültige Definition zurückgegriffen werden, weil es im Wirtschaftsrecht keine solche allgemeingültige Definition gibt.⁴⁵⁰ Aus Sinn und Zweck und den geschützten Funktionen des Unternehmens-

⁴⁴⁷ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 8, Rn. 103 ff.

⁴⁴⁸ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 8, Rn. 105 m.w.N.

⁴⁴⁹ *Finger*, § 16 UWG, Rn. 50; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 8, Rn. 107 m.w.N.; *Ehrenberg/Pisko*, S. 334.

⁴⁵⁰ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 8, Rn. 111.

kennzeichens heraus muss ein passender Unternehmensbegriff entwickelt werden. Hierbei sind eine tätigkeitsbezogene und eine organisatorische Komponente zu berücksichtigen.⁴⁵¹

Die tätigkeitsbezogene Komponente verlangt eine auf Dauer angelegte Tätigkeit im Wirtschaftsleben, die sich durch den Austausch von Leistung und Gegenleistung im freien Wettbewerb mit anderen Unternehmen bezieht.⁴⁵² Das dem Schutz als Unternehmenskennzeichen eingeräumte Ausschließlichkeitsrecht mit einer geschützten Goodwill-Funktion lässt sich nämlich nur dann legitimieren, wenn die Tätigkeit kontinuierlich am Markt stattfindet.⁴⁵³ Die organisatorische Komponente ergibt sich aus der Kontinuität der geschäftlichen Betätigung. Denn diese bringt die Notwendigkeit mit sich, eine mehr oder weniger komplexe betriebliche Organisation zu schaffen. Ein Unternehmen ist deshalb eine aus persönlichen und in der Regel sachlichen Mitteln bestehende Organisationsform von Rechtsgütern und Rechtsbeziehungen zur selbständigen Teilnahme am Wirtschaftsverkehr, unabhängig von Gewinnerzielungsabsicht, materieller und sachlicher Ausstattung, Rechtsform oder Aufgabenstellung.⁴⁵⁴ Diese Begriffsbestimmung stimmt im Wesentlichen mit der allgemeinen Definition des Unternehmens bzw. Handelsgeschäfts überein, die zu §§ 22, 23 HGB entwickelt wurde. Wegen der parallelen Zielsetzung des Aufbaus und Erhalts eines Goodwills passt sie auch für den materiellen Unternehmenskennzeichenschutz.⁴⁵⁵ Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Unternehmensbegriff nicht zwingend auch das Vorhandensein sachlicher Betriebsmittel voraussetzt. Die Organisation eines Unternehmens kann sich auch auf eine einzelne Person beschränken, die sich selbständig wirtschaftlich betätigt und dabei weniger Sachgüter nutzt als ihre Kenntnisse, Fähigkeiten und Beziehungen, wie etwa ein Künstler oder ein selbständig tätiger Freiberufler.⁴⁵⁶

2. Die ungeschriebene Schutzvoraussetzung der befugten Benutzung

In § 16 Abs. 1 UWG von 1909 war ausdrücklich geregelt, dass eine geschäftliche Bezeichnung nur geschützt wird, wenn sich der Inhaber dieses Zeichens auch „*befugterweise bedient*“.⁴⁵⁷ Obwohl es das ausdrückliche Anliegen des Gesetzgebers bei der Integrierung

⁴⁵¹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 8, Rn. 111.

⁴⁵² *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 7 m.w.N.

⁴⁵³ *BGH*, GRUR 1969, 357 (359) – Sihl.

⁴⁵⁴ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 8, Rn. 116.

⁴⁵⁵ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 8, Rn. 116.

⁴⁵⁶ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 8, Rn. 115, 118.

⁴⁵⁷ Vgl. dazu *Callmann*, § 16 UWG, Rn. 26; *Finger*, § 16 UWG, Rn. 80.

des Schutzes der geschäftlichen Bezeichnungen in das MarkenG war, hinsichtlich der Schutzvoraussetzungen keine materielle Rechtsänderung vorzunehmen,⁴⁵⁸ sieht der Gesetzeswortlaut des § 5 Abs. 2 MarkenG das Tatbestandsmerkmal des befugten Gebrauchs nicht vor. Nach einhelliger Auffassung ergibt sich aber aus dieser Auslassung keine Rechtsänderung. Die befugte Benutzung ist deshalb heute ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung des materiellen Kennzeichenschutzes nach den §§ 5, 15 MarkenG.⁴⁵⁹ Es wäre auch mit der Einheit der Rechtsordnung nicht zu vereinbaren, einem Zeichen ein Monopolrecht zu gewähren, dessen Benutzung nicht im Einklang mit der Rechtsordnung steht.⁴⁶⁰ Eine befugte Benutzung liegt dann nicht vor, wenn durch sie gegen gesetzliche Regelungen verstoßen wird. Die wichtigsten Regelungen sollen hier vorgestellt werden.

a) Einzelne Regelungskomplexe der befugten Benutzung

(aa) Verstoß gegen Regelungen des formellen Firmenrechts

Zu den Regelungen, deren Einhaltung Voraussetzung des materiellen Kennzeichenschutzes sind, gehören zuvörderst die Vorschriften des formellen Firmenrechts.⁴⁶¹ Nur eine im Einklang mit den §§ 17 ff. HGB und den anerkannten Firmenrechtsgrundsätzen gebildete und geführte Firma wird befugt benutzt.⁴⁶²

Ein formell unzulässiger Firmengebrauch ist unbefugt und steht dem materiellen Schutz der Firma als Kennzeichen i.S. von § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 2 MarkenG entgegen.⁴⁶³ Das kann der Fall sein, wenn die Firma von einem nicht zur Firmenführung berechtigten Träger, beispielsweise einem Nichtkaufmann, geführt wird⁴⁶⁴ oder – anfänglich oder nachträglich – gegen die Firmenbildungsregeln der §§ 18 ff. HGB verstoßen wurde. Eine Firma, die geeignet ist, über geschäftliche Verhältnisse irrezuführen (§ 18 Abs. 2 HGB), wird daher nicht befugt geführt.⁴⁶⁵

Der in § 30 Abs. 1 HGB normierte Grundsatz der Firmenausschließlichkeit besagt, dass sich alle Firmen an demselben Ort deutlich voneinander unterscheiden müssen. Eine neue

⁴⁵⁸ Amtliche Begründung zum MarkenG (BT-Drucks. 12/6581, S. 67).

⁴⁵⁹ *BGH*, GRUR 2002, 706 (707) – *vossius.de*; *BGH*, GRUR 2010, 156 (157), Tz. 23 – *EIFEL-ZEITUNG*; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 58.

⁴⁶⁰ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 4.

⁴⁶¹ *RG*, MuW IV, 48 – *Valvoline Oil Company*; *Baumbach/Hefermehl*, § 16 UWG (16. Aufl.), Rn. 64; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 25; *Ingerl/Rohnke*, § 5 MarkenG, Rn. 34; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 58; *GK/Teplitzky*, § 16 UWG, Rn. 24.

⁴⁶² *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 25.

⁴⁶³ *v. Gamm*, Wettbewerbsrecht, Kapitel 57, Rn. 2.

⁴⁶⁴ *v. Gamm*, Wettbewerbsrecht, Kapitel 57, Rn. 2; *GK/Teplitzky*, § 16 UWG, Rn. 244.

⁴⁶⁵ *BGH*, GRUR 1954, 271 (273) – *DUN-Europa*; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 25.

Firma, die diese Voraussetzung nicht erfüllt, wird unbefugt geführt und erhält auch als Unternehmenskennzeichen keinen Schutz.

Welche Anforderungen das HGB-Firmenrecht an die formell korrekte Firma stellt, wird umfassend im 3. Teil (S. 132 ff.) untersucht; zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen. Zu den Anforderungen, die an die registerrechtliche Unterscheidbarkeit von Firmen gemäß § 30 Abs. 1 HGB gestellt werden, wird auf die Ausführungen auf S. 187 ff. verwiesen.

(bb) Unbefugte Benutzung durch Verstoß gegen das Irreführungsverbot des § 5 UWG

Zu den Anforderungen, die an eine befugte Benutzung gestellt werden, gehört auch, dass ein Unternehmenskennzeichen nicht über geschäftliche Verhältnisse irreführen darf.⁴⁶⁶ Die Grenzen dieses in § 5 Abs. 1 UWG enthaltenen allgemeinen Irreführungsverbotens gelten damit auch für die Benutzung eines Unternehmenskennzeichens.⁴⁶⁷ Nur, wenn die konkrete Benutzung sich innerhalb dieser wettbewerbsrechtlich zulässigen Grenzen bewegt, ist die Benutzung befugt und dem Unternehmenskennzeichen wird der verdiente Schutz gewährt.

Das formelle Firmenrecht bestimmt in § 18 Abs. 2 HGB ebenfalls, dass eine Firma nicht über geschäftliche Verhältnisse irreführen darf. § 5 UWG und § 18 Abs. 2 HGB sind damit Ausdruck des Wahrheitsgrundsatzes.⁴⁶⁸ Nähere Ausführungen zum Verhältnis des firmenrechtlichen und des lauterkeitsrechtlichen Irreführungsverbotens erfolgen im Zusammenhang mit der Vorstellung des Grundsatzes der Firmenwahrheit im 3. Teil (S. 185 ff.). Hier soll nur der allgemeine, wettbewerbsrechtliche Irreführungstatbestand des § 5 UWG als Kriterium des materiellen Kennzeichenschutzes dargestellt werden.

(1) Irreführende geschäftliche Handlung (§ 5 Abs. 1 UWG)

Man versteht § 5 Abs. 1 UWG dahingehend, dass die Vorschrift in Form einer Generalklausel⁴⁶⁹ jede geschäftliche Handlung verbietet, die unwahre Angaben oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben enthält.⁴⁷⁰ Auch die Verwendung eines irreführenden Unternehmenskennzeichens kann eine gemäß § 5 Abs. 1 S. Nr. 3 UWG bzw. Art. 6 Abs. 1 li

⁴⁶⁶ *BGH*, GRUR 1954, 271 (273) – DUN-Europa; v. *Gamm*, Wettbewerbsrecht, Kapitel 57, Rn. 5; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 98; *GK/Teplitzky*, § 16 UWG, Rn. 241.

⁴⁶⁷ *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 58; *Ingerl/Rohnke*, § 5 MarkenG, Rn. 34.

⁴⁶⁸ *Ohly/Sosnitza*, § 5 UWG, Rn. 9.

⁴⁶⁹ *Ohly/Sosnitza*, § 5 UWG, Rn. 9.

⁴⁷⁰ *BGH*, GRUR 2013, 1254 (1255), Tz. 15 – Matratzen Factory Outlet; *Ohly/Sosnitza*, § 5 UWG, Rn. 105.

f. UGP-Richtlinie irreführende Geschäftspraxis sein.⁴⁷¹ Der Gebrauch einer geschäftlichen Bezeichnung kann danach irreführend sein, wenn ein Bestandteil der Firmierung geeignet ist, beim Verkehr unzutreffende Vorstellungen über Eigenschaften des Unternehmens hervorzurufen.⁴⁷² Maßgeblich kommt es dabei auf den Aussagegehalt des Kennzeichens an, wie er vom Verkehr aufgefasst wird.⁴⁷³ Ausreichend ist, dass die Aussage von einem Teil der angesprochenen Verkehrskreise als irreführend verstanden wird. Dass ein überwiegender Teil oder die Gesamtheit irregeführt werden, ist nicht erforderlich.⁴⁷⁴

Irreführend benutzt wird ein Kennzeichen daher nicht nur dann, wenn über die Rechtsform,⁴⁷⁵ Größe⁴⁷⁶ oder das Leistungsangebot⁴⁷⁷ getäuscht wird. Generell müssen alle Angaben gemäß der Aufzählung in § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-7 UWG wahrheitsgemäß sein. § 5 UWG gewährt damit Schutz vor Irreführungen schlechthin.⁴⁷⁸ Es genügt grundsätzlich jede Art von Irreführung über geschäftliche Verhältnisse.⁴⁷⁹

Eine Irreführung über die Rechtsform nahm der BGH für den Firmenkern „INDROHAG“ einer GmbH an. Die dort enthaltenen Buchstaben „AG“ seien ein zur Täuschung geeigneter Hinweis auf die Rechtsform einer Aktiengesellschaft.⁴⁸⁰

Ähnlich verhält es sich mit Bezeichnungen, die den Eindruck eines öffentlich-rechtlichen Charakters des Unternehmens vermitteln, der tatsächlich nicht besteht. Die Bezeichnungen eines Unternehmens als „Bundesdruckerei“,⁴⁸¹ „Bundeszentrale für Fälschungsbekämpfung“⁴⁸² oder „Staatsballett“⁴⁸³ wurde von der Rechtsprechung als irreführend beurteilt, weil sich die Unternehmen weder mehrheitlich in der Hand des Bundes befanden, noch eine öffentlich-rechtliche Befugnis besaßen oder eine sonstige institutionelle Beziehung zu einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft bestand.

⁴⁷¹ BGH, GRUR 2012, 1273, Tz. 15 f. – Stadtwerke Wolfsburg; *Schünemann*, S. 25 ff., 27.

⁴⁷² BGH, GRUR 2012, 1273, Tz. 15 – Stadtwerke Wolfsburg.

⁴⁷³ *Ohly/Sosnitza*, § 5 UWG, Rn. 112; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 102.

⁴⁷⁴ *Ohly/Sosnitza*, § 5 UWG, Rn. 147.

⁴⁷⁵ BGHZ 22, 88 – INDROHAG.

⁴⁷⁶ RG, GRUR 1940, 572 (373) – Fabrik: Irreführung über die Betriebsgröße durch die Verwendung „Fabrik“.

⁴⁷⁷ BGH, GRUR 1979, 716 (718) – Kontinent Möbel: Irreführung über das Leistungsangebot, wenn Möbel nur aus einem europäischen Land angeboten werden.

⁴⁷⁸ *Ohly/Sosnitza*, § 5 UWG, Rn. 228.

⁴⁷⁹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 99.

⁴⁸⁰ BGHZ 22, 88 – INDROHAG; kritisch *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 108.

⁴⁸¹ BGH, GRUR 2007, 1079 (1081) – Bundesdruckerei.

⁴⁸² BGH, GRUR 1980, 749 (796 f.) – Bundeszentrale für Fälschungsbekämpfung.

⁴⁸³ BGH, GRUR-RR 2014, 115 (116) – Bolschoi Staatsballett.

Enthält eine Unternehmensbezeichnung einen Dokortitel, wird dem Verkehr besonderes Vertrauen in die Fähigkeiten, Zuverlässigkeit und den guten Ruf des Trägers entgegengebracht. Diese Erwartungen werden nicht erfüllt und der Verkehr irregeführt, wenn den Organen oder den maßgeblichen Gesellschaftern dieser akademische Titel fehlt.⁴⁸⁴

(2) Irreführung durch Hervorrufen einer Verwechslungsgefahr (§ 5 Abs. 2 UWG)

i. Grundsätzliches

Einer Irreführung über geschäftliche Verhältnisse steht es gleich, wenn im Zusammenhang mit der Vermarktung von Waren oder Dienstleistungen einschließlich vergleichender Werbung eine Verwechslungsgefahr mit einer anderen Ware oder Dienstleistung oder mit der Marke oder einem anderen Kennzeichen eines Mitbewerbers hervorgerufen wird (§ 5 Abs. 2 UWG). Damit konkretisiert § 5 Abs. 2 UWG die Irreführung über die betriebliche Herkunft durch die Verwechslung von Kennzeichen und kann deshalb als besondere Ausprägung der Irreführung über die betriebliche Herkunft nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG verstanden werden.⁴⁸⁵

ii. Verwechslungsgefahr

Die Verwechslungsgefahr nach § 5 Abs. 2 UWG wird grundsätzlich in Übereinstimmung mit dem markenrechtlichen Begriff der Verwechslungsgefahr verstanden, so dass auch eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne, so eine Irreführung über Unternehmenszusammenhänge, eine rechtlich relevante Fehlvorstellung sein kann.⁴⁸⁶ Allerdings geht sowohl der Tatbestand des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG wie auch der des § 15 Abs. 2 MarkenG nach ganz h.M. von einer abstrakten Verwechslungsgefahr aus, die außerhalb des jüngeren Kennzeichens liegende Umstände – etwa tatsächliche Irreführungen und Verwechslungen ausschließende Hinweise oder Zusätze wie z. B. „*Replica*“ – bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr unberücksichtigt lässt.⁴⁸⁷ Das ist bei der Verwechslungsgefahr in § 5 Abs. 2 UWG anders. Sie darf nicht nur abstrakt, sondern muss konkret sein.⁴⁸⁸ Die Gefahr einer Verwechslung ist daher stets dann anzunehmen, wenn die konkrete Gefahr

⁴⁸⁴ *BGH*, GRUR 1992, 121 (121 f.) – Dr. Stein...GmbH.

⁴⁸⁵ *Ohly/Sosnitza*, § 5 UWG, Rn. 707.

⁴⁸⁶ *Büscher*, GRUR 2009, 230 (236); *Ohly/Sosnitza*, § 5 UWG, Rn. 718; differenzierend *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 163 ff.

⁴⁸⁷ *BGH*, GRUR 2009, 766 (770), Tz. 36 – Stofffähnchen (zur Marke); *BGH*, GRUR-RR 2010, 205 (207), Tz. 37 – Haus & Grund IV (zum Unternehmenskennzeichen); *Bornkamm/Kochendörfer*, in: FS 50 Jahre Bundespatentgericht, S. 533 (534 f.); *Goldmann*, GRUR 2012, 857 (861 f.); *Ingerl/Rohnke*, § 14 MarkenG, Rn. 837; *Lange*, Rn. 3039; a.A. zu § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG; *Sack*, GRUR 2013, 4 ff.; in diese Richtung auch *Ohly/Sosnitza*, § 5 UWG, Rn. 718.

⁴⁸⁸ *OLG Frankfurt*, GRUR-RR 2018, 18 (20), Tz. 28 und LS 2 – notebooksbilliger.de; *Bornkamm/Kochendörfer*, in: FS 50 Jahre Bundespatentgericht, S. 533 (541 f.); *Ohly/Sosnitza*, § 5 UWG, Rn. 718; *Sack*, WRP 2013, 8 (12).

besteht, dass durch die Benutzung des Unternehmenskennzeichens Unternehmen miteinander verwechselt oder betriebliche, organisatorische oder sonstige Verbindungen zwischen den Unternehmen angenommen werden.⁴⁸⁹ Damit ist der Verwechslungsbereich enger als im MarkenG. Denn die geforderte konkrete Gefahr von Verwechslungen bzw. eine Irreführung über Unternehmenszusammenhänge besteht nicht, wenn Verwechslungen durch aufklärende Hinweise oder durch die Gesamtumstände ausgeschlossen werden können.⁴⁹⁰

iii. Wettbewerbliche Relevanz

Eine geschäftliche Angabe ist nicht allein schon deshalb unlauter, wenn sie in irgendeiner Weise irreführend ist. Eine Irreführung über geschäftliche Verhältnisse nach § 5 Abs. 1 und Abs. 2 UWG muss zudem eine wettbewerbliche Relevanz haben.⁴⁹¹ Die geschäftliche Handlung muss auch geeignet sein, die geschäftliche Entscheidung zu beeinflussen.⁴⁹² Ohne eine für die wirtschaftliche Entschließung erhebliche Irreführung ist die Täuschungshandlung irrelevant.⁴⁹³ Wann das der Fall ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls und hier insbesondere vom Adressatenkreis ab, an den sich die geschäftliche Handlung richtet. Maßgeblich ist die Verkehrsauffassung.⁴⁹⁴ Dabei ist nicht entscheidend, ob die unrichtige Angabe die wirtschaftliche Entschließung des Käufers tatsächlich beeinflusst, weil es insoweit allein auf die Eignung zur Beeinflussung des Kaufentschlusses ankommt. Deshalb reicht es aus, wenn der Kunde durch die unrichtige Angabe angelockt wird, sich mit einem Angebot näher zu befassen, das er sonst möglicherweise unbeachtet gelassen hätte.⁴⁹⁵

Allerdings sind an die Qualität der Fehlvorstellung keine besonderen Anforderungen zu stellen. Eine Irreführung ist deshalb wettbewerbsrechtlich relevant, wenn die Fehlvorstellung des angesprochenen Verkehrs für den Kaufentschluss irgendwie – im Sinne einer allgemeinen Wertschätzung – von Bedeutung ist.⁴⁹⁶

⁴⁸⁹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 164 f.

⁴⁹⁰ Vgl. *BGH*, GRUR 2013, 1161 (1165 f.), Tz. 62 – Hard Rock Cafe (zu § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG); *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 176 m.w.N.

⁴⁹¹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 103.

⁴⁹² *EuGH*, GRUR 2014, 196 (198), Tz. 34– Trento Sviluppo/AGCM; *BGH*, GRUR 2009, 888 (889), Tz. 18 – Thermoroll.

⁴⁹³ *Ohly/Sosnitza*, § 5 UWG, Rn. 209 ff. m.w.N.

⁴⁹⁴ *Ohly/Sosnitza*, § 5 UWG, Rn. 214.

⁴⁹⁵ *Ohly/Sosnitza*, § 5 UWG, Rn. 212.

⁴⁹⁶ *BGH*, GRUR 2016, 406 (408), Tz. 22 – Piadina-Rückruf; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 106.

Bezeichnet etwa ein Kosmetik- und Wellnessinstitut eine luxuriös ausgestattete Hochhausetage als „Villa“, mag das zwar unzutreffend sein. Das LG München sieht darin aber keinen Umstand, der für die Entscheidung, gerade dieses Wellnessinstitut aufzusuchen, maßgeblich ist.⁴⁹⁷

Die Wertungen, die hinter dem Kriterium der wettbewerblichen Relevanz stehen, sind dem formellen Firmenrecht ebenfalls bekannt. Seit der Handelsrechtsreform sind Bezeichnungen in Firmen nur noch dann unzulässig, wenn sie geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, „*die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind*“, irrezuführen (§ 18 Abs. 2 S. 2 HGB). Über den Begriff der Wesentlichkeit sollen die Kriterien und Wertungsmaßstäbe der wettbewerblichen Relevanz auch zum Maßstab des Firmenordnungsrechts werden.⁴⁹⁸ Darauf wird näher im 3. Teil (S. 174 ff.) eingegangen.

(cc) Unbefugte Benutzung in Orientierung an § 8 Abs. 2 Nr. 5 – 13 MarkenG

(1) Allgemeines

Das MarkenG benennt in § 8 Abs. 2 Nr. 5 – 13 MarkenG Hindernisse, die im öffentlichen Interesse bestimmte Zeichen von der Eintragung als Marke ausschließen.⁴⁹⁹ Die dort geregelten absoluten Schutzhindernisse sind Teil des Konzepts eines Kennzeichenschutzes im Einklang mit der Gesamtrechtsordnung, die auch für das Recht der geschäftlichen Bezeichnungen Geltung hat und an der sich auch diese Kennzeichen messen lassen müssen.⁵⁰⁰ Hoheitszeichen müssen vor Missbrauch geschützt werden. Rechts-, ordnungs- oder sittenwidrigen Kennzeichen darf nicht auch noch mit einer Eintragungsurkunde staatlich Brief und Siegel und mit der Registrierung der Anschein einer staatlichen Approbation verliehen werden. Der Wortlaut des § 8 MarkenG, der zunächst nur für die eingetragene Marke gilt, steht einer (doppelt) analogen Anwendung auch auf die geschäftlichen Bezeichnungen nicht entgegen. Zum einen wird § 8 MarkenG analog auf die Benutzungsmarke gemäß § 4 Nr. 2 MarkenG angewendet. Zum anderen gibt es keinen Grund, die Benutzungsmarke im Hinblick auf die Wertungen des § 8 Abs. 2 Nr. 5 – 13 MarkenG anders zu bewerten als die eingetragene Marke.⁵⁰¹ Eine Wertung, die mit Blick auf die Einheit der Rechtsordnung für die geschäftlichen Bezeichnungen

⁴⁹⁷ LG München I, Urt. v. 29.4.2014, Az. 33 O 7468/13 – Villa Westfalia.

⁴⁹⁸ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444 S. 53); vgl. auch Roth, S. 31 (44).

⁴⁹⁹ Ingerl/Rohnke, § 8 MarkenG, Rn. 1.

⁵⁰⁰ Büscher/Dittmer/Schiwy/Büscher, § 15 MarkenG, Rn. 32; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 3; Lange, § 3, Rn. 1611.

⁵⁰¹ BGH, GRUR 2013, 729, 730 Tz. 10 ff. – READY TO FUCK; Ingerl/Rohnke, § 4 MarkenG, Rn. 9.

zutreffend ist.⁵⁰² Auf § 8 Abs. 2 Nr. 5 – 13 MarkenG kann daher zur Konkretisierung des Begriffs der unbefugten Benutzung zurückgegriffen werden.⁵⁰³ Die einzelnen Fallgruppen werden im Folgenden dargestellt.

(2) § 8 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG: Verstoß gegen die öffentliche Ordnung und die guten Sitten

Ein Kennzeichen verstößt gegen die öffentliche Ordnung und wird unbefugt benutzt, wenn es gegen die wesentlichen und grundlegenden Prinzipien und Normen des deutschen Rechts verstößt.⁵⁰⁴ Gegen die freiheitliche Verfassungsordnung verstößt daher ein Kennzeichen, das die Buchstabenfolge einer ehemaligen nationalsozialistischen Organisation (z. B. in „NSDAP“) verwendet.⁵⁰⁵

Gegen die guten Sitten verstößt ein Kennzeichen, das geeignet ist, das Empfinden der angesprochenen Verkehrskreise erheblich zu verletzen, indem es etwa in sittlicher, politischer oder religiöser Hinsicht anstößig oder herabwürdigend wirkt oder eine grobe Geschmacksverletzung darstellt.⁵⁰⁶ Maßgeblich ist die Sicht eines durchschnittlichen Angehörigen der beteiligten Verkehrskreise.⁵⁰⁷ Auf dessen normal tolerante und durchschnittlich sensible Sichtweise ist abzustellen.⁵⁰⁸ Einerseits ist eine deutliche Liberalisierung in der Anschauung des Verkehrs über Sitte und Moral erkennbar, der Rechnung getragen werden muss.⁵⁰⁹ Andererseits ist gerade in Fällen geschlechtsspezifischer Diskriminierung eher eine gegenläufige Sensibilisierung und abnehmende Toleranz erkennbar.⁵¹⁰

Die Rechtsprechung ist stark ausdifferenziert und divergiert auch bei ein und demselben Begriffsfeld stark. So hat der BGH die Eintragung einer Wort-/Bildmarke „Ready to Fuck“ wegen Verstoßes gegen die guten Sitten abgelehnt.⁵¹¹ Andererseits wurde das Wort „ficken“ nicht vom BPatG als Verstoß gegen die guten Sitten bewertet.⁵¹² Das EuG wiederum hielt den Filmtitel „Fack Ju Göthe“ wegen der Anspielung auf den Ausdruck „fuck you“ für

⁵⁰² *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 4.

⁵⁰³ Vgl. *LG Hamburg*, GRUR-RS 2015, 19278, Tz. 22 – poppen.de; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 187; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 58; *Ingerl/Rohnke*, § 5 MarkenG, Rn. 34.

⁵⁰⁴ *Ingerl/Rohnke*, § 8 MarkenG, Rn. 274; *Ströbele/Hacker/Thiering/Ströbele*, § 8 MarkenG, Rn. 828.

⁵⁰⁵ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 189 mit Hinweis auf *BGH*, NJW 1983, 2268 (zu § 86a StGB).

⁵⁰⁶ Vgl. *BGH*, GRUR 2013, 729, Tz. 9 – READY TO FUCK; *LG Hamburg*, GRUR-RS 2015, 19278, Tz. 22 – poppen.de; *Ingerl/Rohnke*, § 8 MarkenG, Rn. 277 ff.; *Ströbele/Hacker/Thiering/Ströbele*, § 8 MarkenG, Rn. 771 ff.

⁵⁰⁷ *BGH*, GRUR 2013, 729, Tz. 9 – READY TO FUCK; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 191.

⁵⁰⁸ *BGH*, GRUR 2013, 729, Tz. 9 – READY TO FUCK.

⁵⁰⁹ *BGH*, GRUR 2013, 729, Tz. 9 – READY TO FUCK.

⁵¹⁰ *Krüger*, in: FS Bornkamm, S. 599 (603 f.).

⁵¹¹ *BGH*, GRUR 2013, 729, Tz. 9 – READY TO FUCK.

⁵¹² BPatG, Beschl. v. 28.9.2011, Az. 26 W (pat) 44/10 – FICKEN LIQUORS.

sittenwidrig, weil er vulgär genug sei um bei den maßgeblichen Verkehrskreisen Anstoß zu erregen.⁵¹³ Das LG Hamburg meinte, dass der Begriff „Poppen“ nicht anstößig ist.⁵¹⁴

(3) § 8 Abs. 2 Nr. 6 MarkenG: staatliche Hoheitszeichen

Kennzeichen, die staatliche Hoheitszeichen enthalten, verstoßen gegen § 8 Abs. 2 Nr. 6 MarkenG und werden unbefugt benutzt. Zu solchen Zeichen, die der Darstellung der Souveränität eines Staates dienen und derer sich der Staat zur Ausübung seiner Hoheitsgewalt bedient,³⁷ zählt der Bundesadler,⁵¹⁵ aber auch Wappen, Orden und gesetzliche Zahlungsmittel.⁵¹⁶

(4) § 8 Abs. 2 Nr. 7, 8 MarkenG: amtliche Prüf- und Gewährzeichen, Kennzeichen zwischenstaatlicher Organisationen

Amtliche Prüf- oder Gewährzeichen (§ 8 Abs. 2 Nr. 7 MarkenG) müssen vor einer Monopolisierung geschützt werden;⁵¹⁷ ihre Benutzung als geschäftliches Kennzeichen muss daher verhindert werden. Das gilt auch für Kennzeichen, Siegel oder Bezeichnungen internationaler zwischenstaatlicher Organisationen (§ 8 Abs. 2 Nr. 8 MarkenG), um – auch im Fall ihrer Nachahmung⁵¹⁸ – beim Publikum den Eindruck einer Verbindung mit der zwischenstaatlichen Organisation zu verhindern.⁵¹⁹

(5) § 8 Abs. 2 Nr. 13 MarkenG: Verbot im öffentlichen Interesse

Eine Vielzahl von Vorschriften außerhalb des Markengesetzes verbietet im öffentlichen Interesse die Benutzung bestimmter Zeichen wegen ihres Inhalts. Solche Zeichen sind gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 13 MarkenG von der Eintragung als Marke ausgeschlossen.⁵²⁰ Deshalb scheiterte die Eintragung des Wortes „REEFER“ als umgangssprachliche Bezeichnung für eine Marihuana-Zigarette wegen hierin liegenden Verstoßes gegen das Verbot der Werbung für Betäubungsmittel gemäß §§ 14 Abs. 5, 29 Abs. 1 Nr. 8 BtMG.⁵²¹ Auch der Schutz als Unternehmenskennzeichen wäre deshalb ausgeschlossen.⁵²²

⁵¹³ EuG, GRUR-RR 2018, 146 (147), Tz. 17 f. – Fack Ju Göthe.

⁵¹⁴ LG Hamburg, GRUR-RS 2015, 19278, Tz. 22 – poppen.de.

⁵¹⁵ OLG München, GRUR 2015, 590 (595), Tz. 62.

⁵¹⁶ Vgl. Ingerl/Rohnke, § 8 MarkenG, Rn. 283.

⁵¹⁷ Kur/v. Bomhard/Albrecht/Albrecht, § 8 MarkenG, Rn. 695.

⁵¹⁸ Näher dazu Fezer, § 8 MarkenG, Rn. 632 f.

⁵¹⁹ Ingerl/Rohnke, § 8 MarkenG, Rn. 291.

⁵²⁰ BPatG, Beschl. v. 30.04.1997, Az. 26 W (pat) 138/96 – REEFER; Fezer, § 8 MarkenG, Rn. 641; Ingerl/Rohnke, § 8 MarkenG, Rn. 293.

⁵²¹ BPatG, Beschl. v. 30.04.1997, Az. 26 W (pat) 138/96 – REEFER.

⁵²² Vgl. Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 208.

b) Bösgläubige Benutzungsaufnahme

Ein in Täuschungsabsicht benutztes Kennzeichen wird bösgläubig und damit unbefugt benutzt; es kann keinen Schutz beanspruchen.⁵²³ Ein Fall der bösgläubigen Benutzung eines Unternehmenskennzeichens ist auch die Strohmangründung.⁵²⁴

Der weitere Gehalt des Begriffs der Bösgläubigkeit kann nicht in Rückgriff auf die Regelung in § 8 Abs. 2 Nr. 14 MarkenG erfolgen, weil diese Vorschrift die Bösgläubigkeit der Anmeldung regelt und nicht die Bösgläubigkeit einer Benutzungsaufnahme. Die bösgläubige Anmeldung erfasst eine Vielzahl unterschiedlicher Fallgruppen.⁵²⁵ Die Beurteilung muss in jedem Einzelfall unter Abwägung aller Umstände erfolgen.⁵²⁶ Eine Bösgläubigkeit der Anmeldung ergibt sich dabei typischerweise daraus, dass keine eigene Benutzungsabsicht, sondern nur eine Sperrabsicht oder Ausbeutungsabsicht besteht.⁵²⁷ Die hier maßgeblichen Umstände lassen sich nicht ohne Weiteres auf die tatsächliche Aufnahme der Benutzung als Unternehmenskennzeichen übertragen. Denn die Benutzung stellt ja gerade die Realisierung eines vorhandenen eigenen Benutzungswillens dar.

II. Besondere Schutzvoraussetzungen für Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion: Namensmäßige Unterscheidungskraft

1. Ungeschriebene Schutzvoraussetzung

Für den Rechtsanwender stellt sich die Schwierigkeit, dass § 5 Abs. 2 MarkenG die Voraussetzungen, die an die Schutzfähigkeit von Unternehmenskennzeichen zu stellen sind, nicht vollständig definiert. Dem Wortlaut lässt sich lediglich entnehmen, dass die Benutzungsaufnahme für den Schutzbeginn maßgeblich ist. Rechtsprechung und Wissenschaft sind sich aber einig, dass sich aus der Eigenart und der Funktion der Unternehmenskennzeichen ableiten lässt, dass zentrale materielle Schutzvoraussetzung der Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion ihre *namensmäßige Unterscheidungskraft* ist.⁵²⁸ Dieser *komplexe Rechtsbegriff*⁵²⁹ kann nicht durch eine direkte und unkritische Übernahme der markenrechtlichen Regelungen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 – 3 MarkenG näher definiert werden.

⁵²³ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 209 m.w.N.

⁵²⁴ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 210.

⁵²⁵ Kur/v. Bomhard/Albrecht/Albrecht, § 8 MarkenG, Rn. 778 ff.; eingehend Ingerl/Rohnke, § 8 MarkenG, Rn. 302 ff.

⁵²⁶ Ingerl/Rohnke, § 8 MarkenG, Rn. 302.

⁵²⁷ Vgl. Ströbele/Hacker/Thiering/Thiering, § 21 MarkenG, Rn. 29.

⁵²⁸ BGH, GRUR 1957, 561 (562) – REI-Chemie; BGH, GRUR 1985, 461 (462) – Gefa/Gewa; BGH, GRUR 1991, 472 (473) – Germania; BGH, GRUR 1997, 468 (469) – NetCom; BGH, GRUR 1998, 165 (166) – RBB; BGH, GRUR 1999, 492 (494) – Altberliner; BGH, GRUR 2005, 419 (422) – Räucherkatze; BGH, GRUR 2005, 517 (518) – Literaturhaus; OLG Jena, GRUR-RR 2009, 104 (105) – Prolac; OLG Dresden, MMR 2015, 193 (194) – fluege.de; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 1; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 38; Büscher/Dittmer/Schiwy/Schalk, § 5 MarkenG, Rn. 12; Kur/v. Bomhard/Albrecht/Weiler, § 5 MarkenG, Rn. 64.

⁵²⁹ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 5.

Bereits zur Vorgängernorm des § 16 Abs. 1 UWG von 1909 hat sich der Gesetzgeber bewusst gegen eine nähere gesetzliche Regelung der Schutzfähigkeit von Unternehmenskennzeichen entschieden.⁵³⁰ Mit der Übernahme des Regelungsgehalts von § 16 Abs. 1 UWG von 1909 in die Vorschrift des § 5 Abs. 2 MarkenG sollte sich daran nichts ändern.⁵³¹ Freilich verbietet sich damit nicht, die hinter den markenrechtlichen Ausschlussstatbeständen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 – 3 MarkenG stehenden Wertungen auch bei der Ermittlung der Unterscheidungskraft zu berücksichtigen.⁵³² Für eine direkte Anwendung fehlt es allerdings an einer planwidrigen Regelungslücke.⁵³³

2. Die Beurteilung der Unterscheidungskraft

Diese auf der Einheit des Kennzeichenrechts beruhenden Erwägungen des BGH haben Einfluss auf das heutige Verständnis der Unterscheidungskraft genommen.⁵³⁴ Folgende Aspekte, die nachfolgend näher betrachtet werden sollen, spielen bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft eine Rolle:⁵³⁵ Unterscheidungseignung⁵³⁶ (nachfolgend a), das Freihaltebedürfnis⁵³⁷ (nachfolgend b), der allgemeine Sprachgebrauch⁵³⁸ (nachfolgend c) und die namensmäßige Wirkung (nachfolgend 3.) als originäre Voraussetzung der Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion.

a) Unterscheidungseignung

Die Unterscheidungseignung bildet das Kernelement der jeweils eigenständig voneinander zu prüfenden und beurteilenden Aspekte der Unterscheidungskraft. Eine Bezeichnung ist dann zur Unterscheidung geeignet, wenn sie geeignet ist, eindeutig auf ihren Verwender oder sein Unternehmen hinzuweisen und wirksam von anderen mit dem gleichen Geschäftsgegenstand zu unterscheiden.⁵³⁹ Nicht erforderlich ist, dass das Publikum mit der Bezeichnung die Vorstellung von einem ganz konkreten Unternehmen verbindet. Mehr als

⁵³⁰ Begründung zum dritten Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes zu § 8 über den Schutz der besonderen Geschäftsbezeichnung: (abgedruckt bei *Bachem/Roeren*, S. 20 (37); *Lobe*, S. 46 (66 f.); hierzu mit Wortlautzitat *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 248 f.

⁵³¹ Amtliche Begründung zum MarkenG (BT-Drucks. 12/6581, S. 67, 76); *Sosnitza*, Markenrecht, § 15, Rn. 2.

⁵³² *BGH*, GRUR 2001, 344 (345) – DB Immobilienfonds.

⁵³³ *LG Hamburg*, GRUR-RS 2015, 19278, Tz. 19 – poppen.de; a.A. *Lange*, § 3, Rn. 1422.

⁵³⁴ Vgl. dazu *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 11; *Kochendörfer*, WRP 2009, 239 (240).

⁵³⁵ *GK/Teplitzky*, § 16 UWG, Rn. 198.

⁵³⁶ *BGH*, GRUR 1976, 254 (255) – Management-Seminare; *BGH*, GRUR 2005, 517 (518) – Literaturhaus.

⁵³⁷ *BGH*, GRUR 1999, 492 (494) – Altberliner; *BGH*, GRUR 2001, 344 (345) – DB-Immobilienfonds; *BGH*, GRUR 2001, 1050 (1051) – Tagesschau; v. *Gamm*, UWG, § 16 UWG, Rn. 38.

⁵³⁸ *RG*, MuW XXXIII, 79 – Jungborn; *OLG Düsseldorf*, GRUR-RR 2001, 307 – Motorradland.

⁵³⁹ *BGH*, GRUR 1977, 165 (166) – Parkhotel; *BGH*, GRUR 1988, 560 (561) – Christophorus-Stiftung; *Büscher/Dittmer/Schiwy/Büscher*, § 5 MarkenG, Rn. 13; *Knaak*, in: FS GRUR, S. 971 (989), Rn. 36; *Gloy/Schultz-Süchting*, § 57, Rn. 1; *GK/Teplitzky*, § 16 UWG, Rn. 201.

die Eignung des Unternehmenszeichens beim Leser oder Hörer die Assoziation mit einem ganz bestimmten Unternehmen zu wecken, ist nicht erforderlich.⁵⁴⁰

So verstanden, ermöglicht die Unterscheidungseignung dem Verkehr die Identifikation und Unterscheidung von Unternehmen bzw. deren Inhabern. Für die Frage der Verwechslungsgefahr kommt der Unterscheidungseignung damit eine wichtige Funktion zu. Denn, nur was unterschieden werden kann, kann auch verwechselt werden.⁵⁴¹ Ebenso wie die Gefahr der Verwechslung zweier Zeichen aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise zu beurteilen ist,⁵⁴² muss auch die Unterscheidungskraft aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise erfolgen.⁵⁴³ Beide Begriffe sind auf der Verkehrsauffassung aufgebaut, der im Kennzeichenrecht im Allgemeinen und bei der Beurteilung der Unterscheidungseignung und Verwechslungsgefahr im Speziellen eine besondere Bedeutung zukommt.⁵⁴⁴ Ob einem Unternehmenskennzeichen eine Unterscheidungseignung zukommt, bemisst sich nach der Verkehrsauffassung.⁵⁴⁵ Es kommt in Anlehnung an das Europäische Verbraucherleitbild auf die Auffassung eines normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsadressaten des Unternehmenskennzeichens an.⁵⁴⁶ Hier ist eine einheitliche Betrachtung am Platz, die die Berücksichtigung einer „*gespaltenen Verkehrsauffassung*“ ausschließt, auf deren Grundlage ein Teil der Adressaten ein Unternehmenskennzeichen als kennzeichnend und ein anderer Teil als rein beschreibend verstehen könnte.⁵⁴⁷ Allerdings ist ein Freihaltebedürfnis zu beachten (näher dazu unten S. 86 ff.).

Fantasiezeichen, die entweder keine Bedeutung haben oder deren Bedeutung ersichtlich nichts mit dem Geschäftsgegenstand des Unternehmens oder seiner Tätigkeit zu tun haben, sind ohne Weiteres zur Unterscheidung geeignet.⁵⁴⁸

Die Unterscheidungseignung fehlt Zeichen, die sich ausschließlich darin erschöpfen, Angaben über den Unternehmensgegenstand, seine Leistungen oder über die geografische Lage oder das Tätigkeitsgebiet zu machen.⁵⁴⁹ Sie sind nicht geeignet, das Unternehmen

⁵⁴⁰ Baumbach/Hopt/Hopt, § 18 HGB, Rn. 5; *Schünemann*, S. 10.

⁵⁴¹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 15; *W. Köhler*, GRUR 1950, 117 (122).

⁵⁴² *BGH*, GRUR 1995, 825 (827) – Torres; näher zur Beurteilung der Verwechslungsgefahr (S. 161 ff.).

⁵⁴³ *BGH*, GRUR 2008, 1108 (1110), Tz. 33 – Haus & Grund III; *W. Köhler*, GRUR 1950, 117 (125); *Ingerl/Rohnke*, § 5 MarkenG, Rn. 36; *Kur/v. Bomhard/Albrecht/Weiler*, § 5 MarkenG, Rn. 63; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 41.

⁵⁴⁴ Umfangreich zur Bedeutung der Verkehrsauffassung für die Unterscheidungskraft *W. Köhler*, GRUR 1950, 117 (insb. 128 ff.).

⁵⁴⁵ *BGH*, GRUR 1999, 507 (508) – City-Hotel; *Kochendörfer*, WRP 2009, 239 (241).

⁵⁴⁶ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 74.

⁵⁴⁷ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 75.

⁵⁴⁸ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 131 ff.; *Kochendörfer*, WRP 2009, 239 (242).

⁵⁴⁹ *Kochendörfer*, WRP 2009, 239 (241).

von anderen zu unterscheiden.⁵⁵⁰ Ihnen fehlt die namensmäßige Unterscheidungskraft, weil es dem Verkehr anhand rein beschreibender Angaben nicht möglich ist, ein Unternehmen zu identifizieren und es von anderen abzugrenzen. Soweit ein bestimmter beschreibender Inhalt andererseits nicht feststellbar ist, genügt dies für die Annahme von Unterscheidungskraft von Haus aus.⁵⁵¹ Allerdings sind die Anforderungen, die an die Unterscheidungseignung eines Kennzeichens gestellt werden, nicht allzu hoch.⁵⁵² Nur dann, wenn der Bezeichnung *jegliche Unterscheidungskraft* fehlt, ist das Zeichen nicht schutzfähig.⁵⁵³ Für die Schutzfähigkeit kommt es also nicht darauf an, dass ein gradueller, nach objektiven Kriterien wohl auch kaum zu bestimmender Grenzwert an Unterscheidungskraft erreicht wird.⁵⁵⁴

Ob ein Unternehmenskennzeichen beschreibenden Charakter hat, muss stets unter Berücksichtigung der Branche beurteilt werden, die das Zeichen beschreibt.⁵⁵⁵ Für die eine Branche kann das Kennzeichen beschreibend sein, während das gleiche Zeichen in einer anderen Branche hinreichend unterscheidet.⁵⁵⁶ So ist die Bezeichnung „*Wäscherei*“ für ein Möbelhaus ohne Weiteres zur Identifizierung und Unterscheidung geeignet, für eine Wäscherei allerdings nicht.⁵⁵⁷

b) Freihaltebedürfnis

In aller Regel besteht an Bezeichnungen, die der Verkehr ohne Weiteres als beschreibend versteht, auch ein Freihaltebedürfnis.⁵⁵⁸ Die fehlende Unterscheidungseignung und das Freihaltebedürfnis sind in diesen Fällen, bildlich gesprochen, „*zwei Seiten einer Medaille*“.⁵⁵⁹ Im Interesse der Mitbewerber soll eine Monopolisierung von beschreibenden Kennzeichen verhindert werden, die für jeden Mitbewerber unverzichtbar sind und deren Nutzung möglich bleiben muss. Eine gesetzliche Definition des Freihaltebedürfnisses fehlt. Für Marken enthält § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG eine Zusammenstellung von beschreibenden

⁵⁵⁰ Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 42; Ingerl/Rohnke, § 5 MarkenG, Rn. 45.

⁵⁵¹ BGH, GRUR 1999, 492 (493) – Altberliner; BGH, GRUR 2008, 1104 (1105), Tz. 17 – Haus & Grund II; BGH, GRUR 2008, 1108 (1110), Tz. 32 – Haus & Grund III; BGH, GRUR-RR 2010, 205 (206), Tz. 22 – Haus & Grund IV.

⁵⁵² OLG Frankfurt a.M., GRUR-RR 2018, 345 (348), Tz. 35. – HomeCompany.

⁵⁵³ BGH, GRUR 2008, 1108 (1110), Tz. 32 – Haus & Grund III; BGH, GRUR-RR 2010, 205 (206), Tz. 22 – Haus & Grund IV; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 42.

⁵⁵⁴ Kochendörfer, WRP 2009, 239 (241).

⁵⁵⁵ Kochendörfer, WRP 2009, 239 (244).

⁵⁵⁶ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 80; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 43.

⁵⁵⁷ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 81; Kochendörfer, WRP 2009, 239 (244).

⁵⁵⁸ BGH, GRUR 1994, 905 (906) – Schwarzwald-Sprudel; BGH, Urt. v. 26.10.2000, Az. I ZR 117/98 – Windsurfing Chiemsee; Teplitzky, in: FS v. Gamm, S. 303 (313).

⁵⁵⁹ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 31.

Angaben, die allgemein als Freihaltebedürftig bezeichnet werden.⁵⁶⁰ Genannt werden Zeichen oder Angaben, die zur Bezeichnung der Art, Beschaffenheit, Menge, Bestimmung des Wertes, der geografischen Herkunft, Zeit der Herstellung von Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale dienen können.⁵⁶¹

Für diese jedenfalls potentiell beschreibenden Zeichen besteht im Markenrecht ein Allgemeininteresse an der Freihaltung, das in der auch unter dem harmonisierten Markenrecht weitergeführten traditionellen deutschen Terminologie als Freihaltebedürfnis bezeichnet wird.⁵⁶² Dahinter steht der Gedanke, im Interesse der Mitbewerber die Verwendung von beschreibenden Angaben nicht zugunsten einzelner Konkurrenten zu monopolisieren.

Diese normative Erwägung wird auch im Recht der Unternehmenskennzeichen berücksichtigt und verhindert bei bestehendem Freihaltebedürfnis an einem Wortzeichen für dieses einen Schutz als Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion durch bloße Benutzungsaufnahme. Denn bei bestehendem Freihaltebedürfnis ist die namensmäßige Unterscheidungskraft von Haus aus zu verneinen, so dass der Schutz von der Erringung der Verkehrsgeltung abhängt. Auch Unternehmenskennzeichen, die beschreibend sind oder mit großer Wahrscheinlichkeit zur Beschreibung dienen können,⁵⁶³ sind unter Berücksichtigung des Freiheitsbedürfnisses nach überwiegender Auffassung nicht schutzfähig.⁵⁶⁴ Nach anderer Auffassung soll die Bejahung eines Freihaltebedürfnisses nicht zur Schutzversagung, sondern nur zu einer Verringerung des Schutzzumfangs führen.⁵⁶⁵ Das überzeugt nicht. Wo ein ernsthaftes Freihaltebedürfnis besteht, ist bereits der materielle Schutz als Unternehmenskennzeichen selbst zu versagen. Dies hat der BGH etwa früher für jene, nicht als Wort aussprechbare Buchstabenkombinationen anerkannt,⁵⁶⁶ denen er heute namensmäßige Unterscheidungskraft zubilligt (dazu S. 96) und für die er ein Freihaltebedürfnis nicht mehr annimmt oder anspricht. Auch dort, wo der BGH Kombinationen von für sich

⁵⁶⁰ *Ingerl/Rohnke*, § 8 MarkenG, Rn. 197.

⁵⁶¹ Vgl. *BGH*, GRUR 1996, 68 (70) – COTTON LINE; *BGH*, GRUR 1999, 492 (494) – Altberliner; *BGH*, GRUR 2001, 344 (345) – DB-Immobilienfonds; *BGH*, GRUR 2001, 1050 (1051) – Tagesschau; *BGH*, GRUR 2005, 873 (874) – Star Entertainment.

⁵⁶² Vgl. zum Begriff des Freihaltebedürfnisses in § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG: *Frisch*, S. 18 ff., 24 ff.; *Kurl/v. Bomhard/Albrecht/Eichelberger*, § 8 MarkenG, Rn. 136 f.; *Ingerl/Rohnke*, § 8 MarkenG, Rn. 197; *Ströbele/Hacker/Thiering/Ströbele*, § 8 MarkenG, Rn. 363.

⁵⁶³ Vgl. zur Marke *EuGH*, GRUR Int. 2004, 500 (504), Tz. 54 – Postkantoor.

⁵⁶⁴ *BGH*, GRUR 2005, 873 (874) – Star Entertainment; *OLG Hamburg*, WRP 1972, 41 (44) – Churrasco; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 26.

⁵⁶⁵ *Staub/Burgard*, § 37 HGB Anh II, Rn. 15; *Teplitzky*, in: FS v. Gamm, S. 303 (313).

⁵⁶⁶ Vgl. *BGHZ* 74, 1 (4 f.) – RBB/RBT; *BGH*, GRUR 1998, 165 (167) – RBB; *OLG Köln*, MMR 2000, 161 (162) – IPFNet.

genommen rein beschreibenden Angaben den Schutz als Unternehmenskennzeichen abspricht (dazu S. 95), tut er dies unter Hinweis auf das Freihaltebedürfnis.⁵⁶⁷

Letztlich ist die Streitfrage in der Praxis unerheblich. Denn anders als bei Marken, wo das Verletzungsgericht an die patentamtliche Eintragungsentscheidung gebunden ist,⁵⁶⁸ prüft das Verletzungsgericht bei Unternehmenskennzeichen nicht nur die Stärke der Kennzeichnungskraft und damit die Weite des Schutzzumfangs (näher zur Frage der Bindung an Amts- oder Registerentscheidungen im Rahmen der Verwechslungsgefahr auf S. 94), sondern beurteilt auch die Schutzzfähigkeit, also die namensmäßige Unterscheidungskraft, in eigener Zuständigkeit (näher zur Bindung des Verletzungsgericht im Rahmen der Schutzzfähigkeit auf S. 93 ff.). Für den Beklagten, der vom Kläger aus einem Freihaltebedürftigen Unternehmenskennzeichen in Anspruch genommen wird, ist es deshalb im Ergebnis gleichgültig, ob der Anspruch schon deshalb zurückgewiesen wird, weil das Freihaltebedürftige Unternehmenskennzeichen überhaupt nicht schutzzfähig ist oder ob Schutz besteht, der Schutzzumfang aber derart eng zu bemessen ist, dass das Zeichen des Beklagten außerhalb des Schutzzumfangs liegt. Ob das Freihaltebedürfnis auf der Seite der Schutzzfähigkeit oder auf der Seite des Schutzzumfangs berücksichtigt wird, ist in der Praxis des Unternehmenskennzeichens also gleichgültig. Es ist deshalb auch unschädlich, dass eine ausdrückliche Regelung wie in § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG fehlt.

Das Freihaltebedürfnis hat gegenüber der fehlenden Unterscheidungseignung wegen des beschreibenden Charakters einer Bezeichnung als „zweite“ Seite der Medaille ohnehin nur selten eine selbständige und tragende Rolle bei der Verneinung der namensmäßigen Unterscheidungskraft. Dennoch sind beide Aspekte nicht deckungsgleich. Sie überschneiden sich zwar, sind jedoch aufgrund ihrer unterschiedlichen Schutzzzwecke gesondert und unabhängig voneinander zu prüfen.⁵⁶⁹ Unterscheidungskraft und Freihaltebedürfnis können also zunächst einmal – trotz gewisser Überschneidungen – begrifflich und konzeptuell voneinander abgegrenzt werden.⁵⁷⁰ Bei der Unterscheidungskraft geht es um die Eigenschaft als hinreichend identifizierendes und unterscheidendes Zeichen aus der Sicht der maßgeblichen Verkehrskreise. Dagegen dient das Freihaltebedürfnis der Verhinderung einer

⁵⁶⁷ *BGH*, GRUR 2005, 873 (874) – Star Entertainment.

⁵⁶⁸ Amtliche Begründung zum MarkenG (BT-Drucks. 12/6581, S. 57); *BGH*, GRUR 2003, 1040 (1042) – Kinder; *BGH*, GRUR 2005, 1044 (1045) – Dentale Abformmasse; *BGH*, GRUR 2014, 1101 (1102), Tz. 18, 20 – Gelbe Wörterbücher; *Ekey/Bender/Fuchs-Wissemann/Hoppe*, § 22 MarkenG, Rn. 20; *Kiontke*, S. 48 ff.; *Vohwinkel*, Rn. 195 ff.; zum WZG: *RG*, GRUR 1943, 211 (212) – Con; *BGH*, GRUR 1965, 376 (377) – Berliner Illustrierte; v. *Gamm*, WZG, Einl. 110 f.; krit. *Sosnitza*, in: FS 50 Jahre Bundespatentgericht, S. 765 (770 ff.).

⁵⁶⁹ *Staub/Burgard*, § 37 HGB Anh II, Rn. 15.

⁵⁷⁰ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 29.

Monopolisierung von Zeichen und Angaben, die von den angesprochenen Verkehrskreisen durchaus als unterscheidend wahrgenommen werden können, deren freie Verwendung auch Mitbewerbern und anderen Marktteilnehmern möglich sein muss, die damit ihren Geschäftsgegenstand bzw. ihre Waren und Dienstleistungen beschreiben können müssen.⁵⁷¹

In der Praxis kann das Freihaltebedürfnis als selbständiger Schutzversagungsgrund dann von Bedeutung sein, wenn die angesprochenen Verkehrskreise ein Zeichen als Fantasiezeichen begreifen, es aber durchaus zur Beschreibung des Unternehmensgegenstands oder wesentlicher Aspekte der Geschäftstätigkeit dienen kann. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn eine fremdsprachige Bezeichnung benutzt wird, die in der fremden Sprache beschreibend ist, die aber dem inländischen Publikum in ihrer beschreibenden Bedeutung noch nicht bekannt ist. Auch wenn das inländische Publikum das Zeichen als Fantasiezeichen begreift, mögen doch aktuelle oder künftige Wettbewerber darauf angewiesen sein, den fremdsprachigen Begriff in seiner beschreibenden Bedeutung zu verwenden. Das gilt selbstverständlich umso eher, je weniger eine griffige deutsche Übersetzung zur Verfügung steht. In solchen Fällen kann trotz einer aus Sicht des Publikums bestehenden Unterscheidungseignung die namensmäßige Unterscheidungskraft aus normativen Gründen mit Rücksicht auf ein bestehendes Freiheitsbedürfnis zu verneinen sein.⁵⁷² Solche Fälle sind allerdings nicht zahlreich. Das OLG Hamburg hat im Fall „*Churrasco*“ angenommen, dass diese Bezeichnung, die im Portugiesischen für ein am Spieß gebratenes Stück Fleisch steht, dem inländischen Verkehr zwar nicht in dieser Bedeutung geläufig ist, aber für Wettbewerber zur Beschreibung dienen kann und dafür freizuhalten ist.⁵⁷³ Als jedenfalls tragender Gesichtspunkt wird das Freihaltebedürfnis für die Versagung der namensmäßigen Unterscheidungskraft auch dort herangezogen, wo nur eine von mehreren möglichen Bedeutungen eines Zeichens beschreibend ist (vgl. dazu die Ausführungen zur „*Star Entertainment*“-Entscheidung des BGH auf S. 165 f.).⁵⁷⁴

c) Allgemeiner Sprachgebrauch

Die einstmals vorhandene, namensmäßige Unterscheidungskraft einer Bezeichnung kann durch deren intensive Benutzung durch viele Unternehmer der gleichen Branche verlorengehen, womit die einstmals namensmäßig unterscheidungskräftige Bezeichnung zu einer

⁵⁷¹ Vgl. EuGH GRUR Int. 2004, 500 (504), Tz. 55 – Postkantoor.

⁵⁷² *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 32, 224.

⁵⁷³ *OLG Hamburg*, WRP 1972, 41 (44) – *Churrasco*.

⁵⁷⁴ *BGH*, GRUR 2005, 873 (874) – *Star Entertainment*; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 142.

in der entsprechenden Branche allgemein üblichen Bezeichnung wird. Dem Recht der eingetragenen Marken sind diese Wertungen als Eintragungshindernisse in § 8 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG geläufig. Hiernach sind von der Eintragung ausgeschlossen Marken, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im allgemeinen Sprachgebrauch oder in den redlichen und ständigen Verkehrsgepflogenheiten zur Bezeichnung der Waren oder Dienstleistungen üblich geworden sind.

Bei Unternehmenskennzeichen fehlt wiederum eine entsprechende gesetzliche Regelung. Die Rechtsprechung hat aber bereits lange vor Inkrafttreten des MarkenG den Grundsatz aufgestellt, dass auch bezogen auf den Geschäftsgegenstand eines Unternehmens solche allgemein üblichen Bezeichnungen keinen Schutz (mehr) als Unternehmenskennzeichen genießen. Der Leitfall ist die *Jungborn*-Entscheidung des RG aus dem Jahr 1932. Hier war es so, dass seit Jahrzehnten eine Naturheilanstalt unter der Bezeichnung „*Jungborn*“ betrieben wurde, die ursprünglich von Haus aus namensmäßige Unterscheidungskraft hatte. Im Laufe der Zeit hatte sich die Bezeichnung „*Jungborn*“ zum allgemein üblichen Sammelbegriff für eine Naturheilbewegung entwickelt. Die einstmals vorhandene namensmäßige Unterscheidungskraft ging verloren und die Bezeichnung „*Jungborn*“ konnte keinen Schutz als besondere Geschäftsbezeichnung mehr erhalten.⁵⁷⁵ Der Sprachgebrauch, die Bedeutung von Begriffen und das, was die Mitglieder der Sprachgemeinschaft mit Ihnen verbinden, stehen nicht ein für alle Mal fest, sondern sind dem Wandel unterworfen.⁵⁷⁶

Durch den allgemeinen Sprachgebrauch kann damit die ursprüngliche Unterscheidungskraft eines Kennzeichens zurückgehen oder sogar ganz verloren gehen. Eine vergleichbare Entwicklung gab es in den 1980er Jahren für den Begriff „*Wellness*“, der in Deutschland ursprünglich als Fantasiezeichen verstanden und sogar als Warenzeichen eingetragen wurde, der sich aber bald als allgemein üblicher Sammelbegriff für eine bestimmte Einstellung zu Gesundheit und körperlichem Wohlbefinden etabliert hatte.⁵⁷⁷

3. Die namensmäßige Wirkung

Die Fähigkeit zu unterscheiden, ist für die Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion (Name, Firma, Namens- und Firmenbestandteil, besondere Geschäftsbezeichnung), eine notwendige, aber keine hinreichende Schutzvoraussetzung. Zur Unterscheidungskraft des

⁵⁷⁵ RG, MuW XXXIII, 79 – Jungborn.

⁵⁷⁶ RGZ 156, 16 (20) – Hamburger Kaffeelager.

⁵⁷⁷ LG München I, GRUR 1991, 931 (933) – Wellness (zum Titelschutz).

Kennzeichens muss hinzutreten, dass es eine namensmäßige Wirkung hat.⁵⁷⁸ Dies entspricht der traditionellen Praxis zu § 16 Abs. 1 UWG von 1909.⁵⁷⁹ Es genügt also nicht, dass die Bezeichnung auf ihren Verwender oder sein Unternehmen hinweist und es von anderen unterscheidet. Sie muss auch wie ein Name wirken.⁵⁸⁰ Der Name ist eine Bezeichnung, die gesprochen und gehört werden kann und die der Identifikation einer Person durch Sprache dient (vgl. oben, S. 27 f.).⁵⁸¹ Dies gilt ohne Weiteres für Wortzeichen.⁵⁸² Nicht aber für Bildzeichen;⁵⁸³ ihnen fehlt die Hörbarkeit, denn sie sind eben gerade keine artikulierbaren Worte, sondern wirken visuell.⁵⁸⁴

Gleiches gilt für Farben, dreidimensionale Gestaltungen⁵⁸⁵ und für Wort-/Bildzeichen.⁵⁸⁶ Das aus Wort- und Bildbestandteilen bestehende Firmenlogo hat keine namensmäßige Wirkung, denn es ist in seiner Gesamtheit nicht aussprechbar.⁵⁸⁷ Allerdings kann dem Wortbestandteil eines Wort-/Bildzeichens eine solche namensmäßige Wirkung zukommen.⁵⁸⁸

Vor Inkrafttreten des MarkenG 1995 wurde das für Buchstaben und Buchstabenkombinationen geltende Eintragungsverbot des § 4 Abs. 2 Nr. 1 WZG vom BGH als „*wettbewerblicher Grundgedanke*“ interpretiert, der für nicht als Wort aussprechbare Buchstabenkombinationen ohne verbindende Vokale, wie z. B. „*RBB*“ grundsätzlich auch einen Schutz als Unternehmenskennzeichen gemäß § 16 Abs. 1 UWG von 1909 ausschloss.⁵⁸⁹ Seit der *DB-Immobilienfonds*-Entscheidung des BGH ist anerkannt, dass auch Buchstabenkombinationen grundsätzlich namensmäßige Wirkung zukommt und zwar ungeachtet, ob sie ohne

⁵⁷⁸ BGH, GRUR 2005, 419 (422) – Räucherkatze; BGH, GRUR 2005, 517 (518) – Literaturhaus; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 36 ff.; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 38, 51.

⁵⁷⁹ Vgl. BGH, GRUR 1991, 155 (156) – Rialto; BGH, GRUR 1991, 472 (473) – Germania; BGH, GRUR 1998, 165 (166) – RBB.

⁵⁸⁰ BGH, GRUR 2005, 419 (422) – Räucherkatze.

⁵⁸¹ LG München I, ZUM 2001, 725 (726) – Anton aus Tirol; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 39; Hefermehl, in: FS Hueck, S. 519 (520).

⁵⁸² BGH, GRUR 1985, 461 (462) – Gefa/Gewa; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 40; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 51.

⁵⁸³ BGH, GRUR 1956, 172 (175) – Magirus; BGH, GRUR 1964, 71 (73) – Personifizierte Kaffeekanne.

⁵⁸⁴ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 41.

⁵⁸⁵ BGH, GRUR 2005, 419 (422) – Räucherkatze; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 46.

⁵⁸⁶ BGH, GRUR-RR 2009, 102 (103), Tz. 10 – HM&A; OLG Hamm, NJW-RR 1993, 940 f. – Verwendung eines Firmenlogos; OLG Stuttgart, NJWE-WettbR 2000, 165 – Kanzleilogo; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 47.

⁵⁸⁷ BGH, GRUR-RR 2009, 102 (103), Tz. 10 – HM&A; OLG Hamm, NJW-RR 1993, 940 f. – Verwendung eines Firmenlogos; OLG Stuttgart, NJWE-WettbR 2000, 165; OLG Köln, NZG 2011, 155 – PARDUR; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 75.

⁵⁸⁸ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 75.

⁵⁸⁹ BGH, GRUR 1979, 470 (471) – RBB/RBT.

Weiteres als Worte aussprechbar sind oder nicht.⁵⁹⁰ Derartige Zeichen, die bereits vor Inkrafttreten des MarkenG als Unternehmenskennzeichen in Benutzung genommen wurden, genießen ab dem 1. Januar 1995 unabhängig von einer Verkehrsgeltung uneingeschränkt Schutz als Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG.⁵⁹¹

Mit den gleichen Erwägungen wird teilweise auch Buchstaben-Zahlen-Kombinationen namensmäßige Wirkung zugesprochen.⁵⁹² Der Verkehr sei mittlerweile daran gewöhnt, dass solche Kombinationen als identifizierender Hinweis wie ein Name verwendet werden und verstehe diese Kennzeichen auch als Name.⁵⁹³ Dagegen ist eine solche allgemeine Verkehrsgewöhnung bei Einzelbuchstaben und Zahlen noch nicht erkennbar.⁵⁹⁴

III. Die namensmäßige Unterscheidungskraft in der Praxis

Die Rechtsprechungspraxis zur namensmäßigen Unterscheidungskraft nach § 5 MarkenG ist umfangreich und wenig übersichtlich. *Schultz-Süchting* hat schon vor über 30 Jahren darauf hingewiesen, dass bei der Abgrenzung von fehlender und vorhandener namensmäßiger Unterscheidungskraft „eine sehr große Divergenz innerhalb der Rechtsprechung zu beobachten“ ist⁵⁹⁵ und man „in vielen Fällen auch umgekehrt hätte entscheiden [...] können“.⁵⁹⁶ Diese Bewertung ist auch heute nicht falsch. *Goldmann* schlägt daher eine Fallgruppenbildung vor, von der er allerdings selbst zugibt, dass sich seine Fallgruppen vielfach überschneiden und nicht trennscharf voneinander abgrenzen lassen.⁵⁹⁷ Diese Fallgruppenbildung schafft deshalb zwar nur eine Scheinsicherheit, sie legt aber immerhin die in der Rechtsprechung gängigen Bewertungskriterien offen. Mit Blick auf die weiteren Untersuchungen, ob der gesetzliche Maßstab von den Registergerichten dem Willen des Gesetzgebers entsprechend angewandt wird (näher dazu S. 159 ff.), orientiert sich die nachfolgende Darstellung an diesen Fallgruppen. Hinter den Fallgruppen steht der allgemeine

⁵⁹⁰ *BGH*, GRUR 2001, 344 (345) – DB-Immobilienfonds; *BGH*, GRUR 2005, 430 – mho.de; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 21 und 51; *Ingerl/Rohnke*, § 5 MarkenG, Rn. 40.

⁵⁹¹ *OLG Düsseldorf*, GRUR-RR 2001, 106 (108) – GVP; *Ingerl/Rohnke*, § 5 MarkenG, Rn. 40.

⁵⁹² *BGH*, GRUR 2004, 790 (792) – Gegenabmahnung; *OLG Köln*, GRUR-RR 2002, 293 (294) – t3; *Büscher*, in: FS Bornkamm, S. 543 (547); *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 21; a.A. *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 56.

⁵⁹³ *Büscher*, in: FS Bornkamm, S. 543 (547); a.A. und nach Branchen differenzierend *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 56 ff.

⁵⁹⁴ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 56 f.; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 23; a.A. *LG Frankfurt a.M.*, NJOZ 2006, 3215 (3216 f.) – Buchstabe Q.

⁵⁹⁵ *Gloy/Schultz-Süchting*, § 57, Rn. 13.

⁵⁹⁶ *Gloy/Schultz-Süchting*, § 57, Rn. 15.

⁵⁹⁷ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 87.

Grundgedanke, dass Fantasiewortzeichen in aller Regel namensmäßige Unterscheidungskraft haben (dazu S. 95) und dass die namensmäßige Unterscheidungskraft solchen Bezeichnungen fehlt, die für den Geschäftsgegenstand rein beschreibend sind (dazu S. 95).

1. Keine Bindungswirkung der Verletzungsgerichte

a) Keine Bindung des Verletzungsgerichts an amtliche Eintragungsentscheidungen

Ob einem Unternehmenskennzeichen von Haus aus Unterscheidungskraft zukommt, beurteilt allein das Verletzungsgericht.⁵⁹⁸ Weder ist das Gericht bei seiner Entscheidung an die Entscheidung des Registergerichts, noch an die eines Markenamts gebunden:

b) Keine Bindung an die Entscheidung des Handelsregisters

Das Verletzungsgericht ist bei der Beurteilung der Schutzfähigkeit eines Kennzeichens als Unternehmenskennzeichen nicht an die Eintragung der Firma im Handelsregister gebunden. Dies folgt für die Firma als Unternehmenskennzeichen schon daraus, dass ihr Schutz unabhängig von der Eintragung im Handelsregister ist (näher dazu oben, S. 68 f.). Als Unternehmenskennzeichen ist die Firma nur bei originärer oder durch Verkehrsgeltung erlangter namensmäßiger Unterscheidungskraft geschützt, die vom Verletzungsgericht ohne Rücksicht auf § 18 Abs. 1 HGB und allein nach den zu § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG entwickelten Grundsätzen geprüft wird. Die Eintragung der Firma im Handelsregister hat weder präjudizielle, noch indizielle Bedeutung für die Entscheidung des Verletzungsrichters.⁵⁹⁹

c) Keine Bindung an die Entscheidung des Markenregisters

Für das Recht der eingetragenen Marke gilt der Grundsatz, dass die ordentlichen Gerichte an die Eintragungsentscheidung des DPMA und EUIPO gebunden sind.⁶⁰⁰ Für die Beurteilung der Schutzfähigkeit und des Schutzzumfangs eines Unternehmenskennzeichens gilt dieser Grundsatz nicht. Das Verletzungsgericht beurteilt die originäre oder durch Verkehrsgeltung entstandene namensmäßige Unterscheidungskraft eines Unternehmenskennzeichens auch unabhängig von der Eintragungsentscheidung des nationalen oder europäischen Markenamts.⁶⁰¹ Selbst wenn ein zugleich als Unternehmenskennzeichen benutztes

⁵⁹⁸ OLG Jena, GRUR-RR 2009, 104 – Prolac; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 65.

⁵⁹⁹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 66.

⁶⁰⁰ Vgl. zur Rechtfertigung und Reichweite dieses Grundsatzes *Kiontke*, S. 64 ff.

⁶⁰¹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 70.

Zeichen als von Haus aus unterscheidungskräftige Marke eingetragen ist, bindet dies das Verletzungsgericht nicht in seiner Entscheidung.⁶⁰² Auch ein mit der Tätigkeit des Unternehmens identisches Waren- und Dienstleistungsverzeichnis bedeutet keine Bindung des Gerichts an die Markeneintragung.⁶⁰³ Trotz einer Eintragung als Marke kann dem gleichlautenden Unternehmenskennzeichen daher ein Schutz nach §§ 5, 15 MarkenG versagt werden. Natürlich kann die Schutzfähigkeit umgekehrt auch bejaht werden, obwohl die Eintragungsfähigkeit vom Markenamt abgelehnt wurde.⁶⁰⁴

d) Keine Bindung des Verletzungsgerichts bei der Beurteilung einer Verwechslungsgefahr

So, wie das Verletzungsgericht also in der Beurteilung der Schutzfähigkeit des Zeichens ungebunden ist, kann es ebenso den Schutzzumfang eines Unternehmenskennzeichens unabhängig von einer Eintragsentscheidung des Register- und Markenamts beurteilen.⁶⁰⁵ Auf diese namentlich für die Verwechslungsgefahr zweier Kennzeichen relevante Frage, wird im Rahmen des Schutzzumfangs eingegangen. Systematisch richtig erfolgen Ausführungen daher auf S. 197 ff.

2. Die Handhabung der Unterscheidungskraft in der Praxis

a) Bürgerliche Namen

Aus dem bürgerlichen Namen einer Person gebildete geschäftliche Bezeichnungen sind stets unterscheidungskräftig.⁶⁰⁶ Unabhängig von seiner Häufigkeit ist jeder Familienname dazu geeignet und bestimmt, seinen Namensträger individuell zu bezeichnen und damit von anderen Personen zu unterscheiden. Insofern stellt jeder Name ein klassisches Kennzeichnungsmittel dar. Der Verkehr ist daran gewöhnt, dass Personen durch ihren Nachnamen bezeichnet werden und sich selbst mit diesem bezeichnen.⁶⁰⁷ Dies gilt auch für Allerweltsnamen, also überaus häufig vorkommenden Familiennamen wie Meier, Müller oder

⁶⁰² OLG Köln, GRUR-RR 2005, 16 (18) – Kreuzfahrten.

⁶⁰³ Vgl. OLG Hamburg, GRUR-RR 2005, 149 (155) – TNT Post Deutschland.

⁶⁰⁴ Vgl. BGH, GRUR 2012, 276 (277), Tz. 14 ff. – Institut der Norddeutschen Wirtschaft e.V.

⁶⁰⁵ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 91 ff.

⁶⁰⁶ BGH, GRUR 2008, 801, Tz. 13 – Hansen-Bau; Kochendörfer, WRP 2009, 239 (242).

⁶⁰⁷ BGH, GRUR 2008, 801, Tz. 13 – Hansen-Bau.

Schmidt.⁶⁰⁸ Familiennamen, die aus einer Berufsbezeichnung entstanden und für den betroffenen Geschäftsgegenstand beschreibend sind, fehlt allerdings die Unterscheidungskraft (z. B. „Zimmermann“ für die Berufsausübung eines Zimmermanns).⁶⁰⁹

b) Fantasiezeichen

Fantasiezeichen sind nach der Verkehrsauffassung neu und originell und deshalb ohne Weiteres unterscheidungskräftig.⁶¹⁰ Man kann zwischen absoluten und relativen Fantasiezeichen unterscheiden. Absolute Fantasiezeichen sind frei erfundene Zeichen ohne jeden erkennbaren Sinngehalt (z. B. „Zalando“).⁶¹¹ Relative Fantasiezeichen sind Wörter, die zwar einen fest umrissenen und ohne Weiteres erkennbaren Sinngehalt haben, die aber für den Geschäftsgegenstand des Unternehmens keine Beschreibung liefern (z. B. „Mus-tang“ als Kennzeichen eines Bekleidungsherstellers).⁶¹²

c) Beschreibende Angaben

Angaben, die ausschließlich eine Beschreibung des Geschäftsgegenstands, der Tätigkeit, einzelner Geschäftsvorfälle oder des geografischen Standorts oder Tätigkeitsgebiet des Unternehmens liefern, fehlt die Unterscheidungskraft.⁶¹³ Nicht unterscheidungskräftig sind deshalb z. B. „Post“ für ein Unternehmen, das eine Post betreibt⁶¹⁴, „Klingeltöne“ für ein Unternehmen, das Handy-Klingeltöne anbietet⁶¹⁵ oder „Zwiebelmuster“ für einen Porzellanhersteller.⁶¹⁶ Voraussetzung ist aber selbstverständlich, dass der Verkehr einen konkret beschreibenden Gehalt auch tatsächlich erkennt. Ist ein Kennzeichen mehrdeutig und kann in mehrfacher Hinsicht interpretiert werden, von denen keine die Geschäftstätigkeit beschreibt, wirkt es nicht rein beschreibend und hat Unterscheidungskraft.⁶¹⁷ Ebenso wie bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft eingetragener Marken⁶¹⁸ gilt aber: Weist eine Wortkombination verschiedene Bedeutungsinhalte auf, die sich lediglich auf verschiedene Möglichkeiten beziehen, wie eine damit bezeichnete Dienstleistung erbracht werden kann,

⁶⁰⁸ BGH, GRUR 2008, 801, Tz. 12 f. – Hansen-Bau; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 230; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 11; Ingerl/Rohnke, § 5 MarkenG, Rn. 38; Kochendörfer, WRP 2009, 239 (242).

⁶⁰⁹ v. Gamm, Wettbewerbsrecht, Kapitel 56, Rn. 36; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 231 f.

⁶¹⁰ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 131.

⁶¹¹ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 132.

⁶¹² BGH, GRUR 2004, 865 (867) – Mustang; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 134 ff.

⁶¹³ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 88 ff. m.w.N.

⁶¹⁴ BGH, GRUR 2009, 678, 680, Tz. 20 – POST/RegioPost.

⁶¹⁵ LG München I, Ur. v. 06.02.2007, Az. 33 O 11107/06 – Klingeltöne.

⁶¹⁶ OLG Düsseldorf, MMR 2016, 399 (401), Tz. 38 f. – zwiebel-muster.de.

⁶¹⁷ BGH, GRUR 1976, 643 (644) – Interglas; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 139 ff.

⁶¹⁸ Vgl. EuGH, GRUR 2004, 146 (147 f.), Tz. 32, 33 – Doublemint; BGH, GRUR 2014, 569 (571 f.) – HOT; Kochendörfer, WRP 2009, 239 (241).

so wird dadurch deren beschreibender Charakter nicht aufgehoben.⁶¹⁹ Für diese Beurteilung fällt das an der beschreibenden Bedeutung anknüpfende Freihaltebedürfnis ganz entscheidend ins Gewicht.⁶²⁰ Maßstab ist nicht der im Handelsregister eingetragene Unternehmensgegenstand, sondern der konkrete Geschäftsgegenstand im Sinne derjenigen Tätigkeit, die das lebende Unternehmen im geschäftlichen Verkehr tatsächlich ausübt.⁶²¹ Maßgeblich ist die tatsächliche Unternehmenstätigkeit aus Sicht des Verkehrs.⁶²² Ein Unternehmenskennzeichen kann nämlich gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG nur insoweit geschützt werden, wie es im geschäftlichen Verkehr tatsächlich benutzt wird. Daran bemisst sich dann auch die für den Schutz erforderliche namensmäßige Unterscheidungskraft.

d) Buchstabenkombinationen

Buchstabenkombinationen, auch nicht ohne zusätzliche Vokalisierung als Wort aussprechbare (z. B. „DB“⁶²³ oder „BCC“⁶²⁴), sind grundsätzlich unterscheidungskräftig.⁶²⁵ Etwas anderes gilt nur, wenn die Buchstabenkombination bereits aus sich heraus ohne Weiteres als Beschreibung aufgefasst wird (wie z. B. „EKZ“ für ein Einkaufszentrum).⁶²⁶ Bei einer Beurteilung als unterscheidungskräftig bleibt es auch dann, wenn innerhalb einer Firma die Buchstabenkombination nur die Anfangsbuchstaben derjenigen Begriffe beinhaltet, die den Geschäftsgegenstand beschreiben (z. B. „BTK“ als Bestandteil der Firma „BTK Befrachtungs- und Transportkontor GmbH“).⁶²⁷ Wegen dieses für sich genommen unterscheidungskräftigen Bestandteils ist dann auch die Firma selbst unterscheidungskräftig.⁶²⁸

⁶¹⁹ BGH, GRUR 2005, 873 (874) – Star Entertainment; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 141.

⁶²⁰ BGH, GRUR 2005, 873 (874) – Star Entertainment; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 142.

⁶²¹ Vgl. *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 80 f.

⁶²² *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 11, Rn. 14.

⁶²³ BGH, GRUR 2001, 344 – DB Immobilienfonds; OLG Hamburg, Urt. v. 22.09.2005, Az. 5 U 129/04, BeckRS 2005, 30363124 – DB/DBA.

⁶²⁴ BGH, GRUR 2011, 831 (833), Tz. 16 – BCC.

⁶²⁵ BGH, GRUR 2001, 344 – DB Immobilienfonds; BGH, GRUR 2002, 1067 (1069) – DKV/OKV; BGH, GRUR 2011, 831 (833), Tz. 16 – BCC.

⁶²⁶ OLG Hamm, MMR 2013, 791 (792) – EDS Trockenbausysteme; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 124 unter Hinweis auf OLG Zweibrücken, NJWE-WettbR 1997, 280, 281 – Mercado; *Kochendörfer*, WRP 2009, 239 (243).

⁶²⁷ Vgl. BGH, GRUR 2010, 239 – BTK; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 127 ff.

⁶²⁸ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 129; *Kochendörfer*, WRP 2009, 239 (242).

e) Fremdsprachige Bezeichnungen

Kennzeichen, die aus beschreibenden, fremdsprachigen Begriffen oder Fremdwörtern gebildet werden, behalten ihren beschreibenden Charakter, wenn sie von den beteiligten Verkehrskreisen als beschreibende Angaben verstanden werden.⁶²⁹ Das trifft auf fremdsprachige Begriffe, die regelmäßig in einem bestimmten beschreibenden Kontext verwendet werden ebenso zu, wie für leicht verständliche fremdsprachige Begriffe.⁶³⁰

Der Begriff „*deejay*“ wurde daher zu Recht als beschreibend beurteilt, weil es sich um eine Anlehnung an den englischen Begriff „*DJ*“ bzw. „*Disc Jockey*“ handele, der Eingang in die deutsche Sprache gefunden habe und dessen Bedeutung dem inländischen Verkehr verständlich sei (vgl. dazu unten S. 161 f.).⁶³¹ Nicht anders beurteilt wurde auch der Firmenbestandteil „*toolshop*“, den der angesprochene Verkehr als Beschreibung für ein „*Werkzeug-Geschäft*“ verstand (vgl. dazu unten S. 162).⁶³² Bei anderen Fremdsprachen als der englischen ist die Rechtsprechung deutlich zurückhaltender mit einem Bedeutungsverständnis der inländischen Verkehrskreise. Von einem Verständnis des französischen Begriffs „*Charité*“ als „*Barmherzigkeit*“ könne nicht ausgegangen werden, weil französische Sprachkenntnisse in der Regel nicht vorhanden seien.⁶³³

Maßgeblich ist also, wieweit sich dem angesprochenen Verkehr der Bedeutungsgehalt des fremdsprachigen Begriffs erschließt. Oder auf eine prägnante Formel gebracht: Während bei englischen Begriffen von einer gewissen Verständnismwahrscheinlichkeit, bei französischen, spanischen oder italienischen Begriffen⁶³⁴ von eher seltenem Bedeutungsverständnis auszugehen ist, kann bei lateinischen oder griechischen Begriffen⁶³⁵ grundsätzlich nicht von einem Bedeutungsverständnis ausgegangen werden. „*Colonia*“ als lateinische Bezeichnung für die Stadt Köln ist zwar rein beschreibend, als Fantasiebezeichnung aber ausreichend unterscheidungskräftig.⁶³⁶

f) Sprechende Zeichen und Verfremdungen von Sachangaben

Ein Zeichen, das sich zwar an eine beschreibende Angabe anlehnt, das aber so weit verfremdet ist, dass sich ein eindeutiger beschreibender Gehalt nicht mehr feststellen lässt,

⁶²⁹ *BGH*, GRUR 1996, 68 (69) – COTTON LINE.

⁶³⁰ *BGH*, GRUR 1988, 319 (320) – VIDEO-RENT.

⁶³¹ OLG Dresden, Urt. v. 9.1.2007, Az. 14 U 1958/06, BeckRS 2007, 08857 – *deejay.de*.

⁶³² *KG*, NJWE-WettbR 2000, 234 – *toolshop*.

⁶³³ OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2013, 21 – *Charité*.

⁶³⁴ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 217 f.

⁶³⁵ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 221.

⁶³⁶ *BGH*, GRUR 1958, 544 (545) – *Colonia*.

ist unterscheidungskräftig.⁶³⁷ Dies gilt auch dann, wenn die Anklänge an eine beschreibende Bedeutung immerhin gewisse vage Vorstellungen von dem Unternehmensgegenstand evozieren, ohne aber einen konkret beschreibenden Gehalt zu haben (sog. „*sprechende Zeichen*“).⁶³⁸

Für unterscheidungskräftig gehalten werden in der Praxis insbesondere Unternehmenskennzeichen, bei denen aus der Beschreibung des Unternehmensgegenstands jeweils die ersten Silben der beschreibenden Begriffe herausgelöst und zu einem neuen Kunstwort miteinander verbunden werden.⁶³⁹ Solche Zeichen sind wohl deshalb besonders beliebt, weil sie einerseits eine gewisse Vorstellung von der Unternehmenstätigkeit transportieren und deshalb als Marketinginstrument gut geeignet sind und andererseits recht verlässlich von den Gerichten für schutzfähig gehalten werden.⁶⁴⁰ Beispiele für solche Zeichen sind etwa „*MediTex*“ für ein Unternehmen, das Textilien für medizinische Zwecke vertreibt,⁶⁴¹ „*MEDIMEX*“ für einen Import und Export von Medizinprodukten⁶⁴² oder „*Technomed*“ für medizinische Geräte (elektromedizinische Apparate).⁶⁴³ Unterscheidungskräftige Verfremdungen können aber auch anders gebildet werden. So ist die besondere Geschäftsbezeichnung „*Lieferando*“ für einen Lieferdienst für Essen aus dem deutschen Begriff „*liefern*“ bzw. „*Lieferant*“ und dem Partizip Präsens regelmäßiger spanischer Verben „*-ando*“ gebildet, der eine kontinuierliche Handlung zum Ausdruck bringt.

g) Unterscheidungskraft bei Kombinationen von beschreibenden Angaben

Die wohl am wenigsten schematisch zu beurteilende und schwierigste Fallgruppe ist die nachfolgend dargestellte. Es geht um die Kombination mehrerer Begriffe, von denen jeder einzeln und für sich genommen beschreibend ist, denen aber in der Kombination unter gewissen Voraussetzungen eine namensmäßige Unterscheidungskraft zukommt, die den einzelnen Bestandteilen bei einer isolierten Betrachtung gerade fehlt.⁶⁴⁴ Trotz der Bemühungen der Rechtsprechung nach klaren und griffigen Formeln, verbleibt eine „*gewisse*

⁶³⁷ Vgl. *BGH*, GRUR 1958, 339 (340) – Technika; *OLG Hamm*, GRUR 1984, 890 – Chemitec; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 162

⁶³⁸ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 162 ff.; *Kochendörfer*, WRP 2009, 239 (242).

⁶³⁹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 158.

⁶⁴⁰ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 157.

⁶⁴¹ *OLG Hamburg*, NJOZ 2001, 1825 (1827) – MEDIMEX/MediTex.

⁶⁴² *OLG Hamburg*, NJOZ 2001, 1825 (1827) – MEDIMEX/MediTex.

⁶⁴³ LG Berlin, Urt. v. 7.7.1998, Az. 16 O 656/97 – technomed.de.

⁶⁴⁴ Vgl. hierzu *BGH*, GRUR 1995, 754 (758) – Altenburger Spielkartenfabrik; *Kochendörfer*, WRP 2009, 239 (242 f.).

Unsicherheit“.⁶⁴⁵ Der Maßstab des BGH ist großzügig. Eine „*gewisse Eigenart*“ der Wortkombination ist nicht mehr erforderlich.⁶⁴⁶ Die Bildung von substantivischen Komposita, also das Zusammenziehen von mehrteiligen Substantivierungen („*Donaudampfschiff-fahrtskapitänsmützenherstellungsgesellschaft*“) genügt sicherlich nicht.⁶⁴⁷ Stattdessen ist ausreichend, aber auch erforderlich, dass eine bestimmte beschreibende Verwendung der neu gebildeten Kombination nicht festzustellen ist.⁶⁴⁸ Allerdings geht der beschreibende Charakter einer Bezeichnung nicht schon verloren, weil die Bezeichnung neuartig, ungewohnt oder fremdsprachig ist.⁶⁴⁹ Maßgeblich ist, dass in der Wortkombination die sonst gebräuchliche Bedeutung der einzelnen Worte in den Hintergrund tritt.⁶⁵⁰ Dies trifft nicht auf Wortkombinationen zu, die sich „*zwanglos*“ aus dem allgemeinen Wortschatz ableiten lassen.⁶⁵¹ Dann versteht der angesprochene Verkehr die neugebildete Kombination ohne Weiteres als beschreibend.

Kennzeichen, die aus reinen Sach-⁶⁵² und Tätigkeitsangaben⁶⁵³ zusammengestellt sind, behalten in aller Regel ihren Charakter als beschreibende Angaben. So war es in der *COTTON LINE*-Entscheidung des BGH, derzufolge der Verkehr in der Wortkombination „*COTTON LINE*“ für ein Textilunternehmen nichts anderes erkennen konnte, als zwei Wörter, die entsprechend ihres ursprünglichen, rein beschreibenden Wortsinns gebraucht und zusammengesetzt wurden, nämlich im Sinne einer Produktlinie aus Baumwolle.⁶⁵⁴ Und auch in der Verbindung der Worte „*Star*“ und „*Entertainment*“ zu „*Star Entertainment*“ für einen Betrieb, der sich mit der Produktion, Vermittlung und Vermarktung von Unterhaltungsveranstaltungen befasste, konnte der BGH keinen anderen als einen beschreibenden Gehalt entnehmen. „*Star*“ und „*Entertainment*“ werden „*nur entsprechend ihrer ursprünglichen, rein beschreibenden Bedeutung verwendet und wiesen für die angesproche-*

⁶⁴⁵ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 177.

⁶⁴⁶ So noch *BGH*, GRUR 1976, 643 (644) – Interglas; *BGH*, GRUR 1988, 319 (320) – VIDEO-RENT.

⁶⁴⁷ Vgl. *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 180 m.w.N.

⁶⁴⁸ *BGH*, GRUR 1999, 492 (494) – Altberliner; *BGH*, GRUR 2008, 1104 (1105), Tz. 17 – Haus & Grund II; *BGH*, GRUR 2008, 1108 (1110), Tz. 32 – Haus & Grund III; *BGH*, GRUR-RR 2010, 205 (206), Tz. 22 – Haus & Grund IV.

⁶⁴⁹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 179.

⁶⁵⁰ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 179.

⁶⁵¹ *BGH*, GRUR 1991, 556 (557) – Leasing Partner; *BGH*, GRUR 1996, 68 (69) – COTTON LINE; *BGH*, GRUR 1997, 468 (469) – NetCom; *BGH*, GRUR 1997, 845 (846) – Immo-Data.

⁶⁵² *BGH*, GRUR 1957, 426 (427) – Getränke Industrie.

⁶⁵³ *BGH*, GRUR 1976, 254 (255) – Management-Seminare.

⁶⁵⁴ *BGH*, GRUR 1996, 68 (69) – COTTON LINE.

nen Verkehrskreise darauf hin, dass gefeierte, berühmte Künstler berufsmäßig leichte Unterhaltung böten.“⁶⁵⁵ Auch die Wortkombinationen „Auto-Licht“⁶⁵⁶ oder „VIDEO-RENT“⁶⁵⁷ sind und bleiben für den jeweiligen Geschäftsgegenstand beschreibend. Unterscheidungskraft erlangt eine an sich beschreibende Gattungsbezeichnung auch nicht durch Kombination mit einem bestimmten Artikel („Die Heimgestalter“)⁶⁵⁸ oder durch einen fantasielosen Zusatz („Pizza & more“).⁶⁵⁹ Nicht in einer reinen Tätigkeitsbeschreibung erschöpft sich demgegenüber die Bezeichnung „pizzacconnection“ für einen Pizza-Lieferdienst.⁶⁶⁰

h) Kombinationen von beschreibenden Angaben mit Top-Level-Domain

Die überwiegende Rechtsprechung lehnt die Unterscheidungskraft einer beschreibenden Angabe durch das Hinzufügen einer sog. Top-Level-Domain, wie z. B. „.de“ oder „.com“ ab.⁶⁶¹ Damit werde lediglich auf die Registrierung durch eine Registrierungsstelle hingewiesen, ohne dass dem Zusatz für die Individualisierung entscheidende Bedeutung zukomme.⁶⁶² Auch die Einmaligkeit der Domainvergabe an den zeitlich ersten Antragsteller, kann die Unterscheidungskraft nicht begründen.⁶⁶³ Dem ist zuzustimmen. Dem Kennzeichenrecht sind solche Erwägungen unbekannt, aus einer zeitlichen Priorität auf die Unterscheidungskraft einer Bezeichnung zu schließen. Die Eignung zur Unterscheidung hat eine Bezeichnung aus sich selbst heraus, nicht aber aus einer zeitlich (besseren) Priorität. Zumal nicht vorausgesetzt werden kann, dass der Verkehr Kenntnis von der Domain hat.⁶⁶⁴ Richtigerweise führen auch diese Zusätze nicht zu einer Unterscheidungskraft der Wortkombination.⁶⁶⁵

⁶⁵⁵ *BGH*, GRUR 2005, 873 (874) – Star Entertainment.

⁶⁵⁶ *RG*, MuW XXXIII, 513 (515 f.) – Auto-Licht.

⁶⁵⁷ *BGH*, GRUR 1988, 319 (320) – VIDEO-RENT.

⁶⁵⁸ *LG Hamburg*, MuW XXXVI, 150 (151) – Heimgestalter.

⁶⁵⁹ Beispiel nach *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 191.

⁶⁶⁰ *OLG Hamburg*, ZUM-RD 2002, 349 (350) – pizzacconnection.de.

⁶⁶¹ *OLG Hamburg*, MMR 2002, 626 – handy.de; *OLG Dresden*, MMR 2015, 193 (194) – fluege.de.

⁶⁶² *BGH*, GRUR 2005, 262 (263) – socio.de; *BGH*, GRUR 2009, 685 (688) – ahd.de; jeweils mit Hinweis auf „technisch-funktionale“ bzw. „funktionale“ Bedeutung der Top-Level-Domain „.de“.

⁶⁶³ *OLG Frankfurt*, GRUR-RR 2011, 96 (96 f.) – outlets.de zu § 18 Abs. 1 HGB.

⁶⁶⁴ *OLG Frankfurt*, GRUR-RR 2011, 96 (96 f.) – outlets.de zu § 18 Abs. 1 HGB.

⁶⁶⁵ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 193 und Rn. 195 für nachgestellte Zahl „24“.

i) Kombinationen aus Tätigkeits- und Ortsangaben

Auch bei der Kombination von Tätigkeits- und Ortsangaben bleibt es in aller Regel bei einer Beschreibung.⁶⁶⁶ So ist etwa „*Snowboardschule Oberhof*“⁶⁶⁷ für die ortsgebundene Tätigkeit rein beschreibend. Wird eine Ortsangabe allerdings mit einer Tätigkeitsbeschreibung in besonders eigenartiger Weise kombiniert und ist der Unternehmensgegenstand derart spezialisiert, dass überhaupt nur ganz wenige Unternehmen in Betracht kommen, kann im Einzelfall dennoch Unterscheidungskraft vorliegen.⁶⁶⁸ Dies hat der BGH etwa für das Kombinationszeichen „*Altenburger und Stralsunder Spielkarten-Fabrik*“ angenommen.⁶⁶⁹

j) Sonderregeln für Platzgeschäfte

Besondere Regeln gelten für Bezeichnungen von sog. „*Platzgeschäften*“. Das sind örtlich gebundene Unternehmen mit einem rein lokalen Tätigkeitsbereich, bei denen der Verkehr erwartet, dass es am jeweiligen Ort nur ein solches Unternehmen mit der jeweiligen Bezeichnung gibt, jedoch keine Verbindung zwischen den Betrieben an verschiedenen Orten unterstellt.⁶⁷⁰ Sehr häufig sind dies Bezeichnungen für ortsgebundene Unternehmen, die aus der Beschreibung des Geschäftsgegenstands und einer Ortsangabe zusammengesetzt sind (z. B. „*Parkhotel*“⁶⁷¹, „*City-Hotel*“⁶⁷²). Misst man diese Bezeichnungen an den für Wortkombinationen geltenden allgemeinen Regeln (dazu oben S. 98 f.), müsste für die Unterscheidungskraft die Bildung eines in der Umgangssprache unüblichen bzw. hinreichend unterscheidenden und identifizierenden Gesamtbegriffs aus zwei beschreibenden Angaben verlangt werden. Dies wäre aber regelmäßig zu verneinen. Mit der Bezeichnung „*Parkhotel*“ etwa wird zwanglos und ohne Weiteres aus dem allgemeinen Sprachschatz ableitbar ein Hotel bezeichnet, das in oder an einem Park liegt.⁶⁷³ Gleichwohl kommt dieser Bezeichnung am jeweiligen Ort eine namensmäßige Unterscheidungskraft zu.⁶⁷⁴ In der *Parkhotel*-Entscheidung konkretisiert der BGH dieses Kriterium für Platzgeschäfte näher. Namensmäßige Unterscheidungskraft ist für Platzgeschäfte nämlich auch dann – und nur

⁶⁶⁶ BGH, GRUR 1957, 426 (427) – Getränke Industrie; BGH, GRUR 1994, 905 (907) – Schwarzwald-Sprudel; OLG Frankfurt, GRUR-RR 2011, 216 (217) – Flugplatz Speyer; OLG Jena, GRUR-RR 2011, 181 – Snowboardschule O.; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 184.

⁶⁶⁷ OLG Jena, GRUR-RR 2011, 181 – Snowboardschule O.

⁶⁶⁸ Kochendörfer, WRP 2009, 239 (241).

⁶⁶⁹ BGH, GRUR 1995, 754 (758) – Altenburger Spielkartenfabrik.

⁶⁷⁰ Emmerich, § 18, Rn. 17.

⁶⁷¹ BGH, GRUR 1977, 165 (166) – Parkhotel.

⁶⁷² BGH, GRUR 1995, 507 (508) – City-Hotel.

⁶⁷³ OLG Karlsruhe, NJOZ 2013, 13 (14) – Parkhotel; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 246.

⁶⁷⁴ BGH, GRUR 1977, 165 (166) – Parkhotel; OLG Hamburg, GRUR-RR 2010, 208 (209) – Stadtwerke Uetersen.

dann – anzunehmen, wenn die beteiligten Verkehrskreise aufgrund allgemeiner Übung daran gewöhnt sind, dass Unternehmen in dieser Branche, jedenfalls mit dieser Bezeichnung, lokal oder regional begrenzt jeweils nur einmal vorkommen und dass Unternehmen mit der gleichen Bezeichnung an verschiedenen Orten keine wirtschaftlichen Verbindungen haben.⁶⁷⁵ Diese Grundsätze wendet die Rechtsprechung inzwischen nicht mehr nur auf Hotels, sondern auf eine Vielzahl von Unternehmenstypen an,⁶⁷⁶ so etwa auf Gaststätten⁶⁷⁷ und die Stadtwerke⁶⁷⁸. Begründen lässt sich diese Praxis damit, dass in der verkehrsbekanntesten Einmaligkeit gewissermaßen eine „*vorweggenommene Verkehrsgeltung*“ liegt.⁶⁷⁹ Auf die besondere Bedeutung der Verkehrsgeltung wird nachfolgend eingegangen.

3. Verkehrsgeltung als besondere Schutzvoraussetzung für Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion, denen die namensmäßige Unterscheidungskraft von Haus aus fehlt

Die Eignung, wie ein Name zu wirken und das Unternehmen oder seinen Inhaber von anderen zu unterscheiden, kann ein Kennzeichen von Haus aus haben. Ist diese namensmäßige Unterscheidungskraft vorhanden, dann wird der materielle Unternehmenskennzeichenschutz für Name, Firma und besonderer Geschäftsbezeichnung gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG mit der befugten namensmäßigen Benutzung, die auf den Beginn einer dauerhaften wirtschaftlichen Betätigung im inländischen geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit einem lebenden Unternehmen schließen lässt, gewährt, ohne dass das Zeichen schon ein bestimmtes Maß an Anerkennung im Verkehr gefunden haben muss.⁶⁸⁰

Fehlt diese namensmäßige Unterscheidungskraft von Haus aus, wird Schutz gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG nur dann gewährt, wenn Verkehrsgeltung besteht.⁶⁸¹ Die Gesetzssystematik geht also davon aus, dass z. B. beschreibende oder nicht als Name aussprechbare Zeichen, von Haus aus nicht schutzfähig sind. Dennoch sind es Zeichen, die vom Unternehmer zur Individualisierung und Unterscheidung seines Unternehmens verwendet werden – wenn diesen Zeichen auch kein gesetzlicher Zeichenschutz zukommt,

⁶⁷⁵ *BGH*, GRUR 1970, 479 (480) – Treppchen; *BGH*, GRUR 1977, 165 (166) – Parkhotel; *BGH*, GRUR 1995, 507 (508) – City-Hotel; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 245.

⁶⁷⁶ Ausführlich *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 255 ff.

⁶⁷⁷ OLG Saarbrücken, Urteil vom 18. Oktober 2006, Az. 1 U 156/06 – Schlachthof.

⁶⁷⁸ OLG Hamburg, GRUR-RR 2010, 208 (209) – Stadtwerke Uetersen.

⁶⁷⁹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 247.

⁶⁸⁰ *BGH*, GRUR 1969, 357 (359) – Sihl; *BGH*, GRUR 1971, 517 (519) – Swops; *BGH*, GRUR 1997, 903 (905) – GARONOR; *BGH*, GRUR 2016, 1066 (1067), Tz. 23, 28 f. – mt-perfect.

⁶⁸¹ *BGH*, GRUR 1992, 865 – Volksbank; *BGH*, GRUR 2004, 514 (515) – Telekom; *BGH*, GRUR 2007, 888 (889) – Euro Telekom.

weil sie die rechtlich geschützte Unterscheidungs- und Identifikationsfunktion (vgl. dazu S. 83) nicht ausüben können. Lernt der Verkehr aber mit der Zeit, dieses Zeichen als individualisierendes Unterscheidungsmittel wahrzunehmen, ein bestimmtes Unternehmen oder seinen Träger von anderen mit dem gleichen sachliche Tätigkeitsgebiet zu unterscheiden, dann entspricht es dem Sinn und Zweck des Kennzeichenschutzes, dieses Zeichen auch gegen Verwechslungsgefahr zu schützen. Es hat die Vermutung, es taue nicht zur Kennzeichnung, widerlegt und ist den Kennzeichen mit Unterscheidungskraft ebenbürtig.⁶⁸²

Diese aus dem Sinn und Zweck des Kennzeichenschutzes und seiner Legitimität folgende Wertung hat einen ausdrücklichen gesetzlichen Niederschlag allerdings nur in der Regelung des Schutzes der Geschäftsabzeichen und sonstigen betriebliche Unterscheidungszeichen in § 5 Abs. 2 S. 2 MarkenG gefunden. Geschäftliche Bezeichnungen, die nicht Name, Firma oder besondere Geschäftsbezeichnung sind und auch nicht so wahrgenommen werden, gleichwohl aber ihrer Individualisierung dienen, sind als Geschäftsabzeichen schutzfähig, wenn sie „*innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen des Geschäftsbetriebs gelten.*“

Für die Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG fehlt eine solche Regelung. Gleichwohl war schon zu § 16 UWG von 1909 anerkannt, dass auch diese Kennzeichen eine ihnen fehlende namensmäßige Unterscheidungskraft durch Verkehrsgeltung erlangen können.⁶⁸³ Der BGH setzt diese Rechtsprechung seit Geltung des § 5 MarkenG fort.⁶⁸⁴

Der Begriff der Verkehrsgeltung wird im MarkenG über den soeben zitierten Wortlaut des § 5 Abs. 2 S. 2 MarkenG hinaus nicht näher bestimmt. Nach Rechtsprechung und Lehre liegt Verkehrsgeltung vor, wenn ein nicht unbeträchtlicher Teil der beteiligten Verkehrskreise in der fraglichen Bezeichnung einen identifizierenden und unterscheidenden Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen oder seinen Träger sieht.⁶⁸⁵

Die Verkehrsgeltung als Schutzvoraussetzung für Unternehmenskennzeichen ist – wie das gesamte Recht der Unternehmenskennzeichen (dazu oben S. 63 f.) – nicht harmonisiert.

⁶⁸² Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 4.

⁶⁸³ RGZ 163, 233 (238) – Hydraulik; RGZ 172, 129 (131) – Fettchemie; BGH, GRUR 1957, 426 (427) – Getränke Industrie; BGH, GRUR 1992, 865 – Volksbank; v. Gamm, UWG, § 16 UWG, Rn. 39; Gloy/Schultz-Süchting, § 57, Rn. 3 ff.; GK/Teplitzky, § 16 UWG, Rn. 103.

⁶⁸⁴ BGH, GRUR 2004, 514 (515) – Telekom; BGH, GRUR 2007, 888 (889) – Euro Telekom.

⁶⁸⁵ Vgl. BGH, GRUR 1955, 95 (96) – Buchgemeinschaft; BGH, GRUR 1957, 426 (427) – Getränke Industrie; BGH, GRUR 1992, 329 (331) – AjS-Schriftenreihe; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 7; GK/Teplitzky, § 16 UWG, Rn. 216; Kur/v. Bomhard/Albrecht/Weiler, § 5 MarkenG, Rn. 92.

Bei der Beurteilung der Verkehrsgeltung von Unternehmenskennzeichen kann gleichwohl – mit gewissen Modifikationen – auf die sog. „Chiemsee-Kriterien“ zurückgegriffen werden, die der EuGH für die Verkehrsdurchsetzung gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG bzw. den Erwerb von Unterscheidungskraft durch Benutzung gemäß Art. 3 Abs. 3 S. 1 MarkenRL 89/104/EWG (heute Art. 4 Abs. 4 S. 1 MarkenRL (EU) 2015/2436) als Eintragungsvoraussetzung von Marken entwickelt hat.⁶⁸⁶ In der *Chiemsee*-Entscheidung hat der EuGH als Kriterien für die Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung bzw. den Erwerb von Unterscheidungskraft eingetragener Marken folgende Gesichtspunkte angeführt, die in ihrer Wechselwirkung zu prüfen und zu gewichten sind und die eine Berücksichtigung zusätzlicher Gesichtspunkte nicht ausschließen: der Marktanteil, der auf die Marke entfällt, die Intensität der Benutzung der Marke, die geografische Verbreitung der Benutzung der Marke, die Dauer der Benutzung der Marke, der Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke, der Anteil der beteiligten Verkehrskreise, der die Ware aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt, Erklärungen von Industrie- und Handelskammern oder von anderen Berufsverbänden.⁶⁸⁷

Für die Beurteilung der Verkehrsgeltung eines Unternehmenskennzeichens können vergleichbare Kriterien herangezogen werden.⁶⁸⁸ Diese sind die Intensität der Zeichennutzung, die Marktbedeutung, die geografische Ausdehnung der Zeichennutzung, der Werbeaufwand des Unternehmens für das Zeichen und Erklärungen von Industrie- und Handelskammern oder von anderen Berufsverbänden. In der Sache waren diese Kriterien auch traditionell von der deutschen Rechtsprechung bei der Beurteilung der Verkehrsgeltung berücksichtigt worden, bevor die Rechtsprechung ihr Hauptaugenmerk auf die Ergebnisse demoskopischer Gutachten legte.⁶⁸⁹

Selbstverständlich nicht direkt übertragen werden kann das – nach der deutschen Rechtspraxis zu eingetragenen Marken zentrale⁶⁹⁰ – Kriterium, welcher Anteil der beteiligten Verkehrskreise eine Ware aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt. Denn dieser Gesichtspunkt entspricht der Herkunftsfunktion der eingetragenen Marke als deren Hauptfunktion (vgl. zur Herkunftsfunktion der Marke S. 39).⁶⁹¹ Die

⁶⁸⁶ *KG*, NJOZ 2009, 311 (313) – europamöbel; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 27 ff.

⁶⁸⁷ *EuGH*, GRUR 1999, 723 (727), Tz. 51 – Chiemsee.

⁶⁸⁸ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 27 ff.

⁶⁸⁹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 29 f. mit umfassenden Nachweisen aus der Rechtsprechung der 20er bis 70er Jahre.

⁶⁹⁰ Vgl. *BGH*, GRUR 2014, 483 (486), Tz. 32 – test.

⁶⁹¹ Zur Herkunftsfunktion *EuGH*, GRUR 2003, 55 (58), Tz. 53 f. – Arsenal; *EuGH*, GRUR 2005, 153 (155), Tz. 59 – Anheuser-Busch; *EuGH*, GRUR 2007, 318 (319), Tz. 21 – Opel/Autec; *EuGH*, GRUR 2007, 971 (972), Tz. 21 – Céline; *EuGH*, Urt. v. 25.07.2018, Az.C-129/17, Tz. 35 – Mitsubishi/Duma.

rechtlich geschützten Funktionen des Unternehmenskennzeichens sind jedoch nicht die Herkunftsfunktion, sondern primär die Identifikations- und Unterscheidungsfunktion (vgl. dazu S. 36). Hierzu passt der Ansatz des EuGH für eingetragene Marken nicht. Bei Unternehmenskennzeichen ist eine andere Betrachtungsweise geboten. Für die Verkehrsgeltung des Unternehmenskennzeichens kommt es darauf an, ob ein Zeichen als Kennzeichen gerade eines bestimmten Unternehmens oder Unternehmensinhabers zur Identifizierung und Unterscheidung von anderen Unternehmen oder Unternehmensinhabern wahrgenommen wird.⁶⁹² Die entscheidende Größe hierfür ist der in einem demoskopischen Gutachten über eine Verkehrsbefragung ermittelte Zuordnungsgrad.⁶⁹³ Der Zuordnungsgrad gibt an, welcher Anteil der angesprochenen Verkehrskreise das als Zeichen eines bestimmten Unternehmens erkannte Zeichen gerade seinem Inhaber zuordnet und nicht etwa anderen Unternehmen.⁶⁹⁴ Vom Zuordnungsgrad zu unterscheiden sind der Bekanntheitsgrad und der Kennzeichnungsgrad. Der Bekanntheitsgrad gibt an, inwieweit die relevanten Verkehrskreise das Zeichen auf dem entsprechenden wirtschaftlichen Tätigkeitsgebiet überhaupt kennen.⁶⁹⁵ Der Kennzeichnungsgrad, auf den es für die Verkehrsdurchsetzung von Marken entscheidend ankommt,⁶⁹⁶ gibt Auskunft darüber, inwieweit das Zeichen als Hinweis auf (irgend)ein ganz bestimmtes Unternehmen verstanden wird, wobei es nicht darauf ankommt, dass die angesprochenen Verkehrskreise eine klare Vorstellung davon haben, um welches Unternehmen genau es sich handelt.⁶⁹⁷

Die beteiligten Verkehrskreise, auf die es für die Ermittlung der Verkehrsgeltung ankommt, sind diejenigen, die mit dem Unternehmen in geschäftlichen Kontakt treten oder treten können, für dessen Kennzeichen Verkehrsgeltung beansprucht wird.⁶⁹⁸

Welcher Zuordnungsgrad für eine Verkehrsgeltung ausreichend ist, ist nicht generell bestimmbar. Er ist abhängig vom jeweiligen Einzelfall und dem Interesse der Mitbewerber an

⁶⁹² *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 47 unter Hinweis auf *RG*, GRUR 1911, 318 (319) – Blechschilder.

⁶⁹³ *BGH*, GRUR 2016, 939 (943), Tz. 42 – *wetter.de*; *OLG Dresden*, MMR 2015, 193 (194) – *fluege.de*; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 47.

⁶⁹⁴ *Dauskardt*, S. 318; *Dobel*, S. 141; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 46; *Hasselblatt/Pflüger/Dobel*, § 9, Rn. 81.

⁶⁹⁵ *Dauskardt*, S. 314; *Dobel*, S. 141; *Hasselblatt/Pflüger/Dobel*, § 9, Rn. 72.

⁶⁹⁶ *BGH*, GRUR 2007, 1077 (1069), Tz. 36 – *Kinderzeit*; *BGH*, GRUR 2014, 483 (486), Tz. 36 – *test*; *Ingerl/Rohnke*, § 8 MarkenG, Rn. 350.

⁶⁹⁷ *Dauskardt*, S. 316; *Dobel*, S. 141; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 46; *Hasselblatt/Pflüger/Dobel*, § 9, Rn. 77.

⁶⁹⁸ *BGH*, GRUR 1955, 481 (484) – *Hamburger Kinderstube*; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 50 unter Hinweis auf *BGH*, GRUR 1957, 25 (27) – *Hausbücherei*; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 54.

der freien Verfügbarkeit der Bezeichnung, also dem Freihaltebedürfnis.⁶⁹⁹ Bei Kennzeichen, denen die namensmäßige Unterscheidungskraft von Haus aus fehlt, weil sie entweder beschreibende Angaben (dazu S. 95) oder sprachüblich sind, ist eine sog. qualifizierte Verkehrsgeltung erforderlich.⁷⁰⁰ Hierfür wird ein Zuordnungsgrad von mindestens 50% verlangt.⁷⁰¹ Gerechtfertigt werden derart hohe Werte durch den erheblichen Widerstand der Verkehrswahrnehmung, ein an sich im Gemeingebrauch stehendes Zeichen einem einzigen Unternehmen zuzuordnen,⁷⁰² sowie durch das Freihaltebedürfnis, das an solchen Zeichen besteht. Dasselbe gilt, wenn etwa ein fremdsprachiges Kennzeichen von den angesprochenen Verkehrskreisen zwar als unterscheidungskräftiges Fantasiezeichen verstanden wird, hieran aber ein Freihaltebedürfnis besteht (dazu S. 86 ff.).⁷⁰³ In beiden Fällen können je nach dem Grad des Freihaltebedürfnisses strengere Anforderungen an die Verkehrsgeltung zu stellen und höhere Werte zu fordern sein. Je größer das Freihaltebedürfnis ist, desto höhere Zuordnungsgrade sind erforderlich.⁷⁰⁴ Im Einzelfall kann eine erheblich über 50% Zuordnungsgrad liegende oder gar eine „nahezu einhellige“ Verkehrsgeltung notwendig sein.⁷⁰⁵ Für eine einhellige Verkehrsgeltung werden aber keine Prozentsätze nahe 100% gefordert, die sich in einer demoskopischen Befragung praktisch kaum erreichen lassen; ein Zuordnungsgrad von 70% kann genügen.⁷⁰⁶

IV. Besondere Schutzvoraussetzung für Unternehmenskennzeichen ohne Namensfunktion: Verkehrsgeltung

Für Unternehmenskennzeichen ohne Namensfunktion, also das Geschäftsabzeichen und die sonstigen betrieblichen Unterscheidungszeichen, ist Verkehrsgeltung gesetzliche Schutzvoraussetzung (dazu oben S. 18 f. und 102 f.). Ist Verkehrsgeltung erreicht, gelten diese Zeichen innerhalb der beteiligten Verkehrskreise zwar als identifizierendes und unterscheidendes Kennzeichen eines bestimmten Unternehmens, gleichwohl hält der Verkehr sie aber nicht für dessen namensmäßige Bezeichnung.⁷⁰⁷ Der Begriff der Verkehrs-

⁶⁹⁹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 69 f.; *Ingerl/Rohnke*, § 5 MarkenG, Rn. 53.

⁷⁰⁰ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 69; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 56.

⁷⁰¹ *BGH*, GRUR 2016, 939 (943), Tz. 42 – *wetter.de*; *KG*, NJOZ 2009, 311 (312 f.) – *europamöbel*; *OLG Dresden*, MMR 2015, 193 (194) – *fluege.de*; *Emmerich*, § 18, Rn. 15; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 69.

⁷⁰² *Callmann*, § 16 UWG, Rn. 29a.

⁷⁰³ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 73.

⁷⁰⁴ Vgl. *BGH*, GRUR 1992, 865 – *Volksbank*; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 73.

⁷⁰⁵ *BGH*, GRUR 1992, 865 – *Volksbank*; *OLG Köln*, NJOZ 2010, 2103 – *Festivalplaner*; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 70.

⁷⁰⁶ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 70 m.w.N.

⁷⁰⁷ *BGH*, GRUR 1953, 290 (291) – *Fernsprechnummer*; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 4, Rn. 2; *Baumbach/Hefermehl*, UWG (17. Aufl. 1993), § 16, Rn. 140; *GK/Teplitzky*, § 16 UWG, Rn. 73; *Büscher/Dittmer/Schiwy/Schalk*, § 5 MarkenG, Rn. 33; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 61.

geltung in § 5 Abs. 2 S. 2 MarkenG ist identisch mit dem der Verkehrsgeltung als besondere Schutzvoraussetzung der Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion, denen die namensmäßige Unterscheidungskraft von Haus aus fehlt. Er hat aber eine jeweils andere Funktion. Für die Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion bedeutet der Erwerb von Verkehrsgeltung einen Bedeutungswandel hin zu einem namensmäßigen Kennzeichen eines einzigen Unternehmens bzw. seines Inhabers. Für die Geschäftsabzeichen bedeutet die Verkehrsgeltung einen Bedeutungszuwachs in dem Sinne, dass ein bestimmtes Bild, eine Hausfarbe oder die Gestaltung eines Betriebsmittels auch als Kennzeichen eines bestimmten Unternehmens gilt, obwohl das Zeichen natürlich nach wie vor als Bild, Farbe oder Form eines Betriebsmittels wahrgenommen wird.⁷⁰⁸

Bei Zeichen, die ihrem Charakter nach zur Unterscheidung eines Unternehmens von anderen Unternehmen des gleichen Geschäftszweigs geeignet sind, reicht eine einfache Verkehrsgeltung aus, also ein Zuordnungsgrad von 20% bis 25%.⁷⁰⁹ Hierzu zählen etwa Bildzeichen, die nicht beschreibend sind, wie z. B. das Bild eines Salamanders für einen Schuhhersteller.

Bei Zeichen, die beschreibend oder freihaltebedürftig sind, wird eine qualifizierte Verkehrsgeltung verlangt, also ein Zuordnungsgrad von nicht unter 50%.⁷¹⁰ Hierzu zählt etwa das Bildzeichen des Kölner Doms für Kölnischwasser.⁷¹¹ Dasselbe gilt für Farbzeichen als Hausfarben.⁷¹²

C. Ende des Kennzeichenschutzes

I. Die Kehrseiten-Theorie des BGH

Das MarkenG regelt weder ausdrücklich sämtliche Voraussetzungen für die Entstehung des Kennzeichenschutzes, noch dessen Ende. § 5 Abs. 2 MarkenG legt als Mindestvoraussetzung lediglich fest, dass ein Unternehmenskennzeichen im geschäftlichen Verkehr benutzt werden muss. Ebenso wie beim Schutzbeginn müssen daher die Kriterien eines Schutzes aus dem Sinn und Zweck des Kennzeichenschutzes abgeleitet werden. In der *mt-perfect*-Entscheidung hatte der BGH die Gelegenheit genutzt, um grundlegende

⁷⁰⁸ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 51 und 69.

⁷⁰⁹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 91; *Emmerich*, § 18, Rn. 15: in der Gegend von 25%; a.A. offenbar *Büscher*, FS Fezer, S. 701 (703 f.).

⁷¹⁰ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 93.

⁷¹¹ *LG Köln*, GRUR 1954, 210 (211) – Kölnisch Wasser.

⁷¹² *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 95.

Ausführungen zu den dabei geltenden Maßstäben zu machen. An die für die Aufrechterhaltung eines Unternehmenskennzeichens im Sinne des § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG erforderliche Zeichenbenutzung sind keine höheren Anforderungen zu stellen als an die für seine anfängliche Entstehung erforderlichen Benutzungshandlungen.⁷¹³ Für den BGH ist das Ende des Zeichenschutzes die Kehrseite des Schutzbeginns.⁷¹⁴ Daher gilt: Liegen die für den Schutzbeginn erforderlichen Voraussetzungen nicht mehr vor, endet auch der Schutz des Unternehmenskennzeichens. Im Lichte des Schutzzwecks des Unternehmenskennzeichens ist das folgerichtig. Denn nur dann, wenn das Zeichen ein identifizierender und unterscheidender Hinweis auf ein im geschäftlichen Verkehr tätiges Unternehmen oder seinen Inhaber ist, besteht auch ein Bedürfnis und auch eine Legitimation, diese rechtlich anerkannten Kennzeichenfunktionen weiterhin zu schützen. Wird das Zeichen nicht mehr benutzt, besteht auch kein Bedürfnis, das Unternehmen bzw. seinen Inhaber von anderen zu unterscheiden und den in dem Kennzeichen enthaltenen Goodwill zu schützen.⁷¹⁵ Oder anders ausgedrückt: Der Kennzeichenschutz endet mit der endgültigen Aufgabe des Kennzeichengebrauchs bzw. mit der endgültigen Aufgabe des Geschäftsbetriebs.⁷¹⁶

II. Fälle, in denen eine Schutzvoraussetzung weggefallen ist

1. Endgültige Aufgabe der Benutzung im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit einem lebenden Unternehmen

Der Schutz eines Unternehmenskennzeichens setzt gemäß § 5 Abs. 2 MarkenG dessen Benutzung im geschäftlichen Verkehr voraus. Davon ist nach der maßgeblichen Auffassung des Rechtsverkehrs dann auszugehen, wenn das Unternehmenskennzeichen dauerhaft und nach Auffassung des Rechtsverkehrs endgültig und nicht nur vorübergehend nicht mehr verwendet wird.⁷¹⁷ Das kann dann der Fall sein, wenn der Zeicheninhaber die Zeichennutzung aufgibt, weil er ein anderes Zeichen als Unternehmenskennzeichen verwenden möchte.⁷¹⁸ Oder das bisherige Zeichen wird wesentlich, d. h. in seiner charakteristischen Eigenart, verändert, wie bei einem Wechsel von „Matrix“ zu „Metrix“.⁷¹⁹ Dann entscheidet die Verkehrsauffassung, ob die charakteristische Eigenart verloren gegangen

⁷¹³ BGH, GRUR 2016, 1066 (1067), Tz. 23 – mt-perfect.

⁷¹⁴ Hacker, Markenrecht, § 32, Rn. 827.

⁷¹⁵ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 10, Rn. 1.

⁷¹⁶ Hacker, Markenrecht, § 32, Rn. 824.

⁷¹⁷ BGH, GRUR 2005, 871 (872) – Seicom.

⁷¹⁸ Vgl. BGH, GRUR 2005, 871 (872) – Seicom; v. Gamm, Wettbewerbsrecht, Kapitel 56, Rn. 44.

⁷¹⁹ BGH, GRUR 1973, 661 (662) – Metrix.

ist. Die Literatur schlägt in diesem Zusammenhang eine Anlehnung an das markenrechtliche Kriterium des kennzeichnenden Charakters i.S. des § 26 Abs. 3 S. 1 MarkenG⁷²⁰ und bei der Firma speziell der Wertungen des § 22 HGB vor.⁷²¹

Es kommt allein auf die fortdauernde tatsächliche Zeichenbenutzung an. Demgegenüber ist die schlichte Löschung der eingetragenen Firma im Handelsregister ebenso wenig von Bedeutung für das Schutzende, wie die Eintragung der Firma für den Schutzbeginn von Bedeutung ist (vgl. hierzu S. 68 f.).⁷²²

2. Aufgabe des Unternehmens

Der Schutz des Kennzeichens erfordert eine dauerhafte, wirtschaftliche Betätigung. Spiegelbildlich endet der Schutz, wenn von einer dauerhaften wirtschaftlichen Betätigung nicht mehr die Rede sein kann.⁷²³ Nimmt das Unternehmen nicht mehr am geschäftlichen Verkehr teil, endet auch der Schutz des Kennzeichens nach § 5 Abs. 2 MarkenG.⁷²⁴ Nur ein Kennzeichen, das mit einem lebenden Unternehmen verbunden ist, kann seine Identifikations-, Unterscheidungs- und Goodwill-Funktion erfüllen (dazu S. 36 ff.). Und nur ein lebendes Unternehmen benötigt zu seiner Identifikation und Unterscheidung ein Kennzeichen, das auch dem Aufbau seines Goodwills dient.

a) Endgültige Aufgabe des Unternehmens

Erforderlich ist die endgültige Aufgabe des Unternehmens und damit die endgültige Einstellung der geschäftlichen Tätigkeit, für die das Unternehmenskennzeichen verwendet wird.⁷²⁵ Die Kehrseiten-Theorie des BGH gibt einen Hinweis darauf, wann von einer endgültigen Einstellung des Unternehmens auszugehen ist und welcher Maßstab an eine schutzbegründende Benutzungsaufnahme zu stellen ist. Soweit noch irgendwelche Handlungen vorgenommen werden, die für eine Entstehung des Schutzes genügen würden, liegt keine Aufgabe des Unternehmens vor.⁷²⁶ Dies stimmt mit dem Grundsatz überein, dass für den Schutzbeginn nicht eine volle Entfaltung der Unternehmenstätigkeit verlangt

⁷²⁰ Gloy/Schulz-Süchting, § 56, Rn. 4, 44; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 10, Rn. 19.

⁷²¹ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 10, Rn. 22.

⁷²² BGH, GRUR 1961, 420 (422) – Cuypers; OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2003, 8 (10) – START; Hacker, Markenrecht, § 32, Rn. 824; v. Gamm, Wettbewerbsrecht, Kapitel 56, Rn. 49.

⁷²³ Sosnitza, Markenrecht, § 17, Rn. 3.

⁷²⁴ BGH, GRUR 1997, 749 (752) – L'Orange.

⁷²⁵ RGZ 170, 264 (274 f.) – Hänsel; BGH, GRUR 2005, 871 (872) – Seicom; BGH, GRUR 2013, 1150 (1152), Tz. 29 – Baumann I; BGH, GRUR 2016, 1066 (1067), Tz. 22 – mt-perfect; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 18, Rn. 49; v. Gamm, UWG, § 16 UWG, Rn. 24; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 78.

⁷²⁶ BGH, GRUR 2016, 1066 (1067), Tz. 23 – mt-perfect.

wird, sondern eine Benutzung des Zeichens in einem Stadium der Vorbereitung der Geschäftstätigkeit genügt (dazu oben S. 68). Das bedeutet zugleich, dass an die endgültige Aufgabe bzw. Einstellung des Unternehmens strenge Anforderungen zu stellen sind.⁷²⁷ Selbst eine zeitweilige Betriebsunterbrechung ist daher keine endgültige Einstellung, wenn noch Handlungen vorgenommen werden, die eine Wiederaufnahme der geschäftlichen Tätigkeit ermöglicht.⁷²⁸ Diese Phase entspricht in der Sache der Vorbereitung einer erstmaligen Aufnahme der geschäftlichen Tätigkeit. Maßgeblich ist ebenso wie bei der Schutzentstehung das Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise.⁷²⁹ Eine vorübergehende Unterbrechung ist unschädlich, solange erkennbar noch die Möglichkeit zur Fortführung des Geschäfts und die ernste Absicht der Weiterbenutzung besteht.⁷³⁰ Das Publikum wird daher dann nicht mehr von einer Fortsetzungsmöglichkeit und einem Fortsetzungswillen⁷³¹ ausgehen, wenn die materiellen und immateriellen Vermögenswerte, wie Maschinen, Know-how, Kunden- und Lieferbeziehungen, etc. dem Unternehmen endgültig entzogen wurden.⁷³² Der Untergang der wirtschaftlichen Grundlagen markiert die Grenze zwischen einer nur vorübergehenden Unterbrechung und der endgültigen Einstellung des Unternehmens.⁷³³

Ändert das Unternehmen seinen Geschäftsgegenstand so wesentlich, dass der Verkehr nicht mehr von einer Fortsetzung des alten Unternehmens ausgeht (z. B. Schließung einer Bierwirtschaft und Eröffnung eines Tanzcabarets an gleicher Stelle),⁷³⁴ steht dies einer endgültigen Einstellung des ursprünglichen Unternehmens gleich.⁷³⁵ Damit entfällt der im Zusammenhang mit dem ursprünglichen Geschäftsgegenstand begründete Kennzeichenschutz. Bei einem Wechsel der Rechtsform⁷³⁶ wird das ursprüngliche Unternehmen fortgeführt; der Kennzeichenschutz bleibt erhalten.⁷³⁷

⁷²⁷ RGZ 170, 264 (274 f.) – Hänsel.

⁷²⁸ BGH, GRUR 1973, 363 (364) – Baader.

⁷²⁹ BGH, GRUR 2016, 1066 (1067), Tz. 23 – mt-perfect.

⁷³⁰ BGH, GRUR 1957, 25 – Hausbücherei; BGH, GRUR 1961, 85 (88) – Pfiffikus-Dose: regelmäßig keine vorübergehende Unterbrechung bei einem Zeitraum von mehr als 5 Jahren.

⁷³¹ BGH, GRUR 2016, 1066 (1067), Tz. 22 – mt-perfect; Kur/v. Bomhard/Albrecht/Weiler, § 5 MarkenG, Rn. 139; vgl. auch die eingehende Darstellung bei *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 10, Rn. 62 f.

⁷³² Vgl. *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 10, Rn. 44 m.w.N.

⁷³³ RGZ 170, 264 (274 f.) – Hänsel.

⁷³⁴ BGH, GRUR 1957, 550 (552) – Tabu II.

⁷³⁵ BGH, GRUR 2016, 1066 (1067), Tz. 22 – mt-perfect.

⁷³⁶ BGH, GRUR 2013, 1150 (1153), Tz. 32 – Baumann.

⁷³⁷ BGH, GRUR 1993, 404 (405) – Columbus; BGH, GRUR 2008, 801 (802), Tz. 22 – Hansen-Bau.

b) Wegfall des Unternehmensträgers

Ein Kennzeichen erlischt zusammen mit dem Wegfall des Rechtsträgers, den es identifiziert und unterscheidet und mit dem es verbunden ist. Eine juristische Person und damit ihre Kennzeichen erlöschen mit deren Auflösung. Bei Personengesellschaften ist zu bedenken, dass trotz ihrer Auflösung das Kennzeichen u.U. (etwa durch frühere Gesellschafter) weiterhin im geschäftlichen Verkehr verwendet wird.⁷³⁸ Dann kann der Name bzw. die Firma als besondere Geschäftsbezeichnung weiterhin geschützt sein.⁷³⁹ Mit dem Tod einer natürlichen Person endet zugleich der Schutz ihres Namens (im Sinne von § 12 BGB und § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 1 MarkenG) und der mit ihr verbundenen Pseudonyme und Künstlernamen.⁷⁴⁰ Allerdings kann der Name der natürlichen Person auch zum Bestandteil des Vermögens des Namensträgers geworden sein, dann nämlich, wenn der Name zugleich die besondere Geschäftsbezeichnung für ein von der Person zu trennendes Unternehmen ist.⁷⁴¹ Beispiele sind die mit dem bürgerlichen Namen bezeichneten Einzelhandelsgeschäfte, Artistengruppen,⁷⁴² Werbeagenturen und Galerien. In solchen Fällen kann zwar nicht der Name, aber die gleichlautende besondere Geschäftsbezeichnung gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 3 MarkenG vererbt werden und bleibt erhalten, wenn sie weiterhin für das Unternehmen im geschäftlichen Verkehr benutzt wird.

3. Wegfall der namensmäßigen Unterscheidungskraft

Eine der wesentlichen rechtlich geschützten Funktionen eines Unternehmenskennzeichens und zugleich Legitimationsgrundlage für seinen Schutz ist seine Fähigkeit, das Unternehmen oder seinen Träger von anderen zu unterscheiden (vgl. zur Unterscheidungsfunktion die Ausführungen auf S. 36 f.). Wandelt sich das Kennzeichen zum Gattungsbegriff, weil es vom Verkehr als beschreibende Bezeichnung eines bestimmten Unternehmenstyps nach seinem Geschäftsgegenstand oder einer Ware oder Dienstleistung erscheint, geht der Schutz verloren.⁷⁴³ Allerdings wird das in der Praxis nur selten der Fall sein, da ein Unternehmenskennzeichen kein exklusives Absatzrecht vermittelt⁷⁴⁴ und somit auch nur selten eine dominante Alleinstellung für eine bestimmte Unternehmensleistung

⁷³⁸ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 10, Rn. 79.

⁷³⁹ *OLG Frankfurt*, GRUR 1984, 891 (893) – Rothschild.

⁷⁴⁰ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 10, Rn. 81 f. m.w.N.

⁷⁴¹ *OLG Frankfurt*, GRUR 1984, 891 (893) – Rothschild; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 10, Rn. 84 und § 3, Rn. 191 ff.

⁷⁴² RGZ 101, 226 (229) – Uessems Artistenkinder.

⁷⁴³ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 10, Rn. 97.

⁷⁴⁴ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 90.

am Markt entsteht.⁷⁴⁵ Zudem besteht Einigkeit, dass eine Umwandlung zur Gattungsbezeichnung erst dann eintritt, wenn nur noch ein zu vernachlässigender Teil des angesprochenen Verkehrs in dem Zeichen einen Hinweis auf das Unternehmen sieht.⁷⁴⁶

4. Wegfall der Verkehrsgeltung

Ebenso, wie der Schutz eines Kennzeichens erst mit Verkehrsgeltung entstehen kann, endet sein Schutz, wenn die Verkehrsgeltung verloren geht.⁷⁴⁷ Auch für diese Zeichen gilt der Grundsatz, dass für das Schutzzende der gleiche Maßstab anzuwenden ist, wie für den Beginn des Kennzeichenschutzes.⁷⁴⁸ Die Rechtsprechung geht bei einer Nichtbenutzung des Kennzeichens von fünf Jahren von einem Verlust der Verkehrsgeltung „*in der Regel*“ aus.⁷⁴⁹

5. Wegfall der Benutzungsbefugnis

aa) Allgemeiner Grundsatz

Es gilt der allgemeine Grundsatz, dass nur ein befugt benutztes Kennzeichen auch Schutz verdient. Umfangreich wurde auf das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der befugten Benutzung bereits auf S. 74 ff. eingegangen; auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen. Dieser Grundsatz hat nicht nur für die Entstehung des Kennzeichenschutzes Bedeutung, sondern auch für dessen Ende. Auch hier gilt die allgemeine Kehrseiten-Theorie des BGH. Deshalb endet der Schutz einer geschäftlichen Bezeichnung in dem Moment, in dem deren fortdauernde Zeichenbenutzung zu einer unbefugten wird.⁷⁵⁰

bb) Insbesondere Irreführung

Nach traditioneller Auffassung endet der Schutz auch dann, wenn eine ursprünglich zulässige Firma durch eine Änderung der geschäftlichen Verhältnisse irreführend wird. Die Befugnis, eine Firma zu führen, und damit ihr materieller Schutz, endet, „*sobald die geschäftlichen Verhältnisse des Firmenträgers im Widerspruch zu dem Inhalt des Firmennamens treten und die Allgemeinheit aus der Beibehaltung der Firma unzutreffende Schlüsse auf*

⁷⁴⁵ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 10, Rn. 93 f.

⁷⁴⁶ BGH, GRUR 1977, 226 (227) – Wach und Schließ: „*nur zögerlich zu bejahende Umwandlung*“; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 84.

⁷⁴⁷ BGH, GRUR 2012, 534 (537), Tz. 33 – Landgut Borsig; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 10, Rn. 106; Ingerl/Rohnke, § 5 MarkenG, Rn. 71; Büscher/Dittmer/Schiwy/Schalk, § 5 MarkenG, Rn. 32; Gloy/Schultz-Süchting, § 56, Rn. 68; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 85; GK/Teplitzky, § 16 UWG, Rn. 133.

⁷⁴⁸ Vgl. BGH, GRUR 2016, 1066 (1067), Tz. 23 – mt-perfect; vgl. auch Kur/v. Bomhard/Albrecht/Weiler, § 5 MarkenG, Rn. 154 f.

⁷⁴⁹ BGH, GRUR 1961, 85 (88) – Pfiffikus-Dose.

⁷⁵⁰ BGH, GRUR 1954, 271 (273) – DUN-Europa; BGH, GRUR 2010, 156 (157), Tz. 24 – EIFEL-ZEITUNG; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 10, Rn. 86.

*die geschäftlichen Verhältnisse des Firmenträgers [...] ziehen könnte.*⁷⁵¹ Ein irreführendes Kennzeichen wird nicht befugt benutzt (dazu S. 75 f.).

Dies bedeutet, dass nach den allgemeinen Regeln eine Firma ihren Schutz in dem Moment verliert, in dem sie irreführend wird, gleichgültig wie lange sie zuvor ohne Irreführung und damit befugt im geschäftlichen Verkehr benutzt wurde.

Lange gibt demgegenüber zu bedenken, dass die über jahrelange Firmenführung aufgebaute wirtschaftliche Bedeutung der Firma einen schutzwürdigen Besitzstand darstelle, der es rechtfertige, dass in entsprechender Anwendung von §§ 5, 8 UWG i.V.m. § 49 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG der Schutz des Unternehmenskennzeichens nur dann ende, wenn die durch die fortgesetzte Firmenführung begangenen Verstöße so schwerwiegend seien, dass den Belangen der Allgemeinheit nicht in anderer Weise Rechnung getragen werden könne.⁷⁵² Auch irreführende Firmen sollen daher nach einer Interessenabwägung im Einzelfall materiellen Schutz genießen können.

Hieran ist Folgendes richtig: Das Allgemeininteresse an einer Verhinderung der Irreführung wegen einer nur geringen Irreführungsfahrkann mag mit der Zeit so weit geschwunden sein, dass es ausnahmsweise gegenüber einem zwischenzeitlich erworbenen rechtserheblichen Besitzstand aufgrund einer Interessenabwägung und unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zurücktritt.⁷⁵³ Diese Interessenabwägung hat im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Firmenführung durchaus ihre Berechtigung. Denn hier kommt es nicht auf die Frage an, ob dem Unternehmenskennzeichen von der Rechtsordnung ein materieller Schutz gewährt werden soll. Es geht nur darum, innerhalb welcher wettbewerbsrechtlichen Grenzen die zulässig gewählte Firma weiterhin im Verkehr geführt werden kann. Für die hier zu beurteilende Frage, ob der (nicht mehr) im Einklang mit der Rechtsordnung geführten Firma ein materiell-rechtlicher Schutz gewährt werden soll, sind diese Wertungen aber nicht sachgerecht. Für Beginn und Ende des materiellen Schutzes des Unternehmenskennzeichens muss allein entscheidend sein, ob das Kennzeichen im Einklang mit der Rechtsordnung steht. Es ist deshalb durchaus möglich, dass der erworbene Besitzstand einem Unterlassungsanspruch – gerichtet gegen die Nutzung der Firma – entgegensteht. Die Interessenabwägung kann aber nicht dazu führen, dass die Rechtsordnung, die auf die Durchsetzung eines Verbots der irreführenden

⁷⁵¹ *BGH*, GRUR 1954, 271 (273) – DUN-Europa.

⁷⁵² *Lange*, § 5, Rn. 2616.

⁷⁵³ Vgl. dazu *BGH*, GRUR 1977, 159 (161) – Ostfriesische Teegesellschaft; *BGH*, GRUR 2003, 628 (630) – Klosterbrauerei.

Zeichenführung verzichtet, einem irreführenden Kennzeichen obendrein auch noch einen materiellen Schutz gewährt und damit dem Inhaber Handhabe gibt, hieraus gegen Kennzeichen von Wettbewerbern vorzugehen.⁷⁵⁴ Die Interessenabwägung mag gleichsam negativ den Unterlassungsanspruch abwehren, kann aber nicht positiv Rechte schaffen. Sie überwindet nicht den allgemeinen Grundsatz, dass nur ein befugt, also im vollen Einklang mit der Rechtsordnung benutztes Zeichen einen materiellen Schutz verdient (dazu S. 74 ff).

6. Trennung des Kennzeichens vom Unternehmen

Wird das Unternehmen nicht eingestellt, sondern übertragen und in der Hand des Bewerbers weitergeführt, bleibt der Kennzeichenschutz erhalten. Für die Firma als Name des Kaufmanns (§ 17 HGB) ist dies in §§ 22, 23 HGB ausdrücklich geregelt. Das HGB-Firmenrecht bindet nach § 23 HGB die Firma an das kaufmännische Unternehmen und sieht eine Trennung von Firma und Handelsgeschäft nicht vor (vgl. zur Übertragbarkeit der Firma S. 194 ff.).⁷⁵⁵ Eine vom Handelsgeschäft getrennte Firma erlischt.⁷⁵⁶ Diese Wertung gilt auch innerhalb des § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 2 MarkenG, denn eine vom Handelsgeschäft getrennte Firma steht nicht im Einklang mit den HGB-Vorschriften und kann nicht mehr befugt benutzt werden.

Eine den §§ 22, 23 HGB vergleichbare gesetzliche Regelung existiert für die besondere Geschäftsbezeichnung gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 3 MarkenG und für die Unternehmenskennzeichen ohne Namensfunktion gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 MarkenG nicht. Auch hier ist eine Trennung von Kennzeichen und Unternehmen aber undenkbar. Was soll eine Geschäftsbezeichnung kennzeichnen, wenn das Unternehmen, das es bisher gekennzeichnet hat, ohne sie übertragen wurde? Gestützt auf den eindeutigen Wortlaut der gesetzlichen Regelung des § 5 Abs. 2 MarkenG liegt es im Wesen der besonderen Geschäftsbezeichnung und der Unternehmenskennzeichen ohne Namensfunktion, dass sie zur Bezeichnung *eines Geschäftsbetriebs* oder *eines Unternehmens* benutzt werden müssen. Davon hängt ihr Schutz ab. Sie ist gegenüber dem Unternehmen akzessorisch⁷⁵⁷ und hat

⁷⁵⁴ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 101.

⁷⁵⁵ RGZ 63, 226 (229) – H.R. & Co.; Oetker/Schlingloff, § 23 HGB, Rn. 1; Teichmann, Rn. 394.

⁷⁵⁶ Staub/Burgard, § 31 HGB, Rn. 20; v. Gierke/Sandrock, § 17 VI (S. 259); GK/Teplitzky, § 16 UWG, Rn. 143.

⁷⁵⁷ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 15, Rn. 49.

sonst keine Existenzberechtigung.⁷⁵⁸ Ein von einem Unternehmen getrenntes Kennzeichen geht deshalb unter, denn es wird für dieses Unternehmen nicht mehr benutzt.⁷⁵⁹

D. Der räumliche Schutzbereich

I. Grundsätze

Anders als das formelle Firmenrecht, das in § 30 Abs. 1 HGB den räumlichen Schutzbereich der Firma regelt (eingehend S. 187 ff.), fehlt für den materiellen Schutz der Unternehmenskennzeichen des § 5 Abs. 2 MarkenG eine ausdrückliche, rechtliche Regelung ihrer räumlichen Grenzen. Dies war unter Geltung von § 16 UWG von 1909 nicht anders.

Rechtsprechung und Literatur haben sich daher seit langem mit der Bestimmung der territorialen Reichweite des Schutzes der Unternehmenskennzeichen befassen müssen. Der Meinungsstand ist geprägt von zwei unterschiedlichen Ansätzen.

Nach der von Rechtsprechung und herrschenden Literatur vertretenen „weiten“ Ansicht wird – entsprechend dem immaterialgüterrechtlichen Territorialitätsprinzip – Kennzeichen mit namensmäßiger Unterscheidungskraft „regelmäßig“ bundesweiter Schutz gewährt.⁷⁶⁰ Dafür spreche ein Vergleich mit den firmenrechtlichen Vorschriften der §§ 30, 37 HGB, die – anders als der Wortlaut der §§ 5, 15 MarkenG – eine Unterscheidbarkeit an demselben Ort fordern.⁷⁶¹ Der materielle Schutz des Unternehmenskennzeichens ist daher zunächst nicht räumlich begrenzt, sondern wird vielmehr bundesweit gewährt. Nur, wenn sich im Einzelfall nachweisen lässt, dass die unternehmerische Tätigkeit nach Zweck und Zuschnitt regional beschränkt und auch nicht auf Expansion ausgerichtet ist, ist auch der Schutzbereich des Unternehmenskennzeichens auf dieses geografische Tätigkeitsgebiet begrenzt.⁷⁶²

Dagegen weist *Goldmann* zu Recht auf den Wortlaut von § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG hin, der für einen in der Regel „engen“ räumlichen Schutzbereich spricht.⁷⁶³ Der räumliche Schutz besteht, wo Unternehmenskennzeichen „im geschäftlichen Verkehr [...] benutzt werden.“

⁷⁵⁸ Kahn/Weiß, § 16 UWG, Anm. V 6: „Elle n'a de raison d'être qu'à cause de l'établissement dont elle constitue le signe distinctif“.

⁷⁵⁹ BGH, GRUR 2002, 972 (974) – FROMMIA; OLG Saarbrücken, NJWE-WettbR 1996, 231 (232) – Speiselokal; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 10, Rn. 74; *Hacker*, Markenrecht, § 32, Rn. 827.

⁷⁶⁰ BGH, GRUR 1995, 754 (757) – Altenburger Spielkartenfabrik; BGH, GRUR 2014, 506 (507), Tz. 23 – sr.de; v. Gamm, Wettbewerbsrecht, Kapitel 57, Rn. 41; *Ingerl/Rohnke*, § 5 MarkenG, Rn. 14; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 70.

⁷⁶¹ RGZ 114, 90 (96) – Haus Neuerburg zu § 16 UWG von 1909.

⁷⁶² BGH, GRUR 1995, 754 (757) – Altenburger Spielkarten; BGH, GRUR 2005, 262 (263) – soco.de; *Ingerl/Rohnke*, § 5 MarkenG, Rn. 14.

⁷⁶³ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 11, Rn. 21.

Dem Kriterium der Benutzung kommt damit eine maßgebliche Bedeutung zu. Der räumliche Bereich, in dem das Kennzeichen geschäftlich benutzt wird, bestimmt zugleich auch seinen räumlichen Schutzbereich. Weil die wirtschaftlichen Realitäten ein überwiegend räumlich begrenztes Tätigkeitsgebiet der meisten Unternehmen belegen, besteht kein Anlass, den Schutzbereich zwanghaft auf ein Territorium auszudehnen, das gar nicht zum unternehmerischen Tätigkeitsgebiet des Zeicheninhabers gehört.⁷⁶⁴ Im Übrigen besteht ein Bedürfnis nach Identifikation des Unternehmens und Unterscheidung von anderen Unternehmen nur dort, wo das Unternehmen räumlich tätig ist.⁷⁶⁵ Der räumliche Schutzbereich eines Unternehmenskennzeichens ist damit zunächst auf das räumlich begrenzte Gebiet der Benutzung des Kennzeichens im geschäftlichen Verkehr beschränkt; der bundesweite Schutz bildet die Ausnahme.

Übereinstimmung zwischen diesen beiden Ansätzen besteht für diejenigen Unternehmenskennzeichen, die nur kraft Verkehrsgeltung geschützt sind. Ihr räumlicher Schutz reicht nur so weit, wie sie auch Verkehrsgeltung erlangt haben.⁷⁶⁶ Ein nur in einem bestimmten räumlichen Bereich vom beteiligten Verkehr als Kennzeichen anerkanntes Zeichen verdient auch nur in diesem Verkehrsgeltungsgebiet Schutz.⁷⁶⁷ Der geografisch nachgewiesene Bereich von Verkehrsgeltung bestimmt damit für die kraft Verkehrsgeltung geschützten Unternehmenskennzeichen zugleich die Grenzen ihres räumlichen Schutzbereichs.⁷⁶⁸ Eine bundesweite Verkehrsgeltung begründet andererseits auch einen Schutz gegen Verwechslungsgefahr im gesamten Bundesgebiet.⁷⁶⁹ Das gilt selbst dann, wenn der Zeicheninhaber an diesem Ort bisher nicht tätig war.⁷⁷⁰

II. Einzelheiten

Nachfolgend soll auf Grundlage dieser Ausführungen näher dargestellt werden, welchen Kennzeichen, welcher räumliche Schutzbereich zukommt.

⁷⁶⁴ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 11, Rn. 21 mit Hinweis auf *Knaak*, Firma und Firmenschutz, S. 196 f.

⁷⁶⁵ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 11, Rn. 21.

⁷⁶⁶ *RG*, GRUR 1937, 241 (243) – Rheinische Winzerstuben; *BGH*, GRUR 1957, 426 (427) – Getränke Industrie; *v. Gamm*, Wettbewerbsrecht, Kapitel 57, Rn. 42; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 11, Rn. 61; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 75.

⁷⁶⁷ *OLG Frankfurt*, GRUR-RR 2015, 372 (373) – Neuro Spine Center.

⁷⁶⁸ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 11, Rn. 61; *GK/Teplitzky*, § 16 UWG, Rn. 454.

⁷⁶⁹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 11, Rn. 62.

⁷⁷⁰ *RG*, MuW XXXII, 459 (460) – Nordsee II.

1. Regional beschränkter Schutz

Die Geschäftsbezeichnungen von Hotels („*Parkhotel*“⁷⁷¹), Eisdielen („*Rialto*“⁷⁷²), Gaststätten („*Treppchen*“⁷⁷³) oder Apotheken („*Uhland-Apotheke*“⁷⁷⁴) sind typische Beispiele für ausschließlich regional tätige Unternehmen. Die Kennzeichen dieser Unternehmen, deren Tätigkeitsbereich ausschließlich auf einen räumlich begrenzten Wirtschaftsbereich beschränkt ist, genießen Schutz auch nur für diesen räumlichen Bereich. Andererseits erweitert ein besonders attraktives Angebot des Unternehmens den Schutzbereich auf das Einzugsgebiet des Unternehmens.⁷⁷⁵ Bestehen konkret belegbare Expansionstendenzen, dann erstreckt sich der Schutzbereich des Kennzeichens auch auf diesen räumlichen Ausdehnungsbereich.⁷⁷⁶

In diesem Ergebnis sind sich die Vertreter sowohl der engen wie der weiten Auffassung einig.⁷⁷⁷

2. Bundesweiter Schutz

Kennzeichen von Unternehmen, die bundesweit tätig sind, werden auch bundesweit geschützt. Beispiele solcher überregional tätigen Unternehmen sind Werbeagenturen,⁷⁷⁸ Großbanken und Versicherungen, bedeutende Großhandelsunternehmen,⁷⁷⁹ Online-Verwandhändler oder Rundfunkanstalten mit bundesweiten Beiträgen.⁷⁸⁰

Für die Rechtsprechung bildet diese Fallgruppe des von vornherein bundesweiten Schutzes die Regel. Nur, wenn Zweck und Zuschnitt des Unternehmens auf eine regionale Tätigkeit ohne Expansion ausgelegt ist, besteht kein bundesweiter, sondern – wie oben ausgeführt – nur ein räumlich begrenzter Schutz.⁷⁸¹ Für *Goldmann* sind diese Kennzeichen nur

⁷⁷¹ BGH, GRUR 1977, 165 (166) – Parkhotel.

⁷⁷² BGH, GRUR 1991, 155 (156) – Rialto.

⁷⁷³ BGH, GRUR 1970, 479 (480) – Treppchen.

⁷⁷⁴ LG Stuttgart, GRUR-RR 2006, 333 (334) – Uhland Apotheke.

⁷⁷⁵ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 11, Rn. 33 ff. m.w.N. aus der Rechtsprechung.

⁷⁷⁶ BGH, GRUR 1957, 547 (549) – Tabu I; BGH, GRUR 1985, 72 (73) – Consilia; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 11, Rn. 43 ff.; *Ingerl/Rohnke*, § 5 MarkenG, Rn. 15; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 5 MarkenG, Rn. 72.

⁷⁷⁷ Vgl. die vorhergehenden Nachweise.

⁷⁷⁸ LG Frankfurt a.M., NJOZ 2006, 3215 (3217) – Buchstabe Q.

⁷⁷⁹ BGH, GRUR 1983, 182 (183) – Concordia-Uhren.

⁷⁸⁰ BGH, GRUR 2014, 506 (507), Tz. 23 – sr.de.

⁷⁸¹ Vgl. BGH, GRUR 2005, 262 (263), Tz. – socio.de.; BGH, GRUR 2007, 884 (886), Tz. 29 – Cambridge Institute.

geschützt, wenn ihre Benutzung bundesweit aufgenommen wurde oder eine entsprechende Ausdehnungstendenz besteht.⁷⁸² Weil dies bei Unternehmen, auch nach der Auffassung der Rechtsprechung regelmäßig der Fall ist, kommen auch in diesem Fall beide Auffassung zu einem übereinstimmenden Ergebnis.

⁷⁸² *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 11, Rn. 47.

2. Abschnitt: HGB-Firmenrecht

A. Firmenschutz durch Eintragung?

Gemäß § 29 HGB ist jeder Kaufmann verpflichtet, seine Firma zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Kommt die Eintragung zustande, sind mit ihr diejenigen Rechtswirkungen verbunden, die sich für das Registergericht und den Inhaber der eingetragenen Firma aus den weiteren Vorschriften des HGB ergeben. Insbesondere muss sich nach § 30 Abs. 1 HGB eine jüngere *eingetragene* Firma von einer am selben Ort *eingetragenen* älteren Firma deutlich unterscheiden. Es kommt für die Anwendbarkeit der weiteren HGB-Vorschriften also nicht auf die Benutzung der Firma im geschäftlichen Verkehr an, sondern allein auf ihre Eintragung im Handelsregister.⁷⁸³

Gemäß § 30 Abs. 1 HGB entsteht mit der Eintragung zugleich eine ausschließliche Rechtsposition der Inhaber bereits existierender Firmen, die gegen eine sich von der bestehenden Firma nicht deutlich genug abhebende neue Firma am selben Ort einen Unterlassungsanspruch nach § 37 Abs. 2 HGB geltend machen können.⁷⁸⁴ Die Eintragung der Firma im Handelsregister vermittelt damit dem Inhaber der zuerst eingetragenen Firma ein räumlich beschränktes *Firmenmonopol*⁷⁸⁵ an der von ihm gewählten und zur Eintragung gebrachten Firma. Eine (nahezu) gleichlautende Firma darf am selben Ort kein anderer Kaufmann wählen.

Der Firmeninhaber erwirbt damit eine Rechtsposition, die sich für ihn im Ergebnis als ein Firmenschutz darstellt, gewährleistet durch das Regelungssystem des formellen Firmenrechts. Vom Standpunkt der älteren Firma aus gesehen, handelt es sich um „*formelle Schutzbestimmungen*“.⁷⁸⁶ Das RG hat auch diese Normen als Regelung eines „*ausschließlichen subjektiven Rechts an der Firma als an einem Unterscheidungszeichen*“ bezeichnet.⁷⁸⁷ Es hat dabei aber ersichtlich den Standort der Zuspreehung des Charakters als subjektives Recht nicht im formellen Firmenrecht verortet, sondern die Rolle des formellen Firmenrechts nur in der Erhebung der Firma zu einem „*besonderen Rechtsgute*“ gesehen, über dessen Rechtscharakter und Rechtsschutz damit noch nichts ausgesagt ist.⁷⁸⁸ Auch

⁷⁸³ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/ *Reuschle*, § 30 HGB, Rn. 11; vgl. auch Koller/Kindler/Roth/Drüen/*Roth*, § 30 HGB, Rn. 4.

⁷⁸⁴ v. *Gierke/Sandrock*, § 17 II 4 (S. 245) spricht von einem Ausschließlichkeitsschutz.

⁷⁸⁵ *K. Lehmann*, in: FS Cohn, S. 394 (399), der in der räumlichen Begrenzung des Art. 20 ADHGB (jetzt § 30 HGB) ein Defizit eines wirksamen Firmenschutzes sieht und schon früh für einen ergänzenden materiellen Schutz über § 16 UWG von 1909 plädiert.

⁷⁸⁶ *Bußmann*, S. 32.

⁷⁸⁷ RGZ 103, 388 (392) – Commerz- und Privatbank.

⁷⁸⁸ RGZ 103, 388 (392) – Commerz- und Privatbank; ebenso *Bußmann*, S. 148.

der BGH hat zwischen dem materiellen Kennzeichenrecht durch den Schutz der Firma als Unternehmenskennzeichen und der in § 30 Abs. 1 HGB geregelten Firmenausschließlichkeit als Teil des formellen Firmenrechts unterschieden.⁷⁸⁹ Ob diese Rechtsbegünstigung dem Inhaber der Firma ein subjektives Recht vermittelt, bedarf der näheren Untersuchung anhand der Kriterien, die an ein subjektives Recht gestellt werden und erfüllt werden müssen. Denn zu Recht weisen *Enneccerus/Nipperdey* darauf hin: „*Normenschutz (oder Rechtsbegünstigung) und subjektives Recht sind nicht identisch.*“⁷⁹⁰

I. Begriff des subjektiven Rechts

1. Problemaufriss

Es entspricht wohl einhelliger Auffassung, dass das Firmenrecht ein dem bürgerlichen Namen gemäß § 12 BGB wesensgleiches Recht⁷⁹¹ und damit selbst ein subjektives Recht des Inhabers ist.⁷⁹² Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob es gerade die HGB-Firmenvorschriften sind, die dem Inhaber einer Firma ein subjektives Recht zu deren Schutz zur Verfügung stellen oder ob das subjektive Recht an der Firma seine Grundlage in anderen Vorschriften hat. Die Beantwortung dieser Frage erfordert zunächst eine nähere Auseinandersetzung mit dem Begriff des subjektiven Rechts.

2. Subjektives Recht als „Rahmenbegriff“

Dem subjektiven Recht nähert man sich am besten, wenn man es als einen Rahmenbegriff versteht.⁷⁹³ Denn seine inhaltliche Ausgestaltung erfährt das subjektive Recht durch seinen ihm durch Gesetz oder Privatautonomie zugewiesenen Inhalt, der je nach Betrachtungsweise seine unterschiedlichen Arten und Typen ins Auge fasst. Stets geht es um die Sicherung einer selbstbestimmten Freiheit.⁷⁹⁴ Das ist der Zweck des subjektiven Rechts, der sich in der Herrschaft über eine Sache, einschließlich der eigenen Persönlichkeit (subjektive Rechte als Herrschaftsrechte), in einem Forderungsrecht (subjektive Rechte als Leistungsrechte) oder in dem Recht zur einseitigen Gestaltung eines Rechtsverhältnisses (subjektive Rechte als Gestaltungsrechte) konkretisiert und manifestiert.⁷⁹⁵

⁷⁸⁹ BGH, Urt. v. 01.06.1979, Az. I ZR 48/77 – Hausbau Ulm; ebenso v. *Gamm*, in: FS Stimpel, S. 1007 (1008); *ders.*, Wettbewerbsrecht, Kapitel 55, Rn. 7 ff.; *Ingerl/Rohnke*, Nach §15 MarkenG, Rn. 251; *Steinbeck*, in: FS Horn, S. 589 (592).

⁷⁹⁰ *Enneccerus/Nipperdey*, § 72 a) I 1 (S. 431).

⁷⁹¹ *Hefermehl*, in: FS Hueck, S. 519 (522).

⁷⁹² *Müko-HGB/Heidinger*, § 17 HGB, Rn. 42; *Staub/Burgard*, § 17 HGB, Rn. 50.

⁷⁹³ *Larenz/Wolf*, § 14, Rn. 20; *Sosnitza*, Besitz, S. 71.

⁷⁹⁴ *Larenz/Wolf*, § 14, Rn. 10; ähnlich auch *Portmann*, Rn. 65 ff., Rn. 68, der in dem Umstand, dass einem Begünstigten eine vorteilhafte Ausnahmestellung verschafft wird, das Wesensmerkmal des subjektiven Rechts sieht.

⁷⁹⁵ *Larenz/Wolf*, § 14, Rn. 14 ff.

3. Formal-normative Theorien des subjektiven Rechts

Von *Bucher* stammt das Verständnis des subjektiven Rechts als eine dem Berechtigten von der Rechtsordnung verliehene Befugnis, in einem bestimmten Umfang Rechtsnormen zu setzen.⁷⁹⁶ Wenn ein übergeordneter Rechtssatz besteht, der eine entsprechende Befugnis verleiht, ist eine solche Delegation die Verleihung eines subjektiven Rechts.⁷⁹⁷ *Bucher* verfolgt damit einen formal-normativen Ansatz zur Bestimmung des subjektiven Rechts.⁷⁹⁸

Dem steht das Verständnis von *Aicher* nahe, der die Klagebefugnis zum bestimmenden Kriterium des subjektiven Rechts macht. Ein subjektives Recht sei dadurch gekennzeichnet, dass dem Individuum eine Rechtsmacht verliehen werde, bei Nichterfüllung einer Verhaltenspflicht ein staatliches Verfahren in Gang zu setzen, das in der Verhängung einer Sanktion gegenüber einem sich pflichtwidrig verhaltenden Individuum gipfelt.⁷⁹⁹

Für *Schmidt* müssen für ein subjektives Recht zwei Elemente vorliegen: einerseits, dass jemand in einem Sozialsachverhalt bestimmte sozialrelevante Veränderungen vornehmen darf (Freiheitsermächtigung) und dass andererseits alle anderen die gleichen Tatbestände nicht setzen dürfen (Generalverbot).⁸⁰⁰

4. Willenstheorie

Ausgehend von *Savigny*, der den Willen des Einzelnen in den Vordergrund stellt, sind subjektive Rechte durch eine dem einzelnen zum Zwecke der Befriedigung seiner eigenen Bedürfnisse durch die Rechtsordnung zuerkannte und gesicherte Rechts- und Willensmacht gekennzeichnet.⁸⁰¹ In dem der Berechtigte die von der Rechtsordnung als subjektive Rechte zugeordneten Befugnisse ausübt, macht er von der Rechtsmacht Gebrauch. Dazu gehört auch die Befugnis, auf ein subjektives Recht zu verzichten, es zu übertragen, also über die Befehle der Rechtsordnung zu verfügen,⁸⁰² wobei der Umfang der Dispositionsbefugnis je nach Art des subjektiven Rechts unterschiedlich sein kann.⁸⁰³ Diese Rechts- und Willensmacht ist gemeinsames Merkmal aller subjektiven Rechte.⁸⁰⁴

⁷⁹⁶ *Bucher*, S. 55, 191; vgl. auch *Sosnitza*, Besitz, S. 68; *ders.*, MarkenR 2000, 77 (79).

⁷⁹⁷ *Bucher*, S. 56.

⁷⁹⁸ *Sosnitza*, Besitz, S. 68; *ders.*, MarkenR 2000, 77 (79).

⁷⁹⁹ *Aicher*, S. 55 f.; vgl. auch *Sosnitza*, Besitz, S. 69.

⁸⁰⁰ *J. Schmidt*, S. 17, 32 ff.; vgl. auch *Sosnitz*, Besitz, S. 69 f.; *ders.*, MarkenR 2000, 77 (80).

⁸⁰¹ *Enneccerus/Nipperdey*, § 72 (S. 428 ff., insb. 438); *Savigny*, § 4, S. 7.; *Windscheid*, § 37, S. 92 f.

⁸⁰² *Schlupe*, S. 272 und 279.

⁸⁰³ Vgl. *Larenz/Wolf*, § 15, Rn. 22 ff.

⁸⁰⁴ *Larenz/Wolf*, § 14, Rn. 13.

5. Interessentheorie und die herrschende Kombinationstheorie

Jherings Verständnis eines subjektiven Rechts betont stärker den Gesichtspunkt des Interessenschutzes. Für ihn sind subjektive Rechte „*rechtlich geschützte Interessen*“.⁸⁰⁵ Damit hat *Jhering* den Weg für eine vermittelnde Ansicht gezeigt, die anerkennt, dass subjektive Rechte nicht um ihrer selbst willen gewährt und wahrgenommen werden. Die Willensmacht dient dem rechtlich geschützten Interesse eines Individuums.⁸⁰⁶ Dies ist ihr Zweck.

Die Synthese aus Interessenschutz und Willensmacht ist das heute herrschende Verständnis vom subjektiven Recht als eine dem Einzelnen zur Befriedigung seiner Interessen von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht.⁸⁰⁷

Als weiteres allgemeines Merkmal subjektiver Rechte ist der Interessenschutz damit zwar belegt.⁸⁰⁸ Interessen Einzelner oder der Gesamtheit der Rechtsunterworfenen zu schützen, ist aber nicht allein Aufgabe des subjektiven Rechts, sondern des Rechts überhaupt. Selbst die Unterscheidung, ob eine Norm dem Individual- oder dem Allgemeininteresse dient, vermag nur zu erklären, dass ein subjektives Recht zumindest dann ausgeschlossen ist, wenn das Recht ausschließlich dem Schutz des Allgemeininteresses dient.⁸⁰⁹ Umgekehrt bedeutet Individualschutz nicht auch zugleich die Annahme eines subjektiven Rechts, denn eine individuelle Begünstigung kann rechtstechnisch auf vielfältige Weise gewährt werden.

Daher kommt der den subjektiven Rechten immanenten Willensmacht eine entscheidende Bedeutung zu. Nur, wenn es allein die Willensmacht ist, die über den Schutz des Individualinteresses entscheidet, liegt ein subjektives Recht vor.⁸¹⁰ Jede andere Begünstigung ist lediglich Reflexwirkung des objektiven Rechts, nicht aber Ausfluss eines subjektiven Rechts.⁸¹¹ Dies ist überzeugend und wird dieser Untersuchung zugrunde gelegt.

II. HGB-Firmenrecht als subjektives Recht?

1. Untersuchungsziel

Hierauf aufbauend kann weiter untersucht werden, ob den Firmenvorschriften des HGB die Qualität subjektiver Rechte zukommt. Erforderlich wären damit Vorschriften, die dem

⁸⁰⁵ *Jhering*, § 60 (S. 317).

⁸⁰⁶ *Jellinek*, S. 41 f.

⁸⁰⁷ *Enneccerus/Nipperdey*, § 72 II (S. 437 f.).

⁸⁰⁸ *Schlupe*, S. 273 ff.

⁸⁰⁹ Vgl. näher zur Ausschließlichkeit als Wesenmerkmal subjektiver Rechte, *Sosnitza*, *MarkenR* 2000, 77 (78 ff.).

⁸¹⁰ *Jellinek*, S. 42; *Schlupe*, S. 279.

⁸¹¹ Vgl. *Enneccerus/Nipperdey*, § 72 a) I (S. 430 f.); *Schlupe*, S. 274.

Firmeninhaber eine allein von seinem Willen abhängige Rechtsmacht zum Schutz der von ihm gewählten Firma verleiht. Nur, wenn die Firmenvorschriften des HGB allein den Schutz des Inhabers der Firma bezwecken und nicht einem anderen Zweck dienen, können die firmenrechtlichen Vorschriften auch als Grundlage subjektiver Rechte des Inhabers qualifiziert werden.

2. Formelles Firmenrecht als Ordnungsrecht

Die §§ 17 ff. HGB waren und sind bis heute von ordnungspolitischen Zielen motiviert. HGB-Firmenrecht ist seinem Charakter (vgl. S. 21 f.) und seiner historischen Entwicklung nach Ordnungsrecht (vgl. dazu S. 46 ff.). Im Vordergrund steht eine präventive Zielrichtung, die dem öffentlichen Interesse dient, die Leichtigkeit und Sicherheit des Rechtsverkehrs zu gewährleisten und die Allgemeinheit vor Irreführungen zu schützen.⁸¹² Der vorbeugende Verkehrsschutz beginnt schon im Verfahren der Eintragung der Firma.⁸¹³ So soll verhindert werden, dass Firmen, anhand derer der hinter ihr stehende Kaufmann nicht individualisiert und identifiziert werden kann und dass täuschende Firmen im Geschäftsverkehr verwendet werden. Betrachtet man den Zweck der vom Registergericht im Eintragungsverfahren zu prüfenden Vorschriften, zeigt sich, dass es weder im Haupt- noch im Nebenzweck um den individuellen Schutz des einzelnen Kaufmanns geht. Die Anmeldepflichten nach §§ 29, 31 HGB bezwecken die Offenlegung der wesentlichen Merkmale des Unternehmens im Allgemeininteresse.⁸¹⁴ Gemäß § 18 HGB ist die Firma im Interesse des Geschäftsverkehrs⁸¹⁵ so zu bilden, dass sie zwar Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft hat (Abs. 1), aber nicht zur Irreführung geeignet ist (Abs. 2).

3. Formeller „Firmenschutz“ durch Firmenausschließlichkeit ohne subjektivrechtlichen Gehalt

a) Die Firmenausschließlichkeit als polizeiliche Befugnisnorm

Auch § 30 Abs. 1 HGB schützt im öffentlichen Interesse den Rechtsverkehr vor der Verwendung verwechslungsfähiger Firmen und begründet zu diesem Zweck den Grundsatz

⁸¹² Kessen, S. 40.

⁸¹³ OLG Frankfurt, Beschl. v. 03.05.2011, Az. 20 W 525/10 – „Verband der ...“; OLG Frankfurt, NJW-RR 2015, 727 (728), Tz. 30 – Sehzentrum; Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 35).

⁸¹⁴ MüKo-HGB/Krafka, § 29 HGB, Rn. 3 und § 31 HGB, Rn. 1; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 29 HGB, Rn. 1 m.w.N.

⁸¹⁵ MüKo-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 2.

der Firmenunterscheidbarkeit bzw. Firmenausschließlichkeit.⁸¹⁶ Auch bei historischer Betrachtung besteht kein Grund für eine andere Interpretation dahingehend, dass die durch § 30 Abs. 1 HGB vermittelte Rechtsposition ein subjektives Recht ist. Zwar ist in den Gesetzesmaterialien von einem örtlich beschränkten „*Firmenschutz*“ die Rede.⁸¹⁷ Der materielle und nicht an örtliche Grenzen gebundene Firmenschutz war jedoch bereits in § 8 UWG von 1896 (jetzt §§ 5, 15 MarkenG) geregelt.⁸¹⁸ Schon hieraus wird teilweise der Schluss gezogen, dass damit für den historischen Gesetzgeber des HGB von 1897 kein Anlass bestand, einen Firmenschutz als subjektives Recht auch in den §§ 17 ff. HGB und insbesondere in § 30 Abs. 1 HGB zu gewähren.⁸¹⁹ Diese Argumentation greift wohl zu kurz. Die Gesetzesmaterialien des HGB schweigen sich über das Verhältnis zu § 8 UWG von 1896 zu § 30 Abs. 1 HGB aus. Wegen des in § 8 UWG von 1896 vorhandenen Vorsatzerfordernisses hätte es aber durchaus nahegelegen, im Interesse des Firmeninhabers neben dem räumlich nicht eingegrenzten, aber vom Vorsatz des Verletzers abhängigen „*großen Schutzes*“ gewissermaßen einen zusätzlichen „*kleinen Schutz*“ zu gewähren, der zwar örtlich beschränkt ist, aber bereits bei einer objektiv zu großen Ähnlichkeit unabhängig von einem Vorsatz des Verletzers gewährt wird. Letztlich ist aber die Gewährung eines subjektiven Rechts durch § 30 Abs. 1 HGB allein schon deshalb ausgeschlossen, weil der dann damit verbundene Interessenschutz nicht in der Willensmacht des Firmeninhabers steht, sondern unabhängig davon von Amts wegen durch den Registerrichter gewährt wird. So gesehen ist § 30 Abs. 1 HGB eine polizeiliche Befugnisnorm und Auftrag an den Registerrichter, die vom HGB vorgeschriebene Ordnung zu wahren. Sie ist im wesentlichen öffentlich-rechtlicher Natur und bezweckt gerade nicht einen Rechtsschutz, wie ihn der

⁸¹⁶ RGZ 75, 300 (371 f.) – Stiller; RGZ 103, 388 (392) – Commerz- und Privatbank; RGZ 171, 321 (323) – CHEMPHAR; *BGH*, NJW 1966, 1813 (1815) – Husumer Vieh- und Fleischhandelsgesellschaft; *KG*, OLGZ 1991, 396 (402) – marine electronic gmbh berlin; Heymann/*Emmerich*, § 30 HGB, Rn. 1; Müko-HGB/*Heidinger*, § 30 HGB, Rn. 1; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Reuschle*, § 30 HGB, Rn. 2; Koller/Kindler/Roth/Drüen/*Roth*, § 30 HGB, Rn. 1; GK/HGB/*Würdinger*, § 30 HGB, Anm. 3; a.A. *Maier*, S. 18.

⁸¹⁷ Denkschrift, S. 40.

⁸¹⁸ *Finger*, § 8 UWG 1896, Anm. 6 b) (S. 192 ff.).

⁸¹⁹ v. *Gamm*, in: FS Stimpel, S. 1007 (1008); GK/HGB/*Würdinger*, § 37 HGB, Anm. 1 f.

materielle Unternehmenskennzeichenschutz zum Zwecke der Sicherung der Identifikations-, Unterscheidungs- und Goodwill-Funktion zur Verfügung stellt.⁸²⁰ Schließlich kann auch der Firmeninhaber nicht in die Eintragung einer gegen § 30 Abs. 1 HGB verstoßenden jüngeren Firma einwilligen.⁸²¹ Damit fehlt es an der Verfügungsmöglichkeit, die für das subjektive Recht wesensbestimmend ist (dazu näher oben S. 120 ff.).⁸²²

b) Das Firmenmissbrauchsverfahren nach § 37 Abs. 2 HGB

Fraglich erscheint, ob ein solcher allein im Allgemeininteresse stehender Normzweck auch für den Unterlassungsanspruch anzunehmen ist, den der Inhaber einer Firma gemäß § 37 Abs. 2 HGB geltend machen kann. Hiermit ist die Frage der Zuordnung dieser Vorschrift zum formellen Firmenrecht oder zum materiellen Firmenschutz angesprochen.

Gemäß § 37 Abs. 2 HGB kann derjenige, der durch den unbefugten Gebrauch einer Firma in seinen Rechten verletzt ist, von diesem die Unterlassung des Gebrauchs der Firma verlangen. Damit wird die Durchsetzung des formellen Firmenrechts ein Stück weit in die Hände privater Anspruchsteller gelegt.⁸²³ Daneben besteht weiterhin für das Registergericht die Möglichkeit, eine unbefugte Firma gemäß § 37 Abs. 1 HGB von Amts wegen zu untersagen (näher dazu S. 268 ff.).

Privater Anspruchsteller im Firmenmissbrauchsverfahren kann selbstverständlich auch ein Kaufmann in seiner Eigenschaft als Inhaber einer älteren Firma sein. Vermittelt über das Tatbestandsmerkmal des „unbefugten Gebrauchs“ können sich „*formelles und materielles Firmenrecht berühren*“.⁸²⁴ Denn die jüngere Firma, gegen die der Benutzungsunterlassungsanspruch gerichtet ist, kann aus der subjektiven Sicht des Inhabers einer älteren

⁸²⁰ RGZ 103, 388 (392 f.) – Commerz- und Privatbank: „Die Vorschrift des § 30 HGB. ist überdies wesentlich öffentlich-rechtlicher Natur und bezweckt in erster Linie, die Interessen des Publikums und des Verkehrs zu schützen; einen Wettbewerb setzt sie überhaupt nicht voraus (vgl. RGZ. Bd. 20 S. 73, Bd. 75 S. 372). Da hiernach die Entschließung des Registerrichters über die Voraussetzungen der Eintragungsfähigkeit und die daraufhin erfolgte Eintragung der Beklagten in das Handelsregister sowie ihre Nachprüfung auf ganz anderen Voraussetzungen beruht, so wird dadurch der Anspruch auf Löschung wegen Verletzung entgegenstehender Privatrechte nicht berührt. Ein solches privatrechtlich geschütztes Rechtsgut ist die Erwerbstätigkeit des Gewerbetreibenden. Dem Schutze der freien Ausübung dieses Privatrechts gegen Beeinträchtigungen durch unlautere Wettbewerbshandlung dient das UWG. Handelt es sich um eine Beeinträchtigung durch den verletzenden Gebrauch der Firma, so kann, auch wenn sie nach dem vorher Gesagten befugterweise geführt wird, nach § 16 UWG. die Unterlassung ihrer Benutzung verlangt werden, sofern durch ihre Verwechslungsfähigkeit mit der Firma des Wettbewerbers eine widerrechtliche Beschränkung der freien Erwerbstätigkeit des Letzteren hervorgerufen wird [...] insbesondere die Beschränkung des berechtigterweise bestehenden Kundenkreises des einen durch unrechtmäßige Ausnutzung seiner Arbeitserfolg oder die unliebsame Verwechslung seiner geschäftlichen Persönlichkeit mit der eines anderen bezüglich der beiderseitigen geschäftlichen Leistungen“; ebenso Bußmann, S. 32, 148, wenn auch ohne Bezugnahme auf die Entscheidung.

⁸²¹ BGH, NJW 1966, 1813 (1815) – Husumer Vieh- und Fleischhandelsgesellschaft; Staub/Bondt, 14. Aufl., § 30 HGB, Anm. 3; Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 6; Heymann/Emmerich, § 30 HGB, Rn. 1; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 30 HGB, Rn. 2; GK/HGB/Würdinger, § 30 HGB, Anm. 3.

⁸²² Bucher, S. 120 und 5.

⁸²³ BGH, GRUR 1970, 320 (322) – Doktorfirma; v. Gamm, WM 1985, 849 (852).

⁸²⁴ v. Gamm, in: FS Stimpel, S. 1007.

Firma gerade deshalb in besonderer Weise „unbefugt“ sein, weil sie nicht nur objektiv nicht mit der Rechtsordnung in Einklang steht, sondern die objektive Rechtsverletzung zugleich subjektive Rechte des Inhabers einer älteren Firma verletzt.

Die Einräumung eines privatrechtlichen Unterlassungsanspruchs gegen die unbefugte Firmenführung legt die Vermutung nahe, dass die Einhaltung der firmenordnungsrechtlichen Vorschriften auch dem individuellen Schutz des durch die unzulässig gebrauchte Firma in seinen Rechten Betroffenen dient.⁸²⁵ Mit § 37 Abs. 2 HGB wird dem Verletzten schließlich eine von seinem Willen abhängige Macht zur Verhinderung des unbefugten Firmengebrauchs eingeräumt. Dies lässt durchaus Raum für die Vorstellung, dass über die Klagebefugnis gemäß § 37 Abs. 2 HGB die formelle Rechtsposition der Firmeneintragung zu einem echten subjektiven Recht aufgeladen wird. Das würde freilich neben der Rechtsmacht voraussetzen, dass diese auch gerade im Individualinteresse des Berechtigten verliehen wird. In diese Richtung argumentiert *Canaris*, denn § 37 Abs. 2 HGB habe – anders als § 37 Abs. 1 HGB – nicht nur den Schutz der Allgemeinheit vor firmenrechtlich unzulässigen Kennzeichen zum Ziel, sondern beziehe auch einen materiell-rechtlichen Firmenschutz⁸²⁶ und sogar einen Schutz gegen wettbewerbsrechtlichen Firmengebrauch mit ein. Es sei systemwidrig, § 37 Abs. 2 HGB lediglich als rein prozessuale Klagebefugnis privater Dritter zur Durchsetzung des formellen Firmenrechts zu verstehen. Ein „*Institutionsschutz*“ sei in einer freiheitlich verfassten Rechtsordnung kein Selbstzweck, sondern diene letztlich stets dem „*Individualschutz*“, selbst wenn dies nur mittelbar Folge sei. Sofern dem Träger eines berührten Individualinteresses eine Klagebefugnis eingeräumt sei, solle man „*im Zweifel*“ von einem Individualschutz ausgehen.⁸²⁷

Zu Recht werden gegen diese Ansicht mit Hinweis auf § 37 Abs. 2 S. 2 HGB historische, systematische und Wortlautargumente vorgebracht. Die Vorgängervorschrift des Art. 27 ADHGB gewährte dem Unterlassungskläger unmittelbar einen Schadensersatzanspruch gegen den Klagegegner.⁸²⁸ Dagegen verweist § 37 Abs. 2 S. 2 HGB den Kläger für einen Schadensersatzanspruch auf andere Vorschriften außerhalb des Firmenordnungsrechts der §§ 17 ff. HGB – allerdings nur unter weiteren, zusätzlichen Voraussetzungen, als lediglich den Verstoß gegen die Vorschriften der §§ 17 ff. HGB. Schadensersatz nach

⁸²⁵ OLG Hamm. GRUR 1983, 679 (682) – Universitätsbuchhandlung; *Canaris*, § 11, Rn. 45; Düringer/Hachenburg/V. Hoener, § 37 HGB, Rn. 1; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 37 HGB, Rn. 1; Oetker/Schlingloff, § 37 HGB, Rn. 1.

⁸²⁶ Vgl. auch *Baumbach/Hefermehl*, UWG (17. Aufl. 1993), § 16 UWG, Rn. 6.

⁸²⁷ *Canaris*, GRUR 1989, 711 (714).

⁸²⁸ Art. 27 ADHGB lautete: „Wer durch den unbefugten Gebrauch einer Firma in seinen Rechten verletzt ist, kann den Unberechtigten auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma und auf Schadensersatz belangen.“

§ 15 Abs. 5 MarkenG setzt das Vorliegen einer besonderen Verletzungshandlung nach § 15 Abs. 2 und 3 MarkenG voraus. Auch die wettbewerbsrechtlichen und deliktischen Schadensersatzansprüche der §§ 9, 3 ff. UWG und §§ 12, 823 Abs. 1 BGB verlangen mehr als lediglich einen Verstoß gegen die ausschließlich dem Allgemeininteresse dienenden firmenrechtlichen Vorschriften. Dieser Verweis des Schadensersatzanspruchs auf außerhalb des Firmenrechts liegende Vorschriften und der damit gleichzeitig verbundenen systematischen Trennung des formellen Firmenrechts vom materiellen Firmenschutz belegt, dass auch § 37 Abs. 2 HGB allein im öffentlichen Interesse steht.⁸²⁹

Dass damit auch den privaten Interessen gedient ist, ist indes nur „eine Wirkung der Vorschrift, jedoch nicht ihr Zweck.“⁸³⁰ Sanktioniert wird nur das Führen einer unzulässigen Firma. Damit kommt zum Ausdruck, dass das Firmenmissbrauchsverfahren ausschließlich dem öffentlichen Interesse dient, in dem es den Verkehr vor den Gefahren, die sich aus dem Gebrauch unzulässiger Firmen ergeben können, schützen will.⁸³¹ § 37 Abs. 2 HGB nutzt die Privatinitiative zum formellen Firmenschutz⁸³² und entlastet damit das Registergericht abseits des Eintragungsverfahrens.⁸³³ Mittelbar wird durch die Klagemöglichkeit ein Schutz des Unternehmenskennzeichens erreicht.⁸³⁴ Das Klagerecht des Firmeninhabers nach § 37 Abs. 2 HGB zielt in Wahrheit nicht auf den Schutz einer Firma ab, sondern es geht um die handelsrechtlichen Sanktionen eines nach dem HGB unzulässigen Firmengebrauchs, also um den Schutz des gesetzlichen Firmenrechts, nicht verstanden als subjektives Recht, sondern als Gesamtheit des im öffentlichen Interesse bestehenden Firmenordnungsrechts durch „*Enforcement-Regeln*“.⁸³⁵ Zudem zielt die Durchsetzung des formellen Firmenrechts durch Private gemäß § 37 Abs. 2 HGB nicht gerade auf den Schutz der Interessen des Kaufmanns in seiner Eigenschaft als Firmeninhaber. Denn klagen kann auch, wer selbst nicht Kaufmann ist oder zwar Kaufmann ist, aber keine Verletzung gerade seines Firmenrechts geltend macht.⁸³⁶

⁸²⁹ Staub/Burgard, § 37 HGB, Rn. 5; v. Gamm, in: FS Stimpel, S. 1007 (1009) mit Hinweis auf die „*Systematik des dritten Abschnitts*“.

⁸³⁰ GK/HGB/Würdinger, § 37 HGB, Anm. 2.

⁸³¹ Baumbach/Hopt/Hopt, § 37 HGB, Rn. 1; Canaris, § 11, Rn. 42; Steinbeck, Handelsrecht, § 13, Rn. 2.

⁸³² Kritisch zum Begriff des „*Firmenschutzes*“ in § 37 Abs. 2 HGB: v. Gamm, in: FS Stimpel, S. 1007 (1010); ders. WM 1985, 849 (852).

⁸³³ BGH, GRUR 1970, 320 (322) – Doktorfirma; Staub/Burgard, § 37 HGB, Rn. 4.

⁸³⁴ Lange, § 7, Rn. 4472.

⁸³⁵ Schmidt, Handelsrecht, § 12, Rn. 135.

⁸³⁶ Schmidt, Handelsrecht, § 12, Rn. 135.

Damit besteht gerade kein „Zweifel“ und damit auch kein Anlass, die in § 37 Abs. 2 HGB normierte Privatinitiative zur Durchsetzung der korrekten Firmierung⁸³⁷ als ausnahmsweise nicht dem öffentlichen, sondern zuvörderst dem Interesse des Verletzten dienende Firmenvorschrift zu verstehen.⁸³⁸

Dass sich aus § 30 Abs. 1 HGB auch nicht über den Umweg der Aktivlegitimation gemäß § 37 Abs. 2 HGB ein subjektives Recht konstruieren lässt, wird auch durch das Fehlen einer echten Verfügungsbefugnis des Verletzten über die Anordnungen des formellen Firmenrechts bestätigt. Denn zur Rechtsmacht des Verletzten als Inhaber eines subjektiven Rechts gehört es auch, dass allein sein Wille über die Einhaltung der Firmenvorschriften entscheidet (vgl. oben S. 122).⁸³⁹ Eine so verstandene Rechtsmacht verleiht § 37 Abs. 2 HGB aber nicht. Auch wenn der in seinen Rechten Verletzte auf die ihm nach Abs. 2 eingeräumte Befugnis, Unterlassung des unzulässigen Firmengebrauchs zu verlangen, verzichtet, ist dies ohne Auswirkungen auf das registerrechtliche Firmenmissbrauchsverfahren nach § 37 Abs. 1 HGB zur Unterbindung unzulässiger Firmierungen. Das Registerrecht hat von Amts wegen die Einhaltung der firmenrechtlichen Vorschriften sicherzustellen, ohne dass ein Verzicht des Verletzten zugleich ein Verzicht auf die Einleitung des Missbrauchsverfahrens durch das Registergericht zur Folge hätte.⁸⁴⁰ Dann aber kann nicht von einer Verfügungsmacht des Verletzten gesprochen werden und folgerichtig auch nicht von einem subjektiven Recht.

4. Rechtsbegünstigung als Rechtsreflex

Damit zeichnet sich das Bild eines handelsrechtlichen Firmenschutzes, der zwar im Ergebnis einen mittelbaren Schutz der Firmeninhaber vor unzulässigen Firmen beinhaltet, jedoch ihren Schutz nicht primär bezweckt, sondern allenfalls eine Nebenfolge der im öffentlichen Interesse stehenden Normen und damit ein bloßer Rechtsreflex ist.⁸⁴¹ Die durch das HGB-Firmenrecht vermittelte „[(oder] Rechtsbegünstigung[)] und das subjektive Recht sind nicht identisch.“⁸⁴² Nur weil sich die Vorschriften im Ergebnis zugunsten der Inhaber älterer Firmenrechte auswirken können, bedeutet dies nicht zugleich die Befugnis, den auf

⁸³⁷ Vgl. *BGH*, GRUR 1970, 320 (322) – Doktorfirma.

⁸³⁸ *BGH*, GRUR 1970, 320 (322) – Doktorfirma; *BGH*, GRUR 1993, 576 (578) – Datatel; Staub/*Burgard*, § 37 HGB, Rn. 3; Heymann/*Emmerich*, § 37 HGB, Rn. 2; a.A. *Krieger/Lenz*, § 37 HGB, Rn. 10; *Maier*, S. 11

⁸³⁹ Vgl. *Bucher*, S. 19 f.

⁸⁴⁰ Vgl. zur herrschenden Auffassung eines Ermessensspielraums des Registergerichts Ebenroth/*Boujong/Joost/Strohn/Reuschle*, § 37 HGB, Rn. 11.

⁸⁴¹ *Müko-HGB/Heidinger*, § 30 HGB, Rn. 2.

⁸⁴² Vgl. *Enneccerus/Nipperdey*, § 72 a) I 1 (S. 431); a.A. *Ehrenberg/Pisko*, S. 286.

die Begünstigung gerichteten Willen durchsetzen zu können.⁸⁴³ Dass deren Interesse mit dem Schutzzweck des formellen Firmenrechts übereinstimmt, macht sie nicht zum originären Schutzobjekt, sondern zum reflexartig Begünstigten.

Das negative Recht des Firmeninhabers, den Gebrauch einer unbefugten Firma untersagen zu lassen, ist nicht zugleich Kehrseite des positiven Rechts zum Gebrauch einer Firma. Das Recht zum Gebrauch einer ordnungsgemäß gebildeten Firma ist unabhängig vom Recht, in einem räumliche bestimmten Gebiet die Firma allein gebrauchen zu dürfen. Beide Firmenrechtspositionen stehen selbständig nebeneinander. Die Ausschließlichkeit einer Firma lässt nicht das negative Alleingebrauchsrecht entstehen. Und das negative Alleingebrauchsrecht folgt umgekehrt nicht aus dem positiven Gebrauchsrecht.⁸⁴⁴ Es besteht damit gerade keine dem absoluten Eigentumsschutz vergleichbare *actio negatoria*, bei der die Anerkennung eines absoluten subjektiven Rechts auch zugleich das negatorische Recht auf Unterlassung der Eigentumsverletzung gegenüber jedem anderen begründet.⁸⁴⁵

Bei der Frage, wie und wo der Schutz außerhalb der §§ 17 ff. HGB realisiert wird, werden die weiteren Untersuchungen zeigen, dass dieser Schutz gewissermaßen auf zweierlei Weise ermöglicht wird. Zum einen genießt die Firma nach der ganz herrschenden Meinung (bei Unterscheidungskraft)⁸⁴⁶ unmittelbar einen Schutz nach § 12 BGB.⁸⁴⁷ Zum anderen kann die Firma durch Benutzung im geschäftlichen Verkehr einen materiellen Schutz nach §§ 5, 15 MarkenG erhalten.⁸⁴⁸ Allerdings ist nach der ganz überwiegenden Auffassung für diesen materiellen Schutz durch Benutzung die Eintragung im Register wiederum nicht Voraussetzung.⁸⁴⁹

III. Ergebnis

Die Firma wird durch die Eintragung im Handelsregister lediglich als formale Position vergeben, die innerhalb des HGB-Systems wiederum rein formell verteidigt werden kann,

⁸⁴³ Vgl. *Enneccerus/Nipperdey*, § 72 a) I g (S. 430 f.).

⁸⁴⁴ *Christoph*, S. 3.

⁸⁴⁵ *Christoph*, S. 3.

⁸⁴⁶ *MüKo-BGB/Säcker*, § 12 BGB, Rn. 44; *GK/HGB/Würdinger*, § 37 HGB, Anm. 35.

⁸⁴⁷ *Hefermehl*, in: *FS Hueck*, S. 519 (521 f.); *MüKo-BGB/Säcker*, § 12 BGB, Rn. 20.

⁸⁴⁸ *Fezer*, § 5 MarkenG, Rn. 3; *Ingerl/Rohnke*, § 5 MarkenG, Rn. 32 und 57.

⁸⁴⁹ *Ingerl/Rohnke*, § 5 MarkenG, Rn. 33.

nämlich durch § 37 Abs. 2 HGB. Ein echter „materieller Firmenschutz“ im Sinne eines subjektiven Rechts zum Schutze der Vermögensinteressen ihres Inhabers, insbesondere des Goodwills, wird nicht gewährt.⁸⁵⁰

Der eigentliche materielle Schutz der Firma wird durch § 12 BGB und §§ 5, 15 MarkenG gewährt,⁸⁵¹ ohne dass es auf die Eintragung der Firma ins Handelsregister ankommt (ausführlich dazu oben S. 65). Denn nur § 12 BGB und § 15 Abs. 1 MarkenG gewähren dem Inhaber ausdrücklich ein Ausschließlichkeitsrecht und stellen zugleich klar, dass es sich bei den Unternehmenskennzeichen um echte Immaterialgüterrechte und absolute, subjektive Rechte handelt.⁸⁵² Materiellen Schutz erfährt die Firma bereits mit ihrer Ingebrauchnahme.

Das HGB-Firmenrecht auf der einen und das Kennzeichenrecht auf der anderen Seite sind zwei Systeme, die sich in den Voraussetzungen, die sie an den Schutz der Kennzeichen stellen, zwar angeglichen haben. Die mit der Erfüllung dieser Voraussetzungen erlangten Rechtspositionen unterscheiden sich aber deutlich voneinander.

B. Das Entstehen der Firma

I. Die Firmenfähigkeit des Kaufmanns

Nach § 17 HGB ist die Firma der Name des Kaufmanns. Nur ein Kaufmann ist berechtigt, im Geschäftsleben eine Firma zu führen.⁸⁵³ Der Beginn der Kaufmanneigenschaft bestimmt damit zugleich auch den Zeitpunkt, an dem die Firma entsteht. Weil die Eigenschaft, Kaufmann zu sein, nicht auf einen einheitlichen Tatbestand zurückgeführt werden kann, empfiehlt sich eine an den unterschiedlichen Rechtsformen des Gewerbetreibenden orientierte Betrachtung.

II. Die Kaufmannseigenschaft nach Fallgruppen

1. Einzelkaufmann

a) Grundsatz

Betreibt der Unternehmer ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB, ist er von Beginn der gewerblichen Tätigkeit an Kaufmann und damit firmenfähig, ohne dass es auf

⁸⁵⁰ Vgl. Pawlowski, Rn. 260.

⁸⁵¹ v. Gamm, in: FS Stimpel, S. 1007 (1011); ders., WM 1985, 849 (853).

⁸⁵² BGH, GRUR 1995, 825 (828) – Torres; eingehend zum subjektiven Recht gem. § 15 Abs. 1 MarkenG Goldman, Unternehmenskennzeichen, § 11, Rn. 1 ff.

⁸⁵³ Müko-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 19.

seine Eintragung im Handelsregister ankommt.⁸⁵⁴ Die Firma entsteht dann durch tatsächlichen Gebrauch.⁸⁵⁵ Betreibt der Unternehmer ein Gewerbe, das einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert (Kleingewerbe), wird der Unternehmer erst mit Eintragung in das Handelsregister Kaufmann und die Firma entsteht ebenfalls erst mit der Eintragung.⁸⁵⁶ Die gesetzliche Regelung verlangt für die Firmenfähigkeit nicht, dass ein (in kaufmännischer Weise eingerichteter) Geschäftsbetrieb als Unternehmen bereits in voller Ausprägung besteht. Sie geht aber davon aus, dass mit einer sich verstetigenden kaufmännischen Tätigkeit ein solches Unternehmen entsteht und feste organisatorische Strukturen erhält. Denn, wenn das kaufmännische Unternehmen zu bestehen aufhört, erlischt auch die Firma (dazu unten S. 190 ff.) und nur mit dem kaufmännischen Unternehmen zusammen kann die Firma gemäß §§ 22, 23 HGB übertragen werden (dazu unten S. 194 f.).

b) Vorbereitungshandlungen

Fehlt es an einer Eintragung, kommt es für die Entstehung der Firma maßgeblich darauf an, dass der Gewerbetreibende ein Handelsgewerbe i.S.d. § 1 Abs. 2 HGB ausübt. Für den Beginn der gewerblichen Tätigkeit bereits ausreichend, sind jedoch Vorbereitungsgeschäfte, wie z. B. Anmietung von Geschäftsräumen, Abschluss von Arbeitsverträgen oder Vergabe von Werbeaufträgen.⁸⁵⁷ Dagegen kommt es nicht darauf an, dass es sich hierbei gerade um Umsatzgeschäfte im Rahmen des betreffenden, zukünftigen Handelsgewerbes handelt.⁸⁵⁸ Stets aber müssen diese Geschäfte über eine rein interne, der bloßen Planung oder bloßen Errichtung der Gesellschaft dienende Tätigkeit hinausgehen und im Außenverhältnis dem Ingangsetzen der Tätigkeit dienen.⁸⁵⁹

2. Personenhandelsgesellschaften

Für die Entstehung der OHG und KG nach außen sind die gleichen Grundsätze anwendbar, wie sie für den Einzelkaufmann gelten. Nach § 123 Abs. 2 HGB entsteht eine OHG und KG (i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB) mit Aufnahme des Geschäftsbetriebs, soweit sie ein

⁸⁵⁴ MüKo-HGB/Schmidt, § 1 HGB, Rn. 7.

⁸⁵⁵ Staub/Burgard, § 17 HGB, Rn. 31; Müko-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 43; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 17 HGB, Rn. 14; Oetker/Schlingloff, § 17 HGB, Rn. 15.

⁸⁵⁶ Müko-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 43; Baumbach/Hopt/Hopt, § 17 HGB, Rn. 16; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 17 HGB, Rn. 14; Oetker/Schlingloff, § 17 HGB, Rn. 15.

⁸⁵⁷ BGH, NJW 1953, 1217 (1218); Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Kindler, § 1 HGB, Rn. 40; Oetker/Körber, § 1 HGB, Rn. 108; MüKo-HGB/Schmidt, § 1 HGB, Rn. 7.

⁸⁵⁸ MüKo-HGB/Schmidt, § 1 HGB, Rn. 7.

⁸⁵⁹ Baumbach/Hopt/Hopt, § 1 HGB, Rn. 1; Oetker/Körber, § 1 HGB, Rn. 108; MüKo-HGB/Schmidt, § 1 HGB, Rn. 7.

großgewerbliches Handelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB betreibt. Mit Geschäftsbeginn, Vorbereitungsgeschäfte eingeschlossen, ist die Gesellschaft Kaufmann und die Firma entsteht durch ihren tatsächlichen Gebrauch.⁸⁶⁰ In allen anderen Fällen entstehen die Personenhandelsgesellschaften erst mit Eintragung im Handelsregister (§ 123 Abs. 1 HGB) und die Firma entsteht ebenfalls erst mit dem Zeitpunkt der Eintragung.⁸⁶¹

3. Kapitalgesellschaften, Formkaufleute

Formkaufleute gemäß § 6 Abs. 2 HGB, wie z. B. AG, GmbH, SE etc., entstehen grundsätzlich erst mit der Eintragung in das Handelsregister.⁸⁶² Und auch die Firma dieser Gesellschaften entsteht grundsätzlich erst mit ihrer Eintragung in das Handelsregister.⁸⁶³

4. Vor-Gesellschaften

Für die GmbH und AG ist anerkannt, dass sie schon vom Zeitpunkt ihrer Errichtung, also der Beurkundung des Gesellschaftsvertrags, an, aber vor ihrer Eintragung in das Handelsregister als Gesellschaften *sui generis* bestehen und dass sie vor ihrer Eintragung als sog. Vor-GmbH⁸⁶⁴ bzw. Vor-AG⁸⁶⁵ mit der später eingetragenen Kapitalgesellschaft weitgehend identisch sind. Betreibt die Vor-Gesellschaft vor ihrer Eintragung in das Handelsregister bereits ein Handelsgewerbe i.S.d. § 1 Abs. 2 HGB, ist sie firmenfähig und die Firma entsteht mit ihrem tatsächlichen Gebrauch.⁸⁶⁶

C. Die Eintragungsvoraussetzungen

I. Allgemeines

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass die handelsrechtlichen Firmenvorschriften nur das formelle Firmenrecht regeln, aber keinen materiellen Firmenschutz bieten. Die zugunsten des Firmeninhabers wirkende Reflexwirkung der Firmenausschließlichkeit mag man als einen „*formellen Firmenschutz*“ oder als „*formell-rechtlichen Firmenschutz*“ bezeichnen. Parallel hierzu wären die gesetzlich geregelten Eintragungsvoraussetzungen

⁸⁶⁰ Staub/Burgard, § 17 HGB, Rn. 31; Müko-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 43.

⁸⁶¹ Staub/Burgard, § 17 HGB, Rn. 31; Müko-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 43; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 17 HGB, Rn. 14; Oetker/Schlingloff, § 17 HGB, Rn. 15.

⁸⁶² Staub/Burgard, § 17 HGB, Rn. 32.

⁸⁶³ Staub/Burgard, § 17 HGB, Rn. 32; Müko-HGB/Heidinger, § 17, Rn. 43; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 17 HGB, Rn. 14; Oetker/Schlingloff, § 17 HGB, Rn. 15.

⁸⁶⁴ Baumbach/Hueck/Fastrich, § 11 GmbHG, Rn. 6; MüKo-GmbHG/Merkt, § 11 GmbHG, Rn. 11 m.w.N.

⁸⁶⁵ Hüffer/Koch/Koch, § 41 AktG, Rn. 4, 16; MüKo-AktG/Pentz, § 41 AktG, Rn. 22, 108.

⁸⁶⁶ Staub/Burgard, § 17 HGB, Rn. 32; Müko-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 21; für generelle Firmenfähigkeit der Vorgesellschaft Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 17 HGB, Rn. 8 und 14; Oetker/Schlingloff, § 17 HGB, Rn. 15.

des § 18 HGB also gewissermaßen „*Schutzvoraussetzungen*“, deren Erfüllung bei Eintragung dann zu einer „*Schutzentstehung*“ führen. Die in § 30 Abs. 1 HGB geregelte Firmenausschließlichkeit wäre dann gleichsam ein von Amts wegen zu berücksichtigendes „*Schutzhindernis*“, vergleichbar mit den relativen Eintragungshindernissen in § 9 MarkenG.

Diese Terminologie birgt allerdings die Gefahr, den zugunsten des Inhabers der Firma wirkenden Rechtsreflex doch wieder als subjektives Recht zu missdeuten, weshalb hier einheitlich nur von „*formeller Schutzwirkung*“ und den für sie nötigen „*Eintragungsvoraussetzungen*“ gesprochen wird. Der Eintragung der Firma kommt damit die Bedeutung eines die formelle Schutzwirkung begründenden Tatbestandes zu. Damit sind verschiedene Fragen aufgezeigt, die zugleich den Gang der weiteren Untersuchung vorgeben. Welche gesetzlichen Kriterien müssen für die Eintragung der Firma im Handelsregister vorliegen? Könnte es sein, dass an dieser Stelle Voraussetzungen erfüllt sein müssen, die auch zugleich Voraussetzung eines materiellen Firmenschutzes sind? Wäre dies sachgerecht und wäre dann der *kleinste gemeinsame Nenner* des formellen Firmenrechts und des materiellen Firmenschutzes gefunden?

Das Firmenrecht enthält nur einige wenige Grundregeln, um im öffentlichen Interesse ein Mindestmaß an Praktikabilität, Transparenz und Verkehrsschutz zu erreichen: Firmenklarheit (Kennzeichnungseignung und Unterscheidungskraft), Firmenwahrheit, Rechtsformzusatz, Firmenunterscheidbarkeit bzw. Firmenausschließlichkeit, Firmenöffentlichkeit, Firmenkontinuität und Firmeneinheit (dazu oben S. 19 ff.).⁸⁶⁷ Einige Firmenrechtsgrundsätze sind seit jeher in ihrer Kernaussage unverändert, in ihrer Gewichtung aber seit dem HRefG deutlichen Verschiebungen unterworfen worden (näher zur Handelsrechtsreform S. 51 ff.).⁸⁶⁸ Im Folgenden werden diese Grundsätze und Grundregeln näher untersucht. Einige von ihnen sind gesetzlich normiert, wie der Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit bzw. Firmenausschließlichkeit (§ 18 Abs. 1 HGB), der Grundsatz der Firmenwahrheit (§ 18 Abs. 2 HGB), der Zwang zum Firmenzusatz (§ 19 HGB) und die Firmenausschließlichkeit (§ 30 HGB). Der Grundsatz der Firmenöffentlichkeit besagt, dass der Kaufmann seine Firma und damit verbundene Änderungen zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden hat. Ausprägung dieses Grundsatzes sind die §§ 29, 31, 33 f. und 106 HGB. Er wirkt sich gerade im Zwang zur Eintragung der Firma und ihrer Änderungen aus (§§ 29, 31 HGB) und zählt insoweit nicht zu den Eintragungsvoraussetzungen. Der Grundsatz der

⁸⁶⁷ Vgl. Müko-HGB/Heidinger, Vor § 17 HGB, Rn. 17; Baumbach/Hopt/Hopt, § 17 HGB, Rn. 7; Krafska/Kühn, Rn. Rn. 205; Oetker/Schlingloff, § 17 HGB, Rn. 11; Henssler/Strohn/Wamser, § 18 HGB, Rn. 1.

⁸⁶⁸ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 17 HGB, Rn. 7.

Firmenkontinuität (§§ 22, 23 HGB) zählt ebenfalls nicht zu den Eintragungsvoraussetzungen, sondern betrifft die Frage, ob eine einmal eingetragene Firma fortbestehen darf. Er wird deshalb im Zusammenhang mit der Löschung von Firmen behandelt (dazu näher unten S. 192 ff.).

Keine gesetzliche Regelung existiert für den Grundsatz der Firmeneinheit. Wie zu zeigen sein wird, wirkt er sich im Ergebnis als ein ungeschriebenes Eintragungshindernis aus. Dies führt weiter zu der Frage, ob es weitere ungeschriebene Eintragungshindernisse gibt, die sich unter dem Aspekt der Einheit der Rechtsordnung aus anderen tragenden Rechtsgrundsätzen ergeben.

II. Die gesetzlich geregelten Eintragungsvoraussetzungen der Firma und die allgemeinen Grundsätze des Firmenrechts im Einzelnen

1. Die Firmenklarheit (Kennzeichnungseignung und Unterscheidungskraft), § 18 Abs. 1 HGB

a) Der gesetzliche Maßstab: § 18 Abs. 1 HGB und seine Auslegung im Lichte des Kennzeichenrechts

(aa) Das Doppelkriterium der Kennzeichnungseignung und Unterscheidungskraft

In dem seit der Handelsrechtsreform 1998 gänzlich neugefassten § 18 Abs. 1 HGB werden die grundlegenden Voraussetzungen, die an eine zulässig gebildete oder geänderte Firma als Kennzeichen gestellt werden, statuiert.⁸⁶⁹ Die Firma wird nur dann in das Handelsregister eingetragen, wenn sie zur Kennzeichnung des Unternehmensträgers geeignet ist (nachfolgend (bb), S. 143 ff.) und Unterscheidungskraft besitzt (nachfolgend (cc), S. 146 ff.).

Damit macht die gesetzliche Regelung die Kennzeichnungseignung und Unterscheidungskraft zu den zentralen Kriterien, die bei jeder Firmenbildung und -änderung zu beachten sind. In der Kennzeichnungseignung kommt die Namensfunktion der Firma und damit ihre Fähigkeit, den Kaufmann zu individualisieren, zum Ausdruck.⁸⁷⁰ Das doppelte Kriterium der Kennzeichnungseignung und der Unterscheidungskraft hat der Reformgesetzgeber ganz neu formuliert. Weil es die Fantasiefirma im HGB von 1897 und dem ADHGB ebenso wenig gab wie im GmbHG oder AktG, fehlten im formellen Firmenrecht verbindliche Maßstäbe für ihre Eintragung und Führung. Allgemein anerkannt war nach früherem Recht nicht einmal, dass eine reine Gattungs- oder Branchenbezeichnung nicht als Firma eingetragen

⁸⁶⁹ Müko-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 1

⁸⁷⁰ Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 16; Müko-HGB/Heidinger, Vor § 17 HGB, Rn. 22; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, § 18 HGB, Rn. 3; Oetker/Schlingloff, § 18 HGB, Rn. 6.

werden konnte und insoweit wenigstens ein Minimum an Unterscheidungskraft zu fordern war. Vertreten wurde nämlich, jedenfalls von einer gewichtigen Mindermeinung, dass eine Branchenbezeichnung, auch eine glatt beschreibende, stets den an die Sachfirma gestellten Anforderungen genügen sollte und eine wie auch immer geartete Unterscheidungskraft verlangt werden könne.⁸⁷¹ Mit der Freigabe der Fantasiefirma für alle Kaufleute musste der Gesetzgeber ein neues Kriterium dafür finden, welche Zeichen als Firma, also als Handelsname des Kaufmanns, Verwendung finden dürfen.

Mit dem Doppelkriterium der Kennzeichnungseignung und Unterscheidungskraft orientierte sich der Reformgesetzgeber unverkennbar an den Voraussetzungen zum materiellen Schutz der Firmen und anderer Unternehmenskennzeichen, die von der Rechtsprechung zu § 16 Abs. 1 UWG von 1909 und seiner Nachfolgebestimmung, dem § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG, herausgearbeitet wurde.⁸⁷² Dort gilt: Im geschäftlichen Verkehr benutzte Name, Firma und besondere Bezeichnung eines Geschäftsbetriebes oder eines Unternehmens werden gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG als geschäftliche Bezeichnungen gemäß §§ 5 Abs. 1, 15 Abs. 1 MarkenG geschützt, wenn und soweit ihnen *namensmäßige Unterscheidungskraft* zukommt (vgl. S. 83 f.). Hierfür müssen also zwei Kriterien erfüllt sein. Zum einen muss ein Zeichen, um seine Namensfunktion effektiv erfüllen zu können, wie ein Name wirken, also namensmäßige Wirkung haben. Zum anderen muss ihm Unterscheidungskraft zukommen.⁸⁷³ Ausführlich dargestellt wurde die Schutzvoraussetzung der namensmäßigen Unterscheidungskraft in der Praxis zu § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG im 3. Teil, S. 83 ff.

Das Doppelkriterium der Kennzeichnungseignung und Unterscheidungskraft in § 18 Abs. 1 HGB soll nach nahezu einhelliger Meinung dem Kriterium der „*namensmäßigen Unterscheidungskraft*“ aus der Praxis zum materiellen Firmenschutz inhaltlich entsprechen, so dass ein einheitlicher Maßstab gelten soll.⁸⁷⁴

⁸⁷¹ Hachenburg/Heinrich, § 4 GmbHG, Rn. 26 m.w.N. (auch für die überwiegende Gegenauffassung).

⁸⁷² Staub/Burgard, Vor § 17 HGB, Rn. 14 und § 18 HGB, Rn. 16; Giehl, MittBayNot 1998, 293 (298); Baumbach/Hopt/Hopt, § 18 HGB, Rn. 1; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 18 HGB, Rn. 4.

⁸⁷³ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 7.

⁸⁷⁴ Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 16; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 68; Müko-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 23; Baumbach/Hopt/Hopt, § 18 HGB, Rn. 5; Möller, S. 25; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 18 HGB, Rn. 4, 18; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, § 18 HGB, Rn. 4; Oetker/Schlingloff, § 18 HGB, Rn. 10; Steinbeck, in: FS Horn, S. 589 (594 ff.); Bedenken gegen einen „*Gleichklang*“ von Markenrecht und Firmenrecht wegen Unterschiedlichkeit der Bezugsobjekte Kögel, Rpfleger 2000, 255 (256).

Das Erfordernis einer namensmäßigen Wirkung kommt dadurch zum Ausdruck, dass die Firma zur Kennzeichnung geeignet sein muss, da nur ein Name zur „*Kennzeichnung*“ einer Person dient.⁸⁷⁵

Wenn die Firma zudem noch Unterscheidungskraft haben muss, also zur Individualisierung des Unternehmensträgers geeignet sein muss, dann sollte dies aus Sicht des Reformgesetzgebers letztlich nichts anderes bedeuten, als die *Unterscheidungskraft* des materiellen Unternehmenskennzeichenrechts.⁸⁷⁶

Beide Elemente des Doppelkriteriums werden nachfolgend im Lichte der Schutzvoraussetzung der namensmäßigen Unterscheidungskraft aus der Praxis zu § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG näher beleuchtet. Zunächst soll aber erörtert werden, ob das Freihaltebedürfnis auch im formellen Firmenrecht eine Rolle spielen kann.

(bb) Das Verhältnis von Freihaltebedürfnis und registerrechtlicher Unterscheidungskraft

(1) Die unterschiedlichen Auffassungen

Im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Firma die Fähigkeit besitzt, ihren Inhaber von anderen Unternehmensträgern zu unterscheiden, ist noch nicht geklärt, wie weit auch ein Freihaltebedürfnis zu berücksichtigen ist. Im HGB-Firmenrecht ist das Freihaltebedürfnis gesetzlich nicht geregelt. Anders verhält es sich im Recht der eingetragenen Marken und im materiellen Unternehmenskennzeichenschutz (dazu oben S. 86 ff.).

Burgard folgert aus dieser unterschiedlichen Zweckrichtung, dass ein Freihaltebedürfnis kein Kriterium dafür sein könne, ob die Unterscheidungskraft ausreicht, um den Unternehmensträger nach der Verkehrsanschauung hinreichend zu individualisieren.⁸⁷⁷ Auch in der Praxis der Gerichte wird der Sache nach die Berücksichtigung eines Freihaltebedürfnisses zuweilen verneint. So soll es bei Firmen, die aus einer rein beschreibenden Bezeichnung und einer geografischen Angabe kombiniert sind, nicht darauf ankommen, dass in der durch die geografische Bezeichnung betroffenen Region weitere Unternehmen mit demselben Geschäftsgegenstand ansässig sind oder sich in Zukunft ansiedeln könnten.⁸⁷⁸ Auch *Mock* wendet sich gegen jegliche Berücksichtigung eines Freihaltebedürfnisses und

⁸⁷⁵ *Canaris*, § 10, Rn. 13.

⁸⁷⁶ *Bülow*, DB 1999, S. 269 (270); *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 69.

⁸⁷⁷ *Staub/Burgard*, § 18 HGB, Rn. 16.

⁸⁷⁸ *KG*, NZG 2008, 80 – Autodienst-Berlin; *OLG München*, DNotZ 2010, 933 (935) – Münchner Hausverwaltung; *OLG Zweibrücken*, BeckRS 2012, 13796.

begründet dies damit, dass dieses auch bei der „ungleich wichtigere(n) Vergabe von Internetdomains“ nicht anerkannt sei.⁸⁷⁹

Für die in Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend vertretene Gegenauffassung ist es dagegen nur konsequent und folgerichtig, wenn bei einer Übernahme des Doppelkriteriums der namensmäßigen Unterscheidungskraft aus dem materiellen Unternehmenskennzeichenschutz in das HGB-Firmenrecht zugleich auch das Freihaltebedürfnis bei der Unterscheidungskraft gemäß § 18 Abs. 1 HGB berücksichtigt wird.⁸⁸⁰ Wenn das formelle Firmenrecht den mit dem materiellen Kennzeichenrecht identischen Begriff der Unterscheidungskraft übernommen habe, so spreche die übereinstimmende Terminologie für eine Berücksichtigung des Freihaltebedürfnisses.⁸⁸¹ Und nur, wenn das Freihaltebedürfnis berücksichtigt werde, könne auch ein „Windhundprinzip“ verhindert werden, dass sich nämlich ein Kaufmann einen Gattungsbegriff sichere und für andere Kaufleute am Ort zur Wahl als Firma sperre, nur weil er schneller sei. Das widerspreche dem Interesse der Gesamtheit der Gewerbetreibenden.⁸⁸²

(2) Stellungnahme

Die Berücksichtigung eines Freihaltebedürfnisses kann sicherlich nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass dieses auch bei der Vergabe von Internet-Domainnamen keine Berücksichtigung findet. Der BGH hat in der Registrierung eines rein beschreibenden Domainnamens in seiner *Mitwohnzentrale.de*-Entscheidung aus dem Jahr 2001 gerade deshalb keine wettbewerbswidrige individuelle Behinderung im Sinne des heutigen § 4 Nr. 4 UWG gesehen, weil damit keine übermäßig starke Kanalisierungs- oder Ausschlusswirkung einhergeht. Zum einen weiß der Verkehr, dass er in aller Regel zwischen unterschiedlichen Wettbewerbern wählen kann und dass mit einer generischen Domain nicht etwa ein Angebotsmonopol einhergeht; zum anderen sucht der Verkehr in Suchmaschinen nach Angeboten, so dass die von dem jeweiligen Anbieter verwendete Domain keine entscheidende Rolle spielt.⁸⁸³ Die Bedeutung von Suchmaschinen hat seit 2001 stetig zugenommen. Außerdem bleibt es bei aller faktischen wirtschaftlichen Wichtigkeit des

⁸⁷⁹ Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Mock, § 4 GmbHG, Rn. 28.

⁸⁸⁰ BayObLG, NJW-RR 2003, 1544 – Profi-Handwerker; OLG Frankfurt, NJOZ 2005, 2602 (2603) – Hessen-Nassauische Grundbesitz AG; OLG München, DNotz 2010, 933 (935) – Münchner Hausverwaltung; OLG Frankfurt, GRUR-RR 2011, 96 – outlets.de; OLG Zweibrücken, BeckRS 2012, 13796; MüKo-GmbHG/Heinze, § 4 GmbHG, Rn. 41; Baumbach/Hopt/Hopt, § 18 HGB, Rn. 7; Kiesel u. a., DNotz 2015, 740 (746); Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 18 HGB, Rn. 18; Roth/Altmeppen/Roth, § 4 GmbHG Rn. 7; ebenso auch Roth, S. 31 (36), der zudem darauf hinweist, dass mit der Zulassung von Fantasiebezeichnungen kein Grund mehr für einen weniger strengen Maßstab im Firmenordnungsrecht besteht.

⁸⁸¹ MüKo-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 24.

⁸⁸² Clausnitzer, DNotz 2010, 345 (349).

⁸⁸³ BGH, GRUR 2001, 1061 (1062 ff.) – Mitwohnzentrale.de.

Internets rechtlich dabei, dass ein Kaufmann auch ohne eine Homepage geschäftlich tätig sein kann, nicht aber ohne eine Firma. Wenn man das Freihaltebedürfnis im Rahmen des § 18 Abs. 1 HGB für unerheblich hält, muss man nach einer anderen Begründung suchen. Andererseits wird man in der terminologischen Anlehnung des formellen Firmenrechts an das materielle Unternehmenskennzeichenrecht kein überzeugendes Argument dafür sehen können, dass ein Freihaltebedürfnis berücksichtigt werden muss. Denn der Wortlaut von § 18 Abs. 1 HGB gibt gerade keinen Hinweis darauf, dass ein Zeichen nur dann als Firma eingetragen werden soll, wenn es zum einen namensmäßige Unterscheidungskraft hat und zum anderen auch positiv kein Freihaltebedürfnis besteht.⁸⁸⁴ Vollkommen zutreffend weist *Burgard* darauf hin, dass der unterschiedliche Zweck des formellen Firmenrechts und des materiellen Unternehmenskennzeichenrechts sowie die unterschiedlichen rechtlichen Wirkungen dafür sprechen, dass ein Freihaltebedürfnis kein Kriterium im Rahmen der registerrechtlichen Unterscheidungskraft sein kann. Im materiellen Kennzeichenrecht geht es darum, ob die Vergabe eines Kennzeichnungsmonopols gerechtfertigt ist. Dort muss ein Freihaltebedürfnis der Mitbewerber und anderer Marktteilnehmer selbstverständlich berücksichtigt werden (dazu S. 86 ff.). Das formelle Firmenrecht des HGB räumt mit der Eintragung einer Firma aber gerade kein Ausschließlichkeitsrecht an der Firma ein, sondern hat, ganz seiner ordnungsrechtlichen Funktion entsprechend, nur darüber zu entscheiden, ob das Zeichen ausreichend unterscheidungskräftig ist, um den Firmeninhaber im öffentlichen Interesse hinreichend zu individualisieren, zu identifizieren und von anderen zu unterscheiden (dazu S. 21 ff.). Oder anders ausgedrückt: Im registerrechtlichen Eintragungsverfahren geht es nicht um einen materiellen Firmenschutz, sondern um die Festlegung des Namens (*Namensgebung*), unter dem der Kaufmann im Rechtsverkehr auftritt.⁸⁸⁵ Hinzu kommt folgende Erwägung. Die Eintragung einer freihaltebedürftigen Firma entfaltet zwar wegen des Grundsatzes der Firmenunterscheidbarkeit bzw. Firmenausschließlichkeit (§ 30 HGB) eine gewisse örtliche Sperrwirkung.⁸⁸⁶ Diese ist jedoch nicht mit einem drohenden Unterlassungsanspruch gemäß § 15 Abs. 4 MarkenG vergleichbar. Dem Kaufmann mag am selben Ort zwar die Möglichkeit genommen sein, das freihaltebedürftige Zeichen selbst als Firma zur Eintragung zu bringen. Er kann aber die entsprechende freihaltebedürftige Angabe sonst im Geschäftsverkehr frei verwenden, weil bei bestehen-

⁸⁸⁴ Vgl. auch Staub/*Burgard*, § 18 HGB, Rn. 18.

⁸⁸⁵ *Lutter/Welp*, ZIP 1999, 1073 (1075).

⁸⁸⁶ Hierauf abstellend z. B. *OLG Frankfurt*, GRUR-RR 2011, 96 – outlets.de; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 68; differenzierend *Hachenburg/Heinrich*, § 4 GmbHG, Rn. 26.

dem Freihaltebedürfnis der zuerst eingetragenen Firma ohne Verkehrsgeltung kein materieller Unternehmenskennzeichenschutz zukommt (zum Freihaltebedürfnis im materiellen Kennzeichenrecht siehe oben S. 86 ff.). Ist die Verkehrsgeltung aber erreicht, ist ein Kennzeichenschutz legitim. Dieser wird auch nicht schrankenlos gewährt, sondern erlaubt im Rahmen des § 23 Nr. 2 MarkenG weiterhin die Nutzung als Beschreibung. Auch das Anliegen des Reformgesetzgebers, die Vorschriften zur Firmenbildung dem materiellen Kennzeichenrecht anzugleichen, spricht eher dagegen als dafür, ein Freihaltebedürfnis zu berücksichtigen. Dies mag auf den ersten Blick zwar widersprüchlich erscheinen, weil das Freihaltebedürfnis dem materiellen Unternehmenskennzeichenschutz gerade entgegensteht. Das materielle Unternehmenskennzeichenrecht hindert aber niemanden daran, ein freihaltebedürftiges Kennzeichen als eigenes in Gebrauch zu nehmen und auf das Erreichen der Verkehrsgeltung zu hoffen und zu vertrauen. Diese Möglichkeit würde dem Kaufmann genommen, wenn er eine, zwar aus Sicht des Verkehrs zur Unterscheidung geeignete, aber freihaltebedürftige Zeichen nicht auch zum Kern seiner Firma machen könnte.

b) Detailbetrachtung des Doppelkriteriums der Kennzeichnungseignung und Unterscheidungskraft

(aa) Die Feststellung der Verkehrsauffassung

(1) Die angesprochenen Verkehrskreise

Ob das Doppelkriterium erfüllt ist, ist aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrskreises zu beurteilen.⁸⁸⁷ Aufgabe des Registerrichters ist damit die Feststellung der Verkehrsauffassung. Eine nähere gesetzliche Vorgabe wie in § 18 Abs. 2 HGB, wo es nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut auf die Sicht der angesprochenen Verkehrskreise ankommt, fehlt.

Wegen des übereinstimmenden Normzwecks, grundlegende gesetzliche Anforderungen für die Bildung und Änderung der Firma zu definieren,⁸⁸⁸ bietet sich ein Gleichklang mit dem Beurteilungsmaßstab an, wie er auch beim Irreführungsverbot in § 18 Abs. 2 HGB angewendet wird. Für die Verkehrsauffassung kann es nicht allein auf die Auffassung der aktuellen oder potentiellen Kunden oder des allgemeinen Publikums ankommen, sondern zudem auch auf die der Lieferanten oder anderer Verkehrskreise.⁸⁸⁹ Denn der Kaufmann

⁸⁸⁷ LG Paderborn, Urt. v. 27.4.2018, Az. 4 O 224/16 – KBAC; Staub/*Burgard*, § 18 HGB, Rn. 8; Müko-HGB/*Heidinger*, § 18 HGB, Rn. 23; Ebenroth/*Boujong/Joost/Strohn/Reuschle*, § 18 HGB, Rn. 4; Köller/*Kindler/Roth/Drüen/Roth*, § 18 HGB, Rn. 3.

⁸⁸⁸ Müko-HGB/*Heidinger*, § 18 HGB, Rn. 1; Ebenroth/*Boujong/Joost/Strohn/Reuschle*, § 18 HGB, Rn. 1; Köller/*Kindler/Roth/Drüen/Roth*, § 18 HGB, Rn. 1; Oetker/*Schlingloff*, § 18 HGB, Rn. 1.

⁸⁸⁹ GK/HGB/*Würdinger*, § 18 HGB, Anm. 17 (zu § 18 Abs. 2 HGB a.F.).

hat es im täglichen Geschäftsverkehr nicht nur mit Kunden zu tun, an die er sein Waren- und Dienstleistungsangebot adressiert. Auch Lieferanten, Behörden, Banken etc. gehören zum Kreis derjenigen, die ein schützenswertes Interesse daran haben, den Kaufmann anhand seiner Firma identifizieren und von anderen unterscheiden zu können (vgl. dazu S. 146).⁸⁹⁰ Wenn die Firma aus Sicht irgendeines anderen abgrenzbaren Verkehrskreises, der mit dem Kaufmann in Kontakt treten kann, nicht namensmäßig unterscheidungskräftig ist, so muss die namensmäßige Unterscheidungskraft insgesamt verneint werden. Der Verkehrsschutzzweck des formellen Firmenrechts ist umfassend und geht über den Verbraucherschutz hinaus. Insoweit ist bei der Ermittlung der Verkehrsauffassung sowohl auf das allgemeine Publikum als weiterem Verkehrskreis abzustellen, wie auch auf diese jeweiligen engeren Verkehrskreise. Dies entspricht der Handhabung bei § 18 Abs. 2 HGB (dazu unten S. 175 ff.).

(2) Die Ermittlung der Verkehrsauffassung

Dem Registerrichter, dem die Ermittlung der Verkehrsauffassung obliegt,⁸⁹¹ stellt sich damit die Aufgabe, dass er bei seiner Beurteilung im Registerverfahren die Auffassung aller unterschiedlichen beteiligten Verkehrskreise berücksichtigen muss. Im Marken- und Wettbewerbsrecht wird die Verkehrsauffassung durch die Anwendung spezifischen Erfahrungswissens ermittelt.⁸⁹² Danach kann der Richter das für die Beurteilung erforderliche, spezifische Erfahrungswissen aus eigener Sachkunde beziehen, weil er entweder zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehört⁸⁹³, oder für die Beurteilung keine besonderen Kenntnisse oder Erfahrungen erforderlich sind.⁸⁹⁴ Erst wenn dem Gericht das nötige Erfahrungswissen fehlt, muss es zur Feststellung der Verkehrsauffassung grundsätzlich ein Sachverständigengutachten einholen.⁸⁹⁵ Dabei ist zu beachten, dass ein solches Gutachten nach dem zivilprozessualen Beibringungsgrundsatz und der Parteimaxime immer ein Beweismittel bleibt, das von derjenigen Partei angeboten wird, die damit eine für sie günstige Verkehrsauffassung feststellen lassen will.

⁸⁹⁰ Vor allem in der älteren Literatur wird unterschieden zwischen dem „*allgemeinen Publikum*“, „*Allgemeinheit*“ oder „*Publikum*“ als „*weitem Verkehrskreis*“ auf der einen Seite und dem „*engeren Verkehrskreis*“ wie Konkurrenten, Lieferanten und Kaufleute des Geschäftszweiges auf der anderen Seite; so etwa Schlegelberger/Hildebrandt, § 18 HGB, Rn. 9; Heymann/Emmerich, § 18 HGB, Rn. 22; ähnlich zum materiellen Kennzeichenschutz *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 55 mit Abbildung zur „*360°-Wirkung*“ der Unternehmenskennzeichen.

⁸⁹¹ Vgl. auch Schlegelberger/Hildebrandt, § 18 HGB, Rn. 9.

⁸⁹² *BGH*, GRUR 2004, 244 (245) – Marktführerschaft; *Bornkamm*, WRP 2000, 830 (831); *Sosnitza*, WRP 2014, 1136 (1138).

⁸⁹³ *BGH*, GRUR 2016, 83 (87), Tz. 52 – Amplidect/ampliteq; *Bornkamm*, WRP 2000, 830 (833).

⁸⁹⁴ *BGH*, GRUR 2007, 1079 (1082), Tz. 36 – Bundesdruckerei; *Bornkamm*, WRP 2000, 830 (833).

⁸⁹⁵ *BGH*, GRUR 2004, 244 (245) – Marktführerschaft; *Bornkamm*, WRP 2000, 830 (832); *Sosnitza*, WRP 2014, 1136 (1138).

Die genannten Regeln gelten selbstverständlich auch dann, wenn im zweiseitigen Firmenmissbrauchsverfahren gemäß § 37 Abs. 2 HGB vor der dafür zuständigen Zivilkammer oder Kammer für Handelssachen die namensmäßige Unterscheidungskraft einer Firma gemäß § 18 Abs. 1 HGB infrage steht.

Wie die Verkehrsauffassung bei der Beurteilung der namensmäßigen Unterscheidungskraft gemäß § 18 Abs. 1 HGB im Eintragungsverfahren durch das Registergericht festzustellen ist, wird in der Kommentarliteratur, soweit ersichtlich, nicht erörtert und ist bislang offenbar auch nicht Gegenstand veröffentlichter Entscheidungen gewesen. Nach allgemeinen Grundsätzen gilt Folgendes: Das Registergericht hat die Verkehrsauffassung nach dem Prinzip der Amtsermittlung gemäß § 26 FamFG von Amts wegen festzustellen. Dies gilt für die Auffassung des allgemeinen Verkehrs ebenso wie für die Auffassung des engeren Verkehrskreises.⁸⁹⁶ Dabei bestimmt das Registergericht Art und Umfang der Ermittlungen grundsätzlich nach seinem eigenen sach- und pflichtgemäßen Ermessen.⁸⁹⁷ Gemäß § 380 Abs. 1, 2 FamFG kann das Gericht in zweifelhaften Fällen berufsständische Organe, wie z. B. die Organe des Handelsstandes (Industrie- und Handelskammern) gemäß § 380 Abs. 1 Nr. 1 FamFG anhören, wobei diese Anhörung gemäß § 23 S. 2 HRV in Form der Einholung einer Stellungnahme auf elektronischem Wege erfolgt. Die Beurteilung, ob ein zweifelhafter Fall vorliegt, steht wiederum im Ermessen des Registergerichts. Dabei ist davon auszugehen, dass das Registergericht die Verkehrsauffassung auf der Grundlage seiner eigenen Sachkunde und ohne weitere Ermittlungen grundsätzlich immer selbst und ohne Einholung einer Stellungnahme beurteilen kann, wenn der Registerrichter sich mit Recht zu den angesprochenen Verkehrskreisen zählen kann.⁸⁹⁸ Weitere Ermittlungen, die über die eigene Auffassung hinausgehen, sind jedoch immer dann geboten, wenn von den Organen des Handelsstandes oder anderen Registergerichten andere Auffassungen vertreten werden.⁸⁹⁹ Dabei kann sich das Gericht gemäß § 380 Abs. 1, 2 FamFG des Sachverständigen der berufsständischen Organisationen bedienen. Nach dem Amtsermittlungsgrundsatz hat das Registergericht alle Möglichkeiten der Sachaufklärung auszuschöpfen.⁹⁰⁰ Im registerrechtlichen Verfahren über die Eintragung der Firma den Richter auf die Einholung langwieriger und kostenintensiver Sachverständigengutachten zu verweisen,

⁸⁹⁶ BayObLGZ 1971, 347 (350) – Mode-Studio; OLG Frankfurt, OLGZ 1980, 151 (153) – Revision (jeweils zu §§ 12 FGG, 18 Abs. 2 HGB a.F.).

⁸⁹⁷ BayObLGZ 1971, 347 (350) – Mode-Studio (zu §§ 12 FGG, 18 Abs. 2 HGB a.F.).

⁸⁹⁸ OLG Frankfurt, OLGZ 1980, 151 (153) – Revision (zu §§ 12 FGG, 18 Abs. 2 HGB a.F.).

⁸⁹⁹ OLG Frankfurt, OLGZ 1980, 151 (153) – Revision (zu §§ 12 FGG, 18 Abs. 2 HGB a.F.).

⁹⁰⁰ OLG Frankfurt, OLGZ 1980, 151 (153) – Revision (zu §§ 12 FGG, 18 Abs. 2 HGB a.F.).

erscheint mit Blick auf die Ziele der Handelsrechtsreform nach einem schlanken und zügigen Registerverfahren⁹⁰¹ allerdings zweifelhaft. Vor einer ähnlichen Herausforderung steht auch das materielle Unternehmenskennzeichenrecht, das einen effektiven Rechtsschutz – zumal im Verfügungsverfahren – kaum gewährleisten kann, wenn eine Entscheidung erst mit Hilfe eines Sachverständigengutachtens ergehen kann.⁹⁰² Die Praxis behilft sich damit, dass ein ständig mit Kennzeichensachen befasster und erfahrener Richter die für die Beurteilung erforderliche Berufserfahrung – und damit auch das spezifische Erfahrungswissen über die Auffassung diverser Verkehrskreise – hat, auch wenn er dem jeweils betroffenen Verkehrskreis selbst nicht angehört.⁹⁰³ Das ist nachvollziehbar und begegnet grundsätzlichen Bedenken erst dann, wenn der angesprochene Verkehrskreis aus Fachkreisen besteht, deren besondere fachliche Kenntnisse für die Beurteilung erforderlich sind.⁹⁰⁴ Dieselben Beurteilungsgrundsätze sind auch für das registerrechtliche Verfahren anwendbar.

(3) Durchschnittsbetrachtung

Maßgeblich für die Beurteilung der namensmäßigen Unterscheidungskraft ist allgemein das Verständnis des durchschnittlich qualifizierten Teilnehmers für den Geschäftsverkehr.⁹⁰⁵ Wenn der allgemeine Verkehrskreis angesprochen wird, ist konsequenterweise die Sichtweise eines normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers auf den relevanten Wirtschaftssektor zugrunde zu legen.⁹⁰⁶

Ebenso wie im Markenrecht und im materiellen Unternehmenskennzeichenrecht (näher dazu S. 85) ist die Annahme einer gespaltenen Verkehrsauffassung mit der Sichtweise eines Durchschnittsverbrauchers nicht zu vereinbaren.⁹⁰⁷

Auch hier können allerdings unterschiedliche Verkehrskreise, etwa nach Fremdsprachenkenntnissen, gebildet werden.⁹⁰⁸ Ein gesonderter Verkehrskreis besteht etwa für diejenigen, die der russischen Sprache mächtig sind.⁹⁰⁹ Kann ein beschreibender Gehalt lediglich von Mitgliedern eines derart abgeordneten Verkehrskreises erkannt werden, jedoch nicht

⁹⁰¹ Vgl. amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 38).

⁹⁰² Vgl. *Bornkamm*, WRP 2000, 830 (832).

⁹⁰³ KG, Urt. v. 28.8.2012, Az. 5 U 48/06 – *Création Lamis II*; *OLG Karlsruhe*, GRUR-RS 2016, 10600 – *Resistograph*; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 106.

⁹⁰⁴ Vgl. *Bornkamm*, WRP 2000, 830 (833).

⁹⁰⁵ *Oetker/Schlingloff*, § 18 HGB, Rn. 10.

⁹⁰⁶ So LG Paderborn, Urt. v. 27.4.2018, Az. 4 O 224/16 – *KBAC*; *Oetker/Schlingloff*, § 18 HGB, Rn. 10 und 20.

⁹⁰⁷ LG Paderborn, Urt. v. 27.4.2018, Az. 4 O 224/16 – *KBAC* unter Hinweis auf *BGH*, GRUR 2013, 631 (637), Tz. 64 – *AMARULA/Marulablu*.

⁹⁰⁸ *BGH*, GRUR 2015, 587 (590), Tz. 31 ff. – *PINAR*.

⁹⁰⁹ *OLG Frankfurt*, GRUR-RR 2016, 447 Tz. 15 f. – *Satte Schwiagemutter*.

Durchschnittsverbraucher, da ihm die nötigen Fremdsprachenkenntnisse fehlen, kann insgesamt nicht von einer fehlende Unterscheidungskraft ausgegangen werden. So könnte die Firma „KBAC GmbH“ einer Gesellschaft, die mit dem Erfrischungsgetränk „Kwas“ handelt, vom abgegrenzten Verkehrskreis der russischsprachigen Verbraucher auch als kyrillische Schreibweise von „Kwas“ erkannt und für beschreibend gehalten werden. Wegen der Maßgeblichkeit der Sicht des Durchschnittsverbrauchers ist dies für die Beurteilung der Unterscheidungskraft des Firmenkerns „KBAC“ jedoch unerheblich.⁹¹⁰

(bb) Die Kennzeichnungseignung nach § 18 Abs. 1 HGB

Ob eine Firma zur Kennzeichnung eines Kaufmanns geeignet ist, hängt entscheidend davon ab, ob sie von dem maßgeblichen Verkehrskreis gerade *als Name* ausreichend individualisiert werden kann.⁹¹¹ Als Name muss die Firma eine Namensfunktion ausüben können, mithin geeignet sein, wie ein Name individualisierend auf den Kaufmann als Träger des Unternehmens hinzuweisen.⁹¹² Der Name ist ein Wortzeichen, das gehört, gesprochen und geschrieben werden kann.⁹¹³ Als hör- und aussprechbares (oder besser: artikulierbares) Wort⁹¹⁴ ist der Name ein *Kennwort*.⁹¹⁵ Die Firma ist deshalb immer ein reines Wortzeichen.⁹¹⁶ Dagegen sind Bildzeichen⁹¹⁷ und Wort-/Bildzeichen⁹¹⁸ nicht als Name geeignet, denn sie wirken visuell und können nicht gesprochen oder gehört werden.⁹¹⁹ Ihnen fehlt die Namensfunktion.⁹²⁰

Was im Übrigen als Name wirken kann, lässt sich nicht ohne Weiteres allgemein für diejenigen Konstellationen beantworten, in denen sich eine Bezeichnung vom üblichen, ohne

⁹¹⁰ LG Paderborn, Urt. v. 27.4.2018, Az. 4 O 224/16 – KBAC.

⁹¹¹ Baumbach/Hopt/Hopt, § 18 HGB, Rn. 4.

⁹¹² BGH, GRUR-RR 2009, 102 (103), Tz. 5 – HM&A; *Canaris*, § 10 Rn. 13.

⁹¹³ *Forkel*, in: FS Paulick, S. 101 (103); *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 40, § 7, Rn. 63; *Hefermehl*, in: FS Hueck, S. 519 (520).

⁹¹⁴ Staub/Burgard, § 17 HGB, Rn. 5; Müko-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 17.

⁹¹⁵ *Hefermehl*, in: FS Hueck, S. 519 (520).

⁹¹⁶ OLG Braunschweig, MMR 2001, 541 – Met@box; BayObLG, BayObLGZ 2001, 83 (84) – @ in einer Firmenbezeichnung; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 63; Baumbach/Hopt/Hopt, § 18 HGB, Rn. 5; *Lamsa*, S. 268; *Schünemann*, S. 10.

⁹¹⁷ BGH, GRUR-RR 2009, 102 (103), Tz. 10 – HM&A; BayObLG, BayObLGZ 2001, 83, 84 – @ in einer Firmenbezeichnung; OLG Braunschweig, MMR 2001, 541 – Met@box; vgl. bereits RGZ 71, 262 (264) – Aachener Stadtwappen; BGH, GRUR 1955, 42 (44) – rote Blume.

⁹¹⁸ BGH, GRUR-RR 2009, 102 (103), Tz. 10 – HM&A; vgl. auch OLG Hamm, NJW-RR 1993, 940 f. – Verwendung eines Firmenlogos (zu § 16 UWG von 1909); OLG Stuttgart, NJWE-WettbR 2000, 165 – Kanzleilogo (zu § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG).

⁹¹⁹ Müko-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 12.

⁹²⁰ BGH, GRUR-RR 2009, 102 (103), Tz. 10 – HM&A; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 64; Müko-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 11; *Lamsa*, S. 294; *Schoene*, GWR 2009, 137 (138); vgl. auch BGH, GRUR 1955, 42 (44) – rote Blume (zu § 16 UWG von 1909).

Weiteres aussprechbaren Wort entfernt und stattdessen lediglich aus einzelnen oder aneinandergereihten Buchstaben, Zahlen oder deren Kombination gebildet oder wo Sonderzeichen verwendet werden. In all diesen Fällen kommt es maßgeblich darauf an, ob dergestalt gebildete Zeichen vom Verkehr noch als Name verstanden werden.⁹²¹ Die Verkehrsauffassung steht nicht ein für alle Mal fest. Sie ist Wandlungen unterworfen, sodass nicht eine statische, sondern eine dynamische Betrachtungsweise am Platz ist.⁹²² Bestimmte Kategorien von Zeichen, die in der Vergangenheit nicht als Name wahrgenommen wurden, können im Laufe der Zeit vom Verkehr als Name anerkannt werden.⁹²³ Dies ist keine Besonderheit des formellen Firmenrechts, sondern gilt gleichermaßen beim materiellen Unternehmenskennzeichenschutz.

Heute werden Buchstabenkombinationen – gleichgültig, ob als Wort aussprechbar oder nicht – von Rechtsprechung und Literatur in ihrer Eignung als Name des Kaufmanns anerkannt, weil sie vom Verkehr, der ein solches Zeichen als namensmäßige Bezeichnung des Unternehmensträgers gewöhnt ist, wie Namen wahrgenommen werden.⁹²⁴

Überwiegend wird dies auch für Buchstaben-Zahlen-Kombinationen angenommen.⁹²⁵ Einzelbuchstaben sind weder zur Kennzeichnung des Unternehmensträgers geeignet,⁹²⁶ noch besitzen sie Unterscheidungskraft.⁹²⁷ Gleiches gilt nach der wohl überwiegenden und richtigen Auffassung derzeit noch für reine Zahlen (z. B. „23 GmbH“).⁹²⁸ Längere Reihen gleicher Buchstaben (z. B. „A.A.A.A.A.“⁹²⁹) oder sinnlose Aneinanderreihungen von Konsonanten (z. B. „Wrldbrmpfd“⁹³⁰) sind optisch kaum wiedererkennbar und können nicht sicher

⁹²¹ Oetker/Schlingloff, § 18 HGB, Rn. 6.

⁹²² KG, NZG 2013, 1153 (1154) – 23 GmbH; *Canaris*, § 10 Rn. 13.

⁹²³ Vgl. *Lutter/Welp*, ZIP 1999, 1073 (1077 f.).

⁹²⁴ *BGH*, GRUR-RR 2009, 102 (103), Tz. 5 – HM&A; LG Paderborn, Urt. v. 27.4.2018, Az. 4 O 224/16 – KBAC; *Staub/Burgard*, § 18 HGB, Rn. 13; *Canaris*, § 10, Rn. 15; *Müko-HGB/Heidinger*, § 18 HGB, Rn. 17 f.; *Lamsa*, S. 286 ff.; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle*, § 18 HGB, Rn. 28.

⁹²⁵ KG, NZG 2013, 1153 – 23 GmbH; *Müko-HGB/Heidinger*, § 18 HGB, Rn. 22; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle*, § 18 HGB, Rn. 28.

⁹²⁶ *Canaris*, § 10, Rn. 16.

⁹²⁷ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 66; *Müko-HGB/Heidinger*, § 18 HGB, Rn. 19; *Oetker/Schlingloff*, § 18 HGB, Rn. 13; a.A. *Staub/Burgard*, § 18 HGB, Rn. 14; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle*, § 18 HGB, Rn. 28.

⁹²⁸ KG, NZG 2013, 1153 f. – 23 GmbH; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 64; *Müko-HGB/Heidinger*, § 18 HGB, Rn. 21; *Kiesel* u. a., DNotZ 2015, 740 (743); *Oetker/Schlingloff*, § 18 HGB, Rn. 13; a.A. *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, 18. Aufl. 2012, § 4 GmbHG, Rn. 9; *Canaris*, § 10, Rn. 17 (Zahlen auch als Worte aussprechbar); *Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth*, § 18 HGB, Rn. 3; vgl. auch *Staub/Burgard*, § 18 HGB, Rn. 15 (der Kennzeichnungseignung annimmt, aber Unterscheidungskraft verneint).

⁹²⁹ *OLG Frankfurt*, NZG 2002, 588 – A.A.A.A.A.A.; ähnlich *OLG Celle*, NJW-RR 1999, 543 – AAA AAA AAA AB Lifesex-TV; *Canaris*, § 10, Rn. 16; *Kiesel* u. a., DNotZ 2015, 740 (742 f.).

⁹³⁰ Beispiel von *Schoene*, GWR 2009, 137.

artikuliert werden, weshalb ihnen die namensmäßige Wirkung fehlt.⁹³¹ Allerdings sind mindestens zwei Buchstaben erforderlich. Ein einzelner Buchstabe wirkt nicht als Name und kann nicht als Firma eingetragen werden.⁹³²

Bei Sonderzeichen fragt sich, ob sie als Wort- oder als Bildzeichen einzuordnen sind. Bei einer Einordnung als Wortzeichen ist nach den allgemeinen Regeln eine Eintragung als Bestandteil der Firma unproblematisch, da eine Firma aus Wortzeichen besteht. Man spricht insoweit von wortersetzenden Sonderzeichen. Bei einer Einordnung als Bildzeichen muss die Eintragung versagt bleiben, da eine Firma Bildelemente nicht enthalten darf. Das Sonderzeichen „&“ wird ebenso wie das Zeichen „+“ jeher als wortersetzend für den Begriff „und“ verstanden und kann selbstverständlich als Bestandteil der Firma eingetragen werden.⁹³³ Für die Verwendung des Sonderzeichens „@“ gilt: Das „@“-Zeichen ist inzwischen so weit verbreitet und auch aussprechbar („et“ bzw. „ät“), dass man ihm mit diesem Lautwert eine wortersetzende Wirkung zusprechen muss. Eine Firma, die dieses Sonderzeichen enthält, wird deshalb im Ergebnis wie ein gewöhnliches Wortzeichen behandelt und ist grundsätzlich eintragbar.⁹³⁴ Wenn nach dem Gesamtbild des Firmenkerns das Sonderzeichen „@“ als eine abgewandelte Schreibweise des Buchstabens „a“ erscheint, darf das Sonderzeichen nicht in die Firma aufgenommen werden, da Sonderzeichen, die zufälligerweise eine starke Ähnlichkeit mit Buchstaben aufweisen im Grunde ein grafisches Element im Sinne eines Wort-/Bildzeichens sind, aber den reinen Buchstaben als solchen nicht substituieren können.⁹³⁵ Anderen Sonderzeichen, wie beispielsweise „*“, „#“, „§“, „©“ oder „€“, kommt laut überwiegender Auffassung nach der Verkehrsauffassung ebenfalls keine wortersetzende Wirkung zu, weshalb eine Firma, die derartige Sonderzeichen beinhaltet, nicht eingetragen werden kann.⁹³⁶

⁹³¹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 66; *Lutter/Welp*, ZIP 1999, 1073 (1078); *Schoene*, GWR 2009, 137 (139 f.); *Schünemann*, S. 10.

⁹³² *Müko-HGB/Heidinger*, § 18 HGB, Rn. 19.

⁹³³ *BGH*, GRUR 1997, 906 (907) – „und Partner“; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 67; *Müko-HGB/Heidinger*, § 18 HGB, Rn. 12; *Lamsa*, S. 297.

⁹³⁴ *LG Cottbus*, Beschl. v. 2.8.2001, Az. 11 T 1/00, BeckRS 2009, 13772; *LG München I*, MittBayNot 2009, 315 – Sonderzeichen @; *Beyerlein*, WRP 2005, 582 (583); *Müko-HGB/Heidinger*, § 18 HGB, Rn. 13a; *Kiesel u. a.*, DNotZ 2015, 740 (743 f.); *Oetker/Schlingloff*, § 18 HGB, Rn. 8.

⁹³⁵ *Müko-HGB/Heidinger*, § 18 HGB, Rn. 13; *Lamsa*, S. 297 f.; *Schoene*, GWR 2009, 137.

⁹³⁶ *LG München I*, MittBayNot 2009, 315 – Sonderzeichen @; *Lamsa*, S. 296 ff.

(cc) Die Unterscheidungskraft gemäß § 18 Abs. 1 HGB

(1) Der Begriff der Unterscheidungskraft

Unterscheidungskünftig i.S.d. § 18 Abs. 1 HGB ist eine Bezeichnung dann, wenn sie allgemein geeignet ist, den mit der Firma benannten Unternehmensträger zu identifizieren und von anderen Unternehmensträgern zu unterscheiden.⁹³⁷ Das setzt eine ausreichende Eigenart voraus, ohne die der Verkehr die Bezeichnung nicht als individualisierenden Hinweis auf den Unternehmensträger auffassen kann.⁹³⁸ Allerdings muss die Firma den Unternehmensträger nicht konkret benennen, wie dies früher bei der Neubildung der Firma von Einzelkaufleuten gemäß § 18 Abs. 1 HGB a.F. der Fall sein musste (dazu oben S. 46 ff.). Dies ist bei einer Fantasiefirma und einer Sachfirma naturgemäß auch gar nicht möglich.⁹³⁹ Es genügt selbstverständlich, dass aus dem Handelsregister ersichtlich ist, welche konkrete Person Inhaberin der Firma bzw. des Handelsgeschäfts ist, im Zusammenhang in dem die Firma geführt wird.⁹⁴⁰ Die Firma selbst muss dies ebenso wenig offenlegen wie etwa eine eingetragene Marke, deren Inhaber auch lediglich aus dem Register ersichtlich sein muss. Deshalb wird die durch § 18 Abs. 1 HGB geforderte Unterscheidungskraft mitunter auch als „*abstrakte Unterscheidungskraft*“ bezeichnet.⁹⁴¹ Die Unterscheidungskraft ist auf die gesamte Firma, nicht auf einen ihrer Bestandteile abzustellen.⁹⁴² Nachfolgend wird analysiert, wie die Unterscheidungskraft in der Praxis gehandhabt wird.

(2) Die grundsätzliche Handhabung der Unterscheidungskraft in der Praxis

i. Der bürgerliche Name

Der bürgerliche Name einer Person hat stets die erforderliche Unterscheidungskraft.⁹⁴³ Dies gilt unabhängig von der Häufigkeit des Namens.⁹⁴⁴ Auch Allerweltsnamen sind unterscheidungskünftig.⁹⁴⁵ Insoweit stimmt die Rechtslage mit dem materiellen Kennzeichen-

⁹³⁷ BayObLG, NJW-RR 2003, 1544 – Profi-Handwerker GmbH; KG, NZG 2008, 80 – Autodienst-Berlin; OLG Zweibrücken, BeckRS 2012, 13796; LG Paderborn, Urt. v. 27.4.2018, Az. 4 O 224/16 – KBAC; Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 16; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 68; Müko-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 23.

⁹³⁸ Müko-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 23.

⁹³⁹ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 68.

⁹⁴⁰ Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 17.

⁹⁴¹ BayObLG, NJW-RR 2003, 1544 – Profi-Handwerker GmbH; KG, NZG 2008, 80 – Autodienst-Berlin; Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 16; Canaris, § 10, Rn. 18; Müko-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 26.

⁹⁴² KG, NZG 2008, 80 – Autodienst-Berlin.

⁹⁴³ Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 25; Steinbeck, Handelsrecht, § 11, Rn. 3.

⁹⁴⁴ Müko-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 35; Steinbeck, Handelsrecht, § 11, Rn. 3.

⁹⁴⁵ Lutter/Hommelhoff/Bayer, 18. Aufl. 2012, § 4 GmbHG, Rn. 11; Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 25; Canaris, § 10, Rn. 20; Müko-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 37; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Mock, § 4 GmbHG, Rn. 31; Steinbeck, Handelsrecht, § 11, Rn. 3.

recht überein (vgl. dazu S. 94 f.). Dies gilt für die Personenfirma ebenso wie für die Fantasiefirma. Bei letzterer verlagert sich die Problematik auf die Frage, ob die Verwendung eines fiktiven Namens irreführend sein kann (umfassend dazu unten S. 184 ff.).⁹⁴⁶

ii. Fantasiezeichen

Unterscheidungskraft besitzen Fantasiezeichen als Wortzeichen. Hierzu gehören die absoluten Fantasiezeichen, die frei erfunden sind und keinerlei Aufschluss über den Unternehmensgegenstand geben (z. B. „Zalando“ für einen Versandhandel).⁹⁴⁷ Auch solche Zeichen, die zwar einen festen Bedeutungsgehalt haben und nicht frei erfunden sind, haben als relative Fantasiezeichen Unterscheidungskraft, wenn der Bedeutungsgehalt für den Unternehmensgegenstand nicht beschreibend ist. Auch hier entspricht die Rechtslage dem materiellen Kennzeichenrecht (vgl. dazu S. 95).

iii. Beschreibende Angaben

Bezeichnungen, die aus bloßen Gattungs-, Branchen-, Sach- oder Tätigkeitsbeschreibungen bestehen und vom Verkehr auch so verstanden werden,⁹⁴⁸ besitzen nicht die für eine Individualisierung des Kaufmanns ausreichende Unterscheidungskraft.⁹⁴⁹ Diese Wertung ergibt sich ausschließlich aus der objektiven Ungeeignetheit einer derartigen beschreibenden Angabe zur namensmäßigen Unterscheidung und kommt ohne zusätzliche Berücksichtigung eines Freihaltebedürfnisses aus.⁹⁵⁰ Ob eine Firma von ihrem Bedeutungsgehalt beschreibend ist, bemisst sich nach dem Unternehmensgegenstand, für den die Firma eingetragen werden soll.⁹⁵¹ Hier wird also eine abstrakte, ausschließlich am Registerinhalt ausgerichtete Betrachtung angelegt und nicht – wie im materiellen Kennzeichenrecht – auf die konkrete, tatsächlich ausgeübte Geschäftstätigkeit geachtet (vgl. dazu S. 95).

⁹⁴⁶ Kiesel u. a., DNotZ 2015, 740 (753 f.);

⁹⁴⁷ Lutter/Hommelhoff/Bayer, 18. Aufl. 2012, § 4 GmbHG, Rn. 9; Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 30; Müko-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 37; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 18 HGB, Rn. 27; Oetker/Schlingloff, § 18 HGB, Rn. 13.

⁹⁴⁸ LG Paderborn, Urt. v. 27.4.2018, Az. 4 O 224/16 – KBAC.

⁹⁴⁹ BayObLG, NJW-RR 2003, 1544 – Profi-Handwerker; OLG München, DNotz 2010, 933 (935) – Münchner Hausverwaltung; OLG Frankfurt, GRUR-RR 2011, 96 – outlets.de; OLG Zweibrücken, BeckRS 2012, 13796; LG Paderborn, Urt. v. 27.4.2018, Az. 4 O 224/16 – KBAC; Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 25; Müko-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 28; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 18 HGB, Rn. 18; a.A. ohne tragfähige Begründung Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Mock, § 4 GmbHG, Rn. 28.

⁹⁵⁰ Vgl. Hachenburg/Heinrich, § 4 GmbHG, Rn. 26.

⁹⁵¹ Vgl. Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 25; Baumbach/Hopt/Hopt, § 18 HGB, Rn. 6.

iv. Buchstabenkombinationen

Buchstabenkombinationen sind ohne Rücksicht auf ihre Aussprechbarkeit als Wort unterscheidungskräftig.⁹⁵² Deshalb wird eine Firma dadurch insgesamt unterscheidungskräftig, indem einem beschreibenden Bestandteil eine Buchstabenkombination hinzugefügt wird (z. B. „ABC Handels-GmbH“).⁹⁵³ Dies gilt auch dann, wenn die Buchstabenkombination weiteren, rein beschreibenden Firmenbestandteilen voran- oder nachgestellt ist und sie erkennbar eine aus den Anfangsbuchstaben dieser beschreibenden Bestandteile gebildete Abkürzung ist und wenn so deren Bedeutung erläutert wird (z. B. „ADIG – Allgemeine Deutsche Investment GmbH“).⁹⁵⁴ Wie im materiellen Kennzeichenrecht können jedoch Buchstabenkombinationen, die aus sich heraus einen rein beschreibenden Gehalt haben, nicht als unterscheidungskräftig eingestuft werden (vgl. dazu S. 96).

v. Fremdsprachige Bezeichnungen

Ob eine fremdsprachige Bezeichnung unterscheidungskräftig ist, ist differenziert zu beurteilen und hängt maßgeblich vom Verständnis des angesprochenen Verkehrskreises ab.⁹⁵⁵ Fremdsprachige Bezeichnungen sind nach den gleichen Kriterien zu beurteilen wie das entsprechende deutsche Wort, wenn sie aus dem angesprochenen Verkehrskreis in den allgemeinen Wortschatz übernommen wurden.⁹⁵⁶ Ist der Begriffsgehalt nicht beschreibend, ist die Unterscheidungskraft zu bejahen; sie fehlt, wenn der Begriff beschreibend ist.⁹⁵⁷ Anders ist es hingegen, wenn die Bedeutung des fremdsprachigen Begriffs überwiegend unbekannt ist. Versteht der Verkehr den Begriff als einen Fantasiebegriff ohne beschreibenden Gehalt, ist die Unterscheidungskraft zu bejahen.⁹⁵⁸ Ob in solchen Fällen ein Freihaltebedürfnis zu bejahen sein kann, ist umstritten (näher zum Freihaltebedürfnis S. 86 ff.).

vi. Sprechende Zeichen und Verfremdungen von Sachangaben

Verfremdungen von Gattungs- und Branchenbeschreibungen, insbesondere solche, die als Initialkurzworte aus den Anfangsilben der Tätigkeitsbeschreibung gebildet sind, sind

⁹⁵² MüKo-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 32; Kiesel u. a., DNotZ 2015, 740 (741); Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Mock, § 4 GmbHG, Rn. 35; Roth/Altmeppen/Roth, § 4 GmbHG, Rn. 24.

⁹⁵³ Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 29; MüKo-AktG/Heider, § 4 AktG, Rn. 16; MüKo-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 32.

⁹⁵⁴ Roth/Altmeppen/Roth, § 4 GmbHG, Rn. 24.

⁹⁵⁵ Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 32.

⁹⁵⁶ Vgl. OLG Frankfurt, OLGZ 1979, 392 (393) – Food- und Nonfood (zur Erkennbarkeit des Geschäftsgegenstandes bei der Sachfirma einer GmbH nach § 4 GmbHG a.F.); OLG Frankfurt, OLGZ 1983, 25 (29) – Electronic Service (zur Bedeutung eines fremdsprachigen Firmenzusatzes als gemäß § 18 Abs. 2 HGB irreführend oder nicht).

⁹⁵⁷ Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 32; Oetker/Schlingloff, § 18 HGB, Rn. 13.

⁹⁵⁸ Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 32.

unterscheidungskräftig, so z. B. „*Transpobet GmbH*“ für eine Gesellschaft, die Transportbeton vertreibt oder „*Computech GmbH*“ für eine Gesellschaft für Computertechnik.⁹⁵⁹ Auch verfremdende Ergänzungen zu einer für sich genommen beschreibenden Angabe können einem Firmenkern zur Unterscheidungskraft verhelfen.⁹⁶⁰ Dies entspricht der Rechtslage im materiellen Kennzeichenrecht (vgl. dazu S. 97 f.).

vii. Unterscheidungskraft bei Kombinationen von beschreibenden Angaben

Noch keine ständige Praxis hat sich für die im materiellen Kennzeichenrecht problematische Fallgruppe der Kombination von für sich genommen beschreibenden Sachangaben herausgebildet. Soweit ersichtlich bleibt es im Rahmen des § 18 Abs. 1 HGB bei der allgemeinen Regel, dass rein beschreibende Angaben nicht unterscheidungskräftig sind. Nicht eingetragen werden konnte deshalb die Firma „*Profi-Handwerker GmbH*“ für eine Gesellschaft, zu deren Unternehmensgegenstand u. a. die Durchführung von Rollladenbau- und Jalousiebauarbeiten gehört.⁹⁶¹ Dieser Entscheidung lässt sich der auch im materiellen Kennzeichenrecht geltende Grundsatz entnehmen, dass eine Kombination von zwei für sich genommen beschreibenden Elementen dann nicht unterscheidungskräftig ist, wenn auch die neu entstandene Kombination einen zwanglos beschreibenden Gehalt hat (vgl. dazu S. 98 ff.).

viii. Kombinationen von beschreibenden Angaben mit Top-Level-Domain

Ob die Hinzufügung einer Top-Level-Domain („*.de*“ oder „*.com*“) ein hinreichend individualisierender und damit die Unterscheidungskraft begründender Zusatz ist, wird nicht einheitlich beurteilt. Nach dem OLG Frankfurt ist die Unterscheidungskraft zu verneinen. Zwar würden Internetdomains nach den Vergabekriterien der DENIC nur einmalig vergeben. Die beteiligten Verkehrskreise beurteilten die Unterscheidungskraft einer Bezeichnung jedoch nicht nach den Vergabekriterien, sondern nach der Second-Level-Domain, die regelmäßig aus sinntragenden Worten besteht. Seien diese aber beschreibend, so entstehe auch unter Hinzufügung einer Top-Level-Domain keine individualisierende Kennzeichnung.⁹⁶² Das OLG Dresden hat aus der Einmaligkeit der Domainvergabe demgegenüber eine Unterscheidungskraft hergeleitet.⁹⁶³

⁹⁵⁹ Lutter/Hommelhoff/Bayer, 18. Aufl. 2012, § 4 GmbHG, Rn. 13, 22.

⁹⁶⁰ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 18 HGB, Rn. 30.

⁹⁶¹ BayObLG, NJW-RR 2003, 1544 – Profi-Handwerker.

⁹⁶² OLG Frankfurt, GRUR-RR 2011, 96 f. – outlets.de.

⁹⁶³ OLG Dresden, GRUR-RR 2011, 97 (98) – fashion-shop-germany.eu.

ix. Kombinationen von tätigkeitsbeschreibenden Angaben mit Ortsangaben

Nach der im formellen Firmenrecht ganz herrschenden Ansicht sind jedoch Kombinationen von derartigen beschreibenden Angaben mit Ortsangaben oder geografischen Zusätzen unterscheidungskräftig.⁹⁶⁴ Nur ganz vereinzelt wird dies kritisch gesehen.⁹⁶⁵ Angenommen wurde eine ausreichende Unterscheidungskraft in Fällen, in denen die Ortsangabe entweder eine konkrete (Groß-)Stadt bezeichnete („*Autodienst-Berlin Ltd.*“⁹⁶⁶; „*Münchner Hausverwaltung GmbH*“⁹⁶⁷) oder eine räumlich eng abgegrenzte historische Landschaft („*Hessen-Nassauische Grundbesitz AG*“⁹⁶⁸). Das OLG Dresden hat allerdings gerade unter ausdrücklichem Rückgriff auf die Maßstäbe des materiellen Unternehmenskennzeichenrechts für die Firma „*fashion-shop-germany e. Kfr.*“ Unterscheidungskraft verneint.⁹⁶⁹ Diese Entscheidung erlaubt jedoch keine allgemeinen Rückschlüsse auf eine grundsätzlich restriktivere Praxis dieses Gerichts, da der allgemeine Bezug auf den geografischen Raum Deutschlands wohl auch nach einer noch so großzügigen Betrachtungsweise unter keinen Umständen als hinreichend individualisierend gewertet werden kann.⁹⁷⁰ In der großen Linie der Rechtsprechung, eine aus der Tätigkeitsbeschreibung und einem Ortszusatz – in aller Regel dem Namen einer Stadt – für eine Unterscheidungskraft i.S.d. § 18 Abs. 1 HGB ausreichen zu lassen, liegt eine deutliche Abweichung von der Praxis im materiellen Kennzeichenrecht, wo eine namensmäßige Unterscheidungskraft solcher Kombinationen in aller Regel verneint und lediglich in Ausnahmefällen angenommen wird (vgl. dazu S. 101). Wie diese Abweichung gerechtfertigt werden kann, wird im Rahmen der Legitimation einer von § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG abweichenden Praxis in § 18 Abs. 1 HGB behandelt (dazu S. 172).

x. Sonderregeln für Platzgeschäfte?

Soweit ersichtlich, hat sich noch keine feststehende Praxis zu der Frage entwickelt, ob für Platzgeschäfte Sonderregeln wie im materiellen Kennzeichenrecht gelten (vgl. dazu S. 101 f.). So stellt sich die Frage, ob die Betreibergesellschaft eines „*Parkhotel*“ dieses

⁹⁶⁴ KG, NZG 2008, 80 – Autodienst-Berlin; OLG München, BeckRS 2010, 11615 – Münchner Hausverwaltung; OLG Zweibrücken, BeckRS 2012, 13796; Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 29; MüKo-AktG/Heider, § 4 AktG, Rn. 16; MüKo-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 28; MüKo-GmbHG/Heinze, § 4 GmbHG, Rn. 42; Krafska/Kühn, Rn. 221; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, § 18 HGB, Rn. 4.

⁹⁶⁵ Kiesel u. a., DNotZ 2015, 740 (746 f.); Oetker/Schlingloff, § 18 HGB, Rn. 12.

⁹⁶⁶ KG, NZG 2008, 80 – Autodienst-Berlin.

⁹⁶⁷ OLG München, BeckRS 2010, 11615 – Münchner Hausverwaltung.

⁹⁶⁸ OLG Frankfurt, NJOZ 2005, 2602 (2603) – Hessen-Nassauische Grundbesitz AG (als irreführend beurteilt, aber Unterscheidungskraft offenbar bejaht).

⁹⁶⁹ OLG Dresden, GRUR-RR 2011, 97 – fashion-shop-germany.eu unter Hinweis auf BGH, GRUR 1994, 905 – Schwarzwald-Sprudel (zu § 16 UWG von 1909).

⁹⁷⁰ So auch Oetker/Schlingloff, § 18 HGB, Rn. 12.

als besondere Geschäftsbezeichnung örtlich geschützter Zeichen (S. 101)⁹⁷¹ auch zur Bildung eines Firmenkerns verwenden und als „*Parkhotel GmbH*“ firmieren kann. Im Schrifttum wird dies ohne nähere Begründung und unter Hinweis auf die *Parkhotel*-Entscheidung zu § 16 Abs. 1 UWG von 1909 bejaht.⁹⁷² Vereinzelt existieren derartige Firmen wie z. B. „*Parkhotel GmbH*“ (AG Lüneburg HRB 100916 vom 27. Oktober 2005 mit dem Unternehmensgegenstand „*Betrieb von Hotels und Gaststätten*“), „*Parkhotel GmbH*“ (AG Walsrode HRB 120382 vom 22. August 2006 mit dem Unternehmensgegenstand „*Führung eines Hotel- und Gaststättenbetriebes*“) oder „*Parkhotel Betriebs GmbH*“ (AG Braunschweig HRB 206553 vom 16. Mai 2017 mit dem Unternehmensgegenstand „*Der Betrieb des Park Hotels in Bad Harzburg*“). Hiergegen ist nichts einzuwenden. Wenn unter den gegebenen örtlichen Verhältnissen eine eindeutige Identifikation und Unterscheidung von anderen Unternehmen möglich ist, spricht aus Verkehrsschutzgesichtspunkten nichts gegen eine Firmeneintragung. Begreift man die verkehrsbekannte Einmaligkeit eines Platzgeschäfts und seiner Bezeichnung als eine gewissermaßen „*vorweggenommene Verkehrsgeltung*“⁹⁷³ (S. 102) und hält man mit der hier vertretenen Auffassung eine Verkehrsgeltung auch bei § 18 Abs. 1 HGB für relevant (dazu unten S. 155 f.), ergibt sich daraus noch ein zusätzlicher Begründungsansatz.

(3) Unterscheidungskraft durch Verkehrsgeltung?

Der Befund, dass mit der Einführung des Doppelkriteriums der Kennzeichnungseignung und Unterscheidungskraft eine Annäherung des formellen Firmenrechts an das Kennzeichenrecht erfolgt (vgl. dazu S. 134 f.), wirft die Frage nach der Bedeutung der Verkehrsgeltung einer Bezeichnung für das formelle Firmenrecht auf. Im materiellen Kennzeichenrecht kann einem Unternehmenskennzeichen eine namensmäßige Unterscheidungskraft auf zwei Arten zukommen. Entweder hat es namensmäßige Unterscheidungskraft von Haus aus, weil es seiner Natur nach geeignet ist, namensmäßig auf das Unternehmen oder seinen Inhaber hinzuweisen oder ihn zu identifizieren und von anderen mit dem gleichen Geschäftsgegenstand zu unterscheiden (vgl. dazu oben S. 84) oder der Verkehr erkennt das Zeichen aus seiner Benutzung heraus als Kennzeichen eines bestimmten Unternehmens oder seines Inhabers an (vgl. dazu S. 102 f.). Man spricht dann von Verkehrsgeltung. Die

⁹⁷¹ *BGH*, GRUR 1977, 165 (166) – *Parkhotel*.

⁹⁷² *Baumbach/Hopt/Hopt*, § 18 HGB, Rn. 7; *Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth*, § 18 HGB, Rn. 4.

⁹⁷³ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 247.

Verkehrsgeltung lässt sich in diesem Zusammenhang als eine durch Benutzung erworbene namensmäßige Unterscheidungskraft bezeichnen.⁹⁷⁴ Es fragt sich, ob auch die gemäß § 18 Abs. 1 HGB erforderliche Unterscheidungskraft durch Verkehrsgeltung erworben werden kann und der Nachweis einer Verkehrsgeltung im Eintragungsverfahren möglich ist.

i. Gesichtspunkte für die Übernahme der materiell-rechtlichen Kriterien

Eine konsequente Übertragung des kennzeichenrechtlichen Verständnisses der Unterscheidungskraft auf den firmenrechtlichen Begriff der Unterscheidungskraft liegt nahe und wird auch von Teilen der Literatur befürwortet.⁹⁷⁵ Damit könnten auch reine Sach- und Gattungsbezeichnungen, denen eine Unterscheidungskraft von Haus aus fehlt (dazu oben S. 147), als Firma geeignet sein, wenn die Unterscheidungskraft durch Verkehrsgeltung erworben wurde.⁹⁷⁶ Die Ziele der Handelsrechtsreform scheinen ein solches Verständnis zu stützen. Mit der Möglichkeit, auch Fantasiebezeichnungen zur Firmenbildung zu verwenden, sollte den Kaufleuten ermöglicht werden, Firmen ebenso wie andere Kennzeichen bestmöglich im Einklang mit ihrer jeweiligen Marketingstrategie zu kreieren und am Markt zu positionieren.⁹⁷⁷ Es war insgesamt der erklärte Wille des Reformgesetzgebers, als Marke oder besondere Geschäftsbezeichnung geschützte oder schutzfähige Zeichen auch als Firma eintragen zu können (näher dazu S. 52). Hier gilt: Ebenso wie im materiellen Schutz der Unternehmenskennzeichen (ausführlich dazu S. 102 ff.) steht ebenso im Schutz der Registermarken die durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft im Ergebnis der Unterscheidungskraft von Haus aus gleich. Unterscheidungskraft kann auch durch Benutzung erworben werden (Art. 4 Abs. 4 S. 1 MarkenRL (EU) 2015/2436, früher Art. 3 Abs. 3 S. 1 MarkenRL 89/104/EWG). Der deutsche Gesetzgeber hat für dieses Ergebnis in § 8 Abs. 3 MarkenG die aus § 4 Abs. 3 WZG entlehnte traditionelle Formulierung beibehalten, sodass sich die Marke infolge der Benutzung „*in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt hat*“.⁹⁷⁸ Sowohl für den Schutz des Unternehmenskennzeichens als auch für den Markenschutz gilt: Ein von Haus aus nicht unterscheidungskräftiges Zeichen kann ohne Weiteres benutzt werden und der Inhaber kann darauf setzen, durch umfangreiche

⁹⁷⁴ BGH, GRUR 2004, 514 (515) und LS 1 – Telekom; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 4.

⁹⁷⁵ Vgl. Müko-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 34; Baumbach/Hopt/Hopt, § 18 HGB, Rn. 5; Krafka/Kühn, Rn. 221; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 18 HGB, Rn. 18; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, § 18 HGB, Rn. 4; Oetker/Schlingloff, § 18 HGB, Rn. 15 jeweils mit Nachweisen zur Rechtsprechung zum materiellen Kennzeichenschutz gemäß § 16 UWG von 1909 bzw. § 5 MarkenG; so wohl auch Roth, S. 31 (37), allerdings mit Hinweis auf die geringe praktische Bedeutung der Verkehrsgeltung für die Unterscheidungskraft.

⁹⁷⁶ Müko-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 34.

⁹⁷⁷ Möller, S. 11 f.

⁹⁷⁸ Amtliche Begründung zum MarkenG (BT-Drucks. 12/6581, S. 71).

Benutzung, intensive Werbung, etc. für dieses Zeichen Verkehrsgeltung als Unternehmenskennzeichen bzw. Verkehrsdurchsetzung als Marke und damit im Ergebnis materiellen Schutz zu erwerben (vgl. dazu auch oben S. 137 f.). Mit dem Ziel des Gesetzgebers einer Angleichung des formellen Firmenrechts an die Maßstäbe des materiellen Unternehmenskennzeichenrechts und das Recht der eingetragenen Marke wäre es nur schwer vereinbar, einem Zeichen, das zwar von Haus aus beschreibend ist, das aber bereits durch seine Benutzung als Marke oder besondere Geschäftsbezeichnung im Verkehr eindeutig gerade dem Firmenanmelder zugeordnet wird, die Registereintragung mit Verweis auf die fehlende originäre Unterscheidungskraft zu verweigern. Eine i.S.d. § 18 Abs. 1 HGB nicht unterscheidungskräftige Firma ist nämlich schlechthin unzulässig. Sie darf nicht nur nicht eingetragen werden, sondern sie darf als Firma gar nicht erst benutzt werden, weil der Kaufmann nur seine eingetragene Firma als solche benutzen darf.

Diese Konsequenz wird nicht zu Unrecht als unangemessen hart bewertet, sodass es als geboten betrachtet wird, den Begriff der Unterscheidungskraft im Firmenrecht großzügiger zu handhaben.⁹⁷⁹ Für die Berücksichtigung einer Verkehrsgeltung spricht auch, dass dieser Aspekt bereits unter früherem Recht eine gewisse Bedeutung hatte. Denn ein Warenzeichen konnte dann im Sinne einer Sachfirma zum Firmenkern werden, wenn es in gewisser Weise bekannt war und der Verkehr deshalb erkennen konnte, dass der Unternehmensgegenstand der Gesellschaft gerade die Herstellung oder der Handel mit den so gekennzeichneten Produkten war (z. B. „*Minimax Gesellschaft m.b.H.*“ als Firma der Herstellerin der bekannten Feuerlöcher der Marke „*Minimax*“⁹⁸⁰; näher dazu oben S. 49). Voraussetzung war hier ein „*eingeführtes Wortzeichen*“, das „*in der Verbraucherwelt verbreitet worden ist*“ und aufgrund seiner Bekanntheit „*als den Gegenstand des Unternehmens kennzeichnend anerkannt und danach [...] als Firma der Gesellschaft zugelassen werden*“ konnte.⁹⁸¹ Hier zeigt sich exemplarisch: Die Berücksichtigung der Verkehrsgeltung ist stets lediglich eine besondere Facette der Beurteilung der Verkehrsauffassung. Dies ist aber im Allgemeinen die Aufgabe, die sich dem Registerrichter bei der Beurteilung der namensmäßigen Unterscheidungskraft stellt. Praktisch zum Ausdruck kam dies vor der HGB-Reform

⁹⁷⁹ Vgl. Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 16.

⁹⁸⁰ Beispiel aus RG, MuW XXXIV, 239 (242) – Egona.

⁹⁸¹ RG, MuW XXXIV, 239 (242) – Egona; vgl. auch Nietzold, GRUR 1927, 1 (12) m.w.N.

zusätzlich bei nicht aussprechbaren Buchstabenkombinationen, die bei bestehender Verkehrsgeltung zur Bildung des Firmenkerns herangezogen werden konnten.⁹⁸² Eine ähnliche Erscheinung ist die „*vorweggenommene Verkehrsgeltung*“⁹⁸³ der Bezeichnungen von Platzgeschäften, die aufgrund der Besonderheiten des Verkehrsverständnisses sowohl als besondere Geschäftsbezeichnung geschützt sowie als Firma eingetragen werden können (vgl. dazu oben S. 101 f. und S. 150 f.).

Damit kann auch und gerade nach der HGB-Reform die Verkehrsgeltung im Sinne einer erworbenen Unterscheidungskraft grundsätzlich berücksichtigt werden.

ii. Gesichtspunkte gegen die Übernahme der materiell-rechtlichen Kriterien

Andererseits wird der Begriff der Unterscheidungskraft auch sonst in erster Linie als Unterscheidungskraft von Haus aus verstanden, die eine durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft gerade nicht miteinschließt, so in Art. 4 Abs. 1 lit. b MarkenRL (EU) 2015/2436 und § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Außerdem besteht die Gefahr, dass die Berücksichtigung der Verkehrsgeltung zu einer Aufblähung des Registereintragungsverfahrens und zu einer Überforderung der Registergerichte führt. Ein Nachweis der Verkehrsgeltung anhand der für eingetragene Marken maßgeblichen „*Chiemsee*“-Kriterien,⁹⁸⁴ auf die auch bei Unternehmenskennzeichen zurückgegriffen wird (näher dazu bereits oben S. 103 f.),⁹⁸⁵ kann im Einzelfall sehr umfang- und materialreich sein und zudem zeit- und kostenintensive demoskopische Gutachten erfordern.⁹⁸⁶ Diese müssen wiederum zahlreichen methodischen Anforderungen genügen und sehen sich häufig ebenso zahlreichen methodischen Einwendungen gegenüber,⁹⁸⁷ zu deren Beurteilung erheblicher spezialisierter Sachverstand nötig ist. Dies würde einen der Zwecke der Handelsrechtsreform, nämlich der Entschlackung der registerrechtlichen Prüfung, wie sie etwa für § 18 Abs. 2 HGB angestrebt wurde (vgl. dazu S. 54 ff.), zuwiderlaufen.

Gerade das Ziel des Reformgesetzgebers, den Registerrichter von aufwendigen Tatsachenfeststellungen außerhalb des Registers zu befreien, spricht dagegen, dass der Begriff

⁹⁸² Vgl. *BGH*, GRUR-RR 2009, 102 (103), Tz. 6 – HM&A; Staub/*Burgard*, § 18 HGB, Rn. 13; Hachenburg/*Heinrich*, § 4 GmbHG, Rn. 18.

⁹⁸³ So zum materiellen Kennzeichenschutz *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 247.

⁹⁸⁴ *EuGH*, GRUR 1999, 723 (727), Tz. 51 – Chiemsee.

⁹⁸⁵ *KG*, NJOZ 2009, 311 (313) – europamöbel; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 27 ff.

⁹⁸⁶ Vgl. zur Ermittlung der Verkehrsgeltung durch demoskopische Gutachten *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 12 ff.

⁹⁸⁷ Vgl. z. B. *BGH*, GRUR 2015, 1012 (1017 f.), Tz. 46 – Nivea-Blau; *BGH*, GRUR 2016, 1167 (1168), Tz. 8 – Sparkassen-Rot.

der Unterscheidungskraft in § 18 Abs. 1 HGB die durch Verkehrsgeltung erworbene Unterscheidungskraft mit abdeckt. Unterscheidungskraft gemäß § 18 Abs. 1 HGB könnte danach lediglich eine Bezeichnung haben, die von Haus aus geeignet ist, ihren Inhaber von anderen Unternehmensträgern zu unterscheiden.⁹⁸⁸

iii. Eigene vermittelnde Ansicht

Die berechtigten Anliegen beider Ansätze lassen sich verbinden, ohne die Nachteile, die die beiden reinen Ansätze jeweils mit sich bringen, durchschlagen zu lassen. Die hier vorgeschlagene vermittelnde Lösung basiert auf dem Grundanliegen des Reformgesetzgebers, dass über das Kriterium der „*Ersichtlichkeit*“ eine verfahrensrechtliche Abschwächung der Prüfungsintensität nach Art eines „*Grobrasters*“ erfolgen soll und das Registerverfahren damit von umfangreichen Tatsachenfeststellungen entlastet wird.⁹⁸⁹ Das hat der Gesetzgeber für die Prüfung der Irreführung in § 18 Abs. 2 HGB ausdrücklich vorgesehen. Die Irreführung wird im Registerverfahren ausschließlich dann berücksichtigt, wenn sie für den Registerrichter *ersichtlich*, d. h. offensichtlich⁹⁹⁰ ist. Umstände, die sich ohne Weiteres, insbesondere ohne Erhebung von Beweisen aufdrängen, sind ersichtlich und können vom Registerrichter berücksichtigt werden.⁹⁹¹

Dieser Gedanke muss auch hier zum Tragen kommen. Ein solches „*Grobraster*“ bietet sich auch für die Beurteilung der Unterscheidungskraft einer Bezeichnung in § 18 Abs. 1 HGB an. Die Eintragung eines von Haus aus nicht unterscheidungskräftigen Zeichens als Firmenkern ist dann möglich, wenn seine bereits bestehende Verkehrsgeltung i.S.v. § 291 ZPO offenkundig ist. Das vermeidet einerseits eine Aufblähung des Registerverfahrens und eine Überforderung des Registergerichts. Andererseits wird das lediglich schwer vermittelbare Ergebnis vermieden, dass ein allgemein bekanntes und einem einzelnen Kaufmann zugeordnetes Kennzeichen, das ohne Weiteres als Marke eingetragen werden könnte und ohnehin Kraft Benutzung Schutz als Unternehmenskennzeichen genießt (näher dazu S. 102 ff.), als Firma nicht eingetragen und nicht benutzt werden kann. Auch im materiellen Unternehmenskennzeichenschutz ist anerkannt, dass eine offenkundige Verkehrsgeltung vom Zeichenprätendenten nicht noch gesondert nachgewiesen werden

⁹⁸⁸ Tendenziell gegen die Berücksichtigung einer Verkehrsgeltung Staub/*Burgard*, § 18 HGB, Rn. 16.

⁹⁸⁹ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 54); Müko-HGB/*Heidinger*, § 18 HGB, Rn. 58; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Reuschle*, § 18 HGB, Rn. 69.

⁹⁹⁰ *Roth*, S. 31 (43).

⁹⁹¹ Müko-HGB/*Heidinger*, § 18 HGB, Rn. 58.

muss,⁹⁹² dann ist auch kein Verkehrsgutachten erforderlich.⁹⁹³ Auch diejenigen Warenzeichen, die in der Vergangenheit zum Kern der Sachfirma einer Kapitalgesellschaft gemacht werden konnten, waren gerade solche, die allgemein bekannt waren.⁹⁹⁴

(4) Die räumliche Dimension der Prüfung der Unterscheidungskraft

In unmittelbarem Zusammenhang mit den vorherigen Untersuchungen steht die Frage, ob die nach § 18 Abs. 1 HGB erforderliche – sei es die originäre oder sei es die durch (offenkundige) Verkehrsgeltung erworbene – Unterscheidungskraft, lediglich am Ort der Eintragung der Firma gegeben sein muss oder vielmehr im ganzen Bundesgebiet. Ein Beispiel soll die Relevanz dieser Fragestellung verdeutlichen.

Der Betreiber einer ausschließlich in Hamburg unter „*Dat Backhus*“ dem Publikum bekannten Bäckereikette könnte im Registerbezirk Hamburg für sich in Anspruch nehmen, dass diese an sich rein beschreibende Bezeichnung für ihn unterscheidungskräftig ist, und zwar aufgrund von offenkundiger Verkehrsgeltung. Sie könnte nach der hier vertretenen Auffassung als Firma eingetragen werden.⁹⁹⁵ Im Registerbezirk Oldenburg ist „*Dat Backhus*“ dem Publikum nicht als Kennzeichen eines bestimmten Bäckers bekannt. Ebenso wie in Hamburg ist auch in Oldenburg ein jedenfalls rudimentäres Verständnis der plattdeutschen Sprache vorhanden. Die Bezeichnung wird als „*Das Backhaus*“ verstanden und bleibt eine glatt beschreibende Bezeichnung für eine Bäckerei. Sie ist in Oldenburg nicht unterscheidungskräftig.

Es fragt sich damit, ob Unterscheidungskraft von Haus aus und Verkehrsgeltung nur am Ort der Eintragung oder im ganzen Tätigkeitsbereich eines Kaufmanns oder im gesamten Bundesgebiet vorhanden sein muss. Im Grundsatz soll die Firma ihre Identifikations- und Unterscheidungsfunktion nicht nur im Registerbezirk ausüben, sondern auch andernorts. Auch außerhalb des räumlich überschaubaren Registerbezirks besteht ein Bedürfnis des Publikums, den Unternehmensträger zu identifizieren, denn auch dort können Geschäftspartner und Gläubiger des jeweiligen Kaufmanns ansässig sein.

Andererseits würde ein so weites räumliches Verständnis des Prüfungsumfangs die Belastung des Registerverfahrens mit umfangreichen und langwierigen Nachforschungen

⁹⁹² Vgl. *RG*, GRUR 1932, 617 (618) – gegenüber; LG Kiel, Urt. v. 18.10. 2012, Az. 15 O 36/11 – Quadro-Würfel; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 14.

⁹⁹³ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 14 m.w.N.

⁹⁹⁴ Vgl. die Beispiele in *RG*, MuW XXXIV, 239 (242) – Egon.

⁹⁹⁵ Tatsächlich ist die Bezeichnung „*Dat Backhus*“ bislang nur besondere Geschäftsbezeichnung. Die Inhaberin der Bäckereikette firmiert als Heinz Bräuer GmbH & Co. KG, AG Hamburg, HR A 73529.

über die räumlichen Grenzen seines Registerbezirks bedeuten. Eine Belastung, die durch das Handelsrechtsreformgesetz gerade vermieden werden sollte (vgl. dazu S. 54 f.). Zudem ist für den ortskundigen Registerrichter eine Offenkundigkeit im Sinne von § 291 ZPO eher, leichter und sicherer anzunehmen oder abzulehnen, wenn die Unterscheidungskraft der Firma nur im Registerbezirk gegeben sein muss und auch die Unterscheidbarkeit der Firma gemäß § 30 Abs. 1 HGB muss nur am Ort der Eintragung gewährleistet sein. Diese Beschränkung ist durch Sinn und Zweck der Vorschrift begründet, nämlich dem öffentlichen Interesse an der Identifizierung von Unternehmensträgern am Ort (z. B. bei der Klageerhebung), weshalb eine Unterscheidbarkeit am jeweiligen Sitz des Kaufmanns ausreicht.⁹⁹⁶ Auch bei der Anwendung des § 18 Abs. 1 HGB gilt, dass der Registerrichter die Unterscheidbarkeit der Firmen lediglich in seinem Registerbezirk überblicken kann und soll.⁹⁹⁷

Man wird daher nicht verlangen können, dass im Registerverfahren die Unterscheidungskraft im gesamten Bundesgebiet erforderlich ist. Ausreichend ist die jederzeitig sichere Identifikation des Kaufmanns am Ort und unter den örtlichen Verhältnissen. Dem entspricht auch die Berücksichtigung der Besonderheiten von Platzgeschäften durch die Registergerichte (näher dazu oben S. 150 f.).

c) Vergleich der firmenrechtlichen und unternehmenskennzeichenrechtlichen Kriterien

(aa) Strukturelle Übereinstimmung

Vergleicht man den gesetzlichen Maßstab des firmenrechtlichen Doppelkriteriums der Kennzeichnungseignung und Unterscheidungskraft mit den Anforderungen, die von der Rechtsprechung für den materiellen Schutz als Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG aufgestellt wurden, sind auf den ersten Blick keine strukturellen Unterschiede feststellbar.

Das Erfordernis der Kennzeichnungseignung hat seine Entsprechung im materiellen Kennzeichenrecht darin, dass ein Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion „*wie ein Name wirken*“ muss. Wenn die Firma zudem noch Unterscheidungskraft haben muss, also zur Individualisierung des Unternehmensträgers geeignet sein muss, dann bedeutet dies

⁹⁹⁶ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 30 HGB, Rn.3; Oetker/Schlingloff, § 30 HGB, Rn. 3.

⁹⁹⁷ Müko-HGB/Heidinger, § 30 HGB, Rn.8.

zusammengenommen letztlich nichts anderes, als die *namensmäßige Unterscheidungskraft* des materiellen Unternehmenskennzeichenrechts (dazu oben S. 83 ff.).⁹⁹⁸

Als Grundlage für die Anwendung der Kriterien der Kennzeichnungseignung und Unterscheidungskraft kann damit auf die im materiellen Kennzeichenrecht entwickelten Grundsätze der namensmäßigen Unterscheidungskraft Bezug genommen werden.⁹⁹⁹

(bb) Inhaltliche Übereinstimmung?

Freilich ist damit nicht zugleich die Entscheidung für eine unkritische Übernahme auch der Maßstäbe des materiellen Unternehmenskennzeichenrechts in das formelle Firmenrecht getroffen.¹⁰⁰⁰ Dies liegt an den unterschiedlichen Funktionen und Rechtswirkungen beider Rechtsinstitute. Das Kennzeichenrecht gewährt dem Inhaber der geschäftlichen Bezeichnung ein Ausschließlichkeitsrecht (dazu S. 65). Er kann jedermann auf Unterlassung in Anspruch nehmen, der sein subjektives Recht verletzt. Stattdessen geht es bei § 18 Abs. 1 HGB um die Frage, ob die Unterscheidungskraft ausreicht, den Rechtsträger nach der Verkehrsanschauung hinreichend zu individualisieren.¹⁰⁰¹ Diese Individualisierung vermittelt jedoch als solche kein subjektives Recht (dazu S. 128 f.), sondern dient der ordnenden Zweckmäßigkeit (dazu S. 21 ff.). Daher ist ein Freihaltebedürfnis nicht zu berücksichtigen (dazu S. 137 ff.). Man kann vereinfacht sagen, der Kaufmann muss anhand seiner Firma zur Ordnung gerufen werden können. Dafür muss er identifizierbar und von anderen unterscheidbar sein. *Burgard* folgert aus diesen grundsätzlichen Unterschieden auch die Anwendung eines differenzierten Maßstabs für die Unterscheidungskraft. Dieser sei im ordnenden Firmenrecht großzügiger zu handhaben als im subjektiv schützenden Kennzeichenrecht.¹⁰⁰²

Bereits die eingangs abstrakt geschilderten Fallgruppen haben gewisse Unterschiede gezeigt, so etwa bei der Kombination von Sach- mit Ortsangaben. Bevor eine nähere Auseinandersetzung mit dem an die Unterscheidungskraft zu stellenden Maßstab erfolgt, soll zunächst vertiefter untersucht werden, ob und welche Unterschiede in der Praxis konkret feststellbar sind.

⁹⁹⁸ Roth, S. 31 (35).

⁹⁹⁹ Möller, S. 25; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 18 HGB, Rn. 4; Roth, S. 31 (35 f.).

¹⁰⁰⁰ Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 28; v. Gamm, WM 1985, 849 (853).

¹⁰⁰¹ Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 16; Steinbeck, in: FS Horn, S. 589 (592).

¹⁰⁰² Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn.16; a.A. Steinbeck, in: FS Horn, S. 589 (594).

(cc) Die Handhabung des Maßstabs in der Praxis

(1) Ziel der Untersuchung der Rechtsprechung

Haben die Registergerichte ihre Rechtsprechung an die Maßstäbe des Kennzeichenrechts zur namensmäßigen Unterscheidungskraft der Unternehmenskennzeichen bei § 5 MarkenG angepasst? Oder hat sich stattdessen zu § 18 Abs. 1 HGB ein eigener Maßstab entwickelt, der sich bewusst nicht an den Kriterien des materiellen Unternehmenskennzeichenrechts orientiert, mit der Folge, dass eine Firma nach den Maßstäben der Registergerichte schutzfähig ist, jedoch ein materieller Schutz von den Verletzungsgerichten aus gutem Grund abgelehnt wird? Wenn über die Begriffe „*Kennzeichnungseignung*“ und „*Unterscheidungskraft*“ in der Praxis eine inhaltliche Angleichung des Firmenordnungsrechts an das Kennzeichenrecht erfolgt,¹⁰⁰³ müsste dies eine Untersuchung der Rechtsprechung bestätigen.

Andererseits wäre eine zwischen Register- und Verletzungsgerichten divergierende Entscheidungspraxis durchaus möglich. Selbst eine übertriebene Großzügigkeit der Registergerichte, wie sie teilweise in der Literatur moniert wird,¹⁰⁰⁴ wäre nicht per se schädlich. Denn die Eintragung einer Firma durch das Registergericht wirkt für das Verletzungsgericht nicht präjudiziell, sondern die namensmäßig Unterscheidungskraft als Unternehmenskennzeichen im Sinne von § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 2 MarkenG wird durch das Verletzungsgericht stets in eigener Zuständigkeit geprüft. Es besteht keine Bindung des Verletzungsgerichts an die Eintragungsentscheidung des Registergerichts (vgl. dazu S. 93).¹⁰⁰⁵ Prozessual besteht also Raum für eine unterschiedliche Beurteilung der Unterscheidungskraft der gleichen Firma durch die Register- sowie Verletzungsgerichte und materiell-rechtlich ist mit der Eintragung nicht automatisch auch ein materieller Unternehmenskennzeichenschutz mit seiner monopolisierenden Ausschließlichkeitwirkung verbunden.

(2) Methode der Untersuchung der Rechtsprechung

Der Untersuchung der Praxis der Gerichte liegt folgende Methode zugrunde: Es wurden Firmen ermittelt, die von den Registergerichten gemäß § 18 Abs. 1 HGB als zur Kennzeichnung geeignet sowie unterscheidungskräftig beurteilt und deshalb eingetragen wurden. Zusätzlich wurde deren namensmäßige Unterscheidungskraft anschließend in einem späteren Verletzungsprozess vom Verletzungsgericht beurteilt wurde. Sollte sich zeigen,

¹⁰⁰³ *Priester*, DNotZ 1998, 691 (696); *Roth*, S. 31 (35).

¹⁰⁰⁴ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 68 f.

¹⁰⁰⁵ *OLG Jena*, GRUR-RR 2009, 104 – Prolac; *Callmann*, § 16 UWG, Rn. 20; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 74.

dass die Verletzungsgerichte den eingetragenen Firmen auch eine namensmäßig Unterscheidungskraft zubilligen, wäre zugleich der Nachweis erbracht, dass auch in der gerichtlichen Praxis das formelle Firmenordnungsrecht einerseits und der materielle Firmenschutz als Unternehmenskennzeichen andererseits einen einheitlichen, gesetzlich intendierten Maßstab anwenden. Ließe sich aber eine divergierende Entscheidungspraxis der Register- und Verletzungsgerichte zu derselben Firma feststellen, wäre damit – die Richtigkeit der Entscheidungen der Verletzungsgerichte unterstellt – zugleich der Nachweis erbracht, dass trotz der nach dem Willen des Gesetzgebers an sich übereinstimmenden Kriterien (vgl. dazu S. 134 ff.) im formellen Firmenrecht und materiellen Kennzeichenrecht unterschiedliche Maßstäbe angelegt werden, deren Gründe und Legitimität zu analysieren wären.

Die Untersuchung beschränkt sich bewusst auf die Eintragungspraxis der Registergerichte nach Inkrafttreten des Handelsrechtsreformgesetzes zum 1. Juli 1998, da erst ab diesem Zeitpunkt durch den reformierten § 18 Abs. 1 HGB die neu eingeführten Kriterien der *Kennzeichnungseignung* und *Unterscheidungskraft* anzuwenden waren.

(3) Die Untersuchung der Rechtsprechung

i. LG München I vom 6. Februar 2007 – „Klingeltöne.de“

Das LG München I hatte darüber zu entscheiden, ob die am 10. Mai 2004 beim AG Walsrode unter HRB Nr. 71563 für den Unternehmensgegenstand „*Handel mit Klingeltönen, Bildmitteilungen, Handy-Logos und MMS-Bildern für mobile Telefone.*“ eingetragene Firma „*KLINGELTÖNE.de GmbH*“ hinreichend unterscheidungskräftig ist, um materiellen Schutz nach § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG zu erlangen. Anders als das Registergericht hat das Verletzungsgericht eine Unterscheidungskraft mit der Begründung verneint, für eine Gesellschaft, die den Handel mit Klingeltönen, Bildmitteilungen, Handy-Logos und MMS-Bildern für mobile Telefone zum Gegenstand habe, sei die Firma „*KLINGELTÖNE.de GmbH*“ ausschließlich beschreibend und besitze „*keinerlei Unterscheidungskraft*“.¹⁰⁰⁶ Daran ändere auch der Umstand nichts, dass es sich um eine sog. „*Domain-Firma*“ handelt, also eine Firma, die mit der Internet-Domain identisch ist.¹⁰⁰⁷

Die Beurteilung durch Register- und Verletzungsgericht divergiert. Der Entscheidung des LG München I ist zuzustimmen. Kennzeichen, die lediglich den Unternehmensgegenstand beschreiben, fehlt die Eignung, das Unternehmen von anderen zu unterscheiden und sind

¹⁰⁰⁶ LG München I, Urt. v. 06.02.2007, Az. 33 O 11107/06, BeckRS 2007, 06551 – Klingeltöne.

¹⁰⁰⁷ LG München I, a.a.O.

nicht schutzfähig nach § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG.¹⁰⁰⁸ Wird eine sog. „*generische Domain*“, also eine rein beschreibende Domain, zugleich als Firma benutzt, ändert auch das Hinzufügen einer Top-Level-Domain „.de“ nichts an dem weiterhin beschreibenden Charakter der Firma.¹⁰⁰⁹ Zu Recht hat daher das Verletzungsgericht der Firma „KLINGELTÖNE.de GmbH“ einen materiellen Schutz nach §§ 5, 15 MarkenG versagt und die Unterscheidungskraft anders als das Registergericht beurteilt.

ii. OLG Dresden vom 9. Januar 2007 – „*deejay.de*“

Die Klägerin begehrte materiellen Kennzeichenschutz nach §§ 5, 15 MarkenG für die am 4. Oktober 1999 beim AG Hof unter HRA Nr. 3531 eingetragene Firma „*deejay.de e.K.*“. Nach Feststellung des OLG Dresden ist für das Publikum der Firmenbestandteil „*deejay*“ für ein Unternehmen, das Tonträger für „*Disc Jockeys*“ vertreibt, rein beschreibend und nicht unterscheidungskräftig.¹⁰¹⁰ Allerdings, so das Verletzungsgericht, „*gewinnt die Bezeichnung der Klägerin gerade dadurch ihre Unterscheidungskraft, dass es sich scheinbar um einen Domainnamen handelt*“ und gab der Klage statt.

Die Beurteilung durch Registergericht und Verletzungsgericht ist einheitlich. Die Begründung des OLG überzeugt jedoch nicht. Zwar hat es zu Recht dem beschreibenden Bestandteil „*deejay*“ zunächst eine hinreichende Unterscheidungskraft abgesprochen. Daran änderte auch der Umstand, dass es sich um den in der englischen Lautmalerei veränderten gebräuchlichen und für den Rechtsverkehr verständlichen Begriff „*DJ*“ handelt, nichts.¹⁰¹¹ Ist die fremdsprachige beschreibende Angabe für die inländischen Verkehrskreise ohne Weiteres verständlich, gelten grundsätzlich auch für ein fremdsprachiges Kennzeichen die gleichen Grundsätze, wie für ein deutschsprachiges beschreibendes Kennzeichen (dazu S. 148).¹⁰¹² Dass die Firma jedoch „*gerade dadurch ihre Unterscheidungskraft, dass es sich um einen Domainnamen handelt*“ gewinnt, ist zweifelhaft und wird auch überwiegend abgelehnt (vgl. dazu S. 137 f.).¹⁰¹³

Richtigerweise hätte aber auch das Registergericht die Eintragung der Firma „*deejay.de*“ als beschreibende Angabe ablehnen müssen. Auch im Rahmen des § 18 Abs. 1 HGB

¹⁰⁰⁸ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 90; Ingerl/Rohnke, § 5 MarkenG, Rn. 45; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 5 MarkenG, Rn. 44.

¹⁰⁰⁹ OLG Frankfurt, GRUR-RR 2011, 96 – outlets.de; LG Erfurt, MMR 2005, 121 (122) – deutsche-anwalthotline.de.

¹⁰¹⁰ OLG Dresden, Urt. v. 09.01.2007, Az. 14 U 1958/06, BeckRS 2007, 08857 – deejay.de.

¹⁰¹¹ OLG Dresden, a.a.O.

¹⁰¹² Ingerl/Rohnke, § 5 MarkenG, Rn. 47 und § 8 MarkenG, Rn. 85.

¹⁰¹³ OLG Hamburg, MMR 2002, 626 – handy.de.

ergibt sich aus der Hinzufügung einer Top-Level-Domain zu einer beschreibenden Angabe keine Unterscheidungskraft (dazu S. 149).¹⁰¹⁴

iii. KG vom 13. Juni 2000 – „Toolshop“

Glatt beschreibend ist nach dem Beschluss des KG vom 13. Juni 2000 auch die am 22. Mai 2000 beim AG Neuruppin unter HRB 6335 NP für den Unternehmensgegenstand „*Handel, Import und Export von Stahlwaren, Outdoor- und Freizeitartikeln, Sicherheitsausrüstungen sowie dem dazugehörigen Zubehör; Erstellung und Vermittlung von Internetdienstleistungen*“ eingetragene Firma „*Toolshop Punkt De GmbH*“.¹⁰¹⁵ Zu entscheiden war im Verletzungsprozess über die Unterscheidungskraft des Firmenbestandteils „*Toolshop*“. Den aus den beiden englischen Bestandteilen „*tool*“ und „*shop*“ zusammengesetzten Begriff verstehe das Publikum als eine Zusammensetzung von „*Werkzeug*“ und „*Geschäft*“, woraus sich insgesamt der ohne Weiteres beschreibende Sinngehalt „*Werkzeug-Geschäft*“ ergebe. Für ein Unternehmen wie das der Klägerin, das einen (Versand-)Handel betreibe, sei „*Toolshop*“ glatt beschreibend.

Das KG hat zu Recht die Unterscheidungskraft des Firmenbestandteils „*Toolshop*“ abgelehnt. Über eine Unterscheidungskraft der Firma „*Toolshop Punkt de GmbH*“ in ihrer eingetragenen Gesamtgestalt hatte es nicht zu befinden. Die durchaus zu diskutierende Frage, ob sich aus der Hinzufügung der Worte „*Punkt de*“ ein unterscheidungskräftiger Firmenkern bilden lässt, blieb deshalb unbeantwortet.

iv. LG Hamburg vom 15. September 2008 – „GeoEnergy“

In dem Verfahren des LG Hamburg ging es um die Schutzfähigkeit der Firma „*GeoEnergy GmbH*“. Die Antragstellerin machte aus ihrer am 15. Februar 2005 in das Handelsregister des AG Frankfurt a.M. unter HRB 74305 für den Unternehmensgegenstand „*Projektentwicklung, Planung, Baumanagement und Betrieb von Geothermiekraftwerken und anderen umweltfreundlichen Technologien*“ eingetragenen Firma einen Unterlassungsanspruch gegen die Firma „*Geoenergie Bayern GmbH*“ geltend, die sich ebenfalls mit der Nutzung der Erdwärme zur Gewinnung von Energie befasste. Dies lehnte das LG mit der Begründung ab, dass die Bezeichnung „*GeoEnergy*“ für ein Unternehmen, das sich mit der Gewinnung

¹⁰¹⁴ OLG Frankfurt, GRUR-RR 2011, 96 – outlets.de.

¹⁰¹⁵ KG, NJWE-WettbR 2000, 234 – toolshop.

und Vermarktung mehrerer Energieformen – unter anderem aus Erdwärme – beschäftige, keinerlei originäre Unterscheidungskraft besitze.¹⁰¹⁶

Der Entscheidung des LG Hamburg ist zuzustimmen, weil „GeoEnergy“ jedenfalls für aus Erdwärme gewonnene Energie als beschreibend verstanden werden kann. Dies gilt jedenfalls unter Berücksichtigung eines Freihaltebedürfnisses. „GeoEnergy“ ist sicherlich nicht ohne Weiteres ohne jeglichen Interpretationsaufwand glatt beschreibend. Die einschlägige Bedeutung lässt sich der Bezeichnung jedoch durchaus entnehmen. Dass die Firma vom AG Frankfurt a.M. zuvor eingetragen worden war, mag man wiederum damit zu erklären versuchen, dass das Freihaltebedürfnis bei der Eintragungsentscheidung nicht berücksichtigt wurde.

v. OLG München vom 10. Februar 2014 – „hair free“

Die am 28. Juli 2005 beim AG Mainz unter HRB 41308 für den Unternehmensgegenstand *„Die Entwicklung, die Beratung, der Vertrieb, der Verkauf sowie der Im- und Export von Franchise- bzw. Partnerkonzepten und kosmetischen Apparaten und Geräten“* eingetragene *„hairfree GmbH“*, sah in der Bezeichnung *„hairfree“* einen geschützten schlagwortartigen Firmenbestandteil nach § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG und machte Rechte gegen die Verwendung des Begriffs *„hair-free“* durch die Antragsgegnerin geltend. Das OLG München folgte dem nicht. Es berücksichtigte, dass es der *„hairfree GmbH“* in der Sache um einen Schutz von *„hairfree“* im Geschäftsfeld der Haarentfernung ging, nämlich um Rasierapparate und die Dienstleistung Gesundheits- und Schönheitspflege, jeweils bezogen auf Haarentfernung. Das OLG München entschied, dass insoweit die Bezeichnung *„hair free“* bzw. *„hairfree“* glatt beschreibend sei, *„weil er lediglich den durch die Ware oder Dienstleistung herbeizuführenden Zustand der Haarfreiheit beschreibt und dies als gängige englischsprachige Formulierung vom angesprochenen allgemeinen Verkehr auch ohne Weiteres erkannt“* werde. Damit stehe der *„glatt beschreibende Charakter des Bestandteils ‚hairfree‘ der Firma“* jeglichen den aus ihr hergeleiteten Ansprüchen entgegen.¹⁰¹⁷

Diese in der Sache vollkommen richtige Entscheidung zeigt anschaulich, dass die unterschiedlichen Prüfungsmaßstäbe im Registerverfahren einerseits und im Verletzungsverfahren andererseits ohne Weiteres zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können, ohne

¹⁰¹⁶ LG Hamburg, Urt. v. 15.9.2008, Az. 408 O 113/08 – GeoEnergy/Geoenergie.

¹⁰¹⁷ OLG München, Beschl. v. 10.2.2014, Az. W 121/14 Kart – hairfree.

dass damit die Richtigkeit der Eintragungsentscheidung infrage steht. Maßstab der Prüfung der Unterscheidungskraft gemäß § 18 Abs. 1 HGB ist der eingetragene Unternehmensgegenstand (vgl. S. 147). Dieser ließ im vorliegenden Fall keinerlei Bezug zu einer kosmetischen Haarentfernung erkennen. Prüfungsmaßstab für den materiellen Unternehmenskennzeichenschutz ist jedoch das tatsächliche Betätigungsfeld, also der konkrete Geschäftsgegenstand (vgl. S. 95 f.). Während das Registergericht nur auf die papierene Aktenlage zu schauen hat, muss das Verletzungsgericht das wahre Leben beurteilen.

vi. OLG Hamburg vom 7. März 2002 – „berlin location“

Über die Schutzfähigkeit der am 19. Oktober 1999 durch das AG Berlin (Charlottenburg) unter HRB 72606 in das Handelsregister als „berlin location Produktions- und Service GmbH für Film, Werbung und Event“ eingetragenen Firma hatte das OLG Hamburg in seinem Urteil vom 7. März 2002 zu entscheiden.¹⁰¹⁸ Eingetragener Unternehmensgegenstand war der „Service für Film-, TV-, Werbe-, Werbefilm, Eventproduktionen, Produktionen für Film, TV, Werbefilm, Werbung, Foto und Event“. Tatsächlich betätigte sich die Antragstellerin jedenfalls auch in der Organisation und Beratung bei der Auswahl von Filmplätzen und Drehorten. Das OLG Hamburg hielt den Firmenbestandteil „berlin location“ für unterscheidungskräftig, weil die Bezeichnung „location“ in mehrfacher Hinsicht verstanden werden könne. Andere Bedeutungen seien „Lage“, „Standort“, „Führung“, „Position“, „Bau“, „Anlage“, „Einrichtung“, „Errichtung“, „Auffinden“, „Lokalisierung“, „Ortung“ und „Positionsbestimmung“. Wegen dieser Mehrdeutigkeit scheidet ein rein beschreibender Charakter der Bezeichnung aus.¹⁰¹⁹

Auch diese Entscheidung ist Belegzeichen für den unterschiedlichen Maßstab der Beurteilung der Unterscheidungskraft für den eingetragenen Unternehmensgegenstand einerseits (§ 18 Abs. 1 HGB) und die tatsächlich ausgeübte Geschäftstätigkeit andererseits (§ 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG). Der Beurteilung durch das OLG Hamburg kann jedoch nicht gefolgt werden, denn bei der Vielzahl der möglichen Interpretationen ist zumindest die Begriffsinterpretation „Drehorte in Berlin“ zweifelsfrei beschreibend. Wenn aber in jedenfalls einer erkennbaren Interpretation die Bezeichnung rein beschreibend ist, mangelt es dem Firmenbestandteil insgesamt an hinreichender Unterscheidungskraft.¹⁰²⁰

¹⁰¹⁸ OLG Hamburg, GRUR-RR 2002, 226 – berlin location.

¹⁰¹⁹ OLG Hamburg, GRUR-RR 2002, 226 (227) – berlin location.

¹⁰²⁰ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 141.

Wie richtig diese Beurteilung beschreibender, wenn auch mehrdeutiger Bezeichnungen ist, wurde vom BGH in der sogleich besprochenen *Star Entertainment*-Entscheidung nur ein paar Jahre später bestätigt. Die Eintragungsentscheidung des AG Berlin (Charlottenburg) wird dadurch aber nicht delegitimiert, weil die konkrete, auf die Auswahl von Drehorten bezogene Dienstleistung, dem eingetragenen Unternehmensgegenstand jedenfalls nicht zu entnehmen war. Zusätzlich lässt sich anführen, dass ein Freihaltebedürfnis nicht zu berücksichtigen war. Ein Aspekt, der in der nachfolgend dargestellten Entscheidung eine große Rolle spielt.

vii. BGH vom 21. Juli 2005 – „*Star Entertainment*“

In der Entscheidung *Star Entertainment* lehnte der BGH einen materiell-rechtlichen Unternehmenskennzeichenschutz nach § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG für die beim AG Bad Kreuznach unter HR B 4001 am 27. Oktober 1999 als „*Star Entertainment – Produktions-, Vermittlungs- und Veranstaltungs GmbH*“ eingetragene Firma ab. Den beiden Bestandteilen „*Star*“ und „*Entertainment*“ fehle es – auch in ihrer Kombination – an Unterscheidungskraft bei einem Unternehmen, dessen Gegenstand die Produktion, Vermittlung und Vermarktung von Unterhaltungsveranstaltungen sei. An ihrem rein beschreibenden Bedeutungsgehalt ändere sich auch nicht dadurch etwas, dass „*Star Entertainment*“ sowohl als Unterhaltung, als auch durch einen Star interpretiert werden kann:¹⁰²¹ „*Weist eine Wortkombination verschiedene Bedeutungsgehalte auf, die sich lediglich auf verschiedene Möglichkeiten beziehen, wie eine damit bezeichnete Dienstleistung erbracht werden, so wird dadurch deren beschreibender Charakter nicht aufgehoben.*“¹⁰²²

Angesichts des rein beschreibenden Charakters der Bestandteile „*Produktions-, Vermittlungs- und Veranstaltungs GmbH*“ hängt die Unterscheidungskraft der Firma insgesamt von dem Bestandteil „*Star Entertainment*“ ab. Dessen Unterscheidungskraft als möglicher schlagwortartiger Firmenbestandteil hat der BGH geprüft, weshalb seine Entscheidung – anders als die *Toolshop*-Entscheidung des KG – Rückschlüsse auch auf die Beurteilung der Unterscheidungskraft der Firma insgesamt zulässt. Der BGH hat dem entscheidenden Firmenbestandteil „*Star Entertainment*“ zu Recht den Schutz versagt, weil jedenfalls eine seiner möglichen Bedeutungen rein beschreibend ist. Allerdings beruhte die Beurteilung

¹⁰²¹ BGH, GRUR 2005, 873 (874) – *Star Entertainment*.

¹⁰²² BGH, GRUR 2005, 873 (874) – *Star Entertainment* m.w.N.

des BGH ganz entscheidend auf „*der gebotenen Berücksichtigung des Freihaltebedürfnisses des Verkehrs*“.¹⁰²³ Das Freihaltebedürfnis gebietet es, auch solche beschreibenden Bedeutungen eines Begriffs zu berücksichtigen, die erst durch einen gewissen Interpretationsaufwand zu ermitteln sind.¹⁰²⁴ Lässt man das Freihaltebedürfnis außer Acht – wie es nach der hier vertretenen Auffassung am Platz ist – kann der Firma „*Star Entertainment – Produktions-, Vermittlungs- und Veranstaltungs GmbH*“ durchaus eine gemäß § 18 Abs. 1 HGB hinreichende Unterscheidungskraft zugesprochen werden. Die auf den ersten Blick ohne Weiteres beschreibenden Elemente „*Produktions-, Vermittlungs- und Veranstaltungs GmbH*“ machen in Verbindung mit dem Begriff „*Entertainment*“ ohne Weiteres deutlich, was den Unternehmensgegenstand ausmacht. Die Kombination „*Star Entertainment*“, die vorangestellt und mit einem Gedankenstrich abgesetzt ist, wirkt demgegenüber unwillkürlich wie der Kern einer unterscheidungskräftigen namensmäßigen Kennzeichnung, der dem Durchschnittsbetrachter nicht weiter interpretationsbedürftig erscheint.

viii. LG Frankenthal vom 29. September 2005 – „*guenstig.de*“

Die Klägerin ging aus der am 20. Oktober 2004 im Handelsregister des AG Landau unter HRB 30040 eingetragenen Firma „*Guenstig.de Shopping KG*“ vor und begehrte materiellen Schutz gegen die Domain „*günstig.de*“. Das lehnte das Gericht ab. Dem Firmenbestandteil „*günstig*“ fehle jegliche Unterscheidungskraft, weil es sich bei ihm „*um einen insbesondere in der Werbesprache geläufigen Sachbegriff*“ handle.¹⁰²⁵ Auch die Ergänzung um die Top-Level-Domain „*.de*“ trage nichts an Unterscheidungskraft bei. Deshalb wurde ein Schutz von „*guenstig.de*“ als schlagwortartiger Firmenbestandteil verneint. Allerdings ging das LG Frankenthal weiter davon aus, dass der Firma in ihrer eingetragenen Gestalt ein materieller Unternehmenskennzeichenschutz zukomme. Es bestehe jedoch keine Verwechslungsgefahr mit dem angegriffenen Zeichen.

Die Beurteilung des Firmenbestandteils „*Guenstig.de*“ als nicht unterscheidungskräftig ist richtig. Die Unterscheidungskraft fehlt nämlich auch dann, wenn ein positives Attribut wie

¹⁰²³ BGH, GRUR 2005, 873 (874) – Star Entertainment.

¹⁰²⁴ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 141 unter Bezugnahme auf BGH, GRUR 2014, 569 (571 f.), Tz. 24 – HOT (zu § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).

¹⁰²⁵ LG Frankenthal, GRUR-RR 2006, 13 (14) – guenstig.de.

„günstig“ eine gleichsam universelle Beschreibungswirkung hat, die sich auf den Unternehmensgegenstand bezieht.¹⁰²⁶ Richtig ist auch, dass die Hinzufügung einer Top-Level-Domain zu einem für sich genommen beschreibenden Bestandteil keine Unterscheidungskraft erzeugt. Nicht nachvollziehbar ist aber, dass die Kombination „Guenstig.de Shopping“ im Ergebnis als unterscheidungskräftig beurteilt wurde, denn durch diese Zusammenstellung wird insbesondere verdeutlicht, dass dem angesprochenen Verkehrskreis eine günstige Einkaufsgelegenheit geboten werden soll. Die Entscheidung darf aber nicht überbewertet werden, weil letztlich der Schutz an der fehlenden Verwechslungsgefahr scheiterte.

ix. LG Düsseldorf vom 27. September 2002 – „Schuelerhilfe.de“

Die Parteien des Verfahrens vor dem LG Düsseldorf stritten über die Verwendung des Begriffs „Schülerhilfe“ als Bestandteil einer Wort-/Bildmarke.¹⁰²⁷ Die Klägerin benutzte die am 25. Juli 2001 im Handelsregister des AG Gelsenkirchen-Buer unter HRB 1872 eingetragene Firma „ZGS Zentrale Gelsenkirchener Schülerhilfe GmbH“, um über Franchise-Unternehmer und Niederlassungen Nachhilfeunterricht für Schüler anzubieten. Das LG wies die Klage ab, da es in dem Firmenbestandteil „Schülerhilfe“ lediglich eine beschreibende Bezeichnung ohne Kennzeichnungskraft sah. Zur Wortkombination führte es aus: *„Auch wenn es sich um eine relative neue Wortschöpfung handeln mag, sind doch sowohl die Bestandteile „Schüler“ und „Hilfe“ ebenso der deutschen Umgangssprache entnommen, wie die Kombination üblichen Regeln folgt, indem das Wort „Hilfe“ verwendet und eingegrenzt wird (vgl. Putzhilfe, Sporthilfe, Gehilfe, etc.).“*¹⁰²⁸ Zur Firma der Klägerin führte das Gericht aus: *„Der Name der Klägerin weist durch die Buchstabenkombination am Anfang und die örtliche Bestimmung Gelsenkirchen besondere Individualisierungsmerkmale auf, ohne die von einer das Unternehmen kennzeichnenden geschäftlichen Bezeichnung nicht gesprochen werden kann.“*¹⁰²⁹

Die Entscheidung ist richtig. Für sich genommen fehlt dem Begriff „Schülerhilfe“ die Unterscheidungskraft, weshalb er als schlagwortartiger Firmenbestandteil nicht taugt. In Verbindung mit der Buchstabenkombination „ZGS“ ist die Firma insgesamt allerdings unterscheidungskräftig. Dies gilt sowohl nach den Maßstäben des formellen Firmenrechts (dazu

¹⁰²⁶ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 5, Rn. 150, spricht von „Wörtern mit universeller Beschreibungswirkung, die theoretisch jeden denkbaren Bereich unternehmerischer Tätigkeit (positiv) beschreibend erfassen können.“

¹⁰²⁷ LG Düsseldorf, MMR 2003, 342 – schülerhilfe.

¹⁰²⁸ LG Düsseldorf, a.a.O.

¹⁰²⁹ LG Düsseldorf, a.a.O.

S. 148 f.) sowie des materiellen Firmenrechts (dazu S. 96 f.). Insoweit stehen das formelle Firmenrecht und das materielle Unternehmenskennzeichenrecht im Einklang.

x. KG vom 26. September 2008 – „europamöbel“

Die Klägerin, Inhaberin der am 29. Dezember 2004 beim AG München unter HRB 155461 für den Unternehmensgegenstand u. a. *„Handel mit Möbeln und sonstigen Einrichtungsgegenständen aller Art; Einkauf von Möbeln und Einrichtungsgegenständen aller Art für ihre Gesellschafter sowie Entwicklung von Marketing-Maßnahmen und Werbemaßnahmen, die der Förderung der Gesellschafter dienen“* eingetragenen Firma *„Europa Möbel-Verbund GmbH“*, gehörte zu den größten Möbeleinkaufsverbänden in Deutschland und Europa. Sie berief sich auf ein Unternehmenskennzeichenrecht i.S.v. § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG an der Bezeichnung *„Europa Möbel“* und machte eine Kennzeichenverletzung gegen die Beklagte geltend, die den Begriff *„Möbel“* für schlüsselwortgestützte Internetwerbung verwendete. Das KG wies die Klage mit der Begründung ab, dass es dem Firmenbestandteil *„Europa Möbel“* an einer originären namensmäßigen Unterscheidungskraft fehle. Die Firma setze sich aus zwei glatt beschreibenden Begriffen zusammen, nämlich *„Europa“* und *„Möbel“*, die auch in ihrer Zusammensetzung *„nicht über eine Beschreibung im Sinne von „Möbel aus Europa“ oder „europäische Möbel“ hinausgehe.*¹⁰³⁰

Auch wenn nicht die Firma *„Europa Möbel-Verbund GmbH“* nicht als solche Gegenstand der Beurteilung war, ist die Entscheidung auch für die Firma aussagekräftig, weil der neben dem Rechtsformzusatz hinzugefügte Bestandteil *„Verbund“* zweifellos für sich genommen nicht unterscheidungskräftig ist und auch in der Gesamtkombination nicht zu einer Unterscheidungskraft beiträgt. Die Beurteilung des Bestandteils *„Europa Möbel“* als von Haus aus nicht namensmäßig unterscheidungskräftig ist zutreffend. Näher zu beleuchten ist die Eintragungsentscheidung des AG München. Selbst bei Außerachtlassung eines Freihaltebedürfnisses und bei Zugrundelegung der Eintragungspraxis, dass ein Ortszusatz oder eine geografische Angabe zu einer hinreichenden Unterscheidungskraft i.S.d. § 18 Abs. 1 HGB führen können (näher dazu S. 150 f.), muss die geografische Angabe *„Europa“* als derartig weit und unkonkret bewertet werden, dass eine individualisierende Unterscheidung gerade eines bestimmten Möbel-Verbundes kaum möglich ist. Allerdings mag man eine Unterscheidungskraft unter dem Gesichtspunkt bejahen, dass es derart wenige Unternehmen mit einem entsprechenden Geschäftsgegenstand gibt, dass auch

¹⁰³⁰ KG, NJOZ 2009, 311 (312) – europamöbel.

eine so gebildete Firma den konkreten Kaufmann individualisieren und von anderen unterscheiden kann.

(dd) Zusammenfassendes Untersuchungsergebnis

Die anhand der analysierten Entscheidungen festgestellten Unterschiede zeigen, dass der Maßstab – obwohl vom Gesetzgeber als ein einheitlicher intendiert – jedenfalls nicht einheitlich gehandhabt wird. Firmen, die als „*namensmäßig unterscheidungskräftig*“, also mit Kennzeichnungseignung und Unterscheidungskraft gemäß § 18 Abs. 1 HGB ausgestattet von den Registergerichten eingetragen werden, werden in einem Verletzungsprozess von einem Verletzungsgericht in einer beachtlichen Anzahl an Fällen als nicht namensmäßig unterscheidungskräftig eingestuft und erhalten keinen materiellen Schutz.

Diese Divergenz in der Anwendung des Maßstabs zeigt sich gerade bei den beschreibenden Angaben. Wird der Gegenstand des Unternehmens („*klingeltöne.de*“¹⁰³¹, „*toolshop*“¹⁰³², „*Star Entertainment*“¹⁰³³, „*guenstig.de*“¹⁰³⁴, „*Schülerhilfe*“¹⁰³⁵, „*GeoEnergy/Geoenergie*“¹⁰³⁶, „*Europa Möbel*“¹⁰³⁷), der Adressatenkreis („*deejay*“¹⁰³⁸), der konkret ausgeübte Geschäftsgegenstand („*berlin location*“¹⁰³⁹) oder die Art der Ware oder erbrachten Dienstleistung („*24translate*“¹⁰⁴⁰, „*hairfree*“¹⁰⁴¹) beschrieben, wurde im Kennzeichenrecht meist ein deutlich strengerer, jedenfalls aber abweichender Maßstab an die Unterscheidungskraft angelegt als bei der Eintragungsentscheidung. Im Lichte der analysierten Entscheidungen und der oben berichteten grundsätzlichen Handhabung der Unterscheidungskraft in § 18 Abs. 1 HGB können nach der hier vertretenen Auffassung die folgenden Hauptunterschiede ausgemacht werden:

- Abstrakte Betrachtung des eingetragenen Unternehmensgegenstandes statt konkrete Betrachtung der tatsächlichen Geschäftstätigkeit;
- Keine Berücksichtigung eines Freihaltebedürfnisses;

¹⁰³¹ LG München I, Urt. v. 6.2.2007, Az. 33 O 11107/06, BeckRS 2007, 06551 – Klingeltöne.

¹⁰³² KG, NJWE-WettbR 2000, 234 – toolshop.

¹⁰³³ BGH, GRUR 2005, 873 – Star Entertainment.

¹⁰³⁴ LG Frankenthal, GRUR-RR 2006, 13 – guenstig.de.

¹⁰³⁵ LG Düsseldorf, MMR 2003, 342 – schülerhilfe.

¹⁰³⁶ LG Hamburg, Urt. v. 15.9.2008, Az. 408 O 113/08 – GeoEnergy/Geoenergie.

¹⁰³⁷ KG, NJOZ, 311 – europamöbel.

¹⁰³⁸ OLG Dresden, Urt. v. 9.1.2007, Az. 14 U 1958/06, BeckRS 2007, 08857 – deejay.de.

¹⁰³⁹ OLG Hamburg, GRUR-RR 2002, 226 – berlin location.

¹⁰⁴⁰ OLG Hamburg, GRUR-RR 2002, 256 – 24translate.

¹⁰⁴¹ OLG München, Beschl. v. 10.2.2014, Az. W 121/14 Kart – hairfree.

- Berücksichtigung einer Mehrdeutigkeit als Grundlage für Unterscheidungskraft, auch wenn eine mögliche Begriffsinterpretation einen beschreibenden Gehalt ergibt;
- Unterscheidungskraft durch Hinzufügung eines Ortszusatzes zur Tätigkeitsbeschreibung.

(ee) Legitimation einer von § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG abweichenden Praxis in § 18 Abs. 1 HGB

Die festgestellten Unterschiede lassen sich sicherlich nicht mit dem Argument rechtfertigen, dass an die für den formellen Firmenschutz notwendige Unterscheidungskraft generell weniger strenge Anforderungen zu stellen seien, als an die Unterscheidungskraft im materiellen Kennzeichenrecht. In diesem Sinne hatte sich der BGH lange vor der Handelsrechtsreform zur Eintragungsfähigkeit von Sachfirmen von GmbHs geäußert, bei denen auch schon nach früherem Recht eine glatte Beschreibung nur des Geschäftsgegenstands als nicht eintragbar galt, für die aber zum Zwecke einer namensmäßigen Individualisierung und Eintragung als Firma gemäß §§ 17 Abs. 1 HGB, 4 GmbHG a.F. ein Ortszusatz ausreichen sollte.¹⁰⁴²

Diese Rechtsprechung hatte durchaus ihre Berechtigung, als das Firmenrecht dem Unternehmensträger noch wenig Freiheit bei der Wahl der Firma ließ. Der Zwang zur Bildung einer Sachfirma bei Kapitalgesellschaften und die ihr immanente Schwäche an Unterscheidungskraft mochte es rechtfertigen, an die Unterscheidungskraft geringere Anforderungen zu stellen, um eine solche Sachfirma überhaupt zur Eintragung zu bringen. Seit jedoch wieder eine Freiheit der Firmenwahl besteht und es jedem Kaufmann freisteht, zwischen einer Personen-, Sach- oder Fantasiefirma zu wählen, ist an sich auch der Grund für eine Privilegierung der Sachfirma im formellen Firmenrecht entfallen.¹⁰⁴³

Ist dann die abweichende Praxis der Registergerichte ein Verstoß gegen die seit der Einführung von § 18 Abs.1 HGB n.F. geltende neue Rechtslage? Diese intuitive Vermutung kann entkräftet werden. Es gibt nämlich gute Gründe, dass trotz der grundsätzlichen Übereinstimmung des Doppelkriteriums der namensmäßigen Unterscheidungskraft in beiden Rechtsgebieten, die für den materiellen Schutz sachgerechten Anforderungen für die Zuteilung einer formalen Registerposition heruntergeschraubt werden.

¹⁰⁴² BGH, Urt. v. 01.06.1979, Az. I ZR 48/77 – Hausbau Ulm; *Steinbeck*, in: FS Horn, S. 589 (594).

¹⁰⁴³ Vgl. *Roth*, S. 31 (36); *Steinbeck*, in: FS Horn, S. 589 (594).

Legitimieren lässt sich dies mit der „*rechtspolizeilichen*“ Funktion der Firma. Erforderlich ist eine Identifizierbarkeit des Kaufmanns an seinem Registersitz (vgl. dazu oben S. 21 f.) Diese Identifizierbarkeit ist durch die Eintragung im Handelsregister und durch die konsistente Beibehaltung und Führung ein und derselben Firma immer gewährleistet. Auf die „*Unterscheidungskraft*“ kommt es dafür gar nicht entscheidend an.¹⁰⁴⁴ Das wird auch dadurch bestätigt, dass im früheren Recht für Kapitalgesellschaften gemäß §§ 20 HGB a.F., 4 AktG a.F., 4 GmbHG a.F. Sachfirmen vorgeschrieben waren, wobei es vielfach üblich war, Firmen zu wählen, die zwar in keiner Weise unterscheidungskräftig waren (z. B. „*Badische Anilin- und Sodafabrik AG*“), dennoch mittels der Handelsregistereintragung für eine eindeutige Identifikation der Körperschaft als Kaufmann ausreichten.

Flankiert wird die Identifizierbarkeit des Kaufmanns am Ort zudem auch durch die Regelung des § 30 Abs. 1 HGB, die vorschreibt, dass sich weitere, jüngere Firmen „*deutlich unterscheiden*“ müssen. Diese Forderung nach deutlicher Unterscheidbarkeit lässt es sogar zu, dass weitere Firmen gebildet werden, die in ähnlicher Weise beschreibend sind, solange nach dem hier einschlägigen großzügigen Maßstab (vgl. dazu ausführlich unten S. 187 ff.) noch Unterschiede feststellbar sind.¹⁰⁴⁵ Mit anderen Worten, die Eintragung einer nicht unterscheidungskräftigen Firma hat weder eine durchschlagende Monopolisierungswirkung noch eine ausgeprägte Blockierungswirkung für die Eintragung weiterer derartiger Firmen durch Dritte.¹⁰⁴⁶

Damit steht in Einklang, dass ein Freihaltebedürfnis bei der Beurteilung einer Firma als unterscheidungskräftig i.S.d. § 18 Abs. 1 HGB nicht berücksichtigt zu werden braucht (ausführlich hierzu S. 137 f.).

Mit der Eintragung wird der materielle Schutz nicht vorweggenommen. Nur dieser hat eine gewisse Monopolisierungswirkung (dazu S. 65). Das HGB-Firmenrecht gewährt dem Inhaber dagegen kein Ausschließlichkeitsrecht im Sinne eines absoluten subjektiven Rechts (dazu S. 122 ff., insb. S. 128 f.).

Dass der materielle Schutz nicht vorweggenommen wird, gilt auch dann, wenn man mit der ganz herrschenden Meinung einer Firma bzw. ihrem schlagwortartigen Bestandteil auch Schutz gemäß § 12 BGB gewährt,¹⁰⁴⁷ denn dieser Schutz knüpft nicht an die bloße

¹⁰⁴⁴ Vgl. hierzu vor der Handelsrechtsreform Hachenburg/*Heinrich*, § 4 GmbHG, Rn. 26.

¹⁰⁴⁵ BGH, Urt. v. 01. 06. 1979, Az. I ZR 48/77 – Hausbau Ulm; Hachenburg/*Heinrich*, § 4 GmbHG, Rn. 26.

¹⁰⁴⁶ Hachenburg/*Heinrich*, § 4 GmbHG, Rn. 26.

¹⁰⁴⁷ RGZ 109, 213 (214) – Kwatta; BGH, GRUR 2002, 622 (624) – shell.de; Bokelmann, Rn. 32; Hefermehl, in: FS Hueck, S. 519 (521 f.); MüKo-BGB/Säcker, § 12 BGB, Rn. 20; GK/HGB/Würdinger, § 37 HGB, Anm. 35.

Tatsache der Eintragung an, sondern erfordert zusätzlich eine – vom Verletzungsrichter eigenständig zu prüfende – „*Unterscheidungskraft*“,¹⁰⁴⁸ für die vom BGH stets dieselben Maßstäbe angelegt worden sind, wie für die namensmäßige Unterscheidungskraft als Schutzvoraussetzung des § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG bzw. § 16 UWG von 1909.¹⁰⁴⁹

Zuguterletzt war es das Hauptziel des HGB-Reformgesetzgebers von 1998, den Kaufleuten eine größere Freiheit bei der Bildung von Fantasiefirmen zu geben.¹⁰⁵⁰ Sie sollten Firmen bilden können, die als Marke ohne Weiteres eingetragen und als Unternehmenskennzeichen ohne Weiteres materiell geschützt werden können. Es ist aber nicht anzunehmen, dass mit dieser Option, für das Marketing optimal gestaltete Firmen einsetzen zu können, ein Zwang einhergehen sollte, dies auch zu tun.

Deshalb kann die aus der Zeit vor der Handelsrechtsreform stammende Praxis, Sachfirmen bestehend aus einer reinen Tätigkeitsangabe und einem Ortszusatz einzutragen, aufrechterhalten werden. Hierin liegt zwar nach wie vor eine Abweichung zur Praxis im materiellen Kennzeichenrecht. Der Gesetzgeber wollte aber die Möglichkeiten der Firmenbildung gerade verbreitern und nicht einengen. Damit wäre es unvereinbar gewesen, wenn eine seit Jahrzehnten gängige und von den Kaufleuten gut akzeptierte Praxis mit einem Federstrich des Gesetzgebers auf einmal nicht mehr rechtens gewesen wäre.

Von vornherein unproblematisch ist, dass der Registerrichter bei seiner Eintragungsentcheidung nur den ihm in der Handelsregisteranmeldung abstrakt unterbreiteten Unternehmensgegenstand betrachtet und keine Nachforschungen zur tatsächlich ausgeübten Geschäftstätigkeit anstellt. Dies ist bei Neugründungen ohnehin kaum möglich. Bei Umfirmierungen würde eine derart weitgehende Amtsermittlungspflicht dem Bestreben des Gesetzgebers zuwiderlaufen, das Anmeldeverfahren zu entschlacken und zu entlasten (vgl. dazu S. 54 f.).

All diese Erwägungen sprechen dafür, die aufgezeigte, abweichende Praxis der Registergerichte nicht als ungerechtfertigten Verstoß gegen das Gesetz zu brandmarken. Für eine solche Praxis kann es durchaus ein praktisches Bedürfnis geben. Einerseits mag man sagen, dass ein Kaufmann schlecht beraten ist, wenn er sich eine Firma eintragen lässt, für

¹⁰⁴⁸ *Bokelmann*, Rn. 32; *MüKo-BGB/Säcker*, § 12 BGB, Rn. 44; *GK/HGB/Würdinger*, § 37 HGB, Anm. 35.

¹⁰⁴⁹ *BGH*, GRUR 1959, 484 – Condux; *BGH*, GRUR 1960, 296 (297) – Reihertstieg; *BGH*, GRUR 1960, 550 (551) – Promonta; *BGH*, GRUR 1961, 294 (296) – ESDE; *BGH*, GRUR 1961, 535 (537) – arko; *BGHZ* 74, 1 (4) – RBB/RBT; *BGH*, GRUR 1982, 420 (423) – BBC/DDC; *BGH*, GRUR 1984, 471 (472) – Gabor/Caber; *BGH*, GRUR 1986, 253 (254) – Zentis/Sántis; *BGH*, GRUR 1988, 635 (636) – Grundcommerz; *BGH*, GRUR 1991, 475 (477) – Caren Pfleger; *BGH*, GRUR 1991, 780 (782) – TRANSATLANTISCHE; *BGH*, GRUR 1993, 913 (914) – KOWOG; *BGH*, GRUR 2002, 622 (624) – shell.de; *Knaak*, in: FS GRUR, S. 971, Rn. 43.

¹⁰⁵⁰ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 35).

die er später im Konfliktfall mit einem prioritätsjüngeren Zeichen gar keinen materiellen Schutz bekommen kann. Andererseits kann es gleichwohl ein Interesse an der Eintragung einer solchen Firma geben. Dies kann zum einen bei Auslandsfirmen der Fall sein, die nach ausländischen Regeln und insbesondere ohne Rücksicht auf die Anforderungen der Praxis zu § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG gebildet sind. Darüber hinaus besteht für jede von Haus aus nicht namensmäßig unterscheidungskräftige Firma auch innerhalb der Anwendung des § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG die Möglichkeit, einen materiellen Unternehmenskennzeichenschutz durch Verkehrsgeltung zu erringen (dazu oben S. 102 ff.).

2. Der Grundsatz der Firmenwahrheit bzw. das Irreführungsverbot des § 18 Abs. 2 HGB

a) Die Firmenwahrheit als Eintragungshindernis

Der Grundsatz der Firmenwahrheit hat mit der Handelsrechtsreform von 1998 eine Inhaltsänderung erfahren (dazu S. 54 ff.). Was davon übrig ist, ist heute überwiegend in § 18 Abs. 2 HGB geregelt. Die Firma darf keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irrezuführen (S. 1). Im Verfahren vor dem Registergericht wird die Eignung zur Irreführung lediglich berücksichtigt, wenn sie ersichtlich ist (S. 2). Der Gesetzgeber hat mit der Zulassung von Fantasiefirmen das ursprünglich wesentlich weiterreichende Grundprinzip der Firmenwahrheit auf ein bloßes Irreführungsverbot reduziert (vgl. dazu S. 52 ff.).

Das durch den Grundsatz der Firmenwahrheit in seiner früheren Gestalt geschützte Informationsbedürfnis des Publikums über die Person des Unternehmensträgers und damit auch über dessen Gesellschafts- und Haftungsverhältnisse (vgl. dazu bereits S. 53 f.) kann allerdings durch ein reines Irreführungsverbot nicht befriedigt werden. Diesem Bedürfnis wird heute nur noch über flankierende Informationspflichten entsprochen.¹⁰⁵¹ Hierzu gehört die Pflicht, einen zutreffenden Rechtsformzusatz der Firma hinzuzufügen (§ 19 HGB, §§ 4, 279 AktG, § 4 GmbHG, § 3 GenG, § 2 Abs. 2 Nr. 1 EWIV-AusfG), ohne den bei Fantasiefirmen eine rechtliche Qualifikation der Unternehmensträger nicht möglich wäre.¹⁰⁵² Mit der zusätzlichen Pflicht, bestimmte Angaben auf Geschäftsbriefen zu machen (§§ 33 Abs. 4, 37a, 125a, 177a HGB sowie in § 35a GmbHG, § 80 AktG, § 25a GenG), erhält der Ge-

¹⁰⁵¹ Fezer, ZHR 161 (1997), 52 (60 f.); Schönemann, S. 13.

¹⁰⁵² MüKo-HGB/Krebs, § 37a HGB, Rn. 2.

schäftsverkehr die Möglichkeit, Informationen über den Unternehmensträger einzuholen.¹⁰⁵³ Diese Publizitätspflichten können daher im weiten Sinn dem Grundsatz der Firmenwahrheit zugerechnet werden.¹⁰⁵⁴

Als Eintragungshindernis fungiert die Firmenwahrheit allerdings nur, soweit sie in § 18 Abs. 2 HGB die Eintragung irreführender Angaben ausschließt.

b) Objektive Eignung zur Irreführung

Maßgeblich ist eine objektive Eignung der Firma zur Irreführung.¹⁰⁵⁵ Dass die Irreführung beabsichtigt ist, ist nicht erforderlich.¹⁰⁵⁶ Unbeachtlich ist nach dem Wortlaut auch, ob eine Irreführung tatsächlich eingetreten ist („geeignet“).¹⁰⁵⁷

Allerdings macht nicht jede objektiv falsche Bezeichnung die Firma zugleich irreführend im Rechtssinne. Es kommt allein darauf an, ob ihr Aussagegehalt geeignet ist, bei den angesprochenen Verkehrskreisen wahre oder falsche Vorstellungen auszulösen (hierzu unten S. 178).¹⁰⁵⁸ Das wiederum ist abhängig von einem Kriterium, das im Folgenden näher untersucht wird: der Wesentlichkeit. Es wird sich zeigen, dass die Handelsrechtsreform ein Paradigmenwechsel für den firmenrechtlichen Irreführungstatbestand bedeutete. Die Beurteilung der Irreführung ist fortan nicht mehr eine Tatsachen-, sondern eine Rechtsfrage.¹⁰⁵⁹

c) Wesentlichkeitsschwelle des § 18 Abs. 2 HGB

(aa) Die zwei Stoßrichtungen der Wesentlichkeit: der angesprochene Verkehr und die Ermittlung seiner Auffassung

(1) Das gesetzgeberische Konzept

Der Reformgesetzgeber wollte sich durch die Einführung einer Wesentlichkeitsschwelle bewusst von der aus seiner Sicht zu restriktiven und zu strengen früheren Prüfungspraxis der Registergerichte verabschieden.¹⁰⁶⁰ Die Eintragungspraxis der Gerichte war von einer schematischen Beurteilung geprägt, die eine Irreführung schon bei einer nur ganz entfernt

¹⁰⁵³ MüKo-HGB/Krebs, § 37a HGB, Rn. 2; Roth, S.31 (35); Schmidt, Handelsrecht, § 11, Rn. 8.

¹⁰⁵⁴ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 17 HGB, Rn. 7; Schmidt, Handelsrecht, § 12, Rn. 94.

¹⁰⁵⁵ Baumbach/Hopt/Hopt, § 18 HGB, Rn. 13; Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 41 f.

¹⁰⁵⁶ Baumbach/Hopt/Hopt, § 18 HGB, Rn. 9; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, § 18 HGB, Rn. 7.

¹⁰⁵⁷ Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 41.

¹⁰⁵⁸ Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 43 f. mit exemplarischem Hinweis, dass der Verkehr bei einer „Elisabeth Schumacher GmbH“, nicht (mehr) erwarte, dass Alleingesellschafterin auch tatsächlich „Elisabeth Schumacher“ ist.

¹⁰⁵⁹ Canaris, § 11, Rn. 8.

¹⁰⁶⁰ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444 S. 36, 38); Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 46.

liegenden Täuschungsgefahr annahm. Das entsprach nicht mehr den geänderten Erwartungen des Geschäftsverkehrs, der objektiv täuschenden Angaben häufig keine Beachtung mehr schenkte.¹⁰⁶¹

Seit der Novellierung von § 18 Abs. 2 HGB darf die Firma keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise *wesentlich* sind, irrezuführen. Dieses in § 18 Abs. 2 S. 1 HGB neu eingeführte Kriterium bringt zwei wichtige Modifikationen mit sich. Zum einen dass nicht jede „*abstrakt vielleicht täuschungsgeeignete Firma im Geschäftsverkehr tatsächlich [...] missverstanden wird*“,¹⁰⁶² zum anderen kommt es auf die „*– objektivierte – [...] Sicht des durchschnittlichen Angehörigen des betroffenen Personenkreises bei verständiger Würdigung*“¹⁰⁶³ an. Diese zwei Stoßrichtungen der Intention des Gesetzgebers, deren Verständnis sich nicht ohne Weiteres und auch nur teilweise aus dem Gesetz erschließt,¹⁰⁶⁴ sind voneinander zu trennen.

(2) Der angesprochene Verkehrskreis

Der Wortlaut von § 18 Abs. 2 S. 1 HGB gibt vor, dass die Wesentlichkeit aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise zu beurteilen ist. Das leitet über zu zwei voneinander getrennt zu beantwortenden Fragestellungen.¹⁰⁶⁵ Welchen Personenkreis hat die gesetzliche Regelung im Auge, wenn in § 18 Abs. 2 HGB von dem angesprochenen Verkehrskreis die Rede ist; an wen wendet sich die Firma überhaupt (dazu nachfolgend i.)? Wie versteht der so ermittelte Adressatenkreis die Firma; welcher Maßstab ist an den so ermittelten, maßgeblichen Verkehrskreis bei der Beurteilung der Frage, ob eine Bezeichnung zur Irreführung geeignet ist, anzulegen (dazu nachfolgend ii.)?

i. Weiter und engerer Verkehrskreis

Bis auf den Hinweis, dass der *angesprochene Verkehr* nicht getäuscht werden darf, fehlt es an einer weitergehenden gesetzlichen Regelung. Bereits unter Geltung des § 18 Abs. 2 HGB a.F. wurde vertreten, dass es nicht lediglich auf die Auffassung des kaufenden Publikums ankommen kann. Eine Beschränkung auf die Sicht der Verbraucher würde den wesentlich breiter angelegten Verkehrsschutzzweck des firmenrechtlichen Irreführungsverbotens unzulässig verkürzen, denn der Kaufmann wendet sich mit seiner Firma

¹⁰⁶¹ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 36).

¹⁰⁶² Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 36).

¹⁰⁶³ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 36).

¹⁰⁶⁴ Vgl. dazu *Roth*, S. 31 (43 f.).

¹⁰⁶⁵ Heymann/*Emmerich*, § 18 HGB, Rn. 21.

nicht nur an seine Abnehmer, sondern er steht auch in geschäftlichem Kontakt mit Lieferanten und sonstigen Teilnehmer am Geschäftsverkehr, die mit dem Kaufmann in Kontakt treten.¹⁰⁶⁶ Dementsprechend findet sich in der Literatur vor der Handelsrechtsreform die Unterscheidung zwischen zwei Verkehrskreisen, zum einen dem (weiten) Kreis des allgemeinen Publikums und zum anderen dem engeren Verkehrskreis. Dabei sollte es für eine Irreführung ausreichen, wenn in einem engeren Verkehrskreis, also z. B. in dem der Lieferanten oder der Kaufleute eines bestimmten Geschäftszweigs, eine Irreführung auftreten konnte.¹⁰⁶⁷

Daran hat sich durch die Handelsrechtsreform nichts geändert. Bereits bei den Ausführungen zur namensmäßigen Unterscheidungskraft (§ 18 Abs. 1 HGB) wurde festgestellt, dass es nicht auf die Beurteilung nur des (jeweiligen) engen oder des weiten Verkehrskreises, sondern auf die Sicht beider Adressatenkreise ankommt (näher dazu S. 139 f.). Für die Beurteilung der Täuschungsgefahr besteht kein Grund für einen Perspektivwechsel, zumal der Zweck des Verkehrsschutzes im Allgemeinen gebietet, nicht einzelne Verkehrskreise vom Schutz auszunehmen. Dem entspricht auch die heute h.M. zu § 18 Abs. 2 HGB.¹⁰⁶⁸

Die Firma ist bereits dann irreführend und unzulässig, wenn der weite Verkehrskreis der Abnehmer des Kaufmanns getäuscht werden kann.¹⁰⁶⁹ Umgekehrt kann sich das Registergericht mit der Feststellung begnügen, die Möglichkeit einer Täuschung der Abnehmer bestehe nicht, und die Firma deshalb eintragen. Stets muss noch die Möglichkeit einer Täuschung aller jeweils in Betracht kommenden engeren Verkehrskreise, also der Lieferanten, Konkurrenten, Kreditgeber, etc., geprüft werden.¹⁰⁷⁰ Für die sich anschließende Frage, wie die Verkehrsauffassung in der Praxis ermittelt wird, wird auf die Ausführungen bei der Firmenunterscheidbarkeit bzw. Firmenausschließlichkeit (S. 140 ff.) verwiesen, die hier ebenfalls Geltung haben.

ii. Der Übergang zum normativen Maßstab zur Ermittlung der Verkehrsauffassung

Bis zur Reform 1998 hatte § 18 Abs. 2 S. 1 HGB a.F. in seiner von der Rechtsprechung ausgeprägten Form, ähnlich wie § 3 UWG von 1909, eine Firma schon dann verboten,

¹⁰⁶⁶ RGZ 156, 16 (21) – Hamburger Kaffeelager.

¹⁰⁶⁷ Bokelmann, Rn. 95; Heymann/Emmerich, § 18 HGB, Rn. 22; Schlegelberger/Hildebrandt, § 18 HGB, Rn. 9; GK/HGB/Würdinger, § 37 HGB, Anm. 17.

¹⁰⁶⁸ OLG Jena, NZG 2010, 1354; OLG Stuttgart, FGPrax 2012, 177 (178) – Solar; OLG Düsseldorf, NZG 2017, 350 (351) – A.L.D. GmbH & Co. KG; Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 48 f.; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 18 HGB, Rn. 40.

¹⁰⁶⁹ Vgl. zum alten Recht BayObLGZ 1971, 347 (350) – Mode-Studio.

¹⁰⁷⁰ So zum alten Recht BayObLGZ 1971, 347 (349 f.) – Mode-Studio; OLG Frankfurt, OLGZ 1980, 151 (155) – Revision (zu §§ 12 FGG, 18 Abs. 2 HGB a.F.); Schlegelberger/Hildebrandt, § 18 HGB, Rn. 9.

wenn sie bei einem rechtlich „*nicht unbeachtlichen Teil*“ der angesprochenen Verkehrskreise eine unzutreffende Vorstellung hervorrufen konnte.¹⁰⁷¹ So lautete auch die Bestandsaufnahme des Reformgesetzgebers.¹⁰⁷² In der Praxis zu § 3 UWG von 1909, von der sich der HGB-Reformgesetzgeber bewusst absetzen wollte, reichte es aus, wenn die nicht ganz fernliegende Möglichkeit einer Irreführung bei einem „*nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise*“ bestand.¹⁰⁷³ Es genügte im Normalfall im Sinne einer Faustregel, wenn 10% bis 15% der Mitglieder des angesprochenen Verkehrskreises getäuscht werden konnten.¹⁰⁷⁴ Im Wettbewerbsprozess wurde die Irreführungseignung vielfach empirisch ermittelt, nämlich anhand von Verkehrsgutachten, die meist vom Kläger beigebracht wurden und eine entsprechende Irreführungsquote aufwiesen.¹⁰⁷⁵ Im Registerverfahren war „*auf die nicht ganz entfernte Möglichkeit einer Täuschung abzustellen*“¹⁰⁷⁶, wobei auch hier Richtwerte von 10%. Bis 15% als ausreichende Irreführungsquote angegeben wurden.¹⁰⁷⁷ Für die Feststellung der Verkehrsauffassung kam den gemäß § 23 HRV einzuholenden Gutachten oder Umfragen der Industrie- und Handelskammer eine bedeutende Rolle zu.¹⁰⁷⁸

Der Reformgesetzgeber hat sich von der Maßgeblichkeit des „*nicht unerheblichen Teils*“ der Verkehrskreise gelöst und sich bewusst für einen verobjektivierten Maßstab entschieden.¹⁰⁷⁹ Fortan sollte es „*auf die Sicht des durchschnittlichen Angehörigen des betroffenen Personenkreises bei verständiger Würdigung ankommen*“.¹⁰⁸⁰ Indem § 18 Abs. 2 HGB auf diese Durchschnittsauffassung abstellte, erfolgte zugleich eine Anpassung des Irreführungsmaßstabs an europäische Standards.¹⁰⁸¹ Die Rechtsprechung des EuGH hatte sich

¹⁰⁷¹ Z. B. OLG Frankfurt, OLGZ 1981, 417 (418) – Bürotechnik; Baumbach/Duden/Hopt/Hopt, §§ 18 HGB, Anm. 2 B.

¹⁰⁷² Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 36).

¹⁰⁷³ BGHZ 13, 244 (253) – Cupresa-Kunstseide; BGH, GRUR 1979, 716 (717) – Kontinent-Möbel; Baumbach/Hefermehl, UWG (22. Aufl. 2001), § 3 UWG, Rn. 28.

¹⁰⁷⁴ Baumbach/Hefermehl, UWG (22. Aufl. 2001), § 3 UWG, Rn. 28; GK/Lindacher, § 3 UWG, Rn. 248; Auswertung von Rechtsprechung und Literatur bei Micheli, GRUR 1979, 718 f.; Schaefer, Erläuterungen zu § 18 HGB (S. 178).

¹⁰⁷⁵ Vgl. z. B. BGH, GRUR 1979, 716 (717) – Kontinent-Möbel; BGH, GRUR 1996, 911 (913 f.) – Der meistverkaufte Europas.

¹⁰⁷⁶ BayObLG, BayObLGZ, 1971, 347 (349) – Mode-Studio; OLG Hamm, OLGZ 1974, 139 (141) – Firmenzusatz „Bau“.

¹⁰⁷⁷ Jordan, S. 79.

¹⁰⁷⁸ BayObLG, BayObLGZ 1971, 347 (349) – Mode-Studio; OLG Hamm, OLGZ 1974, 139 (141) – Firmenzusatz „Bau“; Schlegelberger/Hildebrandt, § 18 HGB, Rn. 9; Jordan, S. 79; GK/HGB/Würdinger, § 37 HGB, Anm. 17.

¹⁰⁷⁹ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 53); H. Köhler, JZ 1989, 262 (264).

¹⁰⁸⁰ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 53); Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 47.

¹⁰⁸¹ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 53); OLG Jena, NZG 2011, 1191 – Fahrzeugwerk; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, § 18 HGB, Rn. 9.

bereits frühzeitig zum Leitbild eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers bekannt.¹⁰⁸² Selbst in den vereinzelt Entscheidungen, in denen nicht der Durchschnittsverbraucher zum Referenzpunkt gemacht, sondern eher auf die Gesamtheit der einzelnen realen Verbraucher abgestellt wurde, forderte der EuGH, dass „eine erhebliche Zahl von Verbrauchern“ getäuscht wurde.¹⁰⁸³ Dagegen hatte der BGH lange auf den flüchtigen und unaufmerksamen Verbraucher abgestellt und zudem die Irreführung eines „nicht unerheblichen Teils“ ausreichen lassen.¹⁰⁸⁴

Das europäisierte Verständnis des firmenrechtlichen Irreführungstatbestandes bedeutet im Ergebnis, dass die Irreführungseignung nunmehr normativ festzustellen ist.¹⁰⁸⁵ Der hier anzulegende Maßstab orientiert sich an den Regeln und dem Verständnis der irreführenden Geschäftspraktiken.¹⁰⁸⁶ Hieraus ergeben sich zwei Folgerungen. Zum einen schließt die Durchschnittsbetrachtung aus, die Sichtweise einzelner Mitglieder der angesprochenen Verkehrskreise¹⁰⁸⁷ oder eines „nicht unerheblichen“ oder „erheblichen Anteils“ zu berücksichtigen. Es kommt auf die verobjektivierte Sicht eines Durchschnittsmitglieds der angesprochenen Verkehrskreise an und nicht darauf, wie hoch der Anteil der möglicherweise Getäuschten ist.¹⁰⁸⁸ Damit entfällt die Bedeutung der nach früherem Recht regelmäßig eingeholten empirischen Feststellungen der Industrie- und Handelskammern, die zur Feststellung einer Täuschung von 10% bis 15 % der angesprochenen Verkehrskreise ausreichten, aber auch notwendig waren.¹⁰⁸⁹ Zum anderen ist normativ zu bestimmen, welcher Grad an Informiertheit, Aufmerksamkeit und Verständigkeit dem gedachten Durchschnittsmitglied des jeweiligen Verkehrskreises unter Definition, Gewichtung und Abwägung von Schutzinteressen zugemessen wird.¹⁰⁹⁰ Die Entscheidung, vor welchen Fehlvorstellungen der angesprochene Verkehr geschützt werden muss und welchen Risiken und Gefahren man ihn eigenverantwortlich aussetzen kann, wird zur grundlegenden Vorfrage.¹⁰⁹¹

¹⁰⁸² EuGH, GRUR Int. 1987, 404 (412), Tz. 32, 35 – Reinheitsgebot für Bier; EuGH, NJW 1995, 3243 (3244), Tz. 24 – Mars; EuGH, GRUR Int. 1998, 795 (797), Tz. 31 – Gut Springenheide.

¹⁰⁸³ EuGH, Urt. v. 16.01.1992, Az. C-373/90 Tz. 16 – Nissan.

¹⁰⁸⁴ BGH, GRUR 1993, 127 (128) – Teilzahlungspreis II.

¹⁰⁸⁵ OLG München, DNotZ 2010, 933 – Münchner Hausverwaltung; OLG Jena, NZG 2010, 1354 – Obermüller; OLG Jena, NZG 2013, 1270 – Gruppe; Lutter/Welp, ZIP 1999, 1073 (1079).

¹⁰⁸⁶ OLG München, DNotZ 2010, 933 – Münchner Hausverwaltung; Müko-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 53.

¹⁰⁸⁷ OLG Düsseldorf, NJOZ 2004, 3411 (3412) – Dolmetscher-Institut.

¹⁰⁸⁸ Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 47.

¹⁰⁸⁹ Reichert/Liebscher, § 14, Rn. 37; Lutter/Welp, ZIP 1999, 1073 (1079).

¹⁰⁹⁰ So zum Schutz vor Irreführung im UWG Beater, Rn. 1106; Drexler, S. 427.

¹⁰⁹¹ Beater, Rn. 1106.

Was von den angesprochenen Verkehrskreisen erwartet werden kann, muss im Einzelfall durch eine normative Betrachtung konkretisiert werden. Die unterschiedliche Schutzwürdigkeit der Unternehmensadressaten bestimmt maßgeblich den Grad an zu erwartender Aufmerksamkeit, Kenntnisstand und Besonnenheit. Das führt zu einem variablen, nicht einheitlichen Maßstab des durchschnittlich zu erwartenden Verständnisses.¹⁰⁹² Werden von der Firma überwiegend Verbraucher angesprochen, wird man regelmäßig nur eine geringe geschäftliche Erfahrung und Aufmerksamkeit erwarten können.¹⁰⁹³ Dagegen wird ein Unternehmer als sorgfältiger Kaufmann vorsichtiger und genauer auf eine Bezeichnung achten. Dieser Adressatenkreis wird eher aufmerksam sein und ist nicht in gleichem Maße schutzwürdig wie in der Regel ein Verbraucher.¹⁰⁹⁴ Ähnlich verhält es sich mit dem Kenntnisstand, der von den angesprochenen Verkehrskreisen durchschnittlich erwartet werden kann. Fachkreise haben üblicherweise spezifisches Spezial- und Branchenwissen,¹⁰⁹⁵ das Verbrauchern fehlt. Was genau erwartet werden kann, wird vielfach von den Umständen des Einzelfalls abhängen.¹⁰⁹⁶

iii. Die Ermittlung der Verkehrsauffassung durch tatsächengestützte Normativbeurteilung

Bei der Ermittlung der Verkehrsauffassung kann genauso verfahren werden wie allgemein im Marken- und Wettbewerbsrecht. Sowohl beim Irreführungsverbot des § 5 UWG, dem markenrechtlichen Tatbestand der Verwechslungsgefahr nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, beim Schutz des Unternehmenskennzeichens gegen Verwechslungsgefahr gemäß § 15 Abs. 2 MarkenG als auch beim firmenrechtlichen Irreführungsverbot des § 18 Abs. 2 HGB geht es im Ausgangspunkt um eine fehlerhafte Vorstellung der Adressaten von einer Tatsache. Allerdings hat sich in der marken- und lauterkeitsrechtlichen Literatur noch kein festes Meinungsbild herausgebildet. Im Markenrecht geht man einheitlich davon aus, dass die Beurteilung der Verwechslungsgefahr eine Rechtsfrage ist.¹⁰⁹⁷ Dies gilt auch für das

¹⁰⁹² Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 48.

¹⁰⁹³ Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 48.

¹⁰⁹⁴ Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 48.

¹⁰⁹⁵ OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2016, 237 (239), Tz. 24 – Brauwelt.

¹⁰⁹⁶ OLG Frankfurt, NJW-RR 2002, 176 (177) – Heinrich-Böll-Stiftung.

¹⁰⁹⁷ BGH, GRUR 2009, 1055 (1059), Rn. 62 – airdsl; GRUR 2006, 594, Rn. 14 f. – SmartKey; Ingerl/Rohnke, § 14 MarkenG, Rn. 405; Ströbele/Hacker/Hacker, § 9 MarkenG, Rn. 16; Fezer, § 14, Rn. 230; Hildebrandt, § 4, Rn. 21.

materielle Unternehmenskennzeichenrecht.¹⁰⁹⁸ Für die überwiegende Auffassung im Lauterkeitsrecht ist die Ermittlung der Verkehrsauffassung eine Tatsachenfeststellung.¹⁰⁹⁹ Der BGH geht einen „*eigenartigen Mittelweg*“.¹¹⁰⁰ Für ihn geht es nicht um die Feststellung von Tatsachen, sondern um die Anwendung eines speziellen Erfahrungswissens. Der Richter kann aus eigener Sachkunde entscheiden und muss lediglich dann Beweis erheben, wenn ihm die eigene Sachkunde fehlt (dazu bereits oben S. 140 ff.).¹¹⁰¹

In diesem Spannungsverhältnis zwischen tatsächlicher und normativer Ermittlung der Verkehrsauffassung weist Sosnitza mit dem Ansatz einer *tatsachengestützten Normativbeurteilung* einen Weg, der bei Lichte betrachtet der tatsächlichen Praxis der Gerichte entspricht,¹¹⁰² aber die in der Praxis häufige Vermischung von tatsächlicher Feststellung und normativer Wertung trennt. Zu unterscheiden sind zwei Ebenen: Auf der ersten Ebene, der Tatsachenebene, ist zu fragen, welche Sichtweise die Adressaten der Kennzeichen tatsächlich haben. Auf der zweiten, normativen Ebene ist zu fragen, welches Verständnis die Adressaten nach dem maßgeblichen Verbraucherleitbild haben sollten. Um die erste Ebene nicht mit unverhältnismäßigen Beweisaufnahmen zu belasten, können die Gerichte die Verkehrsauffassung in eigener Sachkunde beurteilen. Im Ergebnis entspricht das der Auffassung der Rechtsprechung nach der die eigene Sachkunde auch durch spezielles Erfahrungswissen erlangt werden kann.¹¹⁰³ Der Richter kann somit aus eigener Sachkunde ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens entscheiden.¹¹⁰⁴

Im Eintragungsverfahren ermittelt das Registergericht die für die Irreführungseignung gemäß § 18 Abs. 2 HGB maßgebliche Verkehrsauffassung von Amts wegen. Allerdings kommt wegen der in § 18 Abs. 2 S. 2 HGB angeordneten Beschränkung der Irreführungsprüfung auf eine ersichtliche Irreführung, der eigenen Sachkunde des Registerrichters eine größere und einer Feststellung mithilfe von Stellungnahmen der Organe des Handelsstandes, eine geringere Bedeutung zu. Das Verständnis der jeweils angesprochenen Verkehrskreise ist nicht notwendigerweise durch Umfragen bei und Stellungnahmen von Industrie-

¹⁰⁹⁸ BGH, GRUR 1992, 110 (111) – dipa/dib; GRUR 1995, 156 (157) – Garant-Möbel; GRUR 2005, 61 (62) – CompuNet/ComNet II; GRUR 2012, 635 (637), Tz. 35 – METRO/ROLLER's Metro; Büscher, in: FS Ullmann, S. 129, (142); Büscher/Dittmer/Schiwy/Bücher, § 15 MarkenG, Rn. 51; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 96; GK-Teplitzky, § 16 UWG, Rn. 316 f.

¹⁰⁹⁹ Deutsch, GRUR 1996, 541 (545); Helm, in: FS Tilmann, 2003, S. 135 (143); Ohly/Sosnitza, § 5 UWG, Rn. 136; Spätgens, WRP 2000, 1023 (1027); Ulbrich, WRP 2005, 940 (941).

¹¹⁰⁰ Sosnitza, ZGE 2013, 176 (184).

¹¹⁰¹ BGH, WRP 2004, 339 (341) – Marktführerschaft.

¹¹⁰² Ohly/Sosnitza, § 5 UWG, Rn. 135; Sosnitza, WRP 2014, 1136 (1139).

¹¹⁰³ Sosnitza, WRP 2014, 1136 (1139).

¹¹⁰⁴ Vgl. im einzelnen Sosnitza, WRP 2014, 1136 (1138 f.).

und Handelskammern empirisch zu ermitteln. Das normative Leitbild kann vom Registergericht bei eigener Sachkunde selbst ausgefüllt werden.¹¹⁰⁵

(3) Wettbewerbliche Relevanz und normativer Maßstab

Die Einführung der Wesentlichkeitsschwelle in § 18 Abs. 2 HGB – auch „*wettbewerbliche Relevanz*“ genannt¹¹⁰⁶ – bedeutete eine weitere Modifikation des firmenrechtlichen Irreführungstatbestandes. Der Gesetzgeber orientierte sich bei der Formulierung des Wortlauts von § 18 Abs. 2 S. 1 HGB n.F. an § 13a UWG aus dem Jahr 1909 an seiner zuletzt gültigen Fassung.¹¹⁰⁷ Diese – mittlerweile gestrichene – Norm sah ein vertragliches Rücktrittsrecht im Falle der Beeinflussung durch unwahre und irreführende Werbung vor, wenn die unwahre oder irreführende Angabe für den Personenkreis, an den sie sich richtete, für den Abschluss von Verträgen wesentlich war.¹¹⁰⁸

Auch für die Beurteilung der wettbewerblichen Relevanz gilt ein objektiver Maßstab, der auf die Durchschnittsauffassung der angesprochenen Verkehrskreise bei verständiger Würdigung abstellt.¹¹⁰⁹ Zugleich bedeutet das eine Berücksichtigung normativer Maßstäbe, auch für die Beurteilung der wettbewerblichen Relevanz.¹¹¹⁰ Damit sind die gleichen Grundsätze anzuwenden wie sie auch bei der Ermittlung der Verkehrsauffassung gelten (vgl. dazu oben S. 179 f.).

Von wettbewerblicher Relevanz – und damit wesentlich – sind nur solche Angaben, die für die wirtschaftliche Entscheidung der Geschäftspartner gerade mit diesem Unternehmen in Kontakt zu treten, bei vernünftiger, objektiver Betrachtung eine Rolle spielen können.¹¹¹¹ Angaben, die für den angesprochenen Verkehr dagegen nur von nebensächlicher Bedeutung sind, haben keine Relevanz und fallen nicht unter das Irreführungsverbot.¹¹¹² Ist aber die Angabe normativ betrachtet ihrer Art nach für den angesprochenen Verkehrskreis von

¹¹⁰⁵ Oetker/Schlingloff, § 18 HGB, Rn. 20.

¹¹⁰⁶ OLG Hamm, DNotZ 1999, 842 (844) – Euro; OLG Köln, GRUR-RR 2007, 163 (165) – WISAG; OLG Frankfurt, NJW-RR 2015, 727 (728), Tz. 30 – Sehzentrum; Müko-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 53; Baumbach/Hopt/Hopt, § 18 HGB, Rn. 13.

¹¹⁰⁷ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444 S. 52 f.); Oetker/Schlingloff, § 18 HGB, Rn. 16.

¹¹⁰⁸ § 13a UWG a.F. lautete: „[...] zur Irreführung geeignete Werbeangaben, die für den Personenkreis, an den sie sich richten, für den Abschluss von Verträgen wesentlich ist [...]“.

¹¹⁰⁹ OLG Düsseldorf, NJOZ 2004, 3411 (3412) – Dolmetscher-Institut; OLG Jena, NZG 2010, 1354 – Obermüller; KG, GRUR-RR 2012, 86 – Deutsches Institut; Canaris, § 11, Rn. 8.; Roth, S. 31 (44).

¹¹¹⁰ OLG Jena, NZG 2010, 1354 – Obermüller; Müko-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 53, 55; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, § 18 HGB, Rn. 9.

¹¹¹¹ Henssler/Strohn/Wamser, § 18 HGB, Rn. 5.

¹¹¹² Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 53).

Relevanz, fällt sie auch dann unter das Irreführungsverbot, wenn die Relevanz nur geringfügig ist.¹¹¹³ Entscheidend ist lediglich, dass die Relevanzschwelle überhaupt überschritten wird, wie weit ist unerheblich. Dabei muss letztlich nach den Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls beurteilt werden, was als wesentliche Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise anzusehen ist.¹¹¹⁴

(bb) Auswirkungen des normativen Verständnisses der Irreführungseignung auf die Firmenwahlfreiheit

(1) Praktische Konkordanz von Liberalisierung und Verkehrsschutz

Die vorherigen Ausführungen haben gezeigt, dass über die Veränderung des Leitbildes des Durchschnittsadressaten normative und damit wertende Kriterien zu bestimmenden Faktoren zu der Frage führen, ob eine Bezeichnung möglicherweise irreführend ist. Der EuGH bezweckte mit der Einführung der Rechtsfigur des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers als Leitbild die Entscheidung für eine Werteordnung, die insgesamt freiheitlich ausgerichtet ist und von der Eigenverantwortlichkeit eines jeden Menschen ausgeht.¹¹¹⁵ Indem der Reformgesetzgeber von 1998 sich diesem Verbraucherleitbild nicht verschlossen hat, hat er sich zugleich dieser Wertentscheidung angeschlossen.¹¹¹⁶ Auch die neu, bzw. wieder eingeführte Firmenwahlfreiheit (dazu S. 15) ist Ausdruck eines von Freiheit und Eigenverantwortung geprägten Werteverständnisses des (Firmen-)Rechts.¹¹¹⁷ Diese Wertentscheidung der Handelsrechtsreform muss auch im Rahmen des normativen Maßstabs berücksichtigt werden. Das „*Liberalisierungsanliegen des Gesetzes* [darf] *nicht mit Hilfe des Irreführungsverbots unterlaufen werden.*“¹¹¹⁸ Andererseits wird auch die Firmenwahlfreiheit heute nicht mehr wie im 19. Jahrhundert völlig wertneutral und rücksichtslos gewährt (dazu S. 45), sondern muss sich verantwortlich in ein System einfügen, das den Verkehr vor Irreführung schützt. Beide Prinzipien müssen gegeneinander abgewogen und im Einzelfall zu einer praktischen Konkordanz geführt werden. Dies hat Konsequenzen für die Sachfirma und die Fantasiefirma.

(2) Sachbezug der Sachfirma

Mit der Abschaffung des Entlehnungsgebotes muss auch die Sachfirma nicht mehr den Unternehmensgegenstand erkennen lassen (siehe dazu S. 15 f.). Die Sachfirma hat damit

¹¹¹³ OLG Jena, NZG 2010, 1354 – Obermüller.

¹¹¹⁴ OLG Frankfurt, NJW-RR 2015, 727 (728), Tz. 30 – Sehzentrum.

¹¹¹⁵ Beater, Rn. 1108 m.w.N.

¹¹¹⁶ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444 S. 53); Roth, S. 31 (45).

¹¹¹⁷ Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 47.

¹¹¹⁸ Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 47.

im Ausgangspunkt ihre frühere Funktion, in knapper Form über die Unternehmenstätigkeit zu informieren,¹¹¹⁹ verloren (siehe dazu S. 52 f.).¹¹²⁰ Es kann sicherlich nicht Aufgabe des Irreführungsverbotes sein mittels § 18 Abs. 2 HGB genau jene strengen Anforderungen an die Angaben in der Sachfirma wieder einzuführen, die durch die Abschaffung des Entlehnungsgebots aus §§ 4 GmbHG a.F., 4 AktG a.F. gestrichen wurden.¹¹²¹ Mit der Abschaffung des als positive Informationspflicht verstandenen Entlehnungsgebots ist aber nicht ohne Weiteres eine völlige Freigabe aller möglichen denkbaren Sachbezeichnungen verbunden, die mit dem Geschäftsgegenstand überhaupt nichts zu tun haben. Ein Kaufmann, der ein Geschäft für Friseurbedarf führt, darf keine Sachfirma mit dem Kern „*Baubedarf*“ wählen. Dies ergibt sich jedoch nicht aus inhaltlichen Anforderungen an die Sachfirma als solcher, sondern aus einer sachgerechten Handhabung des Irreführungsverbots. Die überwiegende Auffassung verlangt, dass die Sachfirma auf den tatsächlichen Tätigkeitsbereich Bezug nehmen und mit ihm im Zusammenhang stehen muss.¹¹²² Sie trägt der Durchschnittserwartung des Verkehrs Rechnung, die bei einer Sachfirma dahingeht, dass zumindest ein lockerer Zusammenhang zur tatsächlichen Geschäftstätigkeit besteht.¹¹²³ Das Irreführungsverbot verlangt einen Sachbezug der Sachfirma. Damit bleibt die beträchtliche Liberalisierungswirkung der wieder eingeführten Firmenwahlfreiheit erhalten. So war nach früherer Rechtslage die Firma „*Bauhelf GmbH*“ gemäß § 4 GmbHG a.F. für eine Baumaschinenhandlung unzulässig, weil die Silbe „*helf*“ eben nicht als „*Handlung*“ verstanden wurde und den Unternehmensgegenstand nicht erkennbar machte.¹¹²⁴ Nach heutigem Verständnis wäre anders zu urteilen, weil ein Zusammenhang zu Baumaschinen besteht, nämlich Maschinen, die beim Bau helfen.¹¹²⁵ Der Bezug kann auch ein mittelbarer sein. So ist die Firma „*A. Solar USA International GmbH*“ einer nicht operativ in der Solarbranche tätigen Holding nicht gemäß § 18 Abs. 2 S. 1 HGB irreführend, wenn sie Beteiligungen an Unternehmen hält, die in der Solarbranche tätig sind.¹¹²⁶

¹¹¹⁹ Vgl. *OLG Neustadt*, NJW 1962, 2208 (2209) – Bauhelf.

¹¹²⁰ *Lutter/Welp*, ZIP 1999, 1073 (1077).

¹¹²¹ Ähnlich *Staub/Burgard*, § 18 HGB, Rn. 60.

¹¹²² *Müko-HGB/Heidinger*, § 17 HGB, Rn. 27; *Lutter/Welp*, ZIP 1999, 1073 (1082); *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle*, § 18 HGB, Rn. 16; *Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth*, § 18 HGB, Rn. 12d.

¹¹²³ *Müko-HGB/Heidinger*, § 17 HGB, Rn. 27; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle*, § 18 HGB, Rn. 16; *Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth*, § 18 HGB, Rn. 12d.

¹¹²⁴ *OLG Neustadt*, NJW 1962, 2208 (2209) – Bauhelf.

¹¹²⁵ *Staub/Burgard*, § 18 HGB, Rn. 60.

¹¹²⁶ *OLG Stuttgart*, FGPrax 2012, 177 (178) – Solar.

(3) Namen als Firmenkern

Die Zulassung von Fantasiefirmen bringt es mit sich, dass eine gemäß § 18 Abs. 1 HGB namensmäßig unterscheidungskräftige Firma als Firmenkern auch den bürgerlichen Namen einer Person enthalten kann, die entweder gar nicht existiert oder nichts mit dem Kaufmann zu tun hat und weder an der Gesellschaft beteiligt ist noch der Nutzung seines Namens in der Firma zugestimmt hat. Hier stellt sich die Frage, ob wegen des Auseinanderfallens der Person des Kaufmanns einerseits und des zum Firmenkern gemachten bürgerlichen Namens andererseits bei einer Firmenneugründung *per se* eine Irreführung gemäß § 18 Abs. 2 HGB vorliegt.

Bei einer unbefangenen faktischen Betrachtung, die sich auf den tatsächlichen Kenntnisstand und den Erfahrungshorizont der Mehrheit der Verbraucher konzentriert und dabei auch hergebrachte, unreflektierte unvoreingenommene Vorstellungen von den Zuständen im Geschäftsverkehr einbezieht, lässt sich diese Frage durchaus bejahen und mit hoher Wahrscheinlichkeit auch empirisch belegen. So gesehen ist gerade die Firma des Einzelkaufmannes mit fremdem Namen in besonderem Maße irreführungsg geeignet.¹¹²⁷ Diese Sichtweise und dieser Maßstab ist aber nicht der, den das Gesetz angelegt wissen will. Es kommt nach der ganz überwiegenden Auffassung zu einer normativen Korrektur, die sich an den Liberalisierungszielen der Handelsrechtsreform ausrichtet und keine Irreführung annimmt.¹¹²⁸ Besonders prägnant hat dies das OLG München formuliert: *„Zu einer Täuschung kommt es nicht, weil der Verkehr nach der aktuellen Rechtslage nicht erwarten kann, durch den Firmennamen über den bürgerlichen Namen des Inhabers einer Personenfirma informiert zu werden“*.¹¹²⁹ Noch unverblümter formuliert das OLG Jena, dass *„die betroffenen Verkehrskreise gerade kein Vertrauen in die Gesellschaftereigenschaft des Namensgebers [...] haben dürfen“*.¹¹³⁰ Damit wird der Verkehr in einer Erwartung, die er zwar tatsächlich hat, die jedoch in der geltenden Rechtslage keine Stütze mehr findet, nicht mehr geschützt. Die fiktive Person hat für die angesprochenen Verkehrskreise – normativ betrachtet – auch keine Relevanz. Wenn die betroffenen Verkehrskreise den verwendeten Namen nicht einer bestimmten Person zuordnen können, ist es für ihre wirtschaftliche Entscheidung auch ohne Bedeutung, ob es sich bei der Personenfirma um den Namen einer

¹¹²⁷ Vgl. Oetker/Schlingloff, § 18 HGB, Rn. 26.

¹¹²⁸ OLG München, NZG 2013, 108 – E D e.K.; BeckOK/Bömeke, § 18 HGB, Rn. 36; Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 47; Baumbach/Hopt/Hopt, § 18 HGB, Vorbemerkung Rn. 21.

¹¹²⁹ OLG München, NZG 2013, 108 – E D e.K.

¹¹³⁰ OLG Jena, NZG 2010, 1354 (1355) – Obermüller.

existenten oder einer fiktiven Person handelt.¹¹³¹ Daher ist eine aus dem fiktiven Namen „Obermüller“ gebildete Fantasiefirma grundsätzlich ebenso wenig irreführend wie die Verwendung von „E.D.“ als der Name einer fiktiven Person.¹¹³²

Bei Namen von Personen, die existieren, zieht das Irreführungsverbot jedoch sehr wohl gewisse Grenzen. Eindeutig irreführend wäre die Verwendung des Namens einer jedermann bekannten Person des öffentlichen Lebens (Beispiele: „*Claudia Schiffer Kosmetik GmbH*“ oder „*Beckenbauer Fußballartikel GmbH*“), sofern die betreffende Person nicht an der Gesellschaft beteiligt ist.¹¹³³ In solchen Fällen ist auch eine Relevanz zu bejahen, wenn der Person im Zusammenhang mit einem bestimmten Tätigkeitsbereich ein gewisses Vertrauen entgegengebracht wird, d. h. wenn die Person für die angesprochenen Verkehrskreise ein „*bekannter Name*“ ist.¹¹³⁴

(cc) Die Veränderung des Maßstabs und das Verhältnis von § 18 Abs. 2 S. 2 HGB zu § 5 UWG

Fest steht, dass auf die frühere Rechtsprechung zu § 18 Abs. 2 HGB a.F. nur noch „*mit größter Vorsicht*“¹¹³⁵ und „*nicht mehr vorbehaltlos*“¹¹³⁶ zurückgegriffen werden kann.¹¹³⁷ Im Einzelnen ist vieles streitig und es zeichnet sich wegen der starken Einzelfallabhängigkeit der Entscheidungspraxis kein einheitliches Bild ab, das vom Verkehr nach der Handelsrechtsreform noch erwartet werden kann. Eine nähere Darstellung der Fallgruppen und des Meinungsstandes würde den Rahmen dieser Arbeit übersteigen. Auf die umfangreichen Ausführungen von *Burgard*¹¹³⁸ und *Heidinger*¹¹³⁹ wird daher verwiesen.

Im Unterschied zu § 18 HGB Abs. 2 a.F. hat sich der Maßstab der Irreführungsprüfung seit der Novellierung des Firmenrechts damit erheblich verändert. Die Einführung des Wesentlichkeitskriteriums führt dazu, dass ein großzügiger Maßstab an die Irreführungsgefahr an-

¹¹³¹ OLG Jena, NZG 2010, 1354 (1355) – Obermüller.

¹¹³² OLG Jena, NZG 2010, 1354 (1355) – Obermüller; OLG München, NZG 2013, 108 – E D e.K.; LG Landshut, Beschl. v. 15.03.2000, Az. 2 HK T 133/00; LG München I, MittBayNot 2001, 71 – Seemüller; differenzierend: Kiesel u. a., DNotz 2015, 740 (754 f.); Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, § 18 HGB, Rn. 15c.

¹¹³³ OLG Jena, NZG 2010, 1354 (1355) – Obermüller; Lutter/Welp, ZIP 1999, 1073 (1081).

¹¹³⁴ OLG Jena, NZG 2010, 1354 (1355) – Obermüller.

¹¹³⁵ Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, § 18 HGB, Rn. 11.

¹¹³⁶ OLG Frankfurt, NZG 2011, 1234 (1235) – Europäischer Fachverband.

¹¹³⁷ Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 48; Roth, S. 31 (45 f.).

¹¹³⁸ Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 56 ff.

¹¹³⁹ Müko-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 111 ff.

zulegen ist und die Möglichkeit einer Firmenbildung nicht übermäßig durch das Irreführungsverbot eingeschränkt werden soll.¹¹⁴⁰ Gegenüber der bisherigen Rechtslage nimmt die Kontrolldichte ab.¹¹⁴¹

Dieser veränderte Maßstab ist das Ergebnis der Übernahme eines normativen Verbraucherleitbildes, wie ihn der EuGH frühzeitig zum Recht der irreführenden Werbung entwickelt hat, in das handelsrechtliche Irreführungsgebot.¹¹⁴² Überwiegend wird daher angenommen, dass sich das handelsrechtliche Irreführungsverbot nach § 18 Abs. 2 HGB und das allgemeine lauterkeitsrechtliche Irreführungsverbot nach § 5 Abs. 1 UWG nahezu decken.¹¹⁴³

Dennoch weist die Begründung des Reformgesetzgebers den Irreführungstatbeständen deutlich verschiedene Rollen zu. Die handelsrechtliche und die wettbewerbsrechtliche Beurteilung einer Firma verfolgt ganz unterschiedliche Zwecke.¹¹⁴⁴ Das Firmenrecht hat eine präventive Schutzrichtung, in der es die Verwendung täuschender Firmen durch ein Verbot bereits im Eintragungsverfahren verhindern soll.¹¹⁴⁵ Die Prüfung der Firma im Eintragungsverfahren nach § 18 Abs. 2 HGB ist ausschließlich auf eine vorbeugende Grobsichtung,¹¹⁴⁶ ob die Firma nach ihrem Inhalt unrichtig und zur Täuschung des Publikums geeignet ist, beschränkt.¹¹⁴⁷ Das Firmenordnungsrecht sieht bereits in der Bildung und Führung einer irreführenden Firma die (abstrakte) Gefahr, dass das Publikum in seiner Entscheidung beeinflusst wird.¹¹⁴⁸

Eine ganz andere Frage und daher nicht dem Registerverfahren, sondern allein der lauterkeitsrechtlichen Prüfung zugewiesen, ist die Art und Weise des Firmengebrauchs. Ob die Benutzung der Firma irreführend ist, ist nach dem allgemeinen Irreführungsverbot des § 5 UWG zu beurteilen. Anders als das handelsrechtliche Firmenrecht übernimmt das UWG so die Funktion einer nachträglichen Feinsteuerung zur Einhaltung eines lautereren Wettbewerbs.¹¹⁴⁹ Diese an den verschiedenen Schutzzwecken orientierte Rollenverteilung

¹¹⁴⁰ Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 33.

¹¹⁴¹ Roth, S. 31 (42).

¹¹⁴² Vgl. nur *EuGH*, GRUR Int. 1998, 795 (797), Tz. 31, 37 – Gut Springenheide.

¹¹⁴³ Lamsa, S. 483; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 18 HGB, Rn. 38; Oetker/Schlingloff, § 18 HGB, Rn. 16; einschränkend Baumbach/Hopt/Hopt, § 18 HGB, Rn. 14.

¹¹⁴⁴ Schaefer, Handelsrechtsreformgesetz, Erläuterungen zu § 18 HGB (S. 178 f.).

¹¹⁴⁵ Kessen, S. 40 f.

¹¹⁴⁶ Roth, S. 31 (44).

¹¹⁴⁷ Fezer, ZHR 161 (1997), 52 (62).

¹¹⁴⁸ Kessen, S. 41.

¹¹⁴⁹ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 38, 53); Baumbach/Hopt/Hopt, § 18 HGB, Rn. 14, 20; Kessen, S. 42; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, § 18 HGB, Rn. 9.

ist sachgerecht. In einem Zivilprozess um UWG-Ansprüche kommt es auf die konkrete Verwendungsform der Firma an. Die wettbewerbsrechtlichen Implikationen einer Firma können im ordnungsrechtlichen Registerverfahren nicht gleichermaßen adäquat erfasst werden.¹¹⁵⁰

Das bedeutet andererseits nicht, dass der wettbewerbsrechtlichen Benutzungskontrolle eine nachrangige Funktion zukommt. Der Gesetzgeber hat sich ausdrücklich dagegen entschieden, das firmenrechtliche und wettbewerbsrechtliche Irreführungsverbot in das Verhältnis einer Spezialität zu stellen.¹¹⁵¹ Es kann daher durchaus sein, dass eine Firma nach den Maßstäben des § 5 Abs. 1 UWG irreführend ist, nicht aber gegen den Grundsatz der Firmenwahrheit verstößt.¹¹⁵² Die vom Registergericht unbeanstandet gelassene Firma wird nicht mit einem Bestandsschutz ausgestattet.¹¹⁵³ Im Sinne eines vereinfachten und zügigen Registerverfahrens ist das konsequent.¹¹⁵⁴

3. Firmenunterscheidbarkeit bzw. Firmenausschließlichkeit, § 30 Abs. 1 HGB

Der Schutz des Rechtsverkehrs vor Verwirrung und Verwechslung hat in § 30 HGB als Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit bzw. Firmenausschließlichkeit eine weitere gesetzliche Normierung erhalten.¹¹⁵⁵ § 30 Abs. 1 HGB schreibt vor, dass sich eine neue Firma von allen an demselben Ort bereits eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden muss. Für den Inhaber einer bereits eingetragenen Firma wirkt sich der Ausschließlichkeitsgrundsatz damit als Vorschrift zum Schutz seiner eingetragenen Firma aus. Wer eine Firma allerdings neu anmelden will, für den stellt sich § 30 HGB als ein Eintragungshindernis dar. Welcher Abstand zu einer bereits im Register eingetragenen Firma einzuhalten ist, bemisst sich in beiden Fällen nach denselben Grundsätzen. Näher wird daher auf die Firmenausschließlichkeit im Zusammenhang mit den Untersuchungen zum handelsrechtlichen Schutzzumfang eingegangen (S. 250 ff.).

¹¹⁵⁰ Fezer, ZHR 161 (1997), 52 (62).

¹¹⁵¹ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 53).

¹¹⁵² BayObLG, NJW 2000, 1647 (1648) – Pro-Videntia; Baumbach/Hopt/Hopt, § 18 HGB, Rn. 14; Kessen, S. 43 f.

¹¹⁵³ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 53); vgl. auch Baumbach/Hopt/Hopt, § 18 HGB, Rn. 14; Kögel, BB 1997, 793 (799).

¹¹⁵⁴ Vgl. Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 38); vgl. auch Lutter/Welp, ZIP 1999, 1073 (1082).

¹¹⁵⁵ Müko-HGB/Heidinger, Vor § 17 HGB, Rn. 20.

III. Ungeschriebene Eintragungshindernisse

1. Der Grundsatz der Firmeneinheit

Von Lehre¹¹⁵⁶ und Rechtsprechung¹¹⁵⁷ wurde der Grundsatz der Firmeneinheit entwickelt, der im HGB nicht positiv geregelt ist. Er besagt, dass es dem Interesse des Rechtsverkehrs an der sicheren Identifikation des Unternehmensträgers entspricht, dass ein Kaufmann in ein und demselben Handelsgeschäft nur eine Firma führen darf.¹¹⁵⁸ Der Einzelkaufmann darf für unterschiedliche Handelsgeschäfte, die er unabhängig nebeneinander betreibt, jeweils eine andere Firma führen.¹¹⁵⁹ Eine Handelsgesellschaft darf immer nur eine Firma führen, gleichgültig wie viele unterschiedliche Unternehmen sie betreibt.¹¹⁶⁰ Für eine Handelsgesellschaft wirkt sich damit der Grundsatz der Firmeneinheit als ein absolutes Eintragungshindernis für eine zweite Firma aus.

2. Analoge Anwendung der markenrechtlichen Eintragungshindernisse gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 5 – 13 MarkenG

Wie oben dargelegt, genießen Kennzeichen, die gegen die öffentliche Ordnung oder gegen die guten Sitten verstoßen, keinen materiellen Schutz als Unternehmenskennzeichen (dazu S. 81 ff.). Dieses Ergebnis wird mit Blick auf die Einheit der Rechtsordnung durch eine analoge Anwendung des § 8 Abs. 2 Nr. 5 – 13 MarkenG erzielt. Die gleichen Erwägungen gebieten eine analoge Anwendung auch auf das formelle Firmenrecht.¹¹⁶¹ Die in § 8 Abs. 2 Nr. 5 – 13 MarkenG geregelten absoluten Eintragungshindernisse wirken sich in dieser analogen Anwendung auch im Registerverfahren zur Eintragung einer Firma als absolute Eintragungshindernisse aus.¹¹⁶² Zu den Details wird auf die Darstellung zum materiellen Unternehmenskennzeichenschutz verwiesen (näher dazu S. 80 ff.).

3. Bösgläubigkeit

Im materiellen Kennzeichenrecht kann eine bösgläubige Benutzungsaufnahme unbefugt sein, womit es an der ungeschriebenen Schutzvoraussetzung der befugten Benutzung

¹¹⁵⁶ Bokelmann, Rn. 391; Staub/Burgard, Vor § 17 HGB, Rn. 39 ff.; Baumbach/Hopt/Hopt, § 17 HGB, Rn. 8; Schmidt, Handelsrecht § 12 II 2. (S. 354 ff.).

¹¹⁵⁷ RGZ 85, 397 (399); BGH, NJW 1976, 2163 (2164); BGH, NJW 1991, 2023 (2024) – Unzulässiger Gebrauch einer Geschäftsbezeichnung.

¹¹⁵⁸ BGH, NJW 1991, 2023 (2024) – Unzulässiger Gebrauch einer Geschäftsbezeichnung; Bokelmann, Rn. 391; Staub/Burgard, Vor § 17 HGB, Rn. 39, 43; Heymann/Emmerich, § 17 HGB, Rn. 22a; Müko-HGB/Heidinger, Vor § 17 HGB, Rn. 30; Baumbach/Hopt/Hopt, § 17 HGB, Rn. 7 f.; Schmidt, Handelsrecht, § 12, Rn. 66; Teichmann, Rn. 441.

¹¹⁵⁹ Staub/Burgard, Vor § 17 HGB, Rn. 39; Müko-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 9.

¹¹⁶⁰ BGH, NJW 1976, 2163 (2164); Heymann/Emmerich, § 17 HGB, Rn. 28; Hachenburg/Heinrich, § 4 GmbHG, Rn. 70 f.; Schmidt, Handelsrecht, § 12, Rn. 74.

¹¹⁶¹ Baumbach/Hopt/Hopt, § 18 HGB, Rn. 9; Jung, ZIP 1998, 677 (683); Oetker/Schlingloff, § 17 HGB, Rn. 5; Lutter/Welp, ZIP 1999, 1073 (1082 f.).

¹¹⁶² Jung, ZIP 1998, 677 (683); Roth, S. 31 (37 f.); Oetker/Schlingloff, § 17 HGB, Rn. 5.

fehlt (näher dazu S. 83 ff.). Ob die Benutzungsaufnahme bösgläubig und in Behinderungsabsicht erfolgt, ist lediglich anhand einer Gesamtwürdigung aller in Betracht kommenden Umstände zu beurteilen, die im Einzelnen zu ermitteln wären. Es erscheint nicht angebracht, dass Registerverfahren mit derartigen Ermittlungen, die von Amts wegen anzustellen werden, zu überfrachten. Anders als bei ordnungs- und sittenwidrigen Kennzeichen oder solchen, die mit Hoheitszeichen übereinstimmen oder ihnen zu ähnlich sind, sind die Motivationslage und die Absichten des Anmelders nicht ohne Weiteres erkennbar. Der Gesetzgeber hat deshalb aus gutem Grund darauf verzichtet, die Firmenanmeldung auch noch mit einer Gesinnungsprüfung zu verbinden. Diese Entscheidung des Gesetzgebers ist zu respektieren. War die Anmeldung der Firma bösgläubig und missbräuchlich, kann dies nachträglich im Firmenmissbrauchsverfahren gemäß § 37 Abs. 2 HGB bzw. durch die allgemeine wettbewerbsrechtliche Unterlassungsklage gemäß §§ 8 Abs. 1, 3, 4 Nr. 4 UWG korrigiert werden.

D. Löschung der Firma aus dem Handelsregister

I. Erlöschen der Firma

1. Eintragungspflicht

So wie der Kaufmann verpflichtet ist, eine Firma anzunehmen und im Handelsregister eintragen zu lassen (§ 29 HGB), so ist er umgekehrt nach § 31 Abs. 2 HGB auch verpflichtet, das Erlöschen der Firma im Handelsregister eintragen zu lassen. Anders als im materiellen Kennzeichenrecht der §§ 5, 15 MarkenG werden die Annahme und das Erlöschen der Firma mit einem formalen Akt verknüpft. Diese Eintragungspflichten dürfen aber nicht so verstanden werden, dass der Eintragung eine konstitutive Wirkung zukommt. Das ist nur dann der Fall, wenn auch die Kaufmanneigenschaft des Unternehmers von der Eintragung abhängt.¹¹⁶³ Eine gesetzliche Regelung, wann die Firma erlischt, fehlt. Die Erlöschenstatbestände müssen daher aus dem Wesen der Firma ermittelt werden.¹¹⁶⁴

2. Aufgabe der Firma

Die Firma erlischt, wenn sie der Kaufmann endgültig aufgibt.¹¹⁶⁵ Jede Änderung der Firma ist formell eine Aufgabe der alten, unter Annahme einer neuen Firma.¹¹⁶⁶ Allerdings kann

¹¹⁶³ Baumbach/Hopt/Hopt, § 17 HGB, Rn. 16.

¹¹⁶⁴ OLG Hamm, OLGZ 1977, 438 (441) – Heinrich W.; Müko-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 44; Oetker/Schlingloff, § 17 HGB, Rn. 16.

¹¹⁶⁵ Müko-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 44; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, § 17 HGB, Rn. 19.

¹¹⁶⁶ BayObLGZ, BayObLGZ 1984, 129 (132) – Firmenänderung; Staub/Burgard, § 17 HGB, Rn. 33; Heymann/Emmerich, § 17 HGB, Rn. 17.

der materielle Unternehmenskennzeichenschutz, der für die aufgegebene alte Firma erlungen wurde, aufrechterhalten und prioritätswahrend auf die neue Firma übergehen, wenn die Änderung nicht wesentlich ist (vgl. zu den Maßstäben des BGH nach der Metrix-Entscheidung die Ausführungen auf S. 108).

3. Geschäftsaufgabe

a) Grundregel

Gibt der Kaufmann sein Unternehmen auf, erlischt die Firma ebenfalls grundsätzlich. Die Geschäftsaufgabe muss dauernd und nicht nur vorübergehend sein. Davon ist auszugehen, wenn dem Betrieb die wirtschaftliche Grundlage entzogen ist und die Unternehmensorganisation völlig und irreparabel zerstört ist.¹¹⁶⁷ Im Einzelnen ist allerdings nach Rechtsformen zu differenzieren; der dargestellte Grundsatz gilt nicht ausnahmslos:

b) Einzelkaufleute

Gibt der Einzelkaufmann sein Handelsgewerbe auf, dann erlischt zugleich auch die Firma.¹¹⁶⁸ Auch die fortbestehende Eintragung der Firma im Handelsregister vermag daran nichts zu ändern; die Firma ist erloschen und wird sodann zu Unrecht geführt.¹¹⁶⁹

c) Personenhandelsgesellschaften

Für die Personenhandelsgesellschaften gilt dies allerdings nur mit Einschränkung, denn die Aufgabe des Geschäftsbetriebs ist als Auflösungsstatbestand nicht in § 131 HGB benannt.¹¹⁷⁰ Die Firma der OHG und KG erlischt daher nicht bereits mit Geschäftsaufgabe, sondern erst mit Beendigung der Liquidation.¹¹⁷¹

d) Kapitalgesellschaften, juristische Personen

Auch die Firma der juristischen Person erlischt nicht zugleich mit der Beendigung des Geschäftsbetriebes: Sie sind Formkaufleute und die Firma ist ihr einziger Name.¹¹⁷² Solange

¹¹⁶⁷ RGZ 110, 422, 424 – Siligmüller; Müko-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 45.

¹¹⁶⁸ Staub/Burgard, § 17 HGB, Rn. 40 f.; Bußmann, S. 127; Müko-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 45; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 17 HGB, Rn. 15; Oetker/Schlingloff, § 17 HGB, Rn. 17.

¹¹⁶⁹ Bußmann, S. 127.

¹¹⁷⁰ Staub/Burgard, § 17 HGB, Rn. 46 f.

¹¹⁷¹ Müko-HGB/Heidinger, § 17 HGB, Rn. 49 f.; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 17 HGB, Rn. 16; Oetker/Schlingloff, § 17 HGB, Rn. 18.

¹¹⁷² Bußmann, S. 128.

die Gesellschaft nicht aufgelöst ist und fortbesteht, muss sie einen Namen und damit zugleich die Firma behalten.¹¹⁷³ Erst mit ihrer endgültigen Liquidation und ihrer Löschung im Handelsregister erlischt auch die Firma der juristischen Person.¹¹⁷⁴

4. Absinken auf ein Kleingewerbe

a) Einzelkaufmann

Lediglich ein Kaufmann kann eine Firma führen und ist firmenfähig (vgl. § 17 HGB).¹¹⁷⁵ Die Kaufmanneigenschaft wird damit zum bestimmenden Kriterium der Firmenfähigkeit. Führt der Kaufmann eine Firma, obgleich das Unternehmen nicht mehr einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 1 Abs. 2 HGB), hängt das Erlöschen der Firma von seiner Eintragung im Handelsregister ab. Nur die Firma des nicht eingetragenen Einzelkaufmanns erlischt mit Absinken des Unternehmens auf ein Kleingewerbe. Dagegen erlischt die Firma des eingetragenen Einzelkaufmanns in diesem Fall gemäß §§ 2, 5 HGB nicht, sondern erst mit der konstitutiv wirkenden Löschung durch das Registergericht.¹¹⁷⁶

b) Personenhandelsgesellschaften

Die nicht im Handelsregister eingetragene Personenhandelsgesellschaft wird zur GbR, sobald der Geschäftsbetrieb auf das Niveau eines Kleingewerbes absinkt. Die Firma der nicht eingetragenen, kleingewerblichen Personenhandelsgesellschaft erlischt.¹¹⁷⁷ Anders dagegen die OHG oder KG, die zwar ein Kleingewerbe betreibt, jedoch weiterhin im Handelsregister eingetragen ist. Ihre Firma erlischt erst mit Abschluss der Liquidation.¹¹⁷⁸ Für die Personenhandelsgesellschaften gelten damit die gleichen Grundsätze wie für den Einzelkaufmann (siehe oben a)).

c) Kapitalgesellschaften, juristische Personen

Die Frage, ob die Firma einer kleingewerblich handelnden Kapitalgesellschaft oder juristischen Person erlischt, stellt sich nicht. Als Formkaufmann ist sie firmenfähig, bis ihre Li-

¹¹⁷³ *Bußmann*, S. 129.

¹¹⁷⁴ *Staub/Burgard*, § 17 HGB, Rn. 48; *Bußmann*, S. 128 f.; *Müko-HGB/Heidinger*, § 17 HGB, Rn. 56; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle*, § 17 HGB, Rn. 17; *Oetker/Schlingloff*, § 17 HGB, Rn. 19.

¹¹⁷⁵ Vgl. *Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth*, § 17 HGB, Rn. 8; *Oetker/Schlingloff*, § 17 HGB, Rn. 13.

¹¹⁷⁶ *Staub/Burgard*, § 17 HGB, Rn. 38 f.; *Müko-HGB/Heidinger*, § 17 HGB, Rn. 47; mit zum Teil anderer Begründung *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle*, § 17 HGB, Rn. 15; *Oetker/Schlingloff*, § 17 HGB, Rn. 17.

¹¹⁷⁷ *Müko-HGB/Heidinger*, § 17 HGB, Rn. 53; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle*, § 17 HGB, Rn. 16.

¹¹⁷⁸ *Müko-HGB/Heidinger*, § 17 HGB, Rn. 53; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle*, § 17 HGB, Rn. 16.

quidation abgeschlossen ist. Ihre Kaufmanneigenschaft hängt nicht davon ab, ob der Geschäftsbetrieb einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und auch die Firma einer solchen juristischen Person erlischt nicht.¹¹⁷⁹

II. Keine Erlöschenstatbestände: Firmenbeständigkeit und Firmenkontinuität

1. Erhalt des Goodwills bei Übertragung der Firma

Veräußert der Kaufmann seinen Geschäftsbetrieb an einen neuen Inhaber, gibt der Kaufmann damit üblicherweise zugleich sein Unternehmen auf. Wegen des Grundsatzes der Firmenbeständigkeit führt diese Form der „*Geschäftsaufgabe*“ nicht zum Erlöschen der Firma, wenn die Firma und das Unternehmen in der Hand des neuen Inhabers weitergeführt werden.¹¹⁸⁰

Diesen an eine bestimmte Firma geknüpften Goodwill zu sichern, ist Zweck der Regelungen der §§ 22, 23 HGB.¹¹⁸¹ Der dort verankerte Grundsatz der Firmenbeständigkeit (auch als Firmenkontinuität oder Firmenidentität bezeichnet) besagt, dass es dem Kaufmann möglich ist, eine einmal zulässig gebildete Firma auch bei einem Inhaberwechsel weiterhin zu gebrauchen.¹¹⁸² Die §§ 22, 23 HGB ermöglichen die Übertragung der Firma gemeinsam mit dem kaufmännischen Unternehmen auf einen anderen Kaufmann und durchbrechen damit den Grundsatz der Firmenwahrheit.¹¹⁸³ Denn obwohl die Firma nach einem Inhaberwechsel nicht mehr den ursprünglich durch sie bezeichneten Unternehmensträger ausweist, ist dennoch die Fortführung der Firma auch ohne Nachfolgezusatz möglich. Für den Verkehr ist dann nicht erkennbar, dass hinter der alten Firma ein neuer Inhaber steht, so dass es an sich zu einer Täuschung über die Identität des Inhabers kommt. Abgemildert wird diese Täuschung insoweit, dass der Erwerb der Firma nur zusammen mit der Übernahme des Unternehmens möglich ist und so zumindest in Bezug auf das kaufmännische Unternehmen die Firmenwahrheit noch zum Zuge kommt.¹¹⁸⁴ Auch wegen des seit der Handelsrechtsreform ohnehin reduzierten Informationswertes der Firma (vgl. dazu S. 52 f.) und des flankierenden Gebotes, dass die Firma auch nach einem Wechsel des Unternehmensträgers nicht täuschend sein darf (§ 18 Abs. 2 HGB), mag man darin eine noch

¹¹⁷⁹ Oetker/Schlingloff, § 17 HGB, Rn. 19.

¹¹⁸⁰ Bußmann, S. 126.

¹¹⁸¹ Vgl. Teichmann, Rn. 426.

¹¹⁸² Staub/Burgard, § 18 HGB, Rn. 31; Müko-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 24; Schmidt, Handelsrecht, § 12, Rn. 103

¹¹⁸³ Baumbach/Hopt/Hopt, § 22 HGB, Rn. 1; Oetker/Schlingloff, § 22 HGB, Rn. 1; a.A. Schmidt, Handelsrecht, § 12, Rn. 104, der die Firma dem Unternehmen zuweist und in der Firmenbeständigkeit ein Prinzip, nicht aber eine Ausnahme sieht.

¹¹⁸⁴ Kessen, S. 78.

hinnehmbare Beeinträchtigung des Verkehrsschutzes sehen.¹¹⁸⁵ Dennoch bleibt es dabei, dass ohne einen Nachfolgezusatz die unverändert beibehaltene Firma letztlich das Publikum über die Person des Rechtsträgers täuscht. Das formelle Firmenrecht verzichtet zugunsten des Schutzes des Goodwills auf die Pflicht zur Änderung der Firma, auch wenn sich die für die Firmenbildung maßgeblichen Verhältnisse nachträglich ändern. Dies hat auch nach der Liberalisierung des Firmenrechts 1998 noch immer eine große Bedeutung, nämlich wenn die vom Unternehmensgründer gebildete Firma eine Personenfirma gebildet aus dessen bürgerlichen Namen ist. Aufgrund dessen dann kann der Verkehr auch nach dem Erwerb glauben, der Einzelkaufmann bzw. persönlich haftende Gesellschafter sei nach wie vor dieselbe natürliche Person.

Für die überwiegende Auffassung rechtfertigt sich diese Durchbrechung des Grundsatzes der Firmenwahrheit mit dem Erhalt des in der Firma enthaltenen Goodwills.¹¹⁸⁶ Der meist über viele Jahre aufgebaute Goodwill hat für den Kaufmann einen erheblichen wirtschaftlichen Wert; entsprechend bezeichnet man den Goodwill vielfach auch als „*Firmenwert*“.¹¹⁸⁷

Angesichts des persönlichkeitsrechtlichen Gehalts, der einer Firma auch zukommt und der einer Übertragung tendenziell entgegenstehen müsste,¹¹⁸⁸ bedeutet die Möglichkeit der Übertragung zusammen mit dem Geschäftsbetrieb eine Betonung ihres immaterialgüterrechtlichen Charakters¹¹⁸⁹ und zugleich die Anerkennung des in der Firma verkörperten Vermögenswerts. Ihn kann der Erwerber der Firma gleichsam kaufen. Der bisherige Inhaber erhält durch den Kaufpreis den finanziellen Gegenwert.¹¹⁹⁰

Dies aber bedeutet zugleich nichts anderes, als die Anerkennung derjenigen Funktion als rechtlich schützenswert, die auch das materielle Unternehmenskennzeichenrecht schützt. Der Kaufmann, der durch seine fortwährenden Bemühungen einen „*guten Ruf*“ erlangt und sich „*einen Namen gemacht*“ hat, hat damit einen nach §§ 5, 15 MarkenG geschützten erheblichen Goodwill angesammelt, denn der Schutz des Goodwills ist eine rechtlich geschützte Funktion des Unternehmenskennzeichens. Diesen in der Firma als Unternehmenskennzeichen gemäß § 5 Abs. 2 1 Fall 2 MarkenG angesammelten Goodwill soll er

¹¹⁸⁵ Staub/*Burgard*, Vor § 17 HGB, Rn. 32.

¹¹⁸⁶ Vgl. Denkschrift, S. 192; RGZ 152, 365 (368) – C. E. Rost & Co.; Baumbach/*Hopt/Hopt*, § 22 HGB, Rn. 1; Staub/*Burgard*, Vor § 17 HGB, Rn. 31; *Kessen*, S. 60 f.; *Weber*, S. 2.

¹¹⁸⁷ *Teichmann*, Rn. 401.

¹¹⁸⁸ *Häublein*, in: *Liber Amicorum Prölss*, S. 47 (60).

¹¹⁸⁹ *Oetker/Schlingloff*, § 22 HGB, Rn. 1; *Kessen*, S. 67 f.

¹¹⁹⁰ RGZ 152, 365 (368) – C. E. Rost & Co; BGH Urt. v. 5.5.1977, Az. II ZR 237/75, BeckRS 1977, 31115663; Baumbach/*Hopt/Hopt*, § 22 HGB, Rn. 1; *Kessen*, S. 60 f.; Ebenroth/*Boujong/Joost/Strohn/Reuschle*, § 22 HGB, Rn. 1; *Oetker/Schlingloff*, § 22 HGB, Rn. 1.

auf einen Unternehmensnachfolger übertragen und von diesem gegen entsprechendes Entgelt erworben werden können.

Über die Möglichkeit zur fortgesetzten Benutzung der Firma bei einer Übertragung des Unternehmens erkennt das Firmenrecht damit zugleich den Schutz des Goodwills nach materiellem Kennzeichenrechts an. Die §§ 22, 23 HGB bewahren den Goodwill auch bei der Übertragung der Firma und verhindern dessen Zerstörung. Das formelle Firmenrecht gewährt zwar keinen materiellen Kennzeichenschutz, gewährleistet aber den Fortbestand des Ergebnisses des materiellen Kennzeichenschutzes, nämlich des Goodwills.

2. Die Bindung der Firma an das kaufmännische Unternehmen

Firma und Unternehmen sind nach dem in § 23 HGB geregelten Grundsatz der Akzessorietät untrennbar miteinander verbunden.¹¹⁹¹ Eine Trennung von Firma und Unternehmen ist im Interesse eines Schutzes des Verkehrs vor Täuschungen über die Kontinuität des Unternehmens nicht möglich.¹¹⁹² Der früher gemäß § 8 Abs. 1 WZG von 1936 in gleicher Weise geregelte¹¹⁹³ Grundsatz der Bindung der Marke an den Geschäftsbetrieb ist zwar durch die heute in § 27 MarkenG geregelte freie Übertragbarkeit ersetzt worden. Für die Firma hat der Gesetzgeber diesen Schritt nicht vollzogen.¹¹⁹⁴ Er wird von einigen Stimmen im Schrifttum *de lege ferenda* gefordert, weil die unterschiedliche Behandlung von Marke und Firma kritisiert und bezweifelt wird, dass die Regelung Täuschungen des Verkehrs effektiv verhindern kann.¹¹⁹⁵ *De lege lata* bleibt es aber dabei, dass gemäß §§ 22, 23 HGB die Firma nur gemeinsam mit dem kaufmännischen Unternehmen übertragen werden kann.¹¹⁹⁶ Anders als bei anderen Unternehmenskennzeichen (siehe das S. 114 f.) bedurfte es einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung der Akzessorietät von Firma und Handelsunternehmen.¹¹⁹⁷ Aufgrund dessen dass die Firma ist nicht Zubehör des kaufmännischen Unternehmens, sondern der Name des Kaufmanns ist. Dieser personale Bezug unterscheidet die Firma von der besonderen Geschäftsbezeichnung gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 Fall 3 MarkenG, dem Geschäftsabzeichen gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 Fall 1 MarkenG und den

¹¹⁹¹ RGZ 63, 226 (229) – H.R. & Co.; Ullmann, in: FS v. Mühlendahl, 2005, S. 145 (150).

¹¹⁹² BGH, GRUR 1973, 346 (365) – Baader; BGH, GRUR 1991, 393 (394) – Ott International; Baumbach/Hopt/Hopt, § 23 HGB, Rn. 1; Ehrenberg/Pisko, S. 303 f.; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 23 HGB, Rn. 1; Steinbeck, Handelsrecht, § 12, Rn. 6.

¹¹⁹³ BGH, GRUR 1973, 363 (365) – Baader; Krieger, in: FS Ulmer, S. 3 (18 ff.); GK/Teplitzky, § 16 UWG, Rn. 142.

¹¹⁹⁴ Ullmann, in: FS v. Mühlendahl, 2005, S. 145 (148 f.).

¹¹⁹⁵ Götting, in: FS Fezer, S. 737 (746); Kessen, S. 166 ff.

¹¹⁹⁶ BGH, GRUR 2001, 1158 (1160) – Dorf Münsterland; BGH, GRUR 2001, 1164 (1165) – buendgens; BGH, GRUR 2002, 972 (975) – FROMMIA; Staub/Burgard, § 23 HGB, Rn. 1, 3; Häublein, in: Liber Amicorum Prölss, S. 47 (56 f. und 60); Müko-HGB/Heidinger, § 23 HGB, Rn. 1; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 23 HGB, Rn. 2; Sosnitza, § 18, Rn. 27.

¹¹⁹⁷ Kessen, S. 164 ff.

sonstigen betriebliche Unterscheidungszeichen gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 Fall 2 MarkenG. Diese Kennzeichen sind nicht wie die Firma gemäß § 17 Abs. 1 HGB der Name des Unternehmensinhabers, sondern das Kennzeichen des (kaufmännischen) Unternehmens selbst (vgl. dazu oben (S. 36 f.).

E. Der räumliche Schutzbereich

§ 30 Abs. 1 HGB bestimmt, dass *jede neue Firma [...] sich von allen an demselben Ort oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister oder in das Genossenschaftsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden* [muss]. Danach müssen sich Firmen lediglich an demselben Ort oder derselben Gemeinde deutlich unterscheiden. Der prioritätsältere Firmeninhaber kann sich nach diesem räumlich beschränkten Ansatz des Gesetzes nur innerhalb desselben Registerbezirks gegen eine prioritätsjüngere Firma durchsetzen. Eine in einem anderen, u. U. sogar unmittelbar benachbarten Registerbezirk eingetragene, verwechslungsfähige Firma wird im Registerverfahren nicht berücksichtigt. Diese räumliche Beschränkung des formellen Firmenschutzes unterscheidet sich deutlich vom Schutz der Firma nach materiellem Kennzeichenrecht, der räumlich nicht auf den Registerbezirk beschränkt ist, sondern sich auf das geografische Gebiet der Benutzung bzw. einer erlangten Verkehrsgeltung erstreckt (vgl. dazu oben 3. Teil (S. 115 ff.).¹¹⁹⁸

Der unterschiedliche Ansatz des formellen Firmenschutzes im Unterschied zum materiellen Unternehmenskennzeichenschutz, erklärt sich aus dem Sinn und Zweck von § 30 HGB. Das firmenrechtliche Kriterium der Unterscheidbarkeit soll im Sinne des Publikumschutzes die eindeutige Identifikation des Unternehmensinhabers gewährleisten.¹¹⁹⁹ Eine solche Identifikation ist nicht allein anhand der Firma, sondern auch anhand des Sitzes des Kaufmanns möglich.¹²⁰⁰ Ist eine eindeutige Identifikation allerdings nicht auch anhand des Sitzes möglich, weil die Kaufleute ihren Sitz am selben Ort haben, steht allein die Firma als Identifikationsmerkmal zur Verfügung.¹²⁰¹ Das Merkmal der Unterscheidbarkeit der Firma ergänzt bzw. ersetzt innerhalb des gleichen räumlichen Bereichs das Merkmal des Unternehmenssitzes als Identifikationsmerkmal.

¹¹⁹⁸ Vgl. Baumbach/Hopt/Hopt, § 30 HGB, Rn. 8; Oetker/Schlingloff, § 30 HGB, Rn. 30.

¹¹⁹⁹ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 30 HGB, Rn. 3.

¹²⁰⁰ Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 4, 21; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 30 HGB, Rn. 3.

¹²⁰¹ Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 4, 21.

5. Teil

Der Schutzzumfang im Firmenrecht und Unternehmenskennzeichenrecht

Einleitende Bemerkungen

Der Schutz der Firma erfolgt handelsrechtlich nach den §§ 29 ff. HGB und § 37 HGB und ist als ordnungsrechtlicher Firmenschutz ausgestaltet, der vorrangig und vorbeugend durch die Registergerichte realisiert wird. Die Registergerichte überwachen die Eintragung der Firma im Handelsregister und kontrollieren den Firmengebrauch. Daneben hat derjenige, dessen Rechte durch den unbefugten Gebrauch der Firma in seinen Rechten verletzt wird, ein Klagerecht auf Unterlassung des Firmengebrauchs nach § 37 Abs. 2 HGB.

Außerhalb des HGB wird die Firma vor allem durch §§ 5 und 15 MarkenG gegen Verwechslungsgefahr geschützt.

Ergänzender Schutz außerhalb des geschäftlichen Verkehrs wird über § 12 BGB gewährt. Zudem ist die Firma als „*sonstiges Recht*“ i.S. von § 823 Abs. 2 BGB geschützt.¹²⁰² Weder auf den namensrechtlichen, noch auf den deliktischen Firmenschutz soll hier eingegangen werden.

Kennzeichenrechtlich hat derjenige, dessen Name, Firma, Geschäftsbezeichnung und Geschäftsabzeichen durch andere im geschäftlichen Verkehr verletzt wird, nach §§ 5 und 15 MarkenG einen Unterlassungsanspruch gegen den Inhaber des geschäftlichen Betriebs, in dem die verletzende Handlung erfolgte.

¹²⁰² Baumbach/Hopt/Hopt, § 17 HGB, Rn. 33.

1. Abschnitt: Materieller Unternehmenskennzeichenschutz

A. Überblick

Die sachliche Reichweite des materiellen Schutzes der Unternehmenskennzeichen wird durch die beiden Verletzungstatbestände des § 15 Abs. 2 MarkenG (Verwechslungsgefahr) und des § 15 Abs. 3 MarkenG (erweiterter Schutz der bekannten Unternehmenskennzeichen) bestimmt. Die Verwechslungsgefahr gemäß § 15 Abs. 2 MarkenG ist der zentrale Verletzungstatbestand, dem in der Praxis gegenüber dem erweiterten Schutz die wesentlich größere Bedeutung zukommt.¹²⁰³

B. Der Schutz gegen Verwechslungsgefahr

I. Grundsätzliches zu Wortlaut, Historie und Systematik

Gemäß § 15 Abs. 2 MarkenG ist es Dritten „*untersagt, die geschäftliche Bezeichnung oder ähnliches Zeichen im geschäftlichen Verkehr unbefugt in einer Weise zu benutzen, die geeignet ist Verwechslungen mit der geschützten Bezeichnung hervorzurufen*“. In der Literatur ist zu Recht darauf hingewiesen worden, dass diesem Wortlaut nicht zu trauen ist, denn es kommt entgegen dem Wortlaut nicht darauf an, dass zwei Zeichen miteinander verwechselt werden können, sondern darauf, ob zwei Unternehmen oder ihre Inhaber miteinander verwechselt oder zu Unrecht nicht bestehende Beziehungen zwischen ihnen vermutet werden können.¹²⁰⁴

Die Vorschrift und ihr Wortlaut gehen zurück auf § 16 Abs. 1 UWG von 1909. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers kann an das bis zur Markenrechtsreform geltende Recht angeknüpft¹²⁰⁵ und auf die zu § 16 Abs. 1 UWG von 1909 ergangene Rechtsprechung zurückgegriffen werden.¹²⁰⁶

¹²⁰³ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 1, § 14, Rn. 20.

¹²⁰⁴ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 2 ff.

¹²⁰⁵ Amtliche Begründung zum MarkenG (BT-Drucks. 12/6581, S. 76).

¹²⁰⁶ Amtliche Begründung zum MarkenG (BT-Drucks. 12/6581, S. 55, 67); BGH, GRUR 1995, 507 (508) – City-Hotel; BGH, GRUR 1995, 754 (756) – Altenburger Spielkartenfabrik; BGH, GRUR 1995, 825 (826) – Torres; BGH, GRUR 1996, 68 (69) – COTTON LINE; BGH, GRUR 1997, 468 (469) – NetCom I; BGH, GRUR 1997, 749 (751) – L'Orange; BGH, GRUR 1997, 903 (905) – GARONOR; BGH, GRUR 1998, 391 (392) – Dr. St. ... Nachf.; BGH, GRUR 2000, 605 (606) – comtes/ComTel; BGH, GRUR 2008, 1104 (1107), Tz. 32 – Haus & Grund II; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 1, Rn. 34 ff.; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 15 MarkenG, Rn. 3.

II. Einheitlicher Begriff der Verwechslungsgefahr im MarkenG?

1. Unterschiedliche Wurzeln der Regelungen

§ 15 Abs. 2 MarkenG ähnelt strukturell dem Verletzungstatbestand der Verwechslungsgefahr bei Marken, § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG.¹²⁰⁷ Man ist sich aber uneinig, ob von einem einheitlichen Begriff der Verwechslungsgefahr im gesamten Kennzeichenrecht auszugehen ist. Ausgangspunkt dieser Diskussion sind die unterschiedlichen Wurzeln der marken- und kennzeichenrechtlichen Schutzvorschriften. Während § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG auf den Vorgaben der MarkenRL beruht und richtlinienkonform auszulegen ist, knüpft § 15 Abs. 2 MarkenG an die Rechtslage zu § 16 UWG von 1909 an.

2. Die Auffassung des BGH

Die Rechtsprechung des BGH betonte daher zunächst sehr deutlich, dass es mit Blick auf § 14 Abs. 2 Nr. 2 und § 15 Abs. 2 MarkenG keinen einheitlichen Begriff der Verwechslungsgefahr im deutschen Recht gibt.¹²⁰⁸ Spätere Entscheidungen deuten wenig spezifisch eine gewisse Offenheit gegenüber Einflüssen der Markenrechtsharmonisierung an.¹²⁰⁹ Diese Entscheidungen machen jedoch zur Verwechslungsgefahr überhaupt keine Aussagen und befassen sich nicht mit der Frage, ob in § 15 Abs. 2 MarkenG einerseits und § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG andererseits von einem einheitlichen Begriff der Verwechslungsgefahr auszugehen ist. Eine aktuelle und auf den nachfolgend dargestellten Meinungsstreit bezugnehmende Äußerung des BGH fehlt.

3. Meinungsstreit im Schrifttum

a) Befürworter einer einheitlichen Auslegung

Im Schrifttum und in der Instanzrechtsprechung ist die Frage umstritten. Zum Teil wird davon ausgegangen, dass im Recht der Unternehmenskennzeichen und im Recht der Marken eine weitgehend einheitliche Auslegung der Verwechslungsgefahr stattzufinden habe, soweit dem nicht die sich aus den unterschiedlichen Funktionen von Marke und Unternehmenskennzeichen ergebenden Unterschiede entgegenstehen.¹²¹⁰ Auch findet sich

¹²⁰⁷ Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 15 MarkenG, Rn. 2; Ingerl/Rohnke, § 15 MarkenG, Rn. 39, Kur/v. Bomhard/Albrecht/Thalmaier, § 15 MarkenG, Rn. 31.

¹²⁰⁸ BGH, GRUR 1995, 825 (827) – Torres; BGH, GRUR 1995, 754 (756) – Altenburger Spielkartenfabrik.

¹²⁰⁹ BGH, GRUR 2000, 605 (606) – comtes/ComTel; BGH, GRUR 2001, 344 (345) – DB Immobilienfonds; BGH, GRUR 2001, 1164 (1165) – buendgens; BGH, GRUR 2008, 1104 (1107), Tz. 32 – Haus & Grund II; hierzu Ingerl/Rohnke, § 15 MarkenG, Rn. 45.

¹²¹⁰ OLG Hamm, MMR 2013, 791 (792) – EDS Trockenbausysteme; Ingerl/Rohnke, § 15 MarkenG, Rn. 45; Sosnitza, Markenrecht, § 18, Rn. 4; Kur/v. Bomhard/Albrecht/Thalmaier, § 15 MarkenG, Rn. 32; abgeschwächt Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 15 MarkenG, Rn. 6.

der Gedanke, dass der Schutzzumfang des Unternehmenskennzeichens im Einzelfall auf den einer eingetragenen Marke zurückzuschneiden sein könne.¹²¹¹

b) Befürworter einer nicht einheitlichen Auslegung

Die Gegenauffassung stellt gerade die unterschiedlichen Funktionen von Marke und Unternehmenskennzeichen in den Vordergrund und leitet daraus ab, dass es keinen einheitlichen Begriff der Verwechslungsgefahr geben könne.¹²¹²

4. Eigene Auffassung

Die letztgenannte Auffassung verdient den Vorzug. Den Befürwortern einer einheitlichen Auslegung ist zwar zuzugeben, dass vielfältige Parallelen, Berührungspunkte und Überschneidungen zwischen der Verwechslungsgefahr bei Marken einerseits und Unternehmenskennzeichen andererseits bestehen.¹²¹³ Dennoch überwiegen die funktionsbedingten und systematischen Unterschiede derart stark, dass die Vorstellung eines einheitlichen Begriffs der Verwechslungsgefahr sich als Wunschdenken geboren aus der Sehnsucht nach einer möglichst einfachen Rechtsanwendung nach einheitlichen Vorgaben des europäischen Rechts erweist. So unterscheiden sich bereits die Bezugspunkte der Verwechslungsgefahr.¹²¹⁴ Bei Marken steht ihre Hauptfunktion im Vordergrund. Dies ist die Herkunftsfunktion, verstanden als Gewährleistung der Ursprungsidentität der Waren oder Dienstleistungen gegenüber den Verbrauchern.¹²¹⁵ Der Schutz vor Verwechslungsgefahr soll eine Störung dieser Herkunftsfunktion verhindern. Die Verwechslungsgefahr ist deshalb funktional bezogen auf die Herkunftsfunktion und liegt vor, wenn das Publikum glauben könnte, dass die von den sich gegenüberstehenden Zeichen erfassten Waren oder Dienstleistungen aus demselben Unternehmen oder aus ggf. wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen und damit eine einheitliche Kontrollverantwortung besteht.¹²¹⁶

¹²¹¹ *OLG Hamburg*, NJOZ 2003, 2133 (2154) – Ichthyol/Ethylol II.

¹²¹² *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 83 ff.; *ders.*, MarkenR 2018, 347 (352); *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 15 MarkenG, Rn. 38.

¹²¹³ *Ingerl/Rohnke*, § 15 MarkenG, Rn. 45; zugestanden auch bei *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 79.

¹²¹⁴ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 85.

¹²¹⁵ *EuGH*, GRUR 2003, 55 (58), Tz. 53 f. – Arsenal; *EuGH*, GRUR 2008, 698 (700), Tz. 57 – O2 und O2 (UK)/H3G; *EuGH*, GRUR 2009, 756 (761), Tz. 58 – L'Oréal/Bellure; *EuGH*, GRUR 2010, 445 (448), Tz. 75 ff. – Google und Google France; *EuGH*, Urt. v. 25.07.2018, Az.C-129/17, Tz. 35 – Mitsubishi/Duma; *Kur/v. Bomhard/Albrecht/Mielke*, § 14 MarkenG, Rn. 120.

¹²¹⁶ *EuGH*, GRUR 1998, 922 (924), Tz. 29 – Canon; *EuGH*, GRUR Int. 1999, 734 (736), Tz. 17 – Lloyd; *EuGH*, GRUR 2008, 698 (700), Tz. 59 – O2 und O2 (UK)/H3G; *EuGH*, GRUR 2009, 56 (59), Tz. 57 – Intel; *EuGH*, Urt. v. 25.07.2018, Az.C-129/17, Tz. 35 – Mitsubishi/Duma.

Das Unternehmenskennzeichen hat andere Funktionen. Seine Aufgabe ist es nicht, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Produkte zu verbürgen.¹²¹⁷ Es dient vielmehr dazu, das Unternehmen bzw. dessen Inhaber im geschäftlichen Verkehr umfassend und nach allen Seiten zu identifizieren und zu unterscheiden, sowie den Goodwill zu bündeln, zu erhalten und zu steigern (näher zur Goodwill-Funktion S. 37 ff.).¹²¹⁸ Die Verwechslungsgefahr ist bei Unternehmenskennzeichen nicht eine Störung einer „Herkunftsfunktion“, sondern eine Störung der Identifikationsfunktion oder eine Störung der Unterscheidungsfunktion (näher hierzu unten S. 203 f.). Für eine Störung der Unterscheidungsfunktion genügt bereits die Annahme von geschäftlichen Beziehungen, die tatsächlich nicht bestehen (näher hierzu unten S. 204 ff.).¹²¹⁹ Solche Beziehungen werden auch dort vermutet, wo eine Ware oder Dienstleistung fälschlich dem Inhaber des Unternehmenskennzeichens zugeordnet wird oder der Verkehr davon ausgeht, dass der Erbringer dieser Ware oder Dienstleistung mit dem Inhaber des Unternehmenskennzeichens in organisatorischen oder wirtschaftlichen Verbindungen steht, die diesem einen Einfluss auf die Warenerzeugung oder Erbringung der Dienstleistung ermöglicht. Nur unter diesem Gesichtspunkt – und nicht wegen einer gestörten „Herkunftsfunktion“ – braucht es sich der Inhaber eines Unternehmenskennzeichens nicht gefallen zu lassen, dass Erzeugnisse, auf deren Güte und Beschaffenheit er keinen Einfluss hat, die aber mit seinen Unternehmenskennzeichen oder einem ähnlichen Zeichen versehen sind, ihm zugeschrieben werden. Aufgrund dessen, dass dem Inhaber eines älteren Unternehmenskennzeichens kann *„nicht zugemutet werden, von dem Rufe der anderen Firma und der Beschaffenheit ihrer Waren in Mitleidenschaft gezogen zu werden, ..., da sie keinen Einfluß auf die Geschäftsführung dieser Firma und die Art ihrer Warenerzeugung hätte“*.¹²²⁰ Dieser Schutz gilt aber der Unterscheidungsfunktion, die auch das Individuierungsinteresse des Kennzeicheninhabers schützt (siehe dazu oben S. 36 f. und nachfolgend S. 204). Dieser Schutz darf nicht mit dem Schutz der eingetragenen Marke vor der Störung der Herkunftsfunktion gleichgesetzt oder verwechselt werden.¹²²¹ Die unbefugte Verwendung eines Unternehmenskennzeichens als Marke kann zwar bei den angesprochenen Verkehrskreisen mittelbar auch eine Fehlvorstellung über die betriebliche Herkunft von Waren und Dienstleistungen hervorrufen und

¹²¹⁷ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 64, § 13, Rn. 86; *ders.*, MarkenR 2018, 347 (352 f.).

¹²¹⁸ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 86.

¹²¹⁹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 21 ff.; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 15 MarkenG, Rn. 40; Ingerl/Rohnke, § 15 MarkenG, Rn. 48.

¹²²⁰ RG, MuW XXVII/XXVIII, 26 – Hageda/Hagepa; ähnlich RGZ 114, 90 (96) – Haus Neuerburg; RG, GRUR 1937, 148 (151) – Kronprinz.; BGH, GRUR 1959, 484 (486) – Condux; GRUR 1977, 491 (493) – ALLSTAR; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 55.

¹²²¹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 63.

umgekehrt, weil aus Sicht des Verkehrs die juristisch voneinander scharf abzugrenzenden Hinweise auf den Unternehmensinhaber (Name, Firma, Namens- oder Firmenbestandteil) oder sein Unternehmen (besondere Geschäftsbezeichnung, Geschäftsabzeichen und sonstige betriebliche Unterscheidungszeichen) und die Produktherkunft aus seinem Unternehmen (Marke) ineinander übergehen und nicht voneinander unterschieden werden. Damit macht das Unternehmenskennzeichen auch indirekt eine Aussage über die Herkunft von Waren oder Dienstleistungen.¹²²² Diese mittelbare Herkunftsfunktion ist dennoch keine originäre Funktion des Unternehmenskennzeichens. Sie ergibt sich nur als mittelbare Folge der umfassenden Identifikation und Unterscheidung des Unternehmens bzw. seines Inhabers, wenn man zusätzlich seine Eigenschaft als Anbieter von Waren oder Dienstleistungen in den Blick nimmt.¹²²³

Auf die Herkunft von Waren oder Dienstleistungen aus einem bestimmten Unternehmen oder einem Unternehmen, das für mit dem Kennzeicheninhaber wirtschaftlich verbunden gehalten wird, kommt es für die Verwechslungsgefahr relevante Fehlvorstellung des Verkehrs also nicht entscheidend an.¹²²⁴ Maßgeblich ist allein die weit verstandene Störung der Unterscheidungsfunktion unter Einschluss des Individuierungsinteresses. Deshalb ist die Definition der Verwechslungsgefahr bei der Verletzung der Unternehmenskennzeichen in § 15 Abs. 2 MarkenG auch eine andere, weitergehende (näher hierzu III).¹²²⁵

Auch die einzelnen Elemente der Verwechslungsgefahr unterscheiden sich. Die Branchen-
nähe (hierzu unten S. 219 ff.) ist kein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes, sondern ein von der Rechtsprechung entwickeltes Abwägungs- und Argumentationskriterium zur Beurteilung der Verwechslungsgefahr.¹²²⁶ Sie wird abweichend von der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzung der Waren- bzw. Dienstleistungsähnlichkeit in § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG gehandhabt (hierzu unten S. 219 f.). Bei der Zeichenähnlichkeit gelten Besonderheiten (hierzu unten S. 215 ff.). Auch die Kennzeichnungskraft wird anders definiert und anders beurteilt (vgl. hierzu S. 264 ff.).

¹²²² *BGH*, GRUR 1957, 433 (434) – Hubertus; GRUR 1975, 257 – Buddelei; GRUR 1977, 789 (790) – Tina-Spezialversand I; GRUR 2004, 512 (514) – Leysieffer; GRUR 2005, 871 (872) – Seicom; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 63.

¹²²³ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 64.

¹²²⁴ *Goldmann*, MarkenR 2018, 347 (352 f.).

¹²²⁵ *Goldmann*, MarkenR 2018, 347 (352).

¹²²⁶ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 589; *ders.*, MarkenR 2018, 347 (353 f.); *Ulmer/Reimer*, Rn. 178.

III. Definition der Verwechslungsgefahr in § 15 Abs. 2 MarkenG

Was Verwechslungsgefahr ausmacht, ist gesetzlich nicht definiert. Bei *Goldmann* findet sich eine Definition der Verwechslungsgefahr beim Unternehmenskennzeichen, die aus einer umfassenden Gesamtschau von Rechtsprechung und Literatur zusammengezogen wurde. Eine Verwechslungsgefahr besteht, wenn durch die Benutzung eines jüngeren Zeichens, das mit dem älteren Unternehmenskennzeichen identisch oder ihm ähnlich ist, in den angesprochenen Verkehrskreisen entweder der unrichtige Eindruck entstehen kann, (i) es handele sich um ein- und dasselbe Zeichen desselben Unternehmers bzw. Unternehmens oder (ii) bei dem Unternehmer bzw. Unternehmen, das das jüngere Zeichen nutzt, handele es sich um dasselbe Unternehmen bzw. denselben Unternehmer, der Inhaber des älteren Unternehmenskennzeichens ist, oder (iii) die irriige Vermutung aufkommen kann, es bestünden besondere organisatorische oder wirtschaftliche Verbindungen oder Beziehungen zwischen den beiden Unternehmen bzw. ihren Inhabern.¹²²⁷ Von dieser Definition, der sich mittlerweile auch das EUIPO angeschlossen hat,¹²²⁸ geht auch diese Untersuchung aus.

Weil es nur auf die *Gefahr* von Verwechslungen ankommt, haben tatsächlich vorkommende Verwechslungen keinen Einfluss auf die Beurteilung der Verwechslungsgefahr.¹²²⁹ Tatsächlich aufgetretene Verwechslungen führen deshalb nicht automatisch dazu, dass eine Verwechslungsgefahr zu bejahen ist.¹²³⁰ Sie können aber als Indiz für das Bestehen einer Verwechslungsgefahr herangezogen werden.¹²³¹ Umgekehrt ist eine Verwechslungsgefahr nicht deshalb ausgeschlossen, weil tatsächliche Verwechslungen bislang noch nicht aufgetreten sind.¹²³² Gefahr im Rechtssinne ist nicht jede nur denkbare Verwechslungsmöglichkeit, die etwa auf die individuelle Unachtsamkeit Einzelner trotz aller objektiv

¹²²⁷ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 9.

¹²²⁸ *EUIPO*, MarkenR 2018, 410 (414), Tz. 31 – *babware.net GmbH/babware*.

¹²²⁹ *BGH*, GRUR 1954, 457 (458) – *Irus/Urius*; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 698; *Ströbele*, in: FS GRUR, S. 821 (822 ff.).

¹²³⁰ *BGH*, GRUR 1954, 457 (458) – *Irus/Urius*; *BGH*, GRUR 1995, 507 (508) – *City-Hotel*; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 699.

¹²³¹ Amtliche Begründung zum MarkenG (BT-Drucks. 12/6581, S. 71); *BGH*, GRUR 1954, 457 (458) – *Irus/Urius*; *BGH*, GRUR 1960, 296 (298) – *Reiherstieg*; *BGH*, GRUR 1960, 357 (360) – *Sihl*; *BGH*, GRUR 1985, 389 (390) – *Familienname*; *OLG Hamburg*, WRP 2015, 477 (486), Tz. 90 – *Anson's/ASOS*; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 699.

¹²³² *BGH*, GRUR 1962, 647 (650) – *Strumpf-Zentrale*; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 701.

vorhandenen Unterschiede in den Zeichen oder den Tätigkeitsfeldern ihrer Nutzer zurückzuführen ist.¹²³³ Andererseits braucht die Gefahr keine dringende zu sein. Die naheliegende Möglichkeit von Verwechslungen reicht aus.¹²³⁴

IV. Die Arten der Verwechslungsgefahr

1. Die Verwechslungsgefahr im engeren Sinne

Nimmt der Verkehr an, die Zeichen würden durch dasselbe Unternehmen oder durch denselben Unternehmensinhaber verwendet, spricht man von Verwechslungsgefahr im engeren Sinne. Man spricht auch von der Gefahr einer irrtümlichen Annahme von Unternehmer- bzw. Unternehmensidentität.¹²³⁵ Dazu zählt auch der Fall einer Fehlzurechnung zu einem bestimmten Unternehmen, obwohl der Verkehr erkennt, dass die Zeichen sich unterscheiden (mittelbare Verwechslungsgefahr).¹²³⁶ Nur die Verwechslungsgefahr im engeren Sinne findet sich im Wortlaut des § 15 Abs. 2 MarkenG wieder. Wenn nämlich „*Verwechslungen mit der geschützten Bezeichnung*“ drohen, wird mit der Bezeichnung selbst auch das hinter ihr stehende Unternehmen oder sein Inhaber verwechselt.

Die Verwechslungsgefahr im engeren Sinne ist eine Störung der rechtlich geschützten Identifikationsfunktion der Unternehmenskennzeichen.¹²³⁷ Diese Funktion soll gewährleisten, dass ein Unternehmen bzw. dessen Inhaber im Geschäftsverkehr stets sicher und eindeutig identifiziert werden kann.¹²³⁸ Gestört ist diese Funktion, wenn ein anderes Unternehmen bzw. ein anderer Unternehmensträger aufgrund der Nutzung eines gleichen oder ähnlichen Zeichens für den Zeicheninhaber bzw. sein Unternehmen gehalten und mit ihm verwechselt wird.¹²³⁹

Diese Fehlzurechnung kann einerseits auf einer Nutzung als Unternehmenskennzeichen, andererseits auch auf einer Benutzung des Zeichens als Marke auf Waren oder im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienstleistungen beruhen.¹²⁴⁰ Eine Verwechslungsgefahr im engeren Sinne tritt auch auf bei einer kennzeichenmäßigen Verwendung des Kennzei-

¹²³³ Callmann, § 16 UWG, Rn. 35; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 11.

¹²³⁴ Callmann, § 16 UWG, Rn. 35; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 11.

¹²³⁵ BGH, GRUR 1957, 281 (283) – karo-as; BGH, GRUR 1959, 484 (486) – Condux; Baumbach/Hefermehl, UWG (17. Aufl. 1993), § 16, Rn. 58; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 13; Malzer, GRUR 1974, 697.

¹²³⁶ BGH, GRUR 1992, 329 (332) – AjS-Schriftenreihe; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 15 MarkenG, Rn. 39.

¹²³⁷ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 6.

¹²³⁸ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 50.

¹²³⁹ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 6.

¹²⁴⁰ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 16.

chens in Werbung oder Werbemitteln, die tatsächlich nicht vom Zeicheninhaber stammen.¹²⁴¹ Stets kommt es zu der irrtümlichen Annahme, die Unternehmen oder Unternehmensträger seien identisch.

2. Die Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne

Von Rechtsprechung und Literatur seit langem anerkannt, ist die in der Praxis sehr bedeutsame Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne.¹²⁴² Hier werden die Unterschiede der Kennzeichen erkannt und/oder die Kennzeichen verschiedenen Unternehmensträgern bzw. Unternehmen zugeordnet. Der Verkehr unterliegt aber der Fehlvorstellung, es bestünden wirtschaftliche Beziehungen zwischen den Unternehmen.¹²⁴³

Die Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne ist eine Störung der rechtlich geschützten Unterscheidungsfunktion der Unternehmenskennzeichen, die das Individuierungsinteresse mit einschließt.¹²⁴⁴ Sie besteht darin, zwischen zwei voneinander unabhängigen und nicht in organisatorischen oder wirtschaftlichen Beziehungen stehenden Unternehmen bzw. Unternehmensträgern eine klare Grenze zu ziehen.¹²⁴⁵ Gestört ist diese Funktion, wenn aufgrund der Nutzung eines gleichen oder ähnlichen Zeichens die Unternehmen bzw. Unternehmensträger zwar nicht direkt mit einander verwechselt werden, wie im Fall der Verwechslungsgefahr im engeren Sinne, dennoch die klare Grenzziehung verwischt wird, weil Beziehungen zwischen ihnen vermutet werden, die tatsächlich nicht bestehen.¹²⁴⁶

Die Fehlvorstellung kann darauf beruhen, dass der Verkehr von einer organisatorischen Verbindung, im Sinne einer gesellschaftsrechtlichen oder konzernmäßigen Verbundenheit ausgeht, die tatsächlich nicht besteht.¹²⁴⁷ Ausreichend ist auch die Annahme, es bestünden

¹²⁴¹ *RG*, MuW XXXII, 231 (233) – Odolglas; *OLG München*, GRUR Int. 1981, 180 (182) – John Player; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 17 ff.

¹²⁴² *RG*, GRUR 1912, 238 (239) – Seide nach Voemel; RGZ 108, 272 (274 f.) – Merx; RGZ 109, 213 (215) – Kwatta; RGZ 114, 90 (92 f.) – Haus Neuerburg; *BGH*, GRUR 1955, 299 (301 f.) – Koma; *BGH*, GRUR 1959, 484 (486) – Condux; *BGH*, GRUR 1999, 492 (494) – Altberliner; *BGH*, GRUR 2001, 344 (345) – DB Immobilienfonds; *BGH*, GRUR 2008, 1108 (1111), Tz. 35 – Haus & Grund III; *BGH*, GRUR 2009, 484 (489), Tz. 52 – Metrobus; *BGH*, GRUR-RR 2010, 205 (206), Tz. 22 – Haus & Grund IV; Büscher/Dittmer/Schiwy/Büscher, § 15 MarkenG, Rn. 67; *Callmann*, § 16 UWG, Rn. 121 b; v. *Gamm*, Wettbewerbsrecht, Kapitel 57, Rn. 21; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 21 ff.; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 15 MarkenG, Rn. 40; *Ingerl/Rohnke*, § 15 MarkenG, Rn. 48 und § 14 MarkenG, Rn. 1227.

¹²⁴³ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 21 ff.; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 15 MarkenG, Rn. 40.

¹²⁴⁴ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 7, 27 ff.

¹²⁴⁵ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 50, § 13, Rn. 27.

¹²⁴⁶ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen § 13, Rn. 7, 27 f.

¹²⁴⁷ *BGH*, GRUR 1991, 863 (864 f.) – Avon; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 31; *Ingerl/Rohnke*, § 15 MarkenG, Rn. 48; *Tilmann*, GRUR 1981, 621 (628); *Ulmer/Reimer*, Rn. 185.

sonstige wirtschaftliche Beziehungen zwischen den Unternehmen bzw. Unternehmensträgern, soweit die vermuteten Beziehungen aus Sicht des Verkehrs bedeutsam sind.¹²⁴⁸ Bedeutsam sind nur solche Beziehungen, die das wirtschaftliche Verhalten des jeweils anderen Unternehmens maßgeblich beeinflussen können.¹²⁴⁹ Zu solchen Beziehungen gehören etwa dauerhafte Zulieferbeziehungen in der Automobilindustrie¹²⁵⁰, aber nicht rein familiäre Beziehungen zwischen den Unternehmensträgern.¹²⁵¹

Nach h.M. gehören zu solchen Beziehungen auch Lizenzbeziehungen. Hiernach ist auch die Vermutung, der Inhaber des älteren Zeichens habe in die Verwendung seines Zeichens durch Lizenzvergabe eingewilligt, ausreichend für die Annahme einer Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne.¹²⁵² Man spricht hier auch von der „Lizenzvermutung“, die eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne begründet.¹²⁵³ Ihre Grundlage ist der Umstand, dass der Lizenzgeber sich regelmäßig die Möglichkeit einer kontrollierenden Einflussnahme auf die Herstellung von Produkten, die mit seinem Zeichen versehen sind, sichert.¹²⁵⁴ Wenn die Zeichennutzung aber ohne Einwilligung des Zeicheninhabers erfolgt und ihm eine Kontrollmöglichkeit deshalb fehlt, führt die Lizenzvermutung zu Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne.¹²⁵⁵

V. Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr

1. Rechtsfrage

Die Verwechslungsgefahr ist eine Rechtsfrage, deren Beurteilung durch das Verletzungsgericht auf der Grundlage tatsächlicher Feststellungen erfolgt.¹²⁵⁶ Ob durch die Verwendung des Zeichens die Gefahr einer Verwechslung des Unternehmens oder Unternehmensträgers oder die Annahme von betrieblichen Beziehungen besteht, ist letztlich eine Prognoseentscheidung (vgl. zur Ermittlung der Verwechslungsgefahr unten S. 208 f.).¹²⁵⁷

¹²⁴⁸ RGZ 170, 265 (272) – Hänsel; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 36.

¹²⁴⁹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 36 unter Berufung auf RGZ 114, 90 (92 f., 96) – Haus Neuerburg; RGZ 170, 265 (272) – Hänsel.

¹²⁵⁰ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 38.

¹²⁵¹ RGZ 170, 265 (272) – Hänsel; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 37.

¹²⁵² RG, GRUR 1912, 238 (239) – Seide nach Voemel; RGZ 117, 215 (221) – Eskimo Pie; *BGH*, GRUR 1952, 35 (37) – Widia/Ardia; *BGH*, GRUR 1955, 299 (301 f.) – Koma; *BGH*, GRUR 1986, 402 (403) – Fürstenberg; *OLG München*, GRUR 1980, 1003 (1006) – Arena; *OLG Hamburg*, GRUR-RR 2003, 211 (213) – Jack Wolfskin; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 47 ff.; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 15 MarkenG, Rn. 40, krit. jedoch Rn. 61.

¹²⁵³ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 47.

¹²⁵⁴ *BGH*, GRUR 1993, 692 (693 f.) – Guldenburg; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 48, 55 f.

¹²⁵⁵ RGZ 114, 90 (92) – Haus Neuerburg; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 57.

¹²⁵⁶ *BGH*, GRUR 2005, 61 (62) – CompuNet/ComNet II; *BGH*, GRUR 2012, 635 (637), Tz. 35 – METRO/ROLLER's Metro; Büscher/Dittmer/Schiwy/Büscher, § 15 MarkenG, Rn. 51; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 96; *Ingerl/Rohnke*, § 15 MarkenG, Rn. 47; *Steinbeck*, in: FS Horn, S. 589 (598); *GK/Teplitzky*, § 16 UWG, Rn. 316 f.

¹²⁵⁷ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 110.

Eine Prognose lässt sich nie allein durch eine tatsächliche Feststellung ermitteln, sondern ist mit Erfahrungswissen darüber verknüpft, wie die angesprochenen Verkehrskreise Zeichen voraussichtlich wahrnehmen und welche Schlüsse sie aus dieser Wahrnehmung voraussichtlich ziehen werden. Dieses Erfahrungswissen ist in Erfahrungssätzen verdichtet. Diese spielen eine sehr wichtige Rolle bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr. Das Bestehen und die richtige Anwendung der Erfahrungssätze sind den revisiblen Rechtsfragen zuzuordnen.¹²⁵⁸

Die Beurteilung, ob zwischen zwei Kennzeichen die Gefahr von Verwechslungen besteht, nimmt das Verletzungsgericht vor.¹²⁵⁹ Dabei ist es nicht an die Entscheidung des Registergerichts gebunden, dass zwei Firmen als „*deutlich unterscheidbar*“ gemäß § 30 Abs. 1 HGB beurteilt hat.¹²⁶⁰ Das Verletzungsgericht kann die Gefahr einer Verwechslung bejahen, auch wenn das Registergericht von einer deutlichen Unterscheidbarkeit ausgegangen ist.¹²⁶¹ Das ist sachgerecht. Die kennzeichenrechtliche Verwechslungsgefahr ist mit dem Kriterium der deutlichen Unterscheidbarkeit gemäß § 30 Abs. 1 HGB, die vom Registergericht zu beurteilen ist, nicht identisch (näher hierzu S. 259 ff.). Schon wegen der unterschiedlich anzuwendenden Maßstäbe wäre eine Bindungswirkung sachwidrig.¹²⁶²

2. Die Sicht der angesprochenen Verkehrskreise

a) Durchschnittsbetrachtung

Ob die Gefahr einer Verwechslung vorliegt, ist aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise zu beurteilen.¹²⁶³ Damit spielt die Verkehrsauffassung die zentrale Rolle im Hinblick auf die Frage der Verwechslungsgefahr. Maßgeblich ist die Sicht eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Mitglieds der angesprochenen Verkehrskreise.¹²⁶⁴ Dieser Maßstab entspricht den Grundsätzen der Rechtsprechung des EuGH zur Beurteilung der Verwechslungsgefahr bei eingetragenen Marken.¹²⁶⁵ Allerdings geht der EuGH allein vom Durchschnitts*verbraucher* als Leitbild des Verkehrsverständnisses aus

¹²⁵⁸ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 110 ff.; *Hacker*, GRUR 2004, 537 (545); ablehnend *Risthaus*, Rn. 1143 ff.

¹²⁵⁹ Vgl. zur Verwechslungsgefahr als Rechtsfrage oben S. 225.

¹²⁶⁰ *RG*, GRUR 1936, 502 – R. Ladenbau; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 93.

¹²⁶¹ *RGZ* 103, 388, 392 – Commerz- und Privatbank; *RG*, GRUR 1936, 502 – R. Ladenbau; *Callmann*, § 16 UWG, Rn. 80; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 93.

¹²⁶² *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 93.

¹²⁶³ *BGH*, GRUR 1995, 825 (827) – Torres; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen § 13, Rn. 101; *Ingerl/Rohnke*, § 15 MarkenG, Rn. 47.

¹²⁶⁴ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 120; *Ingerl/Rohnke*, § 15 MarkenG, Rn. 47.

¹²⁶⁵ Hierzu *EuGH*, GRUR Int. 1999, 734 (739), Tz. 26 – Lloyd; *EuGH*, GRUR 2005, 1042 (1044), Tz. 28 – THOMSON LIFE.

und hat andere Wirtschaftsteilnehmer nicht im Blick.¹²⁶⁶ Deshalb greift die Betrachtung des EuGH für das Unternehmenskennzeichen zu kurz, denn es gibt viele Unternehmen, die ihre Geschäftstätigkeit nicht an Verbraucher richten.¹²⁶⁷ Überhaupt wirken Unternehmenskennzeichen nicht ausschließlich auf Abnehmer von Waren und Dienstleistungen, sondern auf andere Wirtschaftsteilnehmer. Die Einschränkung der Perspektive auf Verbraucher wäre damit zu eng und ließe den Kreis derjenigen unberücksichtigt, an die sich das Unternehmenskennzeichen richtet und das ihr Verhalten beeinflussen soll. Zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören zunächst die aktuellen oder potentiellen Abnehmer der jeweiligen Waren oder Dienstleistungen, aber darüber hinaus auch sämtliche angesprochenen Verkehrskreise, wie z. B. Lieferanten, Banken, Investoren, Arbeitnehmern oder Medien.¹²⁶⁸ Beim Unternehmenskennzeichen kommt es demnach auch auf eine Durchschnittsbetrachtung an. Diese Durchschnittsbetrachtung ist aber nicht die Sicht des Durchschnittsverbrauchers, sondern die Sicht derjenigen Verkehrskreise, an die sich das jeweilige Unternehmen wendet.¹²⁶⁹

b) Der durchschnittliche Aufmerksamkeitsgrad

Für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist von entscheidender Bedeutung, wie aufmerksam die Zeichen betrachtet werden. Je größer die Aufmerksamkeit der angesprochenen Verkehrskreise ist, desto eher kann die Verwechslungsgefahr zu verneinen sein.¹²⁷⁰ Der Aufmerksamkeitsgrad des Durchschnittsadressaten kann unterschiedlich hoch sein und richtet sich insbesondere nach Art sowie Charakter der angebotenen Leistungen.¹²⁷¹ Je größer der Wert der angebotenen Leistung ist und je seltener sie nachgefragt wird, desto größer ist die Aufmerksamkeit, die bei teuren Gütern und geplanten Erwerbsvorgängen besonders hoch ist.¹²⁷² Bei Routineanschaffungen des täglichen Lebens von geringem Wert und bei der Betrachtung von Werbung für solche Produkte ist die Aufmerksamkeit dagegen in aller Regel niedrig.¹²⁷³ Sind ausschließlich Fachkreise angesprochen, ist eine

¹²⁶⁶ *EuGH*, GRUR Int. 1999, 734 (739), Tz. 26 – Lloyd.

¹²⁶⁷ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 119; *Ingerl/Rohnke*, § 14 MarkenG, Rn. 441.

¹²⁶⁸ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 127.

¹²⁶⁹ *BGH*, GRUR 1955, 299 (301 f.) – Koma; *BGH*, GRUR 1957, 143 (147) – Schwarzmänn.

¹²⁷⁰ *OLG Düsseldorf*, GRUR-RR 2016, 237 (239), Tz. 24 – Brauwelt; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 132.

¹²⁷¹ *OLG Hamburg*, WRP 2015, 477 (485), Tz. 89 – Anson's/ASOS.

¹²⁷² *BGH*, GRUR 1959, 484 (485) – Condux; *OLG Hamburg*, WRP 2015, 477 (485), Tz. 89 – Anson's/ASOS; *Callmann*, § 16 UWG, Rn. 42; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 134.

¹²⁷³ *BGH*, GRUR 2012, 286 (288), Tz. 20 – Falsche Suchrubrik; *OLG Köln*, GRUR-RR 2014, 210 (214 f.) – Bounty und Snickers; *OLG Hamburg*, WRP 2015, 477 (485), Tz. 89 – Anson's/ASOS; *LG Köln*, GRUR-RR 2013, 106 (107) – Scheiß RTL; *Ahrens*, WRP 2000, 812 (815); *Bornkamm*, WRP 2000, 830 (835); *Callmann*, § 16 UWG Rn. 42; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 134 ff.; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 9 MarkenG, Rn. 251 ff. m.w.N.; *Ingerl/Rohnke*, § 14 MarkenG, Rn. 464 ff.

Verwechslungsgefahr eher zu verneinen, als wenn der Durchschnittsverbraucher betroffen ist.¹²⁷⁴ Aufgrund dessen dass Fachkreise aufmerksamer beobachten, sorgfältiger prüfen und verhältnismäßig auch kleine Unterschiede zweier Kennzeichen eher erkennen und sie besser in Erinnerung behalten als der Durchschnittsverbraucher.¹²⁷⁵

c) Der durchschnittliche Informationsstand

Der durchschnittliche Kenntnisstand des angesprochenen Verkehrskreises setzt sich zusammen aus dessen Allgemeinwissen, seiner Branchen- bzw. Produktkenntnis, seinem Marktüberblick und seinen Kenntnissen der Zeichen und Kennzeichnungsgewohnheiten auf dem jeweiligen Branchengebiet.¹²⁷⁶ Die Kenntnis der Branche, ihrer Strukturen und Kennzeichnungsgewohnheiten wird bei Fachkreisen höher sein als beim Durchschnittsverbraucher. Sie kann ausschließen, dass sie zwischen zwei voneinander unabhängigen Unternehmen Beziehungen vermuten, die in Wirklichkeit nicht bestehen.¹²⁷⁷

3. Ermittlung der Verkehrsauffassung

Auch wenn Einigkeit besteht, dass die Beurteilung der Verwechslungsgefahr zwischen zwei Kennzeichen eine reversible Rechtsfrage darstellt, ist damit noch nicht die Frage beantwortet, wie die für die Beurteilung maßgebliche Auffassung des Verkehrs zu ermitteln ist. Betrachtet man die Verkehrsauffassung als Tatsache, kann sie empirisch und unter Anwendung aller prozessualen Beweismittel ermittelt werden. Bei einer normativen Einordnung ist hingegen eine Beweiserhebung nicht möglich, sondern bestimmt einzig die Wertung des Gerichts die Auffassung des Verkehrs.¹²⁷⁸

In der marken- und lauterkeitsrechtlichen Literatur wird die Frage nach der Ermittlung der Verkehrsauffassung teils als Tatsachenfrage,¹²⁷⁹ teils als normative Frage¹²⁸⁰ beurteilt. Für den BGH geht es nicht um die Feststellung von Tatsachen, sondern um die Anwendung eines speziellen Erfahrungswissens.¹²⁸¹ Zu einer sachgerechten Lösung führt die Erkennt-

¹²⁷⁴ BGH, GRUR 1963, 478 (480) – Bleiarbeiter.

¹²⁷⁵ BGH, GRUR 1959, 484 (485 f.) – Condux; BGH, GRUR 1982, 420 (442) – BBC/DDC; BGH, GRUR 2015, 1004 (1006), Tz. 29 – IPS/ISP; OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2016, 237 (239), Tz. 24 – Brauwelt; Callmann, § 16 UWG Rn. 44; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 1.

¹²⁷⁶ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 58 m.w.N.

¹²⁷⁷ BGH, GRUR 1963, 478 (480) – Bleiarbeiter; OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2016, 237 (239), Tz. 24 – Brauwelt; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 145.

¹²⁷⁸ Sosnitza, WRP 2014, 1136 (1137).

¹²⁷⁹ Hildebrandt, § 4, Rn. 21; Deutsch, GRUR 1996, 541 (545); Helm, in: FS Tilmann, S. 135 (143); Spätgens, WRP 2000, 1023 (1027).

¹²⁸⁰ Fezer, § 14 MarkenG, Rn. 230; Fezer/Büscher/Obergfell/Peifer/Obergfell, § 5 UWG, Rn. 216; Harte/Henning/Dreyer § 5 B Rn 21; Ulbrich, WRP 2005, 940 (947).

¹²⁸¹ BGH, WRP 2004, 339 (341) – Marktführerschaft.

nis, dass Unterschiede zwischen der Verwechslungsgefahr nach § 14 Abs. 2 S. 2 MarkenG und der Verwechslungsgefahr nach § 15 Abs. 2 MarkenG bestehen (dazu eingehend oben S. 199 f.). Im Kern knüpfen aber sowohl die markenrechtliche als auch die unternehmenskennzeichenrechtliche Verwechslungsgefahr an die Verkehrsauffassung an. Wie diese ermittelt wird, wurde bereits mehrfach in dieser Arbeit dargestellt. Auf die Ausführungen zur Ermittlung der Verkehrsauffassung durch eine tatsächengestützte Normativbeurteilung (vgl. dazu oben S. 179 f.),¹²⁸² die auch hier anwendbar gemacht werden kann, wird daher verwiesen.

4. Die Faktoren für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr

a) Die drei Faktoren in ihrer Wechselwirkung

Rechtsprechung und Lehre sind sich einig, dass es drei Faktoren sind, die für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr von Bedeutung sind. Die Ähnlichkeit der sich einander gegenüberstehenden Zeichen (*Zeichenähnlichkeit*), die durch die Eigenart des älteren Unternehmenskennzeichens und seines durch Benutzung erlangten Bekanntheitsgrades bestimmte Eignung, sich dem Verkehr als Unternehmenskennzeichen einzuprägen (*Kennzeichnungskraft*), und der wirtschaftliche Abstand der Tätigkeitsgebiete der sich gegenüberstehenden Unternehmen (*Branchennähe*). Diese Kriterien stehen nicht isoliert nebeneinander, sondern in einem Wechselwirkungsverhältnis.¹²⁸³ Ein nur geringer Grad eines Kriteriums kann durch den höheren Grad eines anderen Kriteriums ausgeglichen werden.¹²⁸⁴ Die Zeichenähnlichkeit oder die Branchennähe dürfen aber nicht vollständig fehlen. Auch eine noch so starke Kennzeichnungskraft des älteren Unternehmenskennzeichens kann das Fehlen eines dieser Faktoren nicht ausgleichen.¹²⁸⁵ Ebenso wie zwei völlig verschiedene Zeichen in derselben Branche, können auch zwei identische Zeichen in zwei

¹²⁸² Ohly/Sosnitza, § 5 UWG, Rn. 135; Sosnitza, WRP 2014, 1136 (1138 f.).

¹²⁸³ BGH, GRUR 2006, 61 – CompuNet/ComNet II; BGH, GRUR 2007, 888 (889), Tz. 15 – Euro Telekom; BGH, GRUR 2008, 1102 (1103), Tz. 15 – Haus & Grund I; BGH, GRUR 2016, 705 (707), Tz. 23 – ConText; Goldmann, Unternehmenskennzeichen § 13, Rn. 185; v. Schultze/Gruber, § 15 MarkenG, Rn. 17; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 15 MarkenG, Rn. 37; Ingerl/Rohnke, § 15 MarkenG, Rn. 70; Kur/v. Bomhard/Albrecht/Thalmaier, § 15 MarkenG, Rn. 33; GK/Teplitzky, § 16 UWG, Rn. 322.

¹²⁸⁴ BGH, GRUR 1959, 484 (485) – Condux; BGH, GRUR 1966, 267 (269) – White Horse; BGH, GRUR 1995, 216 (219) – Oxygenol II; BGH, GRUR 1997, 468 (470) – NetCom I; BGH, GRUR 1999, 492 (494) – Altberliner; BGH, GRUR 2000, 605 (607) – comtes/ComTel; BGH, GRUR 2002, 898 f. – defacto; BGH, GRUR 2006, 61 – CompuNet/ComNet II; BGH, GRUR 2008, 1104 (1106), Tz. 21 – Haus & Grund II; BGH, GRUR 2016, 705 (707), Tz. 23 – ConText; Büscher/Dittmer/Schiwy/Büscher, § 15 MarkenG, Rn. 52; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 185; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 15 MarkenG, Rn. 38; Ingerl/Rohnke, § 15 MarkenG, Rn. 70.

¹²⁸⁵ BGH, GRUR 2011, 831 (833) Tz. 23 – BCC; Finger, § 16 UWG, Rn. 81; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 186.

weit entfernten Branchen ohne jede Berührungspunkte verwendet werden, ohne dass eine Verwechslungsgefahr entsteht.¹²⁸⁶

b) Die Kennzeichnungskraft des geschützten Unternehmenskennzeichens

(aa) Die Bedeutung der Kennzeichnungskraft

Von den drei die Verwechslungsgefahr bestimmenden Faktoren ist die Kennzeichnungskraft der komplexeste und zugleich am schwierigsten zu ermittelnde Faktor.¹²⁸⁷ Die Kennzeichnungskraft als Faktor für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr darf nicht mit der namensmäßigen Unterscheidungskraft gleichgesetzt werden, die erforderlich ist, um überhaupt Schutz als Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion zu erlangen (näher zur namensmäßigen Unterscheidungskraft S. 83 ff.). Die Kennzeichnungskraft eines Unternehmenskennzeichens als Faktor für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr und damit für die Bemessung des Schutzbereichs wird durch den Grad der Eignung des Zeichens bestimmt, sich aufgrund seiner Eigenart und seines durch Benutzung erlangten Bekanntheitsgrades dem Verkehr als Name des Unternehmensinhabers (Name, Firma, Namens- und Firmenbestandteil), als namensmäßige Bezeichnung des Unternehmens selbst (besondere Geschäftsbezeichnung) oder sonst als identifizierendes und unterscheidendes Zeichen (Unternehmenskennzeichen ohne Namensfunktion) einzuprägen, d. h. in Erinnerung behalten und wiedererkannt zu werden.¹²⁸⁸

(bb) Die unterschiedlichen Grade der Kennzeichnungskraft

Die Kennzeichnungskraft ist nicht bei jedem Unternehmenskennzeichen, das gesetzlichen Schutz genießt, gleich. Sie wird vielmehr von einer Vielzahl veränderlicher Faktoren beeinflusst und ist stets individuell zu bestimmen.¹²⁸⁹ In der Rechtsprechung wird zwischen sehr hoher (weit überdurchschnittlicher), hoher (überdurchschnittlicher), normaler (durchschnittlicher), geringer (unterdurchschnittlicher) und sehr geringer (weit unterdurchschnittlicher) Kennzeichnungskraft unterschieden.¹²⁹⁰

¹²⁸⁶ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 186.

¹²⁸⁷ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 188; *GK/Teplitzky*, § 16 UWG, Rn. 342.

¹²⁸⁸ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 189 unter Bezugnahme auf *BGH*, GRUR 2002, 898 (899) – defacto; vgl. auch *Hildebrandt*, § 18, Rn. 7; *Ingerl/Rohnke*, § 15 MarkenG, Rn. 72.

¹²⁸⁹ *BGH*, GRUR-RR 2010, 205 (208), Tz. 45 – Haus & Grund IV.

¹²⁹⁰ *BGH*, GRUR 2013, 833 (838), Tz. 55 – Culinaria/Villa Culinaria.

(cc) Mit dem Grad der Kennzeichnungskraft wachsender Schutzbereich

Je höher die Kennzeichnungskraft eines Kennzeichens ist, umso weiter ist sein Schutzbereich und desto größer muss der Abstand anderer Zeichen sein, um die Gefahr einer Verwechslung zu vermeiden.¹²⁹¹ Umgekehrt kann der Unterschied zwischen zwei Zeichen geringer sein, wenn das ältere Zeichen nur eine geringe Kennzeichnungskraft und damit einen kleineren Schutzbereich hat.¹²⁹²

Begründet wird diese Wechselwirkung zwischen Kennzeichnungskraft und Schutzbereich damit, dass ein kennzeichnungskräftigeres Zeichen leichter im Erinnerungsbild des Verkehrs haften bleibt als ein weniger „starkes“ Zeichen.¹²⁹³ Diese Argumentation ist nicht unproblematisch. Ihr wird entgegengehalten, dass es gerade die besondere Eigenart sei, die die Gefahr einer Verwechslung reduziere. Je einzigartiger und einprägsamer ein Zeichen sei, desto weniger werde es tatsächlich verwechselt, weil die Unterschiede dem Publikum eher auffallen.¹²⁹⁴ Die Argumentation ist nur auf den ersten Blick „bestechend“.¹²⁹⁵ Sie würde aber im Ergebnis dazu führen, dass der Schutzbereich eines Zeichens geringer wird, je stärker seine Kennzeichnungskraft wird. Das wäre abwegig.¹²⁹⁶

Die Abhängigkeit des Schutzbereichs von der Kennzeichnungskraft sollte daher nicht in erster Linie mit dem Hinweis auf das Erinnerungsvermögen des Publikums begründet werden, sondern normativ. Bei dem mit der Kennzeichnungskraft wachsenden Schutzbereich geht es um den verdienten Schutz des Kennzeichens, der umso größer sein muss, je größer die Werbe- und Investitionsleistung des Inhabers in sein Zeichen ist.¹²⁹⁷ Nicht das unbekannte, wertlose, sondern das bekannte, kennzeichnungskräftige, wertvolle Zeichen verdient den stärkeren Schutz.¹²⁹⁸ Im Ergebnis werden durch die Vergrößerung des Schutzbereichs ein mit Hilfe des Kennzeichens bereits errungener wirtschaftlicher Erfolg

¹²⁹¹ BGH, GRUR 1955, 299 (300 ff.) – Koma; BGH, GRUR 1966, 267 (269) – White Horse; BGH, GRUR 2005, 61 (62) – CompuNet/ComNet II; Steinbeck, in: FS Horn, S. 589 (603); GK/Teplitzky, § 16 UWG, Rn. 343.

¹²⁹² BGH, GRUR 2008, 803 (804) Tz. 22 – HEITEC.

¹²⁹³ BGH, GRUR 1965, 601 (602) – roter Punkt m.w.N.; Baumbach/Hefermehl, WZG, § 31, Rn. 15, 128.

¹²⁹⁴ Vgl. Baumbach/Hefermehl, WZG, § 31, Rn. 15: „Aber warum ist es nicht gerade umgekehrt? Wird doch ein Allergeschut im Lokal leichter als ein eigentümlicher Hut ‚verwechselt‘. Gerade ein besonders einprägsames und im Verkehr genau bekanntes Zeichen kann vom Publikum mit ähnlichen Bezeichnungen schwerer verwechselt werden als ein weitgehend unbekanntes Zeichen von geringerer Kennzeichnungskraft“; Berneke, WRP 2007, 1417 (1422); Bornkamm/Kochendörfer, in: FS 50 Jahre Bundespatentgericht, S. 533 (538); Elsaesser, S. 23 ff.; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 191; Ströbele, in: FS GRUR, S. 821 (826 ff.).

¹²⁹⁵ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 192.

¹²⁹⁶ RG, GRUR 1930, 535 (536) – Mitropa/Zentropa.

¹²⁹⁷ Steinbeck, in: FS Horn, S. 589 (604).

¹²⁹⁸ BGH, GRUR 1952, 35 (36) – Widia/Ardia; BGH, GRUR 1965, 540 (541 f.) – Hudson; BGH, GRUR 1991, 863 (864) – Avon; BGH, GRUR 2004, 863 (864) – Telekom; Baumbach/Hefermehl, WZG, § 31, Rn. 15; Büscher, in: FS Ullmann, S. 129 (143); v. Gamm, Wettbewerbsrecht, Kapitel 57, Rn. 24; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 193 ff.; Ingerl/Rohnke, § 14 MarkenG, Rn. 605 ff., 607; Gloy/Schultz-Süchting, § 58, Rn. 3 ff., 65 ff.; Ströbele, in: FS GRUR, S. 821 (828 ff.); GK/Teplitzky, § 16 UWG, Rn. 343.

bzw. die Investitionen in die Stärkung des Kennzeichens prämiert. Dies steht mit der Investitionsfunktion des Unternehmenskennzeichens im Einklang, die Teil der Goodwill-Funktion ist (hierzu näher S. 37 ff.). Der Schutzbereich eines Kennzeichens wächst also ebenso wie sein Wert. Dies ist folgerichtig. Unternehmenskennzeichen können als Instrument zur Sicherung eines redlichen und funktionsfähigen Wettbewerbs begriffen werden (hierzu näher S. 40 f.). Deshalb ist es folgerichtig, die beim Einsatz des Unternehmenskennzeichens beabsichtigten wettbewerblichen Wirkungen des Einsatzes des Unternehmenskennzeichens im Wettbewerb, nämlich die Erweiterung seines Schutzbereichs im Rahmen der Verwechslungsgefahr, positiv zu bewerten.¹²⁹⁹ Diese normative Begründung wird außerdem auch von dem empirischen Befund ergänzt, dass die Vertrautheit mit einem stark kennzeichnungskräftigen Zeichen den Verkehr dazu veranlassen kann, weniger aufmerksam bei der Betrachtung eines Zeichens zu sein, indem er das bekannte Zeichen vorschnell wiederzuerkennen meint.¹³⁰⁰ Dies leistet tatsächlichen Verwechslungen wiederum Vorschub.

(dd) Mit der Schwäche der Kennzeichnungskraft schrumpfender Schutzbereich

Das eben Gesagte gilt auch umgekehrt. Je schwächer die Kennzeichnungskraft eines Unternehmenskennzeichens ist, desto enger muss der Schutzbereich sein. Bei schwachen Unternehmenskennzeichen wird der Schutzbereich eng bemessen.¹³⁰¹ Eine Verwechslungsgefahr kann dann bereits bei einem geringen Abstand der Zeichen zueinander auszuschließen sein.¹³⁰² Unternehmenskennzeichen, die deswegen eine schwache Kennzeichnungskraft haben, weil sie sich erkennbar an beschreibende Angaben anlehnen (hierzu unten (2)), werden insbesondere nicht gegen die Verwendung der beschreibenden Angabe selbst geschützt.¹³⁰³

(ee) Die Beurteilung der Kennzeichnungskraft

(1) Feststellung durch das Verletzungsgericht

Der Grad der Kennzeichnungskraft des älteren Unternehmenskennzeichens muss vom Verletzungsgericht konkret festgestellt werden.¹³⁰⁴ Fehlt es an jeglichen Feststellungen und

¹²⁹⁹ So *Goldmann*, GRUR 2014, 724 (728); *Ulferts-Römmermann*, S. 342 f. zur Erweiterung des Schutzbereichs eingetragener Marken.

¹³⁰⁰ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 196; *Hartgen*, § 31 WZG, Rn. 19; *Scheier/Lubberger*, MarkenR 2014, 453 (459 ff. und 466); *Schlupe*, S. 20 f. m.w.N.

¹³⁰¹ *BGH*, GRUR 1985, 461 (462) – *Gefa/Gewa*; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 210; v. *Schultz/Gruber*, § 15 MarkenG, Rn. 20.

¹³⁰² *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 210.

¹³⁰³ *BGH*, GRUR 2008, 803 (805), Tz. 22 – *HEITEC*.

¹³⁰⁴ *BGH*, GRUR 1990, 1042 (1045) – *Datacolor*; *BGH*, GRUR-RR 2010, 205 (208), Tz. 45 – *Haus & Grund IV*.

gibt es auch sonst keine Anhaltspunkte für eine Schwächung oder Stärkung der Kennzeichnungskraft, ist von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft auszugehen.¹³⁰⁵

(2) Ausgangspunkt der Betrachtung

Ausgangspunkt der Beurteilung der Kennzeichnungskraft ist bei Unternehmenskennzeichen, die von Haus aus namensmäßig unterscheidungskräftig sind, derjenige Grad an Kennzeichnungskraft, der dem Unternehmenskennzeichen mit der Aufnahme der Benutzung zukommt.¹³⁰⁶ Eine schwache Kennzeichnungskraft haben Unternehmenskennzeichen, die sich erkennbar an beschreibende Angaben anlehnen.¹³⁰⁷ Das ist z. B. der Fall beim Zeichen „CompuNet“, das leicht erkennbar aus den für den Geschäftsgegenstand der Beschaffung, Installation und Wartung von PC-Netzwerken beschreibenden Begriffen „Computer“ und „Netzwerk“ abgeleitet ist.¹³⁰⁸ Fantasiezeichen, die sich nicht an beschreibende Angaben anlehnen, haben von Haus aus i.d.R. eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft.¹³⁰⁹ Auch Buchstabenkombinationen, die nicht an beschreibende Angaben angelegt sind, haben regelmäßig eine von Haus aus durchschnittliche Kennzeichnungskraft.¹³¹⁰ Im Einzelfall kann besonders seltenen, auffälligen oder einprägsamen Kennzeichen auch eine von Haus aus überdurchschnittlich hohe Kennzeichnungskraft zukommen.¹³¹¹

Unternehmenskennzeichen, die Schutz erst durch Verkehrsgeltung erlangen, kommt bei Erreichen der Verkehrsgeltung regelmäßig eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft zu.¹³¹²

¹³⁰⁵ *BGH*, GRUR-RR 2010, 205 (207), Tz. 35 – Haus & Grund IV; *BGH*, GRUR 2013, 638 (641, 643), Tz. 32, 62 – Vökl.

¹³⁰⁶ *BGH*, GRUR 1990, 367 (368) – alpi/Alba Moda; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 200.

¹³⁰⁷ *BGH*, GRUR 1997, 468 (469) – NetCom I; *BGH*, GRUR 1997, 845 (846) – Immo-Data; *BGH*, GRUR 2001, 1161 (1162) – CompuNet/ComNet I; *BGH*, GRUR 2011, 831 (833), Tz. 18 – BCC; *OLG Hamburg*, GRUR 2000, 1057 (1058) – JEANTEX/Jeanbax; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 201; *Ingerl/Rohnke*, § 15 MarkenG, Rn. 72.

¹³⁰⁸ *BGH*, GRUR 2001, 1161 (1162) – CompuNet/ComNet I.

¹³⁰⁹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 222.

¹³¹⁰ *BGH*, GRUR 2011, 831 (833), Tz. 18 – BCC.

¹³¹¹ *BGH*, GRUR 1960, 33 (35) – Zamek I; *OLG Hamm*, GRUR 1979, 784 (785) – Splenterkotten; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 195.

¹³¹² *BGH*, GRUR 2004, 514 (515) – Telekom; *BGH*, GRUR 2007, 888 (889), Tz. 19 – Euro Telekom; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 237.

(3) Steigerung der Kennzeichnungskraft

Die Kennzeichnungskraft eines Unternehmenskennzeichens, die ihm von Haus aus oder kraft Verkehrsgeltung zukommt, kann durch seine Benutzung und die damit einhergehende Bekanntheit im Verkehr gesteigert werden.¹³¹³ Ob die Kennzeichnungskraft gesteigert ist, hängt von einer Beurteilung aller Umstände des Einzelfalls ab.

Wegweisend hierfür sind auch für das Unternehmenskennzeichen die sogenannten „Lloyd-Kriterien“.¹³¹⁴ Gemeint sind diejenigen Kriterien, die der EuGH in seiner Leitentscheidung *Lloyd* für die Beurteilung der gesteigerten Kennzeichnungskraft eingetragener Marken herangezogen hat. Danach ist umfassend zu prüfen, ob die Marke geeignet ist, die Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und damit von den Waren und Dienstleistungen anderer Unternehmen zu unterscheiden.¹³¹⁵ Hierbei sind insbesondere, aber nicht ausschließlich, zu berücksichtigen: die Eigenschaften, die die Marke von Haus aus besitzt (einschließlich der Frage, ob sie beschreibende Elemente aufweist), der von der Marke gehaltene Marktanteil, die Intensität, die geografische Verbreitung und die Dauer ihrer Benutzung, der Werbeaufwand und der Umfang der Investitionen, die das Unternehmen zur Förderung der Marke getätigt hat, der Anteil der beteiligten Verkehrskreise, der die Waren oder Dienstleistungen aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt sowie Erklärungen von Industrie- und Handelskammern oder anderen Berufsverbänden.¹³¹⁶

Die auf Marken bezogenen Vorgaben des EuGH können nur nach einer gewissen Anpassung zur Bestimmung der Kennzeichnungskraft eines Unternehmenskennzeichens herangezogen werden.¹³¹⁷ Außerdem sind sie nicht abschließend, sodass auch weitere Umstände zu einer Steigerung der Kennzeichnungskraft beitragen können. Hierzu gehört etwa die Lage der Geschäftslokale oder die Erwähnung des Unternehmenskennzeichens in Medienberichten oder Nachschlagewerken.¹³¹⁸ Wenn durch eine Verkehrsbefragung ermittelt wird, wie groß der Anteil der angesprochenen Verkehrskreise ist, die das Unternehmens-

¹³¹³ *BGH*, GRUR 2005, 51 (62) – CompuNet/ComNet II; *BGH*, GRUR 2009, 484 (490 f.), Tz. 76 – Metrobus; *Büscher/Dittmer/Schiwy/Büscher*, § 15 MarkenG, Rn. 60; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 241.

¹³¹⁴ *OLG Hamburg*, WRP 2015, 477 (484), Tz. 74 – Anson's/ASOS; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 254.

¹³¹⁵ *EuGH*, GRUR Int. 1999, 734 (739), Tz. 22 – Lloyd.

¹³¹⁶ *EuGH*, GRUR Int. 1999, 734 (739), Tz. 23 – Lloyd.

¹³¹⁷ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 255.

¹³¹⁸ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 257 ff. m.w.N.

kennzeichen als solches, also als identifizierendes und unterscheidendes Zeichen des Unternehmens oder seines Trägers wahrnehmen, kommt es auf den Zuordnungsgrad an.¹³¹⁹ Der Zuordnungsgrad beschreibt denjenigen Anteil der angesprochenen Verkehrskreise, die das Unternehmenskennzeichen dem richtigen Inhaber zuordnen.¹³²⁰

c) Zeichenähnlichkeit

Im Tatbestand des § 15 Abs. 2 MarkenG ausdrücklich erwähnt wird, dass die Benutzung von verwechslungsfähigen identischen oder ähnlichen Zeichen untersagt werden kann. Der Begriff der Zeichenähnlichkeit ist mit Blick auf die Verwechslungsgefahr zu beurteilen.¹³²¹ Maßgeblich ist, ob trotz bestehender Abweichungen und Unterschiede die Zeichenbenutzung noch geeignet ist, Verwechslungen hervorzurufen.¹³²² Die Verwechslungsgefahr hängt vom Grad der Zeichenähnlichkeit ab.¹³²³ Mit steigender Ähnlichkeit der Zeichen, steigt zugleich die Gefahr der Verwechslung der Zeichen¹³²⁴ oder mit Blick auf die Branchennähe: Je weiter die Geschäftsbereiche der Unternehmen auseinander liegen, desto ähnlicher können die Zeichen sein, ohne dass die Gefahr von Verwechslungen besteht.¹³²⁵

(1) Gegenstand der Ähnlichkeitsprüfung

Die Beurteilung der Zeichenähnlichkeit erfolgt im Wesentlichen nach den gleichen Grundsätzen wie die Zeichenähnlichkeit bei Marken.¹³²⁶ Auszugehen ist grundsätzlich vom Gesamteindruck, den die Zeichen bei den angesprochenen Verkehrskreisen hervorrufen.¹³²⁷

Dieser Grundsatz erfährt allerdings beim Unternehmenskennzeichen zwei wichtige Modifikationen. Die eine berücksichtigt die Neigung des Publikums zur Verkürzung mehrteiliger Namen und Firmen auf ihren kennzeichnenden Kern.¹³²⁸ Genießt ein schlagwortartiger Bestandteil eines Namens oder einer Firma einen gesonderten Schutz (näher hierzu

¹³¹⁹ *BGH*, GRUR 2004, 514 (516) – Telekom; *BGH*, GRUR 2012, 635, Tz. 18 – METRO/ROLLER'S Metro; *Büscher*, in: FS Ullmann, S. 129 (135); *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 270; *Sosnitzka*, Markenrecht, § 18, Rn. 5.

¹³²⁰ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 6, Rn. 46.

¹³²¹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 320.

¹³²² *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 320.

¹³²³ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 321; vgl. *BGH*, GRUR 2013, 833 (838), Tz. 55, 57 – Culinaria/Villa Culinaria.

¹³²⁴ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 321.

¹³²⁵ *BGH*, GRUR 1997, 468 (470) – NetCom I; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 321.

¹³²⁶ *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 15 MarkenG, Rn. 42; *Ingerl/Rohnke*, § 15 MarkenG, Rn. 81; *Kur/v. Bomhard/Albrecht/Thalmaier*, § 15 MarkenG, Rn. 37.

¹³²⁷ *BGH*, GRUR 2008, 1102 (1104), Tz. 18 – Haus & Grund I; *BGH*, GRUR 2012, 635 (636), Tz. 22 – METRO/ROLLER's Metro; *Finger*, § 16 UWG, Rn. 81.

¹³²⁸ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 327.

S. 31 ff.), dann ist nur dieser gesondert geschützte Bestandteil maßgeblich.¹³²⁹ Diese Modifikation ist aber keine echte Ausnahme vom Grundsatz der Maßgeblichkeit des Gesamteindrucks. Der Schutz des schlagwortartigen Bestandteils eines Namens oder einer Firma führt dazu, dass nicht die Firma oder der Name als Ganzes das ältere Zeichen ist, das in den Zeichenvergleich eingestellt wird, sondern nur der Bestandteil. Für diesen Bestandteil bleibt es dann bei dem Grundsatz, dass dessen Gesamteindruck zählt.¹³³⁰

Für die Beurteilung, auf welchen Bestandteil sich die Betrachtung der Zeichenähnlichkeitsprüfung konzentriert, gelten dieselben Regeln wie bei der Bestimmung des schlagwortartigen Firmenbestandteils der älteren Firma.¹³³¹ Dies bedeutet, dass in der Regel Tätigkeitsbeschreibungen und akademische Titel außer Betracht bleiben (näher hierzu S. 33 f.), ebenso wie Rechtsformzusätze und Ortsangaben.¹³³² Dies gilt in der Regel auch für Vornamen; die Hinzufügung eines Vornamens zu einem Familiennamen, der nicht Allerweltsnamen ist, reicht nicht aus, um die Verwechslungsgefahr auszuräumen.¹³³³

Eine ähnliche Modifikation der Lehre von der Gesamtbetrachtung der zu vergleichenden Zeichen erfolgt durch die bei der Beurteilung der Ähnlichkeit von Marken angewandte, sog. Prägetheorie.¹³³⁴ Die herrschende Auffassung wendet ihre Grundsätze auch bei der Prüfung der Ähnlichkeit bei Unternehmenskennzeichen an.¹³³⁵ Grundaussage der Prägetheorie ist folgende: Die Maßgeblichkeit des Gesamteindrucks schließt nicht aus, sowohl in dem älteren sowie in dem jüngeren Zeichen, einem einzelnen Bestandteil eine besondere, das gesamte Zeichen prägende Kennzeichnungskraft beizumessen und die Ähnlichkeit der beiden Zeichen im Falle der Übereinstimmung in prägenden Bestandteilen zu bejahen, wenn ein Zeichenbestandteil so prägend ist, dass nach der Verkehrsauffassung die weite-

¹³²⁹ *BGH*, GRUR 2002, 898 (899) – defacto; *Büscher/Dittmer/Schiwy/Büscher*, § 15 MarkenG, Rn. 66; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 327; *Ingerl/Rohnke*, § 15 MarkenG, Rn. 56, 63.

¹³³⁰ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 327.

¹³³¹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 334.

¹³³² *BGH*, GRUR 2008, 1104 (1106), Tz. 28 – Haus & Grund II.

¹³³³ Vgl. *BGH*, GRUR 1991, 475 (477) – Caren Pflieger; *OLG Köln*, GRUR 1983, 787 (789) – Tina Farina (Vorname schon keine hinreichende Abgrenzung nach dem Recht der Gleichnamigen).

¹³³⁴ Näher zu Prägetheorie *Büscher/Dittmer/Schiwy/Büscher*, § 14 MarkenG, Rn. 325 ff.; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 9 MarkenG, Rn. 366 ff.; *Ingerl/Rohnke*, § 14 MarkenG, Rn. 999 ff.; *Kur/v. Bomhard/Albrecht/Onken*, § 14 MarkenG, Rn. 420 ff.

¹³³⁵ *BGH*, GRUR 2008, 1104 (1106), Tz. 27 – Haus & Grund II; *BGH*, GRUR 2013, 833 (837), Tz. 45 – Culinaria/Villa Culinaria; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 374 ff.

ren Zeichenbestandteile derart zurücktreten, dass sie für den Gesamteindruck vernachlässigt werden können.¹³³⁶ Bei der Ähnlichkeitsprüfung kommt es also nur noch auf die Übereinstimmungen in den prägenden Bestandteilen an, während die übrigen Bestandteile völlig zurücktreten können. Die Prägetheorie verfolgt damit einen ähnlichen Ansatz wie der unselbständige Schutz des Namens- und Firmenbestandteils, indem sie den Gegenstand der Ähnlichkeitsprüfung isoliert.¹³³⁷ Anders als der Schutz des schlagwortartigen Namens- oder Firmenbestandteils, der die übrigen Namens- und Firmenbestandteile gleichsam als nicht existent behandelt, bleiben für die Prägetheorie diese Bestandteile bei der Gesamtbetrachtung weiterhin existent, werden aber ausgeblendet und treten in den Hintergrund. Neben dem Schutz des Firmenbestandteils kommt die Prägetheorie daher nur selten zur Anwendung.¹³³⁸

(2) Zeichenvergleich bzw. Ähnlichkeitsprüfung

Ob die so ermittelten und zu vergleichenden Zeichen bzw. Zeichenbestandteile ähnlich sind, erfolgt bei Wortzeichen durch einen Vergleich der Zeichen im Klang, im Schriftbild und im Bedeutungsgehalt.¹³³⁹ Auf Besonderheiten der Zeichenähnlichkeit von anderen Zeichen, z. B. Bild- oder Farbzeichen, soll im Rahmen dieser Untersuchung nicht eingegangen werden. Sie hat primär die Firma i.S.d. § 17 Abs. 1 HGB zum Gegenstand. Bei ihr handelt es sich immer um ein reines Wortzeichen (hierzu S. 143).

Grundsätzlich genügt schon die Ähnlichkeit in einer der genannten drei Wahrnehmungsrichtungen für die Annahme einer Zeichenähnlichkeit.¹³⁴⁰ Kommt noch eine Ähnlichkeit in einer der anderen Wahrnehmungsrichtungen hinzu, erhöht sich die Gefahr von Verwechslungen.¹³⁴¹ Umgekehrt kann eine deutliche Abweichung im Klang oder im Bedeutungsgehalt die Zeichenähnlichkeit abschwächen oder sogar ausschließen.¹³⁴² Das gilt wegen des

¹³³⁶ *BGH*, GRUR 2008, 1104 (1106), Tz. 27 – Haus & Grund II; *OLG Hamburg*, GRUR-RR 2006, 228 (229 f.) – Weingarten Eden/Eden; *Ingerl/Rohnke*, § 15 MarkenG, Rn. 82; vgl. auch *Steinbeck*, in: FS Horn, S. 589 (600).

¹³³⁷ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 374.

¹³³⁸ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 376 mit Hinweisen auf verbleibende Anwendungsfälle der Prägetheorie.

¹³³⁹ *BGH*, GRUR 2008, 803 (804), Tz. 21 – HEITEC; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen § 13, Rn. 441; *Ingerl/Rohnke*, § 15 MarkenG, Rn. 87; *GK/Teplitzky*, § 16 UWG, Rn. 323.

¹³⁴⁰ *BGH*, GRUR 1990, 367 (368) – alpi/Alba Moda; *BGH*, GRUR 1992, 110 (112) – dipa/dib; *BGH*, GRUR 2004, 779 (782 f.) – Zwilling/Zweibrüder; *BGH*, GRUR 2008, 803 (804), Tz. 21 – HEITEC; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 441; *Ingerl/Rohnke*, § 15 MarkenG, Rn. 87; *GK/Teplitzky*, § 16 UWG, Rn. 327.

¹³⁴¹ *OLG Köln*, Urt. v. 22.1.2010, Az. 6 U 130/09 – Culinaria/Coolinaria; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 442.

¹³⁴² *BGH*, GRUR 2000, 605 (607) – comtes/ComTel; zur sog. Neutralisierungslehre des EuGH vgl. *EuGH*, GRUR 2006, 413 (415), Tz. 35 – ZIRH/SIR; *EuGH*, GRUR Int. 2009, 397 (402), Tz. 98 – OBELIX/MOBILIX; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 445; *Ingerl/Rohnke*, § 14 MarkenG, Rn. 851 ff.; *Steinbeck*, WRP 2015, 404 (406 ff.).

überaus großen Gewichts der klanglichen Ähnlichkeit für die Erinnerung an ein Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion, aber nicht für einen deutlich abweichenden Eindruck im Schriftbild, der eine bestehende klangliche Einigkeit nicht kompensieren oder neutralisieren kann.¹³⁴³

Für die Unternehmenskennzeichen mit Namensfunktion, hat die klangliche Ähnlichkeit besondere Bedeutung, da sie wie ein Name gesprochen und gehört werden und dadurch besonders flüchtig sind. Der Klangeindruck und die Erinnerung daran sind stärker der Gefahr der Täuschung ausgesetzt, als die Wahrnehmung eines Schriftbildes und die Erinnerung daran.¹³⁴⁴

Bei der klanglichen Ähnlichkeit von Wortzeichen kommt es auf die zu erwartende Aussprache an.¹³⁴⁵ Der klangliche Vergleich berücksichtigt eine Vielzahl von Kriterien.¹³⁴⁶ Hierzu gehören u. a. die Wort-, Silben- und Lautzahl¹³⁴⁷, die Betonung¹³⁴⁸, der Sprechrhythmus¹³⁴⁹ und die Sprachmelodie.¹³⁵⁰

Die Frage, ob zwei Wortzeichen optisch ähnlich sind, basiert auf ihrer schriftbildlichen Wirkung.¹³⁵¹ Sie ist anhand der Gestalt der Wörter, Silben, Buchstaben sowie der Übereinstimmungen in Position und Anzahl zu ermitteln.¹³⁵² Bei der Beurteilung der schriftbildlichen Ähnlichkeit muss berücksichtigt werden, dass das Schriftbild von Zeichen erfahrungsgemäß eine genauere und in der Regel sogar wiederholte Wahrnehmung der Bezeichnung erlaubt, als der schnell verklingende Höreindruck.¹³⁵³

Haben die zu vergleichenden Zeichen für die angesprochenen Verkehrskreise einen objektiven Sinngehalt, dann ist auch dieser bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit zu berücksichtigen. Ein übereinstimmender Sinngehalt kann trotz eines abweichenden klanglichen oder schriftbildlichen Eindrucks zu einer Zeichenähnlichkeit führen.¹³⁵⁴ Hierbei ist

¹³⁴³ *BGH*, GRUR 1957, 561 (562) – REI-Chemie; *BGH*, GRUR 1961, 535 (536) – arko; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 446.

¹³⁴⁴ *BGH*, GRUR 1982, 420 (422) – BBC/DDC.

¹³⁴⁵ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 450.

¹³⁴⁶ Umfassend zu den Kriterien *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 463 ff.

¹³⁴⁷ *BGH*, GRUR 1984, 871 (872) – Gabor/Caber.

¹³⁴⁸ *BGH*, GRUR 1961, 535 (536) – arko.

¹³⁴⁹ *OLG Hamburg*, GRUR 2000, 1057 (1058) – JEANTEX/Jeanbax.

¹³⁵⁰ *OLG Karlsruhe*, GRUR 1981, 198 (201) – Familia.

¹³⁵¹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 474; *W. Köhler*, Verwechslungsgefahr, S. 91.

¹³⁵² *BGH*, GRUR 1984, 471 (472) – Gabor/Caber; *OLG Hamburg*, WRP 2015, 477 (485), Tz. 82 – Anson's/ASOS; *LG Düsseldorf*, NJOZ 2006, 1491 (1496) – Turbo P.O.S.T.; eingehend zu den Kriterien und mit weiteren Nachweisen *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 481 ff.

¹³⁵³ *OLG Hamburg*, WRP 2015, 477 (484), Tz. 81 – Anson's/ASOS.

¹³⁵⁴ *BGH*, GRUR 1957, 281 (283) – karo-as; *BGH*, GRUR 1973, 375 (376) – Miss Petite.

die Übereinstimmung im wesentlichen Bedeutungsgehalt der Wortzeichen für die Annahme einer Zeichenähnlichkeit nach dem Sinngehalt ausreichend. Ein völlig identischer Bedeutungsinhalt ist nicht erforderlich und wird auch kaum je wirklich vorliegen.¹³⁵⁵

Trotz vorhandener Gemeinsamkeiten im klanglichen und bildlichen Eindruck kann ein deutlich abweichender Sinngehalt die Zeichenähnlichkeit und damit die Verwechslungsgefahr ausschließen.¹³⁵⁶

d) Branchennähe

(1) Die Funktion des Kriteriums

Verwechslungsgefahr nach § 15 Abs. 2 MarkenG setzt neben der Zeichenähnlichkeit voraus, dass zwischen den Unternehmen Branchennähe besteht.¹³⁵⁷ Das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Branchennähe hat eine der markenrechtlichen Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit in § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG verwandte Funktion,¹³⁵⁸ stimmt mit dieser aber nicht überein.¹³⁵⁹ Eine Branchennähe kann auch dann vorliegen, wenn eine Waren- oder Dienstleistungsähnlichkeit i.S.d. § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zu verneinen ist.¹³⁶⁰

Das Erfordernis der Branchennähe ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des Schutzes vor Verwechslungsgefahr, den Verkehr vor einer Fehlzurechnung zu schützen. Der Schutz der Unternehmenskennzeichen schützt neben der Identifikations- auch die Unterscheidungsfunktion (näher dazu oben S. 36 f.). Im Interesse des Unternehmers soll der Verkehr vor der durch die Verwendung eines ähnlichen Kennzeichens verursachten irrigen Vorstellung geschützt werden, es handele sich um dasselbe Unternehmen bzw. denselben Unternehmensträger (Störung der Identifikationsfunktion) oder es bestünden wirtschaftliche Beziehungen zwischen den Unternehmen bzw. Unternehmensträgern (Störung der Unterscheidungsfunktion).¹³⁶¹

¹³⁵⁵ Eingehend *W. Köhler*, Verwechslungsgefahr, S. 111 f.

¹³⁵⁶ *BGH*, GRUR 1992, 130 (132) – Bally/BALL; *BGH*, GRUR 2003, 1044 (1046) – Kelly; v. *Gamm*, Wettbewerbsrecht, Kapitel 57, Rn. 26; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 513 ff.; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 9 MarkenG, Rn. 305; *Ingerl/Rohnke*, § 14 MarkenG, Rn. 927 ff.; *Gloy/Schultz-Süchting*, § 58, Rn. 22 f.; *GK/Teplitzky*, § 16 UWG, Rn. 327, 333.

¹³⁵⁷ *Steinbeck*, in: FS Horn, S. 589 (601).

¹³⁵⁸ *BGH*, GRUR 1995, 216 (219) – Oxygenol II; *EUIPO*, MarkenR 2018, 410 (414), Tz. 33 – babware.net GmbH/babware.

¹³⁵⁹ Ausführlich zu den Unterschieden *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 599 f.; *ders.*, MarkenR 2018, 347 (354).

¹³⁶⁰ *BGH*, GRUR 2006, 937 (941), Tz. 38 – Ichthyol II; *EUIPO*, MarkenR 2018, 410 (414), Tz. 34 – babware.net GmbH/babware; *Büscher/Dittmer/Schiwy/Büscher*, § 15 MarkenG, Rn. 56; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 600; *ders.*, MarkenR 2018, 347 (354).

¹³⁶¹ *BGH*, GRUR 1995, 825 (828) – Torres; *Bußmann*, S. 147; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 50.

Besteht aber nicht die Gefahr, dass der Verkehr die Unternehmer bzw. Unternehmen für identisch oder wirtschaftlich miteinander verbunden halten könnte, weil er sie als völlig verschiedene und miteinander in keinerlei Beziehung stehende Unternehmer oder Unternehmen unterscheiden kann, bedarf der Inhaber des Unternehmenskennzeichens keines Schutzes. Ohne eine gewisse Branchennähe fehlt das Schutzinteresse des prioritätsälteren Zeicheninhabers.¹³⁶² Das Erfordernis der Branchennähe folgt daher aus dem Sinn und Zweck der Verwechslungsgefahr.

(2) Definition der Branchennähe

Die Branchennähe ist daher stets im Hinblick auf die Verwechslungsgefahr auszulegen.¹³⁶³ Die Gefahr der Verwechslung zweier sich gegenüberstehender Zeichen ist umso größer, je näher die Branchen sind, auf denen die Unternehmen sich begegnen. Umgekehrt besteht keine Verwechslungsgefahr, wenn trotz Identität der Zeichen und Kennzeichnungskraft des prioritätsälteren Zeichens absolute Branchenferne besteht.¹³⁶⁴

Die Branchennähe lässt sich also umreißen als der wirtschaftliche Abstand der Tätigkeitsgebiete der Parteien eines Zeichenkonflikts.¹³⁶⁵

Eine Branchennähe liegt vor, wenn zwischen den Unternehmen ausreichende sachliche Berührungspunkte bestehen, sodass der Verkehr mindestens zur Annahme geschäftlicher Zusammenhänge i.S.d. Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne kommen kann.¹³⁶⁶ Die Rechtsprechung grenzt die Branchennähe heute meist negativ ab. Eine absolute Branchenferne schließt eine Verwechslungsgefahr aus. Sie ist anzunehmen, „*wenn die Geschäftsbereiche so weit voneinander entfernt sind, dass die Gefahr ausscheidet, angesprochene Verkehrskreise könnten durch gleiche oder verwechslungsfähige Bezeichnun-*

¹³⁶² Ulmer/Reimer, Rn. 178.

¹³⁶³ BGH, GRUR 2011, 831 (833), Tz 23 – BCC.

¹³⁶⁴ BGH, GRUR 1990, 1042 (1044) – Datacolor; BGH, GRUR 1991, 863 (865) – Avon; BGH, GRUR 2011, 831 (833), Tz. 23 f. – BCC; Büscher/Dittmer/Schiwy/Büscher, § 15 MarkenG, Rn. 56; Finger, § 16 UWG, Rn. 81; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 613; GK/Teplitzky, § 16 UWG, Rn. 363.

¹³⁶⁵ Vgl. BGH, GRUR 1966, 267 (269) – White Horse; BGH, GRUR 1975, 606 (609) – IFA; BGH, GRUR 1990, 1042 (1044) – Datacolor; BGH, GRUR 1997, 468 (470) – NetCom; BGH, GRUR 1999, 492 (494) – Altberliner; BGH, GRUR 2000, 605 (607) – comtes/ComTel; BGH, GRUR 2002, 898 f. – defacto; BGH, GRUR 2005, 61 – CompuNet/ComNet II; BGH, GRUR 2007, 888 (889), Tz. 15 – Euro Telekom; BGH, GRUR 2008, 803 (804), Tz. 17 – HEITEC.

¹³⁶⁶ BGH, GRUR-RR 2010, 205 (207), Tz. 34 – Haus & Grund IV; Falk, GRUR 2012, 348 (350); Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 598; v. Schultz/Gruber, § 15 MarkenG, Rn. 25; Ingerl/Rohnke, § 15 MarkenG, Rn. 89.

gen zu der irrigen Annahme verleitet werden, die fraglichen Waren stammten aus demselben Geschäftsbetrieb oder zwischen den beteiligten Unternehmen gebe es irgendwelche geschäftlichen Zusammenhänge“.¹³⁶⁷

Die Rechtsprechung hat eine Vielzahl von Anhaltspunkten entwickelt, um dem unpräzisen Begriff der Branchennähe mehr Kontur zu geben. Für die Beurteilung der Branchennähe kommt es bei einer einzelfallbezogenen Gesamtschau¹³⁶⁸ in erster Linie auf den gegenwärtigen Schwerpunkt der Unternehmenstätigkeit, also auf die typischen Produktbereiche und Arbeitsgebiete, an.¹³⁶⁹ Der im Handelsregister eingetragene Geschäftsgegenstand ist nicht entscheidend.¹³⁷⁰ Indizien für Berührungspunkte können sein: die fabrikationstechnische Nähe der beiderseitigen Geschäftsbereiche und der Produkte, die daraus hervorgehen, der Verwendungszweck sowie die Einsatzmöglichkeiten der Waren und Dienstleistungen und die spezifischen Abnehmerkreise. Einzubeziehen in die Beurteilung sind auch die Vertriebswege oder der Auftritt auf denselben Messen.¹³⁷¹

C. Erweiterter Schutz bekannter Unternehmenskennzeichen als subsidiärer ergänzender Verletzungstatbestand

I. Bedeutung des erweiterten Schutzes in Abgrenzung zur Verwechslungsgefahr

1. Legitimation und Anwendungsbereich des erweiterten Schutzes

Der Schutz der Unternehmenskennzeichen gegen Verwechslungsgefahr stößt dort an seine Grenze, wo keine Branchennähe besteht, weil keine Berührungspunkte der Waren oder Dienstleistungen der Unternehmen auf den Märkten vorliegen. Ohne die Gefahr, dass das Publikum die Unternehmen bzw. Unternehmensträger miteinander verwechselt oder zu Unrecht Beziehungen zwischen ihnen vermutet, besteht auf den ersten Blick kein Bedürfnis, Unternehmenskennzeichen gegen die Verwendung identischer oder ähnlicher Zeichen zu schützen. Aus dem Grund dass die beiden zentralen, rechtlich geschützten Funktionen der Unternehmenskennzeichen, die Unterscheidungsfunktion und die Identifikationsfunktion (näher dazu (vgl. dazu S. 36 f.) nicht berührt werden. Die Gesetzgeber des

¹³⁶⁷ *BGH*, GRUR 1986, 253 (255) – Zentis; vgl. auch *BGH*, GRUR 2011, 831 (833), Tz 23 – BCC; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 15 MarkenG, Rn. 59.

¹³⁶⁸ OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.11.2006, Az. I-20 U 83/06 – ATLAS TRANSPORT; *Ingerl/Rohnke*, § 15 MarkenG, Rn. 89; *Gloy/Schultz-Süchting*, § 58, Rn. 102; umfassend zu allen Details *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 616.

¹³⁶⁹ *BGH*, GRUR 1990, 1042 (1044) – Datacolor; *BGH*, GRUR 2011, 831 (833), Tz. 23 – BCC; *BGH*, GRUR 2012, 635, Tz. 14 – METRO/ROLLER's Metro; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 621 f.; v. *Schultz/Gruber*, § 15 MarkenG, Rn. 26; *GK/Teplitzky*, § 16 UWG, Rn. 369.

¹³⁷⁰ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 621.

¹³⁷¹ *EUIPO*, MarkenR 2018, 410 (414), Tz. 35 – babware.net GmbH/babware; ausführlich *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 630 m.w.N. aus der Rspr.

UWG von 1896 und des UWG von 1909 sahen kein Bedürfnis für einen Schutz über die Verwechslungsgefahr hinaus.

Gleichwohl kann auch dann, wenn es keine Berührungspunkte zwischen den Unternehmen gibt und deshalb keine Branchennähe vorliegt, ein Bedürfnis für einen Kennzeichenschutz bestehen. Das ist der Fall, wenn der Zeicheninhaber beträchtliche Anstrengungen und Investitionen unternommen hat, die dem Zeichen Bekanntheit innerhalb der beteiligten Verkehrskreise verschafft hat. Der oft mühsam und über lange Zeit aufgebauten Werbekraft bekannter Zeichen kommt ein eigener wirtschaftlicher Wert zu, der es verdient, auch in anderen Branchen geschützt zu werden.¹³⁷² Diese Werbekraft ist Bestandteil des Goodwills. Ihn rechtlich zu schützen, ist ebenfalls eine anerkannte Funktion des Schutzes der Unternehmenskennzeichen (zur Goodwill-Funktion näher oben S. 37 ff.). Ein solcher Schutz des bekannten Zeichens zielt aber anders als der Schutz gegen Verwechslungsgefahr nicht auf die Verhinderung einer Irreführung des Publikums gegen die Benutzung ähnlicher Zeichen ab. Vielmehr geht es um die Bewahrung eines unter großem Aufwand an Zeit und Geld erworbenen Besitzstandes.¹³⁷³ Dieser Besitzstand ist der im bekannten Zeichen verkörperte Goodwill.¹³⁷⁴ Die Rechtsprechung erkannte einen erweiterten Schutz bekannter und berühmter Zeichen schon früh an.¹³⁷⁵ Gestützt wurde er auf § 1 UWG von 1909¹³⁷⁶ bzw. auf § 823 Abs. 1 BGB¹³⁷⁷ und § 12 BGB.¹³⁷⁸ Die hiergegen vorgebrachte Kritik¹³⁷⁹ konnte sich in der Praxis nicht durchsetzen.

Heute ist der erweiterte Schutz der bekannten geschäftlichen Bezeichnung in § 15 Abs. 3 MarkenG gesetzlich festgeschrieben. Die Regelung entspricht dem Schutz bekannter Marken nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG und ist ihr nachgebildet (hierzu unten S. 225 f.).

Anders als der Schutz der bekannten Marke hat der Schutz des bekannten Unternehmenskennzeichens in der Praxis keine große Bedeutung. Das liegt weniger an einem fehlenden praktischen Bedürfnis an einem Schutz des bekannten Unternehmenskennzeichens als

¹³⁷² *RG*, GRUR 1951, 332 (333) – Koh-i-noor; *BGH*, GRUR 1955, 299 (302) – Koma; *Ulmer/Reimer*, Rn. 202.

¹³⁷³ *BGH*, GRUR 1955, 299 (302) – Koma; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 81, § 14, Rn. 22; *Kohl*, S. 9 ff.; *Schapira*, S. 59 f.; *Ulmer/Reimer*, Rn. 203.

¹³⁷⁴ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 22 f.

¹³⁷⁵ Zusammenfassend zur Entwicklungsgeschichte *Elsaesser*, S. 31 ff.; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 2 ff.; *Münch*, S. 75 ff.; *Sack*, RIW 1985, 597 (610); *ders.*, GRUR 1995, 81 (84 f.); *Sattler*, S. 213 ff.

¹³⁷⁶ So *RGZ* 111, 192 (197) – Goldina; *RGZ* 115, 401 (410 f.) – Salamander II *BGH*, GRUR 1956, 172 (177) – Magirus und wieder *BGH*, GRUR 1985, 550 (552) – Dimple; *BGH*, GRUR 1991, 465 (466) – Salomon.

¹³⁷⁷ *BGH*, GRUR 1958, 233 (234 f.) – mit dem feinen Whipp.

¹³⁷⁸ *BGH*, GRUR 1959, 182 (186) – Quick.

¹³⁷⁹ Z. B. *Kohl*, S. 98 ff.

vielmehr am unterschiedlichen Anwendungsbereich des marken- und kennzeichenrechtlichen Bekanntheitsschutzes. Häufig bedarf es des erweiterten Schutzes des bekannten Unternehmenskennzeichens gar nicht, weil viele Fallkonstellationen, die typischerweise unter § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG fallen, beim Schutz der Unternehmenskennzeichen bereits über den flexiblen Begriff der Branchennähe und das weite Verständnis der Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne vom Tatbestand des § 15 Abs. 2 MarkenG erfasst werden können.¹³⁸⁰ Dies liegt maßgeblich daran, dass eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne bereits bei einer Lizenzvermutung besteht (näher dazu oben S. 205 f.).¹³⁸¹ Auf eine objektive Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen kommt es deshalb anders als bei Marken nicht an. Entscheidend ist die Verkehrserwartung, dass über bestimmte Branchengrenzen hinweg Lizenzen vergeben werden. Deshalb ist eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne bejaht worden bei der Verwendung des Unternehmenskennzeichens eines Whiskyherstellers als Marke für Parfüm, obwohl es sich hier um gänzlich unähnliche Waren handelte.¹³⁸²

Bei Marken ist ein Rückgriff auf den strukturell ähnlichen § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG in vergleichbaren Fallkonstellationen wegen des Tatbestandsmerkmals der Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit dagegen kaum möglich. Bei der Beurteilung der Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen sind alle erheblichen Faktoren zu berücksichtigen, die das Verhältnis zwischen den Waren kennzeichnen. Hierzu gehören insbesondere die Art der Waren, ihr Verwendungszweck, ihre Nutzung sowie die Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Waren oder Dienstleistungen.¹³⁸³ In die Beurteilung einzubeziehen ist vor allem, ob die Waren regelmäßig von denselben Unternehmen oder unter ihrer Kontrolle hergestellt oder erbracht werden oder ob sie beim Vertrieb Berührungspunkte aufweisen.¹³⁸⁴ Der entscheidende Unterschied zum flexiblen Begriff der Branchennähe bei Unternehmenskennzeichen ist, dass bei Marken eine gängige Lizenzierungspraxis keinen Einfluss auf die Waren- oder Dienstleistungsähnlichkeit hat.¹³⁸⁵ Nach objektiven Maßstäben werden unähnliche Waren oder Dienstleistungen also nicht dadurch

¹³⁸⁰ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 20; *ders.*, MarkenR 2018, 347 (355); *Ingerl/Rohnke*, § 15 MarkenG, Rn. 119.

¹³⁸¹ *Goldmann*, MarkenR 2018, 347 (354 f.).

¹³⁸² *BGH*, GRUR 1966, 267 (269) – White Horse; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 594, § 14, Rn. 3; *ders.*, MarkenR 2018, 347 (355).

¹³⁸³ *EuGH*, GRUR 1998, 922 (923), Tz. 22 ff. – Canon; *BGH*, GRUR 1999, 245 f. – LIBERO; *BGH*, GRUR 2004, 594 (596) – Ferrari-Pferd; *BGH*, GRUR 2007, 1066 (1068), Tz. 23 – Kinderzeit; *BGH*, GRUR 2014, 1101 (1104), Tz. 40 – Gelbe Wörterbücher.

¹³⁸⁴ *BGH*, GRUR 2003, 428 (432) – BIG BERTHA; *BGH*, GRUR 2012, 1145 (1148), Tz. 34 – Pelikan.

¹³⁸⁵ *Goldmann*, MarkenR 2018, 347 (355).

zu ähnlichen Waren oder Dienstleistungen i.S.d. § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, dass in der Praxis Markenlizenzen erteilt werden.¹³⁸⁶ Deshalb muss bei Marken wesentlich häufiger auf den erweiterten Schutz zurückgegriffen werden, als bei Unternehmenskennzeichen, bei denen in solchen Fällen auf der Grundlage einer Lizenzvermutung eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne besteht.¹³⁸⁷

2. Der erweiterte Schutz als subsidiär gegenüber der Verwechslungsgefahr

Noch nicht abschließend geklärt ist, in welchem Verhältnis die Tatbestände des § 15 Abs. 2 MarkenG und § 15 Abs. 3 MarkenG zueinanderstehen. Unter Hinweis auf die *Davidoff*-Entscheidung des EuGH¹³⁸⁸ zur erhöhten Schutzbedürftigkeit bekannter Marken wird teilweise in der obergerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur argumentiert, es solle für die Anwendbarkeit des erweiterten Schutzes bekannter Unternehmenskennzeichen nicht darauf ankommen, ob bereits eine Gefahr der Verwechslung der sich gegenüberstehenden Zeichen bestehe oder nicht. Der Anwendungsbereich des Bekanntheitsschutzes ist nach dieser Ansicht auch bei festgestellter Verwechslungsgefahr eröffnet¹³⁸⁹ oder jedenfalls dann, wenn sich die Verwechslungsgefahr nicht feststellen lässt.¹³⁹⁰ Die Argumentation scheint zunächst überzeugend, wird doch das besonders schutzwürdige bekannte Kennzeichen „erst recht“ in den Fällen geschützt, in denen zusätzlich die Gefahr der Verwechslung mit einem jüngeren Zeichen besteht. Wenn schon dem Inhaber einer geschäftlichen Bezeichnung Schutz nach § 15 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG bei Verwechslungsgefahr gewährt wird, muss der bekannten geschäftlichen Bezeichnung in einem solchen Fall *a minori ad maius* Schutz nach § 15 Abs. 3 MarkenG zustehen.

Ein solches Verständnis setzt sich aber über den eindeutigen Wortlaut des § 15 Abs. 3 MarkenG hinweg, der den Verwechslungsschutz und den erweiterten Schutz alternativ nebeneinander stellt („[...] wenn keine Gefahr von Verwechslungen im Sinne des Absatzes 2 besteht [...]“).¹³⁹¹ Es besteht auch kein Bedürfnis, den klaren Wortlaut zugunsten einer weiteren Anspruchsalternative zu ignorieren. Denn Unternehmenskennzeichen werden nach § 15 Abs. 2 MarkenG ausreichend gegen die Gefahr einer Verwechslung mit einem anderen Zeichen geschützt. Wenn aber ohnehin eine Verwechslungsgefahr besteht, so braucht

¹³⁸⁶ BGH, GRUR 2006, 941 (942), Tz. 12 – TOSCA BLU.

¹³⁸⁷ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 47 ff. und § 14, Rn. 20 f.; Ingerl/Rohnke, § 15 MarkenG, Rn. 119.

¹³⁸⁸ EuGH, GRUR 2003, 240 (242), Tz. 26 – Davidoff/Gofkid.

¹³⁸⁹ OLG Hamburg, NJOZ 2007, 5765 (5771) – Metro Ethernet; Büscher, in: FS Ullmann, S. 129 (153); Büscher/Dittmer/Schiwy/Büscher, § 15 MarkenG, Rn. 86.

¹³⁹⁰ Hildebrandt, § 18, Rn. 19.

¹³⁹¹ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 18; im Ergebnis ebenso Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 15 MarkenG, Rn. 71; Ingerl/Rohnke, § 15 MarkenG, Rn. 124.

der erweiterte Schutz nicht mehr geprüft zu werden. Daher besteht auch keine Lücke im Schutz für das bekannte Unternehmenskennzeichen und damit auch kein Raum für eine Anwendung von § 15 Abs. 3 MarkenG. Eine besonders große praktische Bedeutung dürfte diese Streitfrage in der Praxis ohnehin nicht haben.

II. Voraussetzungen des erweiterten Schutzes

1. Orientierung an der Regelung des erweiterten Schutzes bekannter Marken

Der Schutz des bekannten Unternehmenszeichens nach § 15 Abs. 3 MarkenG ist dem der bekannten Marke nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG nachgebildet.¹³⁹² Es erschien dem Gesetzgeber nicht gerechtfertigt, bekannten geschäftlichen Bezeichnungen, die häufig auch als Marke eingetragen sind oder markenrechtlichen Schutz infolge ihrer Verkehrsgeltung genießen, einen solchen erweiterten Schutzzumfang nicht ausdrücklich zu gewähren und ihre Inhaber stattdessen auf sonstige Ansprüche aus § 1 UWG von 1909 oder aus § 12 BGB zu verweisen. Er wollte deshalb den bekannten geschäftlichen Bezeichnungen „in gleicher Weise“ wie bekannten Marken einen erweiterten Schutz zukommen lassen.¹³⁹³ Das ermöglicht bzw. erzwingt¹³⁹⁴ eine möglichst gleichförmige Anwendung und Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG einerseits und § 15 Abs. 3 MarkenG andererseits.¹³⁹⁵

§ 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG stellt kein autonomes deutsches Recht dar. Die Vorschrift dient der Umsetzung des Art. 5 Abs. 2 MarkenRL 89/104/EWG, der den Mitgliedstaaten anheimstellte, einen derartigen erweiterten Schutz bekannter Marken einzuführen oder nicht. Der deutsche Gesetzgeber hat von dieser Option Gebrauch gemacht.¹³⁹⁶ Deshalb besteht hier ein Zwang zur richtlinienkonformen Interpretation.¹³⁹⁷ Das Recht der geschäftlichen Bezeichnungen ist nicht harmonisiert.¹³⁹⁸ Ein unionsrechtlicher Zwang zur richtlinienkonformen Interpretation ist deshalb bei der Auslegung des § 15 Abs. 3 MarkenG nicht gegeben. Daran hat sich durch die MarkenRL (EU) 2015/2436, die in Art. 10 Abs. 2 lit. c einen erweiterten Schutz bekannter Marken nunmehr zwingend vorschreibt, nichts geändert. Weil

¹³⁹² Amtliche Begründung zum MarkenG (BT-Drucks. 12/6581, S. 76).

¹³⁹³ Amtliche Begründung zum MarkenG (BT-Drucks. 12/6581, S. 76); *Ingerl/Rohnke*, § 15 MarkenG, Rn. 118; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 25.

¹³⁹⁴ *Ingerl/Rohnke*, § 15 MarkenG, Rn. 118.

¹³⁹⁵ *Sosnitza*, Markenrecht, § 18, Rn. 17.

¹³⁹⁶ Amtliche Begründung zum MarkenG (BT-Drucks. 12/6581, S. 74).

¹³⁹⁷ *EuGH*, GRUR 2004, 58 (59), Tz. 20 – adidas/Fitnessworld; *Büscher*, in: FS Ullmann, S. 129 (153); *Ingerl/Rohnke*, § 14 MarkenG, Rn. 1245, 1248.

¹³⁹⁸ *BGH*, GRUR 2009, 500 (502), Tz. 52 – Beta Layout; *BGH*, GRUR 2011, 623 (628), Tz. 58 – Peek & Cloppenburg II; *BGH*, GRUR 2013, 1150 (1153), Tz. 41 – Baumann I; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 1, Rn. 25.

aber der deutsche Gesetzgeber den erweiterten Schutz der bekannten geschäftlichen Bezeichnung „in gleicher Weise“ regeln wollte und „dieselben“ Kriterien gelten sollten,¹³⁹⁹ muss dieser Schutz ebenso gehandhabt werden wie der erweiterte Schutz bekannter Marken gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG.¹⁴⁰⁰ Weil diese Vorschrift wiederum richtlinienkonform interpretiert werden muss, ergibt sich mittelbar mit Rücksicht auf die Systematik und den erklärten Willen des Gesetzgebers eine Notwendigkeit, § 15 Abs. 3 MarkenG im Lichte des Art. 5 Abs. 2 MarkenRL 89/104/EWG und künftig des Art. 10 Abs. 2 lit. c e MarkenRL (EU) 2015/2436 auszulegen. Für die wesentlichen Begriffe und Rechtsfiguren kann und muss deshalb auch beim Schutz des bekannten Unternehmenskennzeichens auf die Rechtsprechung des EuGH zum Schutz der bekannten eingetragenen Marke zurückgegriffen werden.

2. Die Voraussetzungen im Einzelnen

a) Bekanntheit des geschützten Unternehmenskennzeichens

Für den erweiterten Schutz ist die „Bekanntheit“ des Unternehmenskennzeichens von erheblicher Bedeutung. Der Tatbestand des § 15 Abs. 3 MarkenG nennt keine Kriterien, wie die Bekanntheit des Kennzeichens zu ermitteln ist. Für die Marke hat der EuGH Maßstäbe aufgestellt, um den Bekanntheitsgrad einer Marke zu beurteilen. In der *Chevy*-Entscheidung stellt er klar, dass die Bekanntheit einer Marke nicht generell und abstrakt definiert werden kann, sondern in einer Gesamtschau einer ganzen Reihe von Kriterien, wie etwa der Marktanteil der mit Marke versehenen Produkte, die Intensität der Werbung, die geografische Ausdehnung, die Dauer der Benutzung der Marke und die Werbe- und Vertriebsinvestition heranzuziehen sind.¹⁴⁰¹ Der BGH vermeidet daher die Festlegung auf einen bestimmten Prozentsatz, sondern spricht nur von einer „bestimmten Bekanntheitsschwelle“, die dann erreicht sei, „wenn die ältere Marke einem bedeutenden Teil des Publikums bekannt ist, das von den durch die Marke erfassten Waren oder Dienstleistungen betroffen ist.“¹⁴⁰²

¹³⁹⁹ Amtliche Begründung zum MarkenG (BT-Drucks. 12/6581, S. 76).

¹⁴⁰⁰ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 25 ff.; v. *Schultz/Gruber*, § 15 MarkenG, Rn. 29.

¹⁴⁰¹ *EuGH*, GRUR Int. 2000, 73 (75), Tz. 27 – *Chevy*.

¹⁴⁰² *BGH*, GRUR 2002, 340 (341) – *Fabergé* unter ausdrücklicher Bezugnahme auf *EuGH*, GRUR Int. 2000, 73 (75), Tz. 27 – *Chevy*.

Einigkeit besteht, dass diese für die Marke aufgestellten Beurteilungskriterien auch für die Ermittlung der Bekanntheit von Unternehmenskennzeichen herangezogen werden können.¹⁴⁰³ Auf der Grundlage der EuGH-Rechtsprechung verbietet es sich daher, starre Quoten zu ermitteln und festzuschreiben, die mindestens vorliegen müssen, um von einer Bekanntheit des Unternehmenskennzeichens auszugehen.¹⁴⁰⁴ § 15 Abs. 3 MarkenG setzt aber voraus, dass das Unternehmenskennzeichen gerade in seiner Funktion als Unternehmenskennzeichen Bekanntheit genießt, während eine Bekanntheit nur als Marke nicht ausreicht.¹⁴⁰⁵ Zu Recht und mit gewichtigen Argumenten schlägt *Goldmann* als Untergrenze für ein bekanntes Unternehmenskennzeichen einen Zuordnungsgrad von nicht unter 20% bis 25 % vor. Bekanntheitsschutz bedeute Schutz der unternehmerischen Leistung, die unter und mit dem Zeichen erbracht wurde. Das Kennzeichenrecht kennt einen vergleichbaren Schutz der unternehmerischen Leistung, indem es den durch Verkehrsgeltung erlangten kennzeichenrechtlichen Besitzstand schützt (vgl. oben S. 102 ff.). Für das bekannte Unternehmenskennzeichen kann daher ebenfalls der für die Verkehrsgeltung verlangte Zuordnungsgrad von 20% bis 25% (vgl. oben S. 107) als Mindestprozentsatz gelten.¹⁴⁰⁶

Die Vorstellungen, die die beteiligten Verkehrskreise von der geschäftlichen Bezeichnung überhaupt und ihrer Zuordnung zu einem Unternehmen haben, müssen hinreichend konkret sein. Es genügt nicht, wenn das Kennzeichen als solches dem Verkehr überhaupt bekannt ist. Dieser sog. Bekanntheitsgrad ist notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung eines erweiterten Kennzeichenschutzes.¹⁴⁰⁷ Bekanntheitsschutz bedeutet die Anerkennung und den Schutz der individuellen Werbeleistung des Zeicheninhabers und setzt zudem voraus, dass das Kennzeichen als Symbol genau dieses Zeicheninhabers erkannt wird.¹⁴⁰⁸ Nur wenn den beteiligten Verkehrskreisen das Zeichen nicht nur bekannt ist, sondern er es auch dem richtigen Unternehmen zuordnen kann, ist die Anerkennung eines größeren Schutzzumfangs zugunsten des Inhabers des bekannten Unternehmenskennzeichens gerechtfertigt.¹⁴⁰⁹

¹⁴⁰³ *OLG Hamburg*, WRP 2015, 477 (486), Tz. 92 – Anson's/ASOS; *Büscher/Dittmer/Schiwy/Büscher*, § 15 MarkenG, Rn. 83; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 60; v. *Schultz/Gruber*, § 15 MarkenG, Rn. 29; *Kur/v. Bomhard/Albrecht/Thalmaier*, § 15 MarkenG, Rn. 63.

¹⁴⁰⁴ *Ingerl/Rohnke*, § 15 MarkenG, Rn. 118; *Sosnitza*, Markenrecht, § 8, Rn. 87.

¹⁴⁰⁵ *Büscher/Dittmer/Schiwy/Büscher*, § 15 MarkenG, Rn. 83; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 35; *Kur/v. Bomhard/Albrecht/Thalmaier*, § 15 MarkenG, Rn. 63.

¹⁴⁰⁶ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 67.

¹⁴⁰⁷ *Büscher*, in: FS Ullmann, S. 133.

¹⁴⁰⁸ *Büscher*, in: FS Ullmann, S. 129 (135); *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 64.

¹⁴⁰⁹ Eingehend zum Zuordnungsgrad *Büscher*, in: FS Ullmann, S. 129 (134 ff.).

b) Zeichenähnlichkeit

Nach dem Tatbestand des § 15 Abs. 3 MarkenG setzt der Schutz des bekannten Unternehmenskennzeichens die Benutzung eines identischen oder ähnlichen Zeichens durch einen Dritten voraus („[...]“, *so ist es Dritten ferner untersagt, die geschäftliche Bezeichnung oder ein ähnliches Zeichen im geschäftlichen Verkehr zu benutzen, [...]*“). Dem Kennzeichenrecht ist die Zeichenähnlichkeit bereits als Kriterium zur Beurteilung der Verwechslungsgefahr bekannt. Der EuGH geht daher auch davon aus, dass der Begriff der Zeichenähnlichkeit bei der Verwechslungsgefahr gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG und beim erweiterten Schutz der bekannten Marke gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG der gleiche ist.¹⁴¹⁰ Marken, die sich im Rahmen der Prüfung der Verwechslungsgefahr als unähnlich erwiesen haben, sind auch im Rahmen des erweiterten Schutzes nicht ähnlich.¹⁴¹¹ Der BGH hat sich dem angeschlossen.¹⁴¹² Dies gilt auch für den Schutz bekannter Unternehmenskennzeichen.¹⁴¹³

Allerdings lässt der EuGH zugleich einen deutlich geringeren Grad an Zeichenähnlichkeit für den erweiterten Schutz ausreichen als er für die Verwechslungsgefahr verlangt. Es genügt bereits ein Grad an Ähnlichkeit zwischen der bekannten Marke und dem Zeichen, sodass die beteiligten Verkehrskreise das Zeichen und die Marke gedanklich miteinander verknüpfen, ohne dass die Zeichen miteinander verwechselt werden.¹⁴¹⁴ Wiederum gilt beim bekannten Unternehmenskennzeichen dasselbe.¹⁴¹⁵

c) Die gedankliche Verknüpfung

Der EuGH hat mit dem Kriterium der „gedanklichen Verknüpfung“ ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in den erweiterten Schutzes bekannter Marken eingeführt.¹⁴¹⁶ Der

¹⁴¹⁰ Vgl. *EuGH*, GRUR 2010, 1098 (1100), Tz. 68 – Calvin Klein; *EuGH*, GRUR-RR 2016, 147 (149), Tz. 38 f. – El Corte Inglés/The English Cut.

¹⁴¹¹ *EuGH*, GRUR 2010, 1098 (1100), Tz. 68 – Calvin Klein; *EuGH*, GRUR Int. 2011, 500 (505), Tz. 66 – TIMI KINDERJOGHURT.

¹⁴¹² *BGH*, GRUR 2015, 1114 (1115), Tz. 16 – Springender Pudel; *BGH*, GRUR 2015, 1214 (1217), Tz. 34 – Goldbären.

¹⁴¹³ *BGH*, GRUR 2009, 672 (677), Tz. 50 – OSTSEE-POST; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 89.

¹⁴¹⁴ *EuGH*, GRUR 2004, 58 (60), Tz. 29 – adidas/Fitnessworld; *EuGH*, GRUR 2009, 56 (57), Tz. 30 – Intel; *EuGH*, GRUR 2009, 756 (759), Tz. 36 – L'Oréal/Bellure; *EuGH*, GRUR-RR 2016, 147 (149), Tz. 40 f. – El Corte Inglés/The English Cut; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 14 MarkenG, Rn. 351; *Hildebrandt*, § 13, Rn. 14.

¹⁴¹⁵ OLG Hamm, Ur. v. 25.1.2011, Az. 4 U 144/10 – Schnäppchen-Paradies; *LG Hamburg*, WRP 2012, 1312 (1313), Tz. 19 – MEICA/MEKKAFOOD; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 60.

¹⁴¹⁶ *EuGH*, GRUR 2004, 58 (60), Tz. 29 – adidas/Fitnessworld; *EuGH*, GRUR 2009, 56 (57), Tz. 30 f. – Intel.

BGH hat diese Grundsätze übernommen.¹⁴¹⁷ Seit der Entscheidung *Augsburger Puppenkiste* wendet er sie auch auf das bekannte Unternehmenskennzeichen an.¹⁴¹⁸ Dem folgt die Instanzrechtsprechung.¹⁴¹⁹

Beispielhaft benennt der EuGH in der *Intel*-Entscheidung einige Kriterien dafür, wann eine solche gedankliche Verknüpfung vorliegt. Zu berücksichtigen sind dabei alle relevanten Umstände des konkreten Falles.¹⁴²⁰ Hierzu gehören insbesondere der Grad der Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Marken, die Art der Waren und Dienstleistungen, der Bekanntheitsgrad und die Unterscheidungskraft der älteren Marke sowie das Bestehen einer Verwechslungsgefahr für das Publikum und eine etwaige Alleinstellung der älteren Marke.¹⁴²¹

Diese Kriterien bieten Orientierung auch für die gedankliche Verknüpfung beim erweiterten Schutz des bekannten Unternehmenskennzeichens.¹⁴²² Allerdings gelten Besonderheiten. Keine relevanten Kriterien können beim erweiterten Schutz des bekannten Unternehmenskennzeichens das Bestehen von Verwechslungsgefahr und der Grad der Nähe der Branchen der beteiligten Unternehmen sein. Diese Kriterien werden zwar in der *Intel*-Entscheidung des EuGH ebenfalls genannt. Sie sind aber auf den Schutz von eingetragenen Marken zugeschnitten und berücksichtigen naturgemäß nicht die Besonderheiten der Systematik des § 15 Abs. 2 und 3 MarkenG. Denn liegt Verwechslungsgefahr vor, ist der erweiterte Schutz des bekannten Zeichens schon gar nicht anwendbar (näher dazu oben S. 224 f.) und eine Verwechslungsgefahr ist gerade dann gegeben, wenn im Rechtssinne Branchennähe besteht.¹⁴²³

d) Erfüllung einer Tatbestandsalternative

Der erweiterte Schutz der bekannten Marke und des bekannten Unternehmenskennzeichens unterscheidet vier Eingriffstatbestände, die nicht immer trennscharf voneinander abgrenzbar sind. Unterschieden wird nach der Wirkung des Eingriffs (Ausnutzung und Be-

¹⁴¹⁷ *BGH*, GRUR 2005, 583 (584) – Lila Postkarte; *BGH*, GRUR 2011, 1043 (1046), Tz. 54 – TÜV II; *BGH*, GRUR 2015, 1214 (1217), Tz. 32 – Goldbären.

¹⁴¹⁸ *BGH*, GRUR 2009, 772 (778), Tz. 76, 71 – Augsburgischer Puppenkiste.

¹⁴¹⁹ *OLG Köln*, GRUR-RR 2011, 459 (461) – DUMONT/Dumont Kölsch; *OLG Hamm*, Urt. v. 25.1.2011, Az. 4 U 144/10 – Schnäppchen-Paradies; *LG Hamburg*, WRP 2012, 1312 (1313), Tz. 19 – MEICA/MEKKAFOOD;

¹⁴²⁰ *EuGH*, GRUR 2004, 58 (60), Tz. 30 – adidas/Fitnessworld; *EuGH*, GRUR 2009, 56 (58), Tz. 41 – Intel.

¹⁴²¹ *EuGH*, GRUR 2009, 56 (57), Tz. 42, 56 – Intel.

¹⁴²² Ausführlich *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 104.

¹⁴²³ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 103.

einträchtigung) und nach dem Objekt des Eingriffs (Unterscheidungskraft und Wertschätzung).¹⁴²⁴ Die nachfolgenden Grundsätze gelten sowohl für den erweiterten Schutz nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG als auch für den Schutz des bekannten Unternehmenskennzeichens nach § 15 Abs. 3 MarkenG.¹⁴²⁵

Die Verletzungstatbestände sind nicht erst dann erfüllt, wenn die Unterscheidungskraft oder der Wertschätzung des älteren Unternehmenskennzeichens tatsächlich und gegenwärtig ausgenutzt oder beeinträchtigt wird. Ausreichend, aber auch erforderlich ist, dass der Inhaber des älteren Zeichens die ernsthafte Gefahr einer Beeinträchtigung seines Zeichens dartut.¹⁴²⁶ Diese Gefahr ist umso größer, je größer die Kennzeichnungskraft und die Wertschätzung des bekannten Unternehmenskennzeichens sind.¹⁴²⁷

(aa) Die Ausnutzung der Wertschätzung („Rufausbeutung“)

Bei der Ausnutzung der Wertschätzung, auch als „Rufausbeutung“¹⁴²⁸ oder – insbesondere in Kombination mit der in aller Regel gleichzeitig auch stattfindenden Ausnutzung der Unterscheidungskraft – als „parasitäres Verhalten“ oder als „Trittbrettfahren“¹⁴²⁹ bezeichnet, wird das besondere Image des bekannten Zeichens auf das ähnliche jüngere Zeichen übertragen.¹⁴³⁰ Damit setzt das jüngere Zeichen auf dem im älteren Zeichen verkörperten Goodwill auf.¹⁴³¹ Im Interesse des eigenen wirtschaftlichen Fortkommens soll das verletzende Zeichen im gleichen, strahlenden Licht sämtlicher positiver Publikumserwartungen glänzen, wie es das bekannte Zeichen tut. Einen solchen Imagetransfer sah die Rechtsprechung in der Verwendung des als „exklusiv“ für Scotch-Whisky bekannten Marke „Dimple“ für Herrenkosmetik¹⁴³² oder der bekannten Brausemarke „Ahoi-Brause“ für T-Shirts, die auch noch heute beim erwachsenen Publikum nostalgische Jugenderinnerungen auslöst.¹⁴³³

Wo ein Imagetransfer nicht möglich ist, kann auch der Ruf des Zeichens nicht ausgebeutet werden und wird die Grenze des Eingriffstatbestands der Rufausbeutung erreicht. Die

¹⁴²⁴ Sosnitza, Markenrecht, § 8, Rn. 93.

¹⁴²⁵ Ingerl/Rohnke, § 15 MarkenG, Rn. 125.

¹⁴²⁶ EuGH, GRUR 2009, 56 (59), Tz. 71 – Intel.

¹⁴²⁷ EuGH, GRUR 2009, 56 (59), Tz. 69 – Intel.

¹⁴²⁸ Büscher/Dittmer/Schiwy/Büscher, § 14 MarkenG, Rn. 539; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 124.

¹⁴²⁹ Vgl. EuGH, GRUR 2009, 756 (760), Tz. 41 – L'Oréal/Bellure.

¹⁴³⁰ OLG Köln, GRUR-RR 2005, 339 (340) – Kleiner Feigling II; EuG, GRUR Int. 2007, 730 (732), Tz. 40 – VIPS; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 138; Ingerl/Rohnke, § 14 MarkenG, Rn. 1385; Sosnitza, Markenrecht, § 8, Rn. 94.

¹⁴³¹ Amtliche Begründung zum MarkenG (BT-Drucks. 12/6581, S. 72).

¹⁴³² Zu § 1 UWG von 1909: BGH, GRUR 1985, 550 (552) – Dimple.

¹⁴³³ OLG Hamburg, GRUR-RR 2005, 258 (216) – Ahoj-Brause.

Nichtübertragbarkeit der Wertschätzung auf ein anderes Zeichen kann auf verschiedenen Gründen beruhen. Meist sind die Waren oder Dienstleistungen bzw. die Branchen der sich gegenüberstehenden Zeichen so weit voneinander entfernt, dass der mit der bekannten Marke verbundene Ruf und die spiegelbildlich dazu bestehende Erwartungshaltung des Publikums für das andere Produkt keine Rolle spielt. Die Exklusivität eines Whiskys mag daher auf Herrenkosmetika übertragbar sein, spielt aber für Reinigungsmittel keine Rolle.¹⁴³⁴ Da das Produkt „*Nougatriegel*“ ebenso weit vom Produkt „*Nassrasierer*“¹⁴³⁵ entfernt ist wie das Geschäftsfeld einer „*Bausparkasse*“ von dem Produkt „*Waschmittel*“, ¹⁴³⁶ wurde die Übertragbarkeit in beiden Fällen abgelehnt.

Ähnlich verhält es sich, wenn die Art und Abnehmerkreise der gekennzeichneten Produkte keine relevante Überschneidung aufweisen. So überschneidet sich nach der Ansicht des BGH die von der bekannten Marke „*Salomon*“ angesprochene Zielgruppe der Skifahrer nicht mit der Zielgruppe „*Raucher*“, die von der für Zigaretten verwendeten Marke „*Salomon*“ angesprochenen werden.¹⁴³⁷ Allerdings ist ein Imagetransfer auch ohne Zielgruppenüberschneidung ebenso möglich¹⁴³⁸, wie der umgekehrte Fall, dass trotz einer Überschneidung in den Zielgruppen das Image des bekannten Zeichens nicht übertragen wird.¹⁴³⁹ Dennoch lässt sich die Regel aufstellen: Je stärker sich die Kreise der Abnehmer, Interessenten und Adressaten der jeweiligen Unternehmen überschneiden, desto eher kommt eine Rufübertragung in Betracht.¹⁴⁴⁰

Ob ein Ruf übertragbar ist, hängt immer auch von den Inhalten ab, die mit dem Ruf verbunden sind und übertragen werden sollen. Wofür steht das Image, ist es konkret genug und ist es für das jüngere Zeichen überhaupt nutzbar sowie von Wert? Der Ruf einer Schnellrestaurantkette als „*schnell, preisgünstig, einheitlich und mit überzeugendem Preis-Leistungs-Verhältnis*“ ist zu allgemein sowie unkonkret und wird von einer Vielzahl von Anbietern angestrebt, als dass dieses Image gerade der bekannten Marke „*McDonald's*“ zugeschrieben und geschützt werden müsse.¹⁴⁴¹ Für das aus den Initialen eines

¹⁴³⁴ BGH, GRUR 1985, 550 (552) – Dimple

¹⁴³⁵ OLG Hamburg, GRUR-RR 2003, 367 (368 f.) – duplo.

¹⁴³⁶ OLG Frankfurt, GRUR 2000, 1063 (1065) – Spee-Fuchs.

¹⁴³⁷ BGH, GRUR 1991, 465 (466 f.) – Salomon; krit. hierzu *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 148 f.

¹⁴³⁸ BGH, GRUR 1983, 247 – Rolls-Royce.

¹⁴³⁹ OLG Frankfurt, GRUR 2000, 1063 (1065) – Spee-Fuchs.

¹⁴⁴⁰ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 231; *Ingerl/Rohnke*, § 14 MarkenG, Rn. 1385.

¹⁴⁴¹ OLG München, GRUR 1996, 63 (65) – McDonald's.

„Börsen-Order-Service-System“ gebildete Zeichen „BOSS“ hat der Werbewert der bekannten Herrenbekleidungs-marke „BOSS“ keinen Nutzen.¹⁴⁴²

(bb) Ausnutzung der Unterscheidungskraft („Aufmerksamkeitsausbeutung“)

Bei der Ausnutzung der Unterscheidungskraft geht es um die Signal- und Sogwirkung des bekannten Zeichens, die zugunsten des jüngeren Zeichens ausgenutzt werden soll. Die Fähigkeit des bekannten Zeichens, beim Publikum ein Bekanntheitsgefühl zu wecken und die sofortige Assoziation mit dem bekannten Zeichen auszulösen,¹⁴⁴³ nutzt das jüngere Zeichen dadurch aus, dass es allein dessen Signalwirkung verwendet.¹⁴⁴⁴ So war es in dem vom OLG Stuttgart zu entscheidenden Fall; in dem die Beklagte Fahrräder mit der bekannten Marke „CARRERA“ kennzeichnete, sei es ihr gerade darum gegangen, „[...] *an der von der bekannten Marke der Kl. ausgehenden Strahlkraft teilzuhaben und die von dieser Marke ausgehende Unterscheidungs- und Anziehungskraft gleichsam als Aufmerksamkeitswerbung zu instrumentalisieren.*“¹⁴⁴⁵

Eine Aufmerksamkeitsausbeutung liegt zudem auch dann vor, wenn das bekannte Zeichen in einem ungewöhnlich anderen Umfeld verwendet wird als es üblicherweise erfolgt. Der BGH spricht von einem Kontrasteffekt, der durch die Verwendung des bekannten Zeichens für andere Waren oder Dienstleistungen oder in den Fällen der Markenparodie ausgenutzt wird.¹⁴⁴⁶ Dieser Kontrasteffekt wurde in der *Mars*-Entscheidung des BGH durch die Verwendung der bekannten Marke „Mars“ auf einem Scherzartikel ebenso parodierend ausgenutzt¹⁴⁴⁷ wie in der *Springender Pudel*-Entscheidung die Darstellung eines springenden Pudels die bekannte springende Raubkatze eines Sportartikelherstellers.¹⁴⁴⁸

Originalität und Kennzeichnungskraft haben Einfluss auf die Signalwirkung des bekannten Zeichens. Das Publikum wird zwangsläufig und eben nicht nur beiläufig eine gedankliche

¹⁴⁴² OLG Frankfurt, GRUR 1995, 154 (155) – BOSS.

¹⁴⁴³ EuGH, GRUR 2009, 56 (57), Tz. 29 – Intel; BGH, GRUR 2002, 622 (625) – shell.de.

¹⁴⁴⁴ OLG Hamburg, GRUR-RR 2010, 382 (383) – IPOD/eiPott; OLG Stuttgart, GRUR-RR 2007, 313 (315) – CARRERA (Verwendung der Sportwagenmarke „CARRERA“ für Fahrräder).

¹⁴⁴⁵ OLG Stuttgart, GRUR-RR 2007, 313 (315) – CARRERA.

¹⁴⁴⁶ Sack, GRUR 1995, 81 (83); Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 178.

¹⁴⁴⁷ BGH, GRUR 1994, 808 (811) – Markenverunglimpfung I.

¹⁴⁴⁸ BGH, GRUR 2015, 114 (118), Tz. 37 f. – Springender Pudel.

Verbindung mit dem bekannten Zeichen herstellen, je origineller und kennzeichnungskräftiger es ist.¹⁴⁴⁹ Enthält das bekannte Zeichen beschreibende Elemente, ist seine Signalwirkung geschwächt, weil das Publikum nicht allein, sondern nur beiläufig Assoziationen mit dem bekannten Zeichen herstellt.¹⁴⁵⁰ Der beschreibende Gehalt, der in dem bekannten Zeichen des Versandhauses „Quelle“ enthalten war, schwächte dessen Signalwirkung und verhinderte, dass sich das bekannte Zeichen „Quelle“ gegen die Bezeichnung „Getränke – Quelle“ eines Getränkemarktes durchsetzen konnte.¹⁴⁵¹

(cc) Beeinträchtigung der Wertschätzung („Rufbeeinträchtigung“)

Wie schon beim Ausnutzungstatbestand geht es auch bei der Rufbeeinträchtigung um die besondere Wertschätzung, die mit dem bekannten Zeichen verbunden ist. Der Begriff der Wertschätzung ist in beiden Tatbeständen identisch.¹⁴⁵² Anders als bei der Ausnutzung geht es hier aber nicht darum, dass sich das jüngere Zeichen den guten Ruf des bekannten Zeichens im Sinne eines Imagetransfers zu eigen macht, sondern um eine Beeinträchtigung der mit der Wertschätzung verbundenen Anziehungskraft.¹⁴⁵³

Davon ist insbesondere auszugehen, wenn das bekannte Zeichen für minderwertige Waren oder Dienstleistungen¹⁴⁵⁴ oder für einwandfreie Produkte, die aber im Widerspruch zum Image des bekannten Zeichens stehen,¹⁴⁵⁵ verwendet wird. Auch die Verwendung des Zeichens durch ein Unternehmen mit einem schlechten Ruf¹⁴⁵⁶ oder in einem zur Herabsetzung geeigneten Kontext¹⁴⁵⁷ kann die den bekannten Unternehmenskennzeichen entgegengebrachte Wertschätzung beeinträchtigen.

(dd) Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft („Verwässerung“)

Ausgangspunkt für das heutige Verständnis vom Tatbestand der Verwässerung ist die *Intel*-Entscheidung des EuGH zur bekannten Marke.¹⁴⁵⁸ Hiernach liegt eine Beeinträchtigung der

¹⁴⁴⁹ Vgl. *BGH*, GRUR 1991, 465 (467) – Salomon; *EuGH*, GRUR 2009, 56 (59), Tz. 74 – Intel: „Je mehr jedoch die ältere Marke einen einmaligen Charakter aufweist, desto mehr ist die Benutzung einer identischen oder ähnlichen jüngeren Marke geeignet, die Unterscheidungskraft der älteren Marke zu beeinträchtigen.“

¹⁴⁵⁰ *OLG Hamburg*, GRUR-RR 2003, 367 (369) – duplo.

¹⁴⁵¹ *BGH*, GRUR 1990, 37 (39) – Quelle.

¹⁴⁵² *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 191.

¹⁴⁵³ Vgl. *EuGH*, GRUR 2009, 756 (760), Tz. 40 – L'Oréal/Bellure.

¹⁴⁵⁴ Verwendung der Marke „Yves Roche“ für alkoholhaltiges Billiggetränk: *OLG Hamburg*, GRUR 1999, 339 (341) – Yves Roche.

¹⁴⁵⁵ Verwendung des bekannten Unternehmenskennzeichens „McDonald's“ für Tierfutter: *BGH*, GRUR 1991, 161 (163) – MAC Dog.

¹⁴⁵⁶ Verwendung der bekannten Marke „Peugeot“ für irreführendes und auf Täuschung angelegtes Gewinnspiel: *OLG Karlsruhe*, GRUR 1999, 353 (354) – Peugeot.

¹⁴⁵⁷ Mit „Deutsche Pest“ beschrifteter, gelblackierter LKW eines Messebauers: *LG Hamburg*, GRUR 2000, 514.

¹⁴⁵⁸ *EuGH*, GRUR 2009, 56 (60), Tz. 76 ff. – Intel.

Unterscheidungskraft einer bekannten Marke dann vor, „[...] wenn die Eignung dieser Marke, die Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist und benutzt wird, als vom Inhaber dieser Marke stammend zu identifizieren, deshalb geschwächt worden ist, weil die Benutzung der jüngeren Marke zur Auflösung der Identität der älteren Marke und ihrer Bekanntheit beim Publikum führt“.¹⁴⁵⁹ Folge der so verstandenen Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft muss nach der Rechtsprechung des EuGH sein, dass „[...] sich das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers der Waren oder Dienstleistungen, für die die ältere Marke eingetragen ist, in Folge der Benutzung der jüngeren Marke geändert hat oder dass die ernsthafte Gefahr einer künftigen Änderung dieses Verhaltens besteht“.¹⁴⁶⁰ *Goldmann* hat auf den unklaren und unvollständigen Wortlaut der deutschen Sprachfassung dieses Urteils hingewiesen und plausibel dargelegt, dass bei richtigem Verständnis des Urteils die Verwässerung des Zeichens als „Herabsetzung ihres Werbewertes und ihrer Werbekraft durch die Zersplitterung der psychologischen Markenwirkung“ zu verstehen ist.¹⁴⁶¹ Es geht also um den Wiedererkennungswert des Zeichens und dessen Wirkung auf das Publikum als Kundensammler, dessen Schutz der Verwässerungstatbestand bezweckt.¹⁴⁶² Kern des Verletzungstatbestandes der Verwässerung ist der Schutz dieser „magnetischen“ Wirkung des bekannten Zeichens auf das Publikum, nicht aber die Verteidigung des angestammten „Kunden-Reviers“. In diesem Sinn kann Gefahr für das bekannte Zeichen durch seine Verwendung in einer anderen Branche,¹⁴⁶³ für ganz andere Produkte¹⁴⁶⁴ oder durch seine Verwendung als Typenbezeichnung¹⁴⁶⁵ drohen.

Der objektive Nachweis für die Gefahr einer so verstandenen Zersplitterung der psychologischen Markenwirkung obliegt dem Inhaber des bekannten Kennzeichens. Er muss nicht nur theoretisch, sondern konkret und greifbar dartun, dass durch die Nutzung des jüngeren Zeichens der Werbewert sowie die Attraktivität seines Kennzeichens und letztlich auch das Nachfrageverhalten des Publikums beeinträchtigt zu werden droht.¹⁴⁶⁶ Dass das bekannte Zeichen eine Alleinstellung hat, ist nicht notwendig, erhöht aber die Gefahr einer Beeinträchtigung des Werbewertes.¹⁴⁶⁷ Beeinflussende Faktoren sind zudem die Bekanntheit

¹⁴⁵⁹ *EuGH*, GRUR 2009, 56 (60), Tz. 76 – Intel.

¹⁴⁶⁰ *EuGH*, GRUR 2009, 56 (60), Tz. 77 – Intel.

¹⁴⁶¹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 209 f., 211.

¹⁴⁶² *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 214 m.w.N. auch zum früheren Recht.

¹⁴⁶³ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 213.

¹⁴⁶⁴ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 211.

¹⁴⁶⁵ *Callmann*, § 16 UWG, Rn. 122; *BGH*, GRUR 1991, 609 (612) – SL.

¹⁴⁶⁶ Vgl. *OLG Köln*, GRUR-RR 2005, 339 (341) – Kleiner Feigling II; *Ingerl/Rohnke*, § 14 MarkenG, Rn. 1370; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 223.

¹⁴⁶⁷ *EuGH*, GRUR 2009, 56 (60), Tz. 74 – Intel.

und Kennzeichnungskraft des bekannten Zeichens,¹⁴⁶⁸ die Ähnlichkeit der Zeichen,¹⁴⁶⁹ Umfang und Dauer der Nutzung des jüngeren Zeichens,¹⁴⁷⁰ die Branchennähe und der Abnehmerkreis.¹⁴⁷¹

e) Unlauterkeit

(aa) Indizwirkung der Tatbestandserfüllung für die Unlauterkeit

Der Wortlaut des § 15 Abs. 3 MarkenG setzt voraus, dass die Beeinträchtigung des bekannten Zeichens „ohne rechtfertigenden Grund und in unlauterer Weise“ erfolgt. Der EuGH legt das Tatbestandsmerkmal einheitlich als „unlautere Beeinträchtigung“ bzw. „unlautere Ausnutzung“ aus.¹⁴⁷² Nach der europäischen und deutschen Rechtsprechung ist die Unlauterkeit durch die Erfüllung einer Tatbestandsalternative indiziert, soweit nicht ein Rechtfertigungsgrund nachgewiesen wird.¹⁴⁷³ Damit wird eine umfassende Interessenabwägung notwendig.¹⁴⁷⁴ Diese kann im Einzelfall einen Interessenüberhang beim Nutzer des bekannten Zeichens ergeben, sodass seine Zeichennutzung nicht unlauter ist.

(bb) Mögliche Rechtfertigungsgründe

(1) Vergleichende Werbung

Gerechtfertigt ist die Verwendung der bekanntes Zeichen im Rahmen einer zulässigen vergleichenden Werbung im Sinne von § 6 UWG.¹⁴⁷⁵ Der Hinweis auf die Marke der in den Vergleich einbezogenen Produkte ist für eine Unterscheidung der verglichenen Erzeugnisse sowie einen wirksamen Wettbewerb auf dem in Rede stehenden Markt erforderlich und begründet für sich genommen keine unlautere Ausnutzung oder Beeinträchtigung des guten Rufs der fremden Markenartikel.¹⁴⁷⁶ Zu Recht sah es daher der EuGH als ebenfalls gerechtfertigt an, wenn ein bekanntes Zeichens – in diesem Fall „*Interflora*“ – im Rahmen einer AdWord-Werbung verwendet wird, weil nur so Alternativen zum bekannten Zeichen „*Interflora*“ vorgeschlagen werden können.¹⁴⁷⁷ Hier ist die Verwendung des bekannten Zeichens ähnlich wie bei der vergleichenden Werbung eine Maßnahme, die gegenüber dem

¹⁴⁶⁸ OLG Frankfurt, GRUR 2000, 1063 (1064) – Spee-Fuchs.

¹⁴⁶⁹ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 233.

¹⁴⁷⁰ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 228 m.w.N.

¹⁴⁷¹ BGH, GRUR 2001, 507 (509) – EVIAN/REVIAN; Ingerl/Rohnke, § 14 MarkenG, Rn. 1371; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 231.

¹⁴⁷² EuGH, GRUR 2009, 56 (58), Tz. 39 – Intel; Ingerl/Rohnke, § 14 MarkenG, Rn. 1280, 1359.

¹⁴⁷³ EuGH, GRUR 2014, 280 (282), Tz. 44 – Red Bull; BGH, GRUR 2011, 1043 (1047), Tz. 68 – TÜV II.

¹⁴⁷⁴ Vgl. EuGH, GRUR 2014, 280 (282), Tz. 45 f. – Red Bull; BGH, GRUR 2011, 1043 (1047), Tz. 65 – TÜV II.

¹⁴⁷⁵ EuGH, GRUR 2006, 345 (346), Tz. 15 – Siemens/VIPA.

¹⁴⁷⁶ BGH, GRUR 2010, 161 (165 f.), Tz. 32 – Gib mal Zeitung.

¹⁴⁷⁷ EuGH, GRUR 2011, 1124 (1131), Tz. 91 – Interflora.

Verbraucher Markttransparenz schafft und die den geschützten Funktionen der gewerblichen Kennzeichenrechte nicht zuwider läuft.

(2) Unvermeidbarkeit der Tatbestandserfüllung

Die Nachbildung des bekannten Zeichens durch Modellautos stellt zwar eine Rufausbeutung dar, allerdings ist sie gerechtfertigt, denn nur so kann die Realität wirklichkeitsgetreu abgebildet werden. Die Rechtfertigung folgt hier also aus der Unvermeidbarkeit und Beiläufigkeit der Tatbestandserfüllung.¹⁴⁷⁸

Damit vergleichbar ist es, wenn eine Tätigkeit anders als durch die Verwendung des bekannten Zeichens nicht sinnvoll erbracht werden kann. Es ist ein berechtigtes Interesse einer Bank bei der Ausgabe eigener Wertpapiere auf das bekannte Zeichen „DAX“ als Hinweis auf die Berechnungsmethode der eigenen Wertpapiere hinzuweisen.¹⁴⁷⁹ Die Bank kann ihr Geschäftsmodell nur sinnvoll ausführen, wenn sie ihre Wertpapiere unter Bezugnahme auf das bekannte Zeichen anbieten kann. Die Nutzung eines bekannten Zeichens in Ausführung eines gebilligten Geschäftsmodells kann also gerechtfertigt sein.¹⁴⁸⁰

(3) Grundrechte

Die vorstehenden Rechtfertigungen basieren im Kern auf spezifischen kennzeichenrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Erwägungen. Große praktische Bedeutung haben darüber hinaus die auf Grundrechten basierenden Rechtfertigungsgründe. Hier findet eine Abwägung der betroffenen Grundrechte mit dem Eigentumsgrundrecht gemäß Art. 14 GG statt, denn das Unternehmenskennzeichen ist Eigentum i.S.d. Bestimmung und verfassungsrechtlich ebenfalls geschützt.¹⁴⁸¹ Eine Markenparodie kann durch das Grundrecht der Kunstfreiheit gerechtfertigt sein, wenn die Zeichenbenutzung für sich in Anspruch nehmen kann, „Kunst“ im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG zu sein. Kunst, verstanden als eine „freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu mittelbarer Anschauung gebracht werden“,¹⁴⁸² kann somit eine lila Postkarte sein, die in unverkennbarer Anspielung an den Lyriker *Rainer Maria Rilke* (1875-1926) den fiktiven Dichter „*Rainer Maria Milka*“ mit einem Nonsens-Gedicht zitiert. Der BGH sah die Aufmerksamkeitsausbeutung als vom Grundrecht der Kunstfreiheit gedeckt, weil in der Postkarte „[...] die Eindrücke des Künstlers von

¹⁴⁷⁸ BGH, GRUR 2010, 726 (729), Tz. 39 f. – Opel-Blitz II.

¹⁴⁷⁹ Vgl. BGH, GRUR 2009, 1162 (1164), Tz. 31 – DAX.

¹⁴⁸⁰ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 14, Rn. 244 ff.

¹⁴⁸¹ BVerfG, GRUR 2005, 261 – ad-acta.de; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 2, Rn. 97.

¹⁴⁸² BVerfGE 30, 173 (188 f.) – Mephisto.

den Marken der KI. und deren Werbung mit der Herausstellung der Abbildung von Kühen humorvoll-satirisch aufgegriffen werden.“¹⁴⁸³ Dass mit dem Vertrieb der lila Postkarte auch kommerzielle Interesse verbunden sind, ist für den Kunstbegriff unschädlich.¹⁴⁸⁴ Wird auf die bekannte Marke allerdings nur Bezug genommen, um diese herabzusetzen, zu verunglimpfen oder das Produkt überhaupt erst verkäuflich zu machen, tritt die künstlerisch-satirische Auseinandersetzung in aller Regel derart weit in den Hintergrund, dass die Grenzen der Kunstfreiheit überschritten werden und eine Rechtfertigung nicht in Betracht kommt.¹⁴⁸⁵

Die Verwendung eines bekannten Zeichens kann durch das Grundrecht der Meinungs- und Pressefreiheit i.S. von Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt sein. Als „*Meinung*“ muss die Zeichennutzung durch Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens, des Meinens im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung geprägt sein.¹⁴⁸⁶ Dies ist bei der Darstellung eines auf das Emblem eines Jagdschutzverbandes urinierenden Männchens der Fall, weil damit eine klare – wenn auch scharfe und pointierte – Gegnerschaft zur Jagd zum Ausdruck kommt.¹⁴⁸⁷ Art. 5 Abs. 1 GG umfasst auch eine kommerzielle Meinungsäußerung und reine Wirtschaftswerbung.¹⁴⁸⁸ Der Schutzbereich wird aber dann überschritten, wenn es nicht mehr darum geht, eine Meinung zu verbreiten, *sondern nur eine fremde angesehene Marke rein kommerziell zu dem Zweck genutzt, ein sonst nicht verkäufliches eigenes Produkt auf den Markt zu bringen.*¹⁴⁸⁹

D. Überblick über die Rechtsfolgen bei Verletzung

§ 15 MarkenG gewährt dem Inhaber des Unternehmenskennzeichens zur Erhaltung des in dem Kennzeichenrecht liegenden Monopols einen Unterlassungsanspruch (§ 15 Abs. 4 MarkenG) und einen Anspruch auf Ersatz des ihm durch die Kennzeichenverletzung entstandenen Schadens (§ 15 Abs. 5 MarkenG). Zur Beseitigung der durch die Kennzeichenverletzung fortwirkenden Störung kann der Rechtsinhaber die Löschung der Firma verlangen. Hinzu kommt ein Anspruch auf Löschung einer rechtsverletzenden Marke gemäß § 12 MarkenG, wenn wegen der Verletzung des Unternehmenskennzeichens ein bundes-

¹⁴⁸³ BGH, GRUR 2005, 583 (584) – Lila-Postkarte.

¹⁴⁸⁴ BGH, GRUR 2005, 583 (585) – Lila-Postkarte.

¹⁴⁸⁵ LG Hamburg, BeckRS 2010, 02139 – Hunderasse-Logo; LG Köln, GRUR-RR 2013, 106 (107) – Scheiß RTL.

¹⁴⁸⁶ BVerfG, NJW 1983, 1415 (1416) – NPD Europas.

¹⁴⁸⁷ OLG Köln, NJWE-WettbR 2000, 242 f. – Kampagne gegen die Jagd.

¹⁴⁸⁸ BVerfG, GRUR 1986, 382 (385) – Arztwerbung.

¹⁴⁸⁹ BVerfG, NJW 1994, 3342 (3343) – Mars-Kondom.

weiter Unterlassungsanspruch besteht. § 19 MarkenG verpflichtet zur Auskunft über Herkunft und Vertriebsweg der widerrechtlich gekennzeichneten Waren. Daneben besteht noch der allgemeine, bereicherungsrechtliche Herausgabeanspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB.

Auf die flankierenden Ansprüche auf die Vernichtung, den Rückruf und die Entfernung der widerrechtlich gekennzeichneten Waren nach § 18 MarkenG und die Urteilsbekanntmachung nach § 19c MarkenG sowie die Vorlage von Urkunden und Besichtigung von Sachen (§ 19a MarkenG), den Anspruch auf Sicherung gemäß § 19b MarkenG sowie die Möglichkeit der Grenzbeschlagnahme nach §§ 146 ff. MarkenG wird hier ebenso nicht näher eingegangen als auf die Straftatbestände der §§ 143 ff. MarkenG.

I. Der Unterlassungsanspruch

1. Allgemeines

Der Unterlassungsanspruch ist der in der Praxis wichtigste Anspruch des Zeicheninhabers. Ist das Unternehmenskennzeichen bereits verletzt worden oder droht erstmalig eine Verletzung, ist der Zeicheninhaber vorrangig daran interessiert, Beeinträchtigungen seines Kennzeichenrechts zu verhindern.¹⁴⁹⁰ Instrument dafür ist der Unterlassungsanspruch. Der Anspruch ist verschuldensunabhängig.¹⁴⁹¹ Er ist stets in die Zukunft gerichtet, hat aber dennoch einen aktuellen Bezug. Der Anspruch besteht nur, wenn die Gefahr einer Wiederholung einer bereits erfolgten Kennzeichenverletzung besteht (§ 15 Abs. 4 S.1 MarkenG) oder gegenwärtig die Gefahr einer erstmaligen Kennzeichenverletzung droht (§ 15 Abs. 4 S. 2 MarkenG).

2. Wiederholungsgefahr

Die gesetzliche Regelung definiert die Wiederholungsgefahr nicht. Nach Rechtsprechung und Lehre ist dann von einer Wiederholungsgefahr auszugehen, wenn die ernsthafte und greifbare Besorgnis besteht, dass es in Zukunft erneut zu derselben oder im Kern gleichartigen Verletzungshandlung kommt.¹⁴⁹² Für die Wiederholungsgefahr spricht eine tatsächliche, aber widerlegbare Vermutung.¹⁴⁹³ Allerdings sind strenge Anforderungen an den Wegfall der Wiederholungsgefahr zu stellen.¹⁴⁹⁴ Beteuerungen und Versprechungen des

¹⁴⁹⁰ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 302.

¹⁴⁹¹ *Ingerl/Rohnke*, Vor §§ 14-19d MarkenG, Rn. 77; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 302; *Teplitzky/Kessen*, Kapitel 5, Rn. 20.

¹⁴⁹² Vgl. *BGH*, GRUR 1996, 781 (783) – Verbrauchsmaterialien; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 313; *Ingerl/Rohnke*, Vor §§ 14-19d MarkenG, Rn. 80.

¹⁴⁹³ *BGH*, GRUR 2009, 1162 (1166), Tz. 64 – DAX; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 14 MarkenG, Rn. 510.

¹⁴⁹⁴ *BGH*, GRUR 1983, 186 – Weit-vor-Winterschluss-Verkauf, *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 317.

Verletzers reichen nicht aus,¹⁴⁹⁵ ebensowenig eine Veränderung der Umstände, solange nicht jede auch entferntere Möglichkeit der Wiederholung ausgeschlossen ist.¹⁴⁹⁶ Gibt der Verletzer gegenüber dem Zeicheninhaber aber eine unwiderrufliche und in angemessener Höhe strafbewehrte Unterlassungserklärung ab, entfällt die Wiederholungsgefahr in der Regel. Allerdings übt nur eine Unterlassungserklärung, die eine angemessene Vertragsstrafe enthält, einen ausreichenden wirtschaftlichen Druck aus, um den Schuldner zur Einhaltung seines Versprechens anzuhalten und widerlegt damit die Vermutung der Wiederholung der Kennzeichenverletzung.¹⁴⁹⁷

3. Erstbegehungsgefahr

Anders als bei der Wiederholungsgefahr fehlt es bei der Erstbegehungsgefahr an einer vorangegangenen Verletzungshandlung. Liegen aber objektiv ernsthafte und konkrete greifbare tatsächliche Anhaltspunkte vor, besteht die Gefahr einer Erstbegehung.¹⁴⁹⁸ Ein solcher Anhaltspunkt kann bereits die Behauptung sein, zur Benutzung des Kollisionszeichens berechtigt zu sein (Berühmung).¹⁴⁹⁹ Auch in der Anmeldung einer Marke beim DPMA sieht die Rechtsprechung einen die Erstbegehungsgefahr begründenden Umstand.¹⁵⁰⁰ Dagegen ist die Anmeldung einer Firma zum Handelsregister nicht erst ein Anhaltspunkt für eine unmittelbar bevorstehende Kennzeichenverletzung, sondern stellt bereits die Vollendung der Kennzeichenverletzung dar und begründet eine Wiederholungsgefahr.¹⁵⁰¹

Ebenso wie die Wiederholungsgefahr kann auch die Erstbegehungsgefahr entfallen. Da aber anders als dort keine Vermutung besteht, dass die Erstbegehungsgefahr fortbesteht, sind an ihren Wegfall weniger strenge Anforderungen zu stellen.¹⁵⁰² Es genügt schon eine Handlung, die der Verletzungshandlung entgegengesetzt ist. Ein solcher *actus contrarius*

¹⁴⁹⁵ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 353.

¹⁴⁹⁶ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 354 m.w.N. und ausführlicher Kasuistik.

¹⁴⁹⁷ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 318.

¹⁴⁹⁸ *BGH*, GRUR 2012, 728 (730), Tz. 25 – Einkauf Aktuell.

¹⁴⁹⁹ *BGH*, GRUR 2011, 1038 (1042), Tz. 44 – Stiftparfüm.

¹⁵⁰⁰ *BGH*, GRUR 2008, 912 (914), Tz. 28 – Metrosex; *BGH*, GRUR 2015, 1201 (1206), Tz. 49 – Sparkassen-Rot/Santander-Rot.

¹⁵⁰¹ *BGH*, GRUR 2008, 912 (914), Tz. 28 – Metrosex; *Ingerl/Rohnke*, § 15 MarkenG, Rn. 36.

¹⁵⁰² *BGH*, GRUR 2008, 912 (914), Tz. 30 – Metrosex; *BGH*, GRUR 2015, 1201 (1207), Tz. 56 – Sparkassen-Rot/Santander-Rot; *Ströbele/Hacker/Thiering/Thiering*, § 14 MarkenG, Rn. 553.

kann schon in der ernstlichen, aber nicht strafbewehrten Erklärung liegen, dass die Verletzungshandlung in der Zukunft nicht mehr vorgenommen wird.¹⁵⁰³ Wird die Erstbegehungsgefahr durch eine Markenmeldung begründet, entfällt sie bei deren Rücknahme oder beim Verzicht auf die Eintragung.¹⁵⁰⁴

4. Reichweite des Unterlassungsanspruchs

Der Unterlassungsanspruch setzt einen bereits begangenen oder erstmalig drohenden Verstoß voraus. Dieser Verstoß, dessen erneute oder erstmalige Begehung verhindert werden soll, bestimmt zugleich seine inhaltliche Reichweite. Der Wortlaut des § 15 Abs. 4 MarkenG gibt nur einen unzureichenden Hinweis auf das zu unterlassene Verhalten. Auf Unterlassung kann in Anspruch genommen werden, wer ein Unternehmenskennzeichen entgegen Abs. 2 (Benutzung eines identischen oder leistungsfähigen Kennzeichens) oder Abs. 3 (Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft oder Wertschätzung eines bekannten Unternehmenskennzeichens) benutzt. Die konkret widerrechtliche Kennzeichenbenutzung bestimmt zugleich die Inhalte und die Reichweite des Unterlassungsanspruchs.¹⁵⁰⁵ Ist das rechtsverletzende jüngere Zeichen ein aus mehreren Zeichenbestandteilen bestehendes Kombinationszeichen, kann daher nur verlangt werden, die Benutzung des Zeichens in seiner Gesamtheit und nicht nur von einzelnen Elementen zu unterlassen, mag auch die Verwechslungsgefahr nur aufgrund eines Bestandteils des Kennzeichens bestehen.¹⁵⁰⁶ Dennoch wird das Zeichen selten in der identischen, stattdessen aber in einer gleichartigen Verletzungsform, verwendet. Der Zeicheninhaber hat daher ein Interesse daran, die widerrechtlich Benutzung des Kollisionszeichens möglichst allgemein untersagen zu lassen. Dem entspricht die Kernbereichslehre. Der Unterlassungsanspruch erstreckt sich nicht nur auf die konkrete Verletzung, sondern auch auf im Kern gleichartige Verletzungshandlungen, in denen das Charakteristische der konkreten Verletzungsform zum Ausdruck kommt.¹⁵⁰⁷

¹⁵⁰³ *BGH*, GRUR 2001, 1174 (1176) – Berühmungsauflage; *BGH*, GRUR 2011, 995 (999), Tz. 31- Besonderer Mechanismus; vgl. auch Ströbele/Hacker/Thiering/Thiering, § 14 MarkenG, Rn. 553.

¹⁵⁰⁴ *BGH*, GRUR 2008, 912 (914), Tz. 30 f. – Metrosex; *BGH*, GRUR 2015, 1201 (1207), Tz. 56 – Sparkassen-Rot/Santander-Rot.

¹⁵⁰⁵ *Ingerl/Rohnke*, Vor §§ 14-19d MarkenG, Rn. 160; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 15 MarkenG, Rn. 9 und § 14 MarkenG, Rn. 462.

¹⁵⁰⁶ *BGH*, GRUR 1997, 468 (470) – NetCom; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 15 MarkenG, Rn. 9 und § 14 MarkenG, Rn. 464; *Ingerl/Rohnke*, Vor §§ 14-19d MarkenG, Rn. 161.

¹⁵⁰⁷ *BGH*, GRUR 2009, 772 (774), Tz 28 f. – Augsburger Puppenkiste; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 419 f.; Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 15 MarkenG, Rn. 9 und § 14 MarkenG, Rn. 614; Teplitzky/Kessen, Kapitel 5, Rn. 7; *Ingerl/Rohnke*, Vor §§ 14-19d MarkenG, Rn. 160.

5. Aktivlegitimation

Gläubiger des Unterlassungsanspruchs ist gemäß § 15 Abs. 4 MarkenG der Zeicheninhaber.¹⁵⁰⁸ Liegt ein schutzwürdiges Interesse vor, ist auch eine Prozessstandschaft möglich.¹⁵⁰⁹

6. Passivlegitimation

a) Täter und Teilnehmer

Schuldner des Unterlassungsanspruchs nach dem Wortlaut des § 15 Abs. 4 MarkenG ist derjenige, der das Unternehmenskennzeichen oder ein ähnliches Zeichen entgegen § 15 Abs. 2 oder Abs. 3 MarkenG benutzt. Die Rechtsprechung bestimmt den Unterlassungsschuldner in erster Linie nach den im Strafrecht entwickelten Grundsätzen der Täterschaft und Teilnahme.¹⁵¹⁰ Schuldner ist damit zunächst der Täter, einschließlich des Mittäters und mittelbaren Täters, der die Verletzungshandlung selbst vornimmt oder durch den eine solche Verletzungshandlung droht.¹⁵¹¹ Auch derjenige, der den Täter zur Haupttat anstiftet oder bei der Tatbegehung bewusst unterstützt, kann nach den Grundsätzen der Teilnehmerhaftung auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wenn die Beteiligung vorsätzlich war.¹⁵¹²

b) Störer

Um auch die Fälle zu erfassen, bei denen es dem Verletzer an einem Beteiligungsvorsatz fehlt, er dennoch an der Herbeiführung oder Aufrechterhaltung einer rechtswidrigen Beeinträchtigung mitgewirkt hat, haben Rechtsprechung und Lehre eine Haftung des sog. Störers entwickelt. Auch derjenige, der weder Täter noch Teilnehmer ist kann Schuldner des Unterlassungsanspruchs sein, wenn er adäquat kausal an der widerrechtlichen Kennzeichenverletzung mitgewirkt hat und die rechtliche Möglichkeit hatte, die Rechtsverletzung zu verhindern.¹⁵¹³

¹⁵⁰⁸ *BGH*, GRUR 2002, 972 (974) – FROMMIA.

¹⁵⁰⁹ Vgl. zu den wirtschaftlichen Interessen als schutzwürdige Interessen *BGH*, GRUR 1995, 54 (57) – Nicoline; *BGH*, GRUR 2009, 484 (488), Tz. 49 – Metrobus.

¹⁵¹⁰ *BGH*, GRUR 2011, 617 (619), Tz. 24 – Sedo; *BGH*, GRUR 2012, 304 (306), Tz. 44 – Basler Haar-Kosmetik; vgl. *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 25; *Löffler*, in: FS Bornkamm, S. 37 (39 f.); *Ströbele/Hacker/Thiering/Thiering*, § 14 MarkenG, Rn. 438.

¹⁵¹¹ *BGH*, GRUR 2012, 304 (306), Tz. 44 – Basler Haar-Kosmetik.

¹⁵¹² *BGH*, GRUR 2015, 1223 (1226), Tz. 43 – Posterlounge.

¹⁵¹³ *BGH*, GRUR 2011, 617 (619), Tz. 37 – Sedo.

Um den Gefahren einer allzu weiten Störerhaftung zu begegnen, setzt die Störerhaftung zusätzlich die objektive Verletzung zumutbarer Verhaltenspflichten und damit insbesondere von Prüfungspflichten voraus.¹⁵¹⁴ Der an sich verschuldensunabhängige Unterlassungsanspruch wird damit im Rahmen einer Interessenabwägung mit Sorgfaltspflichten aufgeladen, von deren Verletzung er abhängt. Bestehen und Umfang einer Verhaltens- und damit Prüfungspflicht haben unter Abwägung aller betroffenen Interessen sowie relevanten rechtlichen Wertungen zu erfolgen.¹⁵¹⁵ Im Kern geht es dabei um die Frage, welches Verhalten dem Schuldner zur Vermeidung der Kennzeichenverletzung zumutbar ist.¹⁵¹⁶ Dabei besteht eine Wechselwirkung zum Schutzbedürfnis des Zeicheninhabers. Je schutzwürdiger der Verletzte, desto mehr Rücksicht auf seine Interessen kann dem Dritten zugemutet werden. Je geringer andererseits das Schutzbedürfnis, desto kritischer ist zu prüfen, ob von dem Dritten erwartet werden muss, Schutzrechtsverletzungen aufzuspüren und gegebenenfalls abzustellen oder zu verhindern.¹⁵¹⁷ Bei der Bemessung der Prüfungspflichten werden insbesondere berücksichtigt die Bedeutung des Schutzrechts, die Kosten der Prüfungsmaßnahmen, die Gefahrenintensität und ob das Geschäftsmodell des als Störer in Anspruch Genommenen von der Rechtsordnung gebilligt wird.¹⁵¹⁸

Nach den vorbezeichneten Grundsätzen haftet der Handelnde für die Verletzung eines Kennzeichenrechts. Schuldner des Unterlassungsanspruchs ist damit auch neben dem Unternehmen selbst der Handelnde als das Organ, wenn er die Rechtsverletzung als Täter begeht oder als Anstifter oder Gehilfe beteiligt ist.¹⁵¹⁹ Daneben haftet in der Praxis regelmäßig der Betriebsinhaber ohne die Möglichkeit einer Exkulpation und verschuldensunabhängig nach §§ 15 Abs. 6, 14 Abs. 7 MarkenG für Handlungen seiner Angestellten und damit nicht nur für eigenes, sondern auch für fremdes Verhalten.¹⁵²⁰

II. Allgemeiner Beseitigungsanspruch

Besteht die Kennzeichenverletzung aktuell noch fort, kann der Rechtsinhaber ein Interesse daran haben, den fortwirkenden Störungszustand zu beseitigen. Hier greift der verschuldensunabhängige Beseitigungsanspruch. Er ist nicht ausdrücklich im MarkenG geregelt,

¹⁵¹⁴ *BGH*, GRUR 2011, 617 (619), Tz. 37 – Sedo.

¹⁵¹⁵ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 123.

¹⁵¹⁶ *BGH*, GRUR 2013, 1229 (1231 f.), Tz. 34 – Kinderhochstühle im Internet II.

¹⁵¹⁷ So *BGH*, GRUR 2009, 1142 (1146), Tz. 43 – MP3-Player-Import (zusammenfassend zur Störerhaftung und zu den Grundsätzen der Sorgfaltspflichten für den einheitlichen Fahrlässigkeitstäter nach der Rechtsprechung des X. Zivilsenats des BGH).

¹⁵¹⁸ Vgl. eingehend *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 128 ff.

¹⁵¹⁹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 184 ff.

¹⁵²⁰ Eingehend *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 215 ff.

aber allgemein anerkannt.¹⁵²¹ Rechtsgrundlage ist entweder § 15 Abs. 4 MarkenG in erweiterter Auslegung¹⁵²² oder § 1004 Abs. 1 BGB.¹⁵²³ Eine praktische Bedeutung kommt dieser dogmatischen Streitfrage nicht zu.

Ein solcher Anspruch kann insbesondere auf die Löschung einer Firma aus dem Handelsregister gerichtet sein.¹⁵²⁴

III. Anspruch auf Löschung einer rechtsverletzenden Marke

Gemäß § 12 MarkenG besteht bei der Verletzung eines Unternehmenskennzeichens ein Anspruch auf Löschung der jüngeren Markeneintragung, wenn der Inhaber des älteren Unternehmenskennzeichens berechtigt ist, die Benutzung der jüngeren eingetragenen Marke im gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zu untersagen.¹⁵²⁵

IV. Schadensersatzanspruch

1. Verschulden als Voraussetzung des Schadensanspruchs

Nach § 15 Abs. 5 steht dem Inhaber eines Unternehmenskennzeichens ein Anspruch auf Schadensersatz gegen den vorsätzlich oder fahrlässig handelnden Verletzer zu. Anders als beim Unterlassungsanspruch ist Verschulden Voraussetzung. Nach den allgemeinen Grundsätzen handelt derjenige vorsätzlich, der weiß, dass er den objektiven Tatbestand verwirklicht und diesen Erfolg in seinen Willen aufgenommen hat oder – im Fall des bedingten Vorsatzes – für konkret möglich hält.¹⁵²⁶ Wer nach Ablauf einer ihm von der Besprechung zugebilligten Prüfungs- und Überlegungsfrist, in Kenntnis des Verletzungstatbestandes die Verletzungshandlung fortsetzt, handelt daher ab diesem Zeitpunkt vorsätzlich.¹⁵²⁷ Fahrlässig handelt die Person, die die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt, § 276 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Rechtsprechung stellt regelmäßig strenge Anforderungen an die Sorgfalt desjenigen, der ein Unternehmenskennzeichen benutzen will.¹⁵²⁸ Erwartet

¹⁵²¹ *BGH*, GRUR 2002, 706 (709) – vossius.de; *OLG Köln*, GRUR-RR 2010, 477 – dsds.de; *Büscher/Dittmer/Schiwy/Büscher*, § 15 MarkenG, Rn. 35.

¹⁵²² *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 473.

¹⁵²³ *BGH*, GRUR 1955, 487, 488 – Alpha-Sterilisator; *LG München I*, Urt. v. 10.5.2016, Az. 33 O 8999/15 – Hectas/Hecta; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 473, 485 und *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 15 MarkenG, Rn. 106.

¹⁵²⁴ *BGH*, GRUR 2002, 898 (900) – defacto; *BGH*, GRUR 2008, 803 (805), Tz. 31 – HEITEC.

¹⁵²⁵ *OLG Koblenz*, GRUR-RR 2006, 184 (186) – Rosenmondnacht; *BPatG*, Beschl. v. 4.6.2014, Az. 26 W (pat) 88/13 – Lehmitz; *Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker*, § 12 MarkenG, Rn. 17.

¹⁵²⁶ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 529, 535.

¹⁵²⁷ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 539.

¹⁵²⁸ *BGH*, GRUR 1999, 923 (928) – Tele-Info-CD.

werden sorgfältige Recherchen, ob die Bezeichnung geeignete ist ein fremdes Unternehmenskennzeichen zu verletzen.¹⁵²⁹ Dazu gehört nicht nur eine bundesweite Handelsregister- und Internetrecherche¹⁵³⁰ in der eigenen Branche, sondern auch in den angrenzenden, nahen Branchen.¹⁵³¹

2. Inhalt des Schadensersatzanspruchs

a) Rechtsfolgenverweisung

§ 15 MarkenG bestimmt nicht, wie der dem Zeicheninhaber entstandene Schaden berechnet wird, sondern verweist in § 15 Abs. 5 S. 2 MarkenG auf die Schadensberechnung nach § 14 Abs. 6 MarkenG. Damit wird dem Rechtsinhaber ermöglicht, auf die im Markenrecht seit langem anerkannten Grundsätze der dreifachen Schadensberechnung zurückzugreifen. Zwischen den verschiedenen Berechnungsmethoden kann der Verletzte frei wählen.¹⁵³²

b) Konkrete Schadensberechnung

Der Rechtsinhaber kann zunächst seinen konkret entstandenen Schaden nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 249 ff. BGB ersetzt verlangen. Der Schaden ermittelt sich somit aus einem Vergleich der Vermögenslage mit und ohne das schädigende Ereignis (Differenzhypothese).¹⁵³³

Als positiver Schaden sind die Kosten der Rechtsverfolgung wie die Kosten für Testkäufe¹⁵³⁴ und der Einsatz eines Detektivs zur Identifizierung des Verletzers¹⁵³⁵ erforderlich und als positiver Schaden zu ersetzen.¹⁵³⁶ Zum positiv zu ersetzenden Schaden gehört auch der Marktverwirrungsschaden.¹⁵³⁷ Nach der Rechtsprechung besteht nämlich die Vermutung, dass die Vermögenslage des Zeicheninhabers sich schon dadurch verschlechtert, dass beim Publikum eine falsche Vorstellung über die Warenherkunft oder wirtschaftliche oder persönliche Beziehungen geweckt wird.¹⁵³⁸ Weil ein kausaler und allein durch eine

¹⁵²⁹ *BGH*, GRUR 2008, 1104 (1107), Tz. 35 – Haus & Grund II.

¹⁵³⁰ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 545.

¹⁵³¹ *Ingerl/Rohnke*, Vor §§ 14-19d MarkenG, Rn. 220; *Malzer*, GRUR 1974, 697 (698).

¹⁵³² *BGH*, GRUR 1962, 401 (402) – Kreuzbodenventilsäcke III; *BGH*, GRUR 2012, 1226 (1227), Tz. 16 – Flaschenträger; *Ströbele/Hacker/Thiering/Thiering*, § 14 MarkenG, Rn. 672.

¹⁵³³ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 565.

¹⁵³⁴ *OLG Karlsruhe*, WRP 1988, 381 (382 f.) – Kosten für einen Testkauf; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 582.

¹⁵³⁵ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 583.

¹⁵³⁶ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 580 ff.

¹⁵³⁷ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 595 ff.

¹⁵³⁸ *BGH*, GRUR 1954, 457 (459) – Irus/Urus; LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 27.4.2011, Az. 4 HKO 9888/10 – Speedminton; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 595.

Fehlvorstellung entstandener Schaden praktisch nicht präzise zu ermitteln ist, wird ein solcher Marktverwirrungsschaden stattdessen nach freier Überzeugung des Gerichts gemäß § 287 Abs. 1 ZPO geschätzt.¹⁵³⁹

Bei einem Vergleich der Vermögenslagen ist auch der entgangene Gewinn zu berücksichtigen (§ 252 BGB), der ohne die Kennzeichenverletzung hätte erzielt werden können. Voraussetzung für die Geltendmachung eines entgangenen Gewinns ist, dass der Gewinnausfall kausal auf der Rechtsverletzung beruht.¹⁵⁴⁰ Dies stellt den Zeicheninhaber vor große praktische Probleme, denn die Kaufentscheidung wird regelmäßig von einer Vielzahl von Faktoren mit beeinflusst. Wegen dieser Schwierigkeiten spielt die konkrete Schadensberechnung in der Praxis kaum eine Rolle.¹⁵⁴¹

c) Verletzergewinn

§ 15 Abs. 6 S. 2 MarkenG i.V.m. § 14 Abs. 5 S. 2 MarkenG ermöglichen es dem Zeicheninhaber, die Herausgabe des Verletzergewinns als Grundlage der Berechnung eines Schadensersatzanspruches geltend zu machen. Die Schadensberechnung auf Basis des Verletzergewinns geht nach der Entscheidung *Gemeinkostenanteil* davon aus, dass der Rechtsinhaber ohne die Kennzeichenverletzung den gleichen Gewinn wie der Verletzer erzielt hätte.¹⁵⁴² § 14 Abs. 6 S. 2 MarkenG geht zwar zurück auf Art. 13 Abs. 1 lit. a der Durchsetzungsrichtlinie.¹⁵⁴³ Die Durchsetzungsrichtlinie orientiert sich aber insoweit an der deutschen Praxis, wie sie in der Entscheidung *Gemeinkostenanteil* formuliert wurde, so dass diese Grundwertung nach wie vor zu beachten ist.¹⁵⁴⁴

Der Tatbestand wird überwiegend von zwei Problemkreisen dominiert. Zum einen geht es um die Frage, nach welchen Grundsätzen der Gewinn zu ermitteln ist, zum anderen stellen sich Kausalitätsprobleme. Während die Ermittlung des Gewinns seit Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie weniger problematisch ist und als Erlös abzüglich der Kosten verstanden wird,¹⁵⁴⁵ musste sich die Rechtsprechung häufig mit der Frage beschäftigen, welche Kosten vom Gewinn abzugsfähig sind. Der BGH hat dazu in der Entscheidung *Ge-*

¹⁵³⁹ RG, GRUR 1931, 400 (402) – Tekko und Salubra; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 243.

¹⁵⁴⁰ *Ingerl/Rohnke*, Vor §§ 14-19d MarkenG, Rn. 598.

¹⁵⁴¹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 600; *Sosnitza*, Markenrecht, § 11, Rn. 35.

¹⁵⁴² *BGH*, GRUR 2001, 329 (331) – Gemeinkostenanteil.

¹⁵⁴³ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des Geistigen Eigentums, ABl. Nr. L 157, S. 45.

¹⁵⁴⁴ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 303 f. m.w.N.

¹⁵⁴⁵ Vgl. *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 680.

meinkostenanteil Grundsätze aufgestellt, die auch unter dem von der Durchsetzungsrichtlinie eingeführten neuen Gewinnbegriff¹⁵⁴⁶ fortgelten.¹⁵⁴⁷ Abzugsfähig vom Gewinn des Verletzers sind nur diejenigen Kosten, die konkret gerade dem rechtsverletzenden Produkt zugerechnet werden können und nicht auf anderen Faktoren beruhen. Der BGH unterscheidet also zwischen den abzugsfähigen variablen Kosten und den nicht abzugsfähigen Fixkosten.¹⁵⁴⁸

Dennoch ist der so ermittelte Gewinn nur dann und auch nur so weit herauszugeben, wie er kausal gerade auf der Rechtsverletzung beruht.¹⁵⁴⁹ In der Praxis wird sich allerdings kaum exakt ermitteln lassen, ob der mit dem widerrechtlich gekennzeichneten Gegenstand erzielte Gewinn ausschließlich oder überwiegend auf der Verwendung des fremden Kennzeichens beruht.¹⁵⁵⁰ Weil der Gewinn auch auf andere Faktoren, wie zum Beispiel die Qualität der Ware, ihr Preis oder die Intensität der Werbung, Einfluss auf den mit dem widerrechtlich gekennzeichneten Produkt erzielten Gewinn haben kann, ist der ursächliche Zusammenhang zwischen der Schutzrechtsverletzung und dem erzielten Gewinn nicht im Sinne adäquater Kausalität, sondern – ähnlich der Bemessung des Mitverschuldensanteils in § 254 BGB – im Sinne einer „wertenden Zurechnung“ zu verstehen.¹⁵⁵¹ Regelmäßig wird nur ein verhältnismäßig bescheidener Anteil des Gewinns des Verletzers gerade auf die Nutzung des rechtsverletzenden Kennzeichens zurückzuführen sein.¹⁵⁵² Anders kann es in echten Pirateriefällen liegen, wenn nämlich ansonsten geringwertige Waren nur deshalb an den Mann gebracht werden können, weil sie mit einem bekannten Kennzeichen versehen sind. Hier kann je nach den Umständen des Falles auch der gesamte Gewinn abzuführen sein.¹⁵⁵³

¹⁵⁴⁶ Vgl. dazu *Goldmann*, WRP 2011, 950 (967).

¹⁵⁴⁷ *Goldmann*, WRP 2011, 950 (967); *ders.*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 689; *Meier-Beck*, in: FS Loschelder, S. 221 (225 f.).

¹⁵⁴⁸ *BGH*, GRUR 2001, 329 (331) – Gemeinkostenanteil.

¹⁵⁴⁹ *BGH*, GRUR 2009, 856 (860), Tz. 41 – Tripp-Trapp-Stuhl; *BGH*, GRUR 2012, 1226 (1227), Tz. 17 ff. – Flaschenträger.

¹⁵⁵⁰ *BGH*, GRUR 1973, 375 (378) – Miss Petite; *BGH*, GRUR 2006, 419 (429), Tz. 15 – Noblesse.

¹⁵⁵¹ *BGH*, GRUR 2007, 431 (434), Tz. 37 – Steckverbindergehäuse; *BGH*, GRUR 2012, 1226 (1228), Tz. 20 – Flaschenträger; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 693; *Ingerl/Rohnke*, Vor §§ 14-19d MarkenG, Rn. 239; *Ströbele/Hacker/Thiering/Thiering*, § 14 MarkenG, Rn. 683.

¹⁵⁵² *BGH*, GRUR 1973, 375 (378) – Miss Petite.

¹⁵⁵³ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 702 m.w.N.

d) Lizenzanalogie

Der Schadensberechnung auf Basis einer Lizenzanalogie liegt der Gedanke zugrunde, dass der Verletzer nicht bessergestellt werden soll als ein Lizenznehmer, der eine Lizenzgebühr vertraglich vereinbart und entrichtet hätte.¹⁵⁵⁴ Diese Methode zur Berechnung eines Schadens wurde früher heftig kritisiert, ist aber seit der Durchsetzungsrichtlinie in nationales Recht umgesetzt worden und seitdem anerkannt.¹⁵⁵⁵ Die Lizenzanalogie führt nicht zu einem Lizenzvertrag.¹⁵⁵⁶

Üblicherweise erfolgt die Berechnung als prozentualer Lizenzsatz auf den Bruttoerlös.¹⁵⁵⁷ Welche Lizenzgebühr konkret verlangt werden kann, stellt die Frage nach dem objektiven Wert des Benutzungsrechts und damit nach einer hypothetischen Lizenzgebühr, die vernünftige Vertragsparteien bei Berücksichtigung aller objektiven Umstände des Einzelfalles vereinbart hätten.¹⁵⁵⁸ Einfluss auf die Wertbestimmung haben insb. Umfang und Dauer der Lizenzierung,¹⁵⁵⁹ ein Vergleich mit den üblicherweise am Markt¹⁵⁶⁰ oder vom Zeicheninhaber¹⁵⁶¹ erhobenen Lizenzgebühren, der Bekanntheitsgrad und Ruf des Zeichens¹⁵⁶² aber auch das Risiko eines Prestigeverlusts¹⁵⁶³ und eine Marktverwirrung¹⁵⁶⁴ durch die Vergabe von Lizenzen.

V. Auskunftsansprüche

1. Der unselbständige Anspruch auf Auskunft nach § 242 BGB

Gerade im Hinblick auf die Berechnungsmethoden nach der dreifachen Schadensberechnung, aber auch zur Geltendmachung von Bereicherungs- und Beseitigungsansprüchen, ist der Rechtsinhaber auf umfangreiche Informationen des Verletzers angewiesen. Zur Vorbereitung dieser Ansprüche kann der Verletzte den aus § 242 BGB hergeleiteten und gewohnheitsrechtlich anerkannten Auskunftsanspruch¹⁵⁶⁵ geltend machen. Als Hilfsanspruch zur Durchsetzung eines gegen den Verletzer gerichteten Hauptanspruchs umfasst

¹⁵⁵⁴ *BGH*, GRUR 1973, 375 (377) – Miss Petite.

¹⁵⁵⁵ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 612.

¹⁵⁵⁶ *BGH*, GRUR 2002, 248 (252) – Spiegel-CD-ROM.

¹⁵⁵⁷ *BGH*, GRUR 1971, 221 (222) – Pudelzeichen II.

¹⁵⁵⁸ *BGH*, GRUR 2009, 660 (660 f.), Tz. 13 – Resellervertrag; *BGH*, GRUR 2010, 239 (240), Tz. 20 – BTK; *Ingerl/Rohnke*, Vor §§ 14-19d MarkenG, Rn. 261.

¹⁵⁵⁹ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 626.

¹⁵⁶⁰ *BGH*, GRUR 2010, 239 (241), Tz. 25 – BTK.

¹⁵⁶¹ *BGH*, GRUR 2009, 660 (663), Tz. 32 – Resellervertrag.

¹⁵⁶² *BGH*, GRUR 2010, 239 (241), Tz. 25 – BTK; *Ingerl/Rohnke*, Vor §§ 14-19d MarkenG, Rn. 261.

¹⁵⁶³ *BGH*, GRUR 1993, 55 (58) – Tchibo/Rolux II; *Goldmann*, WRP 2011, 950 (957); *Ingerl/Rohnke*, Vor §§ 14-19d MarkenG, Rn. 265.

¹⁵⁶⁴ *BGH*, GRUR 2010, 239 (241), Tz. 29 – BTK; *OLG Köln*, WRP 2014, 206 (209), Tz. 27 – Fair Play II.

¹⁵⁶⁵ Vgl. *BGH*, GRUR 1973, 375 (377 f.) – Miss Petite; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 765.

der Anspruch alle Informationen, die zur Vorbereitung des Hauptanspruchs erforderlich sind.¹⁵⁶⁶ Der Verletzer hat damit dem Rechtsinhaber Auskunft über die in dem Zeitraum erzielten Umsätze und die Art und der Umfang der Werbung zu erteilen, nicht aber Lieferdaten, Lieferpreise oder Abnehmer.¹⁵⁶⁷

Der Verletzer ist nur dann zur Auskunft verpflichtet, wenn der Zeicheninhaber die erforderlichen Informationen selbst nicht anders erlangen kann, diese zur Durchsetzung des Hauptanspruchs erforderlich sind und dem Schuldner die Erteilung der Auskunft unschwer möglich ist.¹⁵⁶⁸ Dass dem Verletzer die Auskunft unschwer möglich sein muss, verdeutlicht dass der Auskunftsanspruch durch Billigkeitserwägungen begrenzt ist. Durch eine Abwägung der beiderseitigen Interessen ist zu bestimmen, welcher Arbeits- und Zeitaufwand vom Schuldner verlangt werden kann und wie weitreichend Auskunft erteilt werden muss.¹⁵⁶⁹ Geheimhaltungsinteressen des Schuldners können zu beachten sein, etwa das Interesse, Kundendaten nicht an einen unmittelbaren Wettbewerber gelangen zu lassen.¹⁵⁷⁰ Ihnen kann dadurch Rechnung getragen werden, dass geheimhaltungsbedürftige Daten geschwärzt werden¹⁵⁷¹ oder dass die Auskunft einem zur Verschwiegenheit verpflichteten Wirtschaftsprüfer gegenüber erteilt wird, der ermächtigt wird, bestimmte, nicht geheimhaltungsbedürftige Informationen an den Gläubiger weiterzugeben (sog. Wirtschaftsprüfervorbehalt).¹⁵⁷²

2. Der selbständige Auskunftsanspruch nach § 19 MarkenG (Drittauskunft)

Der selbständige Auskunftsanspruch nach § 19 Abs. 1 MarkenG dient dazu, die Quellen der Rechtsverletzung zu stopfen und den Rechtsinhaber in die Lage zu versetzen, den Weitervertrieb zu unterbinden.¹⁵⁷³ Um die dafür erforderlichen Maßnahmen ergreifen zu können, hat § 19 MarkenG den Kreis der Auskunftsschuldner erweitert. Nach § 19 Abs. 1 MarkenG ist nicht nur jeder Verletzer und jeder, der als Störer adäquat kausal zur Kennzeichenverletzung beigetragen hat, zur Auskunft verpflichtet.¹⁵⁷⁴ Der Verletzte kann nach

¹⁵⁶⁶ *BGH*, GRUR 2013, 638 (643), Tz. 53 – Völkl; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 765.

¹⁵⁶⁷ *BGH*, GRUR 2013, 638 (643), Tz. 53 – Völkl; *BGH*, GRUR 1995, 50 (54) – Indorektal/Indohexal; *Sosnitza*, Markenrecht, § 11, Rn. 23.

¹⁵⁶⁸ *BGH*, GRUR 2010, 623 (626), Tz. 43 – Restwertbörse; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 19, Rn. 774.

¹⁵⁶⁹ *BGH*, GRUR 1995, 427 (429) – Schwarze Liste; *Ohly/Sosnitza*, § 9 UWG, Rn. 38.

¹⁵⁷⁰ *BGH*, GRUR 1978, 52 (53) – Fernschreibverzeichnisse.

¹⁵⁷¹ *BGH*, GRUR 2002, 709 (712) – Entfernung der Herstellungsnummer III.

¹⁵⁷² *BGH*, GRUR 1981, 535 – Wirtschaftsprüfervorbehalt.

¹⁵⁷³ *BGH*, GRUR 2002, 709 (712) – Entfernung der Herstellungsnummer III; *BGH*, GRUR 2008, 796 (797), Tz. 15 – Hollister.

¹⁵⁷⁴ *Ingerl/Rohnke*, § 19 MarkenG, Rn. 8; *Ströbele/Hacker/Thiering/Thiering*, § 19 MarkenG, Rn. 15.

19 Abs. 2 MarkenG auch von jedem Dritten, der in gewerblichem Ausmaß mit der rechtsverletzenden Ware oder Dienstleistung in Kontakt gekommen ist oder bezichtigt wird, an der Erzeugung oder dem Vertrieb beteiligt zu sein, Informationen über Namen und Anschrift der Hersteller, der Lieferanten und anderen Vorbesitzer der Waren oder Dienstleistungen sowie der gewerblichen Abnehmer und Verkaufsstellen sowie die Menge und Preise der Waren und Dienstleistungen verlangen. Über den Auskunftsanspruch nach § 19 MarkenG erlangt der Rechtsinhaber damit unter Umständen Informationen über haftungsbegründende Tatsachen von dem Kennzeichenverletzter selbst.¹⁵⁷⁵ Darin unterscheidet sich die Drittauskunft vom unselbständigen Auskunftsanspruch nach § 242 BGB, der den Auskunftsschuldner lediglich zur Auskunft über haftungsausfüllende Tatsachen verpflichtet.

Das Auskunftsbegehren des Kennzeicheninhabers wird auch hier nicht vorbehaltlos gewährt, sondern muss nach § 19 Abs. 4 MarkenG stets auch die Interessen des Auskunftspflichtigen berücksichtigen. Dem Verletzten steht ein Auskunftsanspruch nur zu, wenn sich die Auskunft nach Abwägung der Interessen des Auskunftsberechtigten einerseits und das Auskunftspflichten, andererseits nicht als unverhältnismäßig darstellt. Der Gesetzgeber will damit insbesondere Missbrauchsfällen begegnen, bei denen der Auskunftsanspruch lediglich dazu dient, Konkurrenten auszuforschen und der Verletzte nur ein äußerst geringes Interesse an der Auskunft hat.¹⁵⁷⁶ Davon ist nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen auszugehen.¹⁵⁷⁷ In der *Parfümtestkäufe*-Entscheidung hat der BGH daher den Auskunftsanspruch als unverhältnismäßig zurückgewiesen, weil die Kennzeichenverletzung ein Einzelfall geblieben war, die Gefahr einer Wiederholung zweifelsfrei ausgeschlossen werden konnte und der Schaden zudem bereits ausgeglichen wurde.¹⁵⁷⁸

¹⁵⁷⁵ Dies ist mit Blick auf den zivilprozessualen Beibringungsgrundsatz nicht unproblematisch; vgl. dazu Kur/v. Bomhard/Albrecht/Eckhartt, § 19 MarkenG, Rn. 3 mit weiterführenden Hinweisen.

¹⁵⁷⁶ Begründung zum PrPG (BT-Drucks. 11/4792, S. 31); BGH, GRUR 2006, 504 (507), Tz. 39 – Parfümtestkäufe; Ingerl/Rohnke, § 19 MarkenG, Rn. 37.

¹⁵⁷⁷ Vgl. eingehend Ingerl/Rohnke, § 19 MarkenG, Rn. 39.

¹⁵⁷⁸ BGH, GRUR 2006, 504 (507), Tz. 39 – Parfümtestkäufe.

2. Abschnitt: HGB-Firmenrecht

A. Schutzzumfang (§ 30 Abs. 1 HGB)

I. Firmenunterscheidbarkeit (Firmenausschließlichkeit)

Der Schutz des Rechtsverkehrs vor Verwirrung und Verwechslung hat in § 30 Abs. 1 HGB als Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit bzw. Firmenausschließlichkeit eine weitere gesetzliche Normierung erhalten.¹⁵⁷⁹ § 30 Abs. 1 HGB schreibt vor, dass sich eine neue Firma von allen an demselben Ort bereits eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden muss. Das entspricht dem öffentlichen Interesse, das Entstehen verwechslungsfähiger Firmen an ein und demselben Ort zu verhindern.¹⁵⁸⁰ Wegen dieses Verkehrsschutzzwecks ist § 30 Abs. 1 HGB nicht nur bloße Ordnungsvorschrift, sondern zwingendes Recht und kann nicht durch Parteivereinbarung abbedungen werden. Weder kann der Inhaber der älteren Firma auf die Unterscheidbarkeit verzichten, noch kann er der Eintragung einer ähnlichen Firma am gleichen Ort zustimmen.¹⁵⁸¹

II. Das Verhältnis von Firmenunterscheidbarkeit und Verwechslungsgefahr

1. Ausgangspunkt der Diskussion

Eine gesetzliche Bestimmung, welche Anforderungen an die deutliche Unterscheidbarkeit zu stellen sind, fehlt. Rechtsprechung und Lehre obliegt es daher, den Rechtsbegriff nach Wortlaut, Systematik und insbesondere Telos näher konkretisieren. Zweck des registerrechtlichen Gebotes deutlicher Unterscheidbarkeit ist die Verhinderung von Verwechslungen von Firmen am selben Ort und mithin der Verkehrsschutz durch das Publikum und mithin der Verkehrsschutz.¹⁵⁸² Mit dem „*Schutz vor Verwechslungen*“ wird ein Kriterium angesprochen, das zugleich im materiellen Kennzeichenrecht von zentraler Bedeutung für den Schutzzumfang ist. Denn auch § 15 Abs. 2 MarkenG will – allerdings in erster Linie im Interesse des Zeicheninhabers – Irreführungen verhindern, die dadurch entstehen können, dass eine geschäftliche Bezeichnung in einer Weise verwendet wird, die geeignet ist, beim Publikum Verwechslungen mit einer geschützten Bezeichnung hervorzurufen (vgl. dazu oben (S. 197 ff.)). Das könnte dafürsprechen, dass das handelsrechtliche *Gebot* nach § 30 Abs. 1 HGB und das kennzeichenrechtliche *Verbot* nach § 15 Abs. 2 MarkenG lediglich

¹⁵⁷⁹ Müko-HGB/Heidinger, Vor § 17 HGB, Rn. 20.

¹⁵⁸⁰ RGZ 75, 370 (372) – Stiller; Staub/Burgard, Vor § 17 HGB, Rn. 38 und § 30 HGB, Rn. 3; Müko-HGB/Heidinger, § 30 HGB, Rn. 1; Baumbach/Hopt/Hopt, § 30 HGB, Rn. 1; Nietzold, GRUR 1927, 1 (3); Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 30 HGB, Rn. 2; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, § 30 HGB, Rn. 1; Schmidt, Handelsrecht, § 12, Rn. 125.

¹⁵⁸¹ Baumbach/Hopt/Hopt, § 30 HGB, Rn. 1; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 30 HGB, Rn. 2.

¹⁵⁸² Denkschrift, S. 43; Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 3, 25; Canaris, § 11, Rn. 28; GK/HGB/Würdinger, § 30 HGB, Anm. 1.

zwei Seiten ein und derselben Medaille sind. Ist also jedes Zeichen, das nicht deutlich unterscheidbar ist, zugleich auch verwechslungsfähig bzw. jedes verwechslungsfähige Zeichen auch zugleich nicht deutlich unterscheidbar? Ob und inwieweit hier übereinstimmende Beurteilungskriterien und -maßstäbe angewendet werden können, war schon zum früheren § 16 Abs. 1 UWG von 1909, der Vorgängernorm des § 15 Abs. 2 MarkenG, umstritten¹⁵⁸³ und ist bis heute nicht eindeutig geklärt. Der BGH hatte sich in der Entscheidung „*Hausbau Ulm*“ ausdrücklich zu einer unterschiedlichen Rechtsnatur und Handhabung von Firmenausschließlichkeit einerseits und Verwechslungsgefahr beim materiellen Unternehmenskennzeichenschutz andererseits bekannt.¹⁵⁸⁴ In der späteren Entscheidung „*Decker*“ hat er die Beantwortung dieser Frage offengelassen.¹⁵⁸⁵ Im Wesentlichen haben sich seit jeher zwei Auffassungen gegenübergestellt, die im Laufe der Zeit einmal mehr und einmal weniger Anhänger hatten.

2. Meinungsstand

a) Die heute überwiegende Auffassung

Nach der in der Literatur bereits früh vertretenen¹⁵⁸⁶ und heute weit überwiegenden Auffassung soll ein einheitlicher Maßstab gelten. Unterscheidbarkeit und Verwechslungsgefahr seien identisch zu beurteilen.¹⁵⁸⁷ Zumindest aber – wenn man schon nicht so weit gehen möchte, von einer Identität zu sprechen – schütze § 30 Abs. 1 HGB nicht nur vor einer Verwechslungsgefahr im engeren Sinne, sondern auch im weiteren Sinne.¹⁵⁸⁸ Die Verhaltensweisen, die unterbunden werden sollten, seien bei der Verwechslungsgefahr des materiellen Unternehmenskennzeichenrechts und bei der Firmenunterscheidbarkeit jeweils dieselben.¹⁵⁸⁹

b) Die traditionelle Auffassung

Nach der traditionellen und auch vom BGH jedenfalls nicht aufgegebenen Auffassung decken sich die Tatbestände der Verwechslungsgefahr einerseits (§§ 16 Abs. 1 UWG von 1909, 15 MarkenG) und das Erfordernis der deutlichen Unterscheidbarkeit andererseits in

¹⁵⁸³ Vgl. die Darstellung des Streitstandes bei *Körting*, S. 39 m.w.N.

¹⁵⁸⁴ BGH, Ur. v. 01.06.1979, Az. I ZR 48/77 – *Hausbau Ulm*.

¹⁵⁸⁵ BGH, GRUR 1993, 574 (575) – *Decker*.

¹⁵⁸⁶ *Baumbach*, 1. Aufl., S. 342; *Schlegelberger/Hildebrandt*, § 30 HGB, Rn. 6; *Düringer/Hachenburg/V. Hoener*, § 30 HGB, Rn. 3; *Maier*, S. 17 f. und 20; in die gleiche Richtung auch *Becher*, § 16 UWG, Anm. 69 ff.

¹⁵⁸⁷ v. *Gierke/Sandrock*, § 17 II 4 b) δ) (S. 247); *Müko-HGB/Heidinger*, § 30 HGB, Rn. 19; *Jordan*, S. 172; *Oetker/Schlingloff*, § 30 HGB, Rn. 9; differenzierend *Heymann/Emmerich*, § 30 HGB, Rn. 13 einerseits und Rn. 15 andererseits.

¹⁵⁸⁸ *OLG Hamm*, NZG 2013, 997 (998) – römische Ziffer; *Baumbach/Hopt/Hopt*, § 30 HGB, Rn. 4; *Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth*, § 30 HGB, Rn. 5; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle*, § 30 HGB, Rn. 16.

¹⁵⁸⁹ *Canaris*, GRUR 1989, 711 (714); mit etwas anderer Akzentuierung allerdings *ders.*, § 11, Rn. 28 ff.

§ 30 Abs. 1 HGB nicht. Diese Auffassung vertraten in ständiger Rechtsprechung das RG¹⁵⁹⁰ und im Schrifttum¹⁵⁹¹ gewichtige Stimmen wie *Callmann*¹⁵⁹² und *Rosenthal*.¹⁵⁹³ In neuerer Zeit waren Anhänger dieser Auffassung, nach der sich die registerrechtliche Unterscheidbarkeit von Firmen grundsätzlich nach anderen Gesichtspunkten beurteilen soll als die Frage der Verwechslungsgefahr im materiellen Kennzeichenrecht, etwa *v. Gamm*,¹⁵⁹⁴ *Hefermehl*¹⁵⁹⁵ und *Würdinger*.¹⁵⁹⁶ Auch das KG neigt dieser Auffassung zu.¹⁵⁹⁷ Zur Begründung wird auf die unterschiedliche Zielrichtung der Rechtsinstitute verwiesen; die Firmenunterscheidbarkeit gemäß § 30 Abs. 1 HGB sei eine rechtspolizeiliche Vorschrift, die das Publikum schütze, während der Schutz des Unternehmenskennzeichens vor Verwechslungsgefahr die Interessen des betroffenen Unternehmers schütze.¹⁵⁹⁸ Als eher empirischer Beleg für diese Auffassung wird weiter angeführt, dass in der Praxis regelmäßig Zusätze zur Firma für die registerrechtliche Unterscheidbarkeit genügen, die für die Ausräumung einer Verwechslungsgefahr niemals ausreichen würden.¹⁵⁹⁹

c) Die vermittelnde Auffassung *Burgards*

Eine namentlich von *Burgard* vertretene vermittelnde Auffassung zieht zwar zur Ausfüllung des § 30 Abs. 1 HGB den Begriff der Verwechslungsgefahr heran, möchte aber die Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne nicht mit einbeziehen.¹⁶⁰⁰

3. Auseinandersetzung mit dem Meinungsstand und Stellungnahme

a) Gang der Darstellung

Den Befürwortern einer weitgehend einheitlichen Handhabung von Firmenunterscheidbarkeit gemäß § 30 Abs. 1 HGB und Verwechslungsgefahr gemäß § 15 Abs. 2 MarkenG ist zuzugeben, dass Unterscheidbarkeit und Verwechslungsgefahr Überschneidungen insoweit zeigen, als es jeweils darum geht, Irritationen und Verwechslungen beim Publikum zu verhindern. Man mag dies ebenfalls als „*Verwechslungsgefahr*“ bezeichnen, wenn damit

¹⁵⁹⁰ RGZ 75, 300 (371 f.) – Stiller; RGZ 103, 388 (392) – Commerz- und Privatbank; RG, MuW XXVII/XXVIII, 182 (183) – Carl Ern; RG, MuW XXVII/XXVIII, 266 (267) – Nürnberger Bratwurstglöckl.

¹⁵⁹¹ Z. B. *Christoph*, S. 38 f.; *Fuld*, § 16 Anm. IV; *Goldschmit*, § 30 HGB, Rn. 5; *Körting*, S. 39 f.; ähnlich *Staub/Bondi*, 14. Aufl., § 30 HGB, Anm. 6 (allerdings mit leicht öffnender Tendenz).

¹⁵⁹² *Rosenthal*, § 16 UWG, Note 11; *Rosenthal/Leffmann*, § 16 UWG, Rn. 14.

¹⁵⁹³ *Callmann*, § 16 UWG, Rn. 37.

¹⁵⁹⁴ *v. Gamm*, Wettbewerbsrecht, Kapitel 55, Rn. 9.

¹⁵⁹⁵ *Baumbach/Hefermehl*, § 16 UWG, Rn. 100.

¹⁵⁹⁶ *GK/HGB/Würdinger*, § 30 HGB, Anm. 3.

¹⁵⁹⁷ *KG*, OLGZ 1991, 396 (401) – marine electronic gmbh berlin.

¹⁵⁹⁸ RGZ 75, 300 (371 f.) – Stiller; RGZ 103, 388 (392) – Commerz- und Privatbank; *GK/HGB/Würdinger*, § 30 HGB, Anm. 3.

¹⁵⁹⁹ *v. Gamm*, Wettbewerbsrecht, Kapitel 55, Rn. 9.

¹⁶⁰⁰ *Staub/Burgard*, § 30 HGB, Rn. 25 f.

keine Vorentscheidung über einen Gleichlauf in der Anwendung getroffen wird.¹⁶⁰¹ Bei näherer Betrachtung werden aber gewichtige Unterschiede erkennbar. Dies wird im Folgenden näher auszuführen sein. Der Gang der Darstellung orientiert sich am kennzeichenrechtlichen Verständnis der Verwechslungsgefahr und überprüft dann Schritt für Schritt dessen Übertragbarkeit auf das firmenrechtliche Kriterium deutlicher Unterscheidbarkeit in § 30 Abs. 1 HGB. Letztlich wird sich zeigen, dass im formellen Firmenrecht und materiellen Kennzeichenrecht ganz unterschiedliche Kriterien und Maßstäbe gelten müssen.

b) Ausgangspunkt

Ausgangspunkt der Betrachtung sind die unterschiedlichen Schutzzwecke von formellem Firmenrecht und materiellem Unternehmenskennzeichenrecht. Der Grundsatz der Firmenausschließlichkeit bezweckt den Schutz des Publikums vor Verwirrungen durch ähnliche Firmen und soll im Sinne einer Ordnungsvorschrift sicherstellen, dass die verschiedenen Kaufleute sicher identifiziert und voneinander unterschieden werden können (vgl. oben S. 250). Diese Zweckbestimmung steht im öffentlichen Interesse. Sie dient dem allgemeinen Verkehrsschutz und nicht, wie der materielle Unternehmenskennzeichenschutz, dem privaten Interesse des Zeicheninhabers an einer ungestörten geschäftlichen Tätigkeit und dem Schutz seines Goodwills und auch nicht dem Interesse, mit unverbundenen Unternehmen oder Unternehmern oder fremden Waren und Dienstleistungen in eine geschäftliche Verbindung gerückt zu werden (sog. „*Individuierungsinteresse*“, vgl. hierzu S. 204).¹⁶⁰² Im materiellen Unternehmenskennzeichenschutz ist die große Reichweite der Verwechslungsgefahr – die sogar noch über die Reichweite der Verwechslungsgefahr bei eingetragenen Marken hinausgeht (vgl. hierzu S. 199 f.) – nur mit Rücksicht auf diese geschützten Interessen gerechtfertigt. Mit anderen Worten, die gesetzlich geschützten Interessen und ihre Bedeutung definieren, was Verwechslungsgefahr ausmacht.¹⁶⁰³ Die Verwechslungsgefahr kann sich als Störung nicht nur der Identifikationsfunktion, sondern auch der Unterscheidungsfunktion (einschließlich des Schutzes des Individuierungsinteresses) und im Ergebnis auch als Störung der Goodwill-Funktion auswirken. Die rechtlich geschützten Funktionen des materiellen Kennzeichenschutzes gehen weit über den Schutzzweck des formellen Firmenrechts hinaus.¹⁶⁰⁴ Es ist deshalb schon grundsätzlich nicht sachgerecht,

¹⁶⁰¹ Vgl. *BGH*, GRUR 1988, 319 (321) – VIDEO-RENT.

¹⁶⁰² RGZ 103, 388 (392 f.) – Commerz- und Privatbank; vgl. auch Denkschrift, S. 202 f.; Schmidt, Handelsrecht, § 12, Rn. 125

¹⁶⁰³ Vgl. RGZ 103, 388 (392 f.) – Commerz- und Privatbank.

¹⁶⁰⁴ Vgl. RGZ 103, 388 (392 f.) – Commerz- und Privatbank.

den Begriff der „*deutlichen Unterscheidbarkeit*“ mit Rechtsfiguren, Konzepten und Herangehensweisen aufzuladen, die ihre Legitimation aus dem zu schützenden privaten Interesse des jeweiligen Unternehmers schöpfen und die in Gestalt des materiellen Kennzeichenschutzes für Unternehmenskennzeichen vom Gesetzgeber zu einem subjektiven Recht mit einer gewissen – und je nach Stärke der (mit dem unternehmerischen Erfolg wachsenden) Kennzeichnungskraft beträchtlichen – Monopolisierungswirkung ausgestaltet wurden (vgl. hierzu S. 211 f.). Andererseits lässt sich der Zweck des § 30 Abs. 1 HGB – dass nämlich zwei Firmen und damit zwei Kaufleute auseinandergelassen werden können – ohne Weiteres auch dann erreichen, wenn der zwischen den Zeichen einzuhaltende Abstand geringer bemessen wird als im materiellen Kennzeichenrecht.¹⁶⁰⁵ Selbstverständlich hätte es dem Gesetzgeber freigestanden, im Zuge der Handelsrechtsreform in § 30 HGB unter Anleihen an den materiellen Kennzeichenschutz die Verwechslungsgefahr ausdrücklich zum Kriterium zu machen oder das private Interesse des Kaufmanns mit der älteren Firma an einer möglichst weitreichenden Alleinstellung dieser Firma stärker zu berücksichtigen. Dies hat der Gesetzgeber aber nicht getan. Es bleibt deshalb nicht nur bei der alten Begriffsbestimmung, dass sich nämlich die in das Handelsregister „*eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden*“ müssen, sondern auch bei der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen Verkehrsschutz und Individualschutz. Dabei ist es nicht so, dass der angestrebte Verkehrsschutz und der angestrebte Individualschutz grundsätzlich in ihrer Zielrichtung divergieren würden.¹⁶⁰⁶ Es bleibt aber dabei, dass der Individualschutz nicht nur von seiner räumlichen Reichweite (keine Beschränkung der Verwechslungsgefahr auf die örtlichen Verhältnisse), sondern auch von seiner sachlichen Reichweite weiter ist. Hieraus ergeben sich erhebliche praktische Unterschiede.

c) Beurteilungsgegenstand

(aa) Konzentration auf den schlagwortartigen Bestandteil im materiellen Kennzeichenrecht

Ein erster Unterschied besteht im Gegenstand der sich gegenübergestellten und zu vergleichenden Zeichen. Im materiellen Kennzeichenrecht gilt: Als älteres rechtlich geschütztes Kennzeichen, das in den Zeichenvergleich einzustellen ist, fungiert in der Praxis zu §§ 5 Abs. 2 S. 1 Fall 2, 15 Abs. 2 MarkenG nicht die ältere Firma in ihrer in das Handelsregister eingetragenen gesamten Gestalt, sondern deren schlagwortartiger Bestandteil (vgl. hierzu S. 215 f.). Als jüngeres Zeichen wird in der Praxis auch nicht die jüngere Firma

¹⁶⁰⁵ Vgl. RGZ 103, 388 (392) – Commerz- und Privatbank.

¹⁶⁰⁶ *Nietzold*, GRUR 1927, 1 (3).

in ihrer in das Handelsregister eingetragenen Gestalt mit allen ihren Bestandteilen in den Zeichenvergleich eingestellt, sondern nur der Bestandteil, auf den das Publikum die Firma voraussichtlich schlagwortartig verkürzt (näher hierzu S. 31 ff.). Es kommt also praktisch nicht auf den Wortlaut der zu vergleichenden Firmen in ihrer eingetragenen Gestalt an, sondern auch auf deren schlagwortartige Bestandteile.¹⁶⁰⁷ Der gesetzgeberische Zweck ging insoweit von vornherein in Richtung eines Schutzes auch des schlagwortartigen Bestandteils gegen Verwechslungsgefahr, selbst wenn die beiden sich gegenüberstehenden Firmen aufgrund einer deutlichen Abweichung der übrigen Bestandteile unmittelbar nicht miteinander verwechselt werden konnten. Nur so konnten nämlich die typischen Konstellationen der Strohmanngründungen untersagt werden. Dabei wurde als selbstverständlich vorausgesetzt, dass es im formellen Firmenrecht allein auf den Vergleich der Firmen in ihrer eingetragenen Gesamtgestalt ankam. Die Handhabung im materiellen Kennzeichenrecht sollte also bewusst als Ausnahmetatbestand vom allgemeinen Maßstab des § 30 Abs. 1 HGB abweichen.¹⁶⁰⁸

(bb) Die Handhabung im formellen Firmenrecht

(1) Betrachtung der Firma in ihrer eingetragenen Gestalt mit allen Bestandteilen

Für das formelle Firmenrecht gilt: Nach Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte geht es in § 30 HGB um die Unterscheidbarkeit der Firmen in ihrer eingetragenen Gestalt und nicht darum, ob isoliert herausgelöste Bestandteile miteinander verwechselt werden können. Konsequenterweise werden die Firmen so miteinander verglichen wie sie im Handelsregister eingetragen sind, nämlich vollständig und ungekürzt.¹⁶⁰⁹ Wenn die vollständigen, nicht abgekürzten Firmen einen genügenden Abstand einhalten, kann eine Verwechslungsgefahr, die sich nach den Maßstäben des materiellen Unternehmenskennzeichenrechts aus dem Gebrauch der schlagwortartigen Firmenbestandteile ergeben könnte, nicht die Anwendung des § 30 Abs. 1 HGB rechtfertigen, sondern nur des § 15 Abs. 2 MarkenG.¹⁶¹⁰

¹⁶⁰⁷ *BGH*, GRUR 2002, 898 (899) – defacto; *BGH*, GRUR 2016, 705 (707), Tz. 28 – ConText; *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 333 f.

¹⁶⁰⁸ Ausführlich *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 3, Rn. 86 m.w.N.

¹⁶⁰⁹ RGZ 20, 71 (73) – Beneke (zu Art. 20 ADHGB); *RG*, MuW XXVII/XXVIII, 266 (267) – Nürnberger Bratwurstglöckl; RGZ 171, 321 (323) – CHEMPHAR; *BayObLGZ*, BayObLGZ 1979, 316 (319) – INDUBRA; *KG*, OLGZ 1991, 396 (401) – marine electronic gmbh berlin; *OLG Düsseldorf*, GRUR 1996, 361 (362) – Teco; *OLG Hamm*, NZG 2013, 997 (998) – römische Ziffer; *Heymann/Emmerich*, § 30 HGB, Rn. 15; *Fezer*, § 15 MarkenG, Rn. 177; *Müko-HGB/Heidinger*, § 30 HGB, Rn. 21; *Ingerl/Rohnke*, Nach § 15 MarkenG, Rn. 254; *Lange*, Rn. 4483; *Ehrenberg/Pisko*, S. 294; *Steinbeck*, in: FS Horn, S. 589 (599).

¹⁶¹⁰ *Heymann/Emmerich*, § 30 HGB, Rn. 15.

(2) Besondere Berücksichtigung einzelner Elemente?

Allerdings sind Tendenzen in Rechtsprechung und Lehre zu erkennen, dass auch im HGB-Firmenrecht bei der Beurteilung des Gesamteindrucks der zu vergleichenden Firmen und die Neigung des Verkehrs zur Nutzung von Firmenschlagworten zu berücksichtigen sei.¹⁶¹¹

Angenommen wurde dies etwa in einem Fall, in dem der älteren Firma „CHEMPHAR“ *Chemisch-pharmazeutische Handelsgesellschaft mbH* die jüngere Firma „Chemopharm GmbH“ gegenüberstand; unter besonderer Berücksichtigung des Firmenschlagworts „CHEMPHAR“ und der Erläuterung im beschreibenden Firmenbestandteil „Chemisch-pharmazeutische“ sei auch wegen des übereinstimmenden Sinngehalts von „Chemopharm“ eine deutliche Unterscheidbarkeit i.S.d. § 30 Abs. 1 HGB zu verneinen.¹⁶¹² Dieser Einzelfall ist richtig entschieden; dabei wurde aber nicht etwa das Firmenschlagwort „CHEMPHAR“ aus der älteren Firma isoliert und herausgegriffen, sondern der Gesamteindruck der Firma in ihrer eingetragenen Gestalt mit besonderer Berücksichtigung des Sinngehalts insgesamt gewürdigt. Ein allgemeiner Grundsatz, dass es für die deutliche Unterscheidbarkeit gemäß § 30 Abs. 1 HGB allein oder auch nur maßgeblich auf denjenigen Firmenbestandteil ankommt, der nach materiellen Unternehmenskennzeichenrechts als „schlagwortartiger Firmenbestandteil“ gesonderten Schutz genießt, lässt sich daraus nicht ableiten.

In ähnlicher Weise wurde bei der Gegenüberstellung der Firmen „marine elektronik GmbH berlin“ und „RME Radio-Marine-Elektronik GmbH“ mit Sitz in Berlin entschieden und ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 HGB angenommen. Dies geschah unter Konzentration der Betrachtung auf die beschreibenden Bestandteile, weil eine namensmäßige Unterscheidungskraft von als Wort nicht aussprechbaren Buchstabenkombinationen noch nicht anerkannt war.¹⁶¹³ Heute wäre aber anders zu entscheiden, weil die Buchstabenkombination „RME“ als der Firma vorangestelltes, namensmäßig unterscheidungskräftiges Element der gesamten Firma ein anderes Gepräge verleiht. Auch diese Entscheidung kann nicht als Begründung eines allgemeinen Grundsatzes der Maßgeblichkeit gerade bestimmter Bestandteile einer Firma herangezogen werden.

¹⁶¹¹ RGZ 171, 321 (324) – CHEMPHAR; OLG Frankfurt, Beschl. v. 11.11.1976, Az. 20 W 910/76; *Bokelmann*, Rn. 75; *Staub/Burgard*, § 30 HGB, Rn. 29; *Hachenburg/Heinrich*, § 4 GmbHG, Rn. 91; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle*, § 30 HGB, Rn. 18 f.

¹⁶¹² RGZ 171, 321 (324) – CHEMPHAR.

¹⁶¹³ *KG*, OLGZ 1991, 396 (403) – marine electronic gmbh berlin.

(3) Kein Bestandteilsschutz im formellen Firmenrecht

Ein solcher Grundsatz lässt sich schon mit Blick auf die Entstehungsgeschichte nicht aufstellen. Die Verkürzungsneigung des Verkehrs wird im materiellen Kennzeichenrecht voll berücksichtigt, nicht aber im formellen Firmenrecht, das stets nur die gesamte Firma im Blick hat.¹⁶¹⁴ Eine Berücksichtigung auch der Kollisionslagen, die sich beim Herausgreifen einzelner Bestandteile ergeben, galt schon unter der gleichlautenden Vorgängerregelung, Art. 20 ADHGB, als undurchführbar.¹⁶¹⁵ Auch der Gesetzgeber von 1897 wollte mit § 30 HGB offenbar nicht „*Undurchführbares verlangen*“.¹⁶¹⁶ Zu Recht wird heute auch darauf hingewiesen, dass es nicht Sache des Registergerichts sein kann, bei der Prüfung der Unterscheidbarkeit von Firmen anlässlich ihrer Eintragung alle möglichen, noch gar nicht absehbaren Formen der Verwendung von Firmenbestandteilen in Erwägung zu ziehen.¹⁶¹⁷ Das Registergericht kann nicht beurteilen, welcher Firmenbestandteil sich als Schlagwort herausbilden kann.¹⁶¹⁸ Es kann nicht einmal verlässlich beurteilen, welcher der schlagwortartige Bestandteil einer bereits bestehenden und im geschäftlichen Verkehr verwendeten Firma ist. Zwar können viele Kriterien, auf die es bei der Bestimmung der Schlagworteignung eines Bestandteils ankommt, unmittelbar aus der Firma selbst ersehen werden (z. B. Position innerhalb der Firma und meist auch der Grad der Kennzeichnungskraft des Bestandteils im Vergleich zu den übrigen Bestandteilen). Es gibt aber auch Kriterien, die nur durch gesonderte Tatsachenfeststellungen ersichtlich sind, wie die Kennzeichnungspraxis des Firmeninhabers in der Werbung oder die tatsächliche Verkehrsübung (vgl. dazu S. 33). Es entsprach auch dem ausdrücklichen Willen des Reformgesetzgebers durch die Neufassung von § 18 Abs. 2 HGB den Prüfungsaufwand der Registergerichte „*auf das notwendige Maß*“ zurückzuschrauben.¹⁶¹⁹ Wollte man dem Registergericht Ermittlungen zumuten, welcher Bestandteil der älteren Firma in der Verkehrsübung zu Kurzbezeichnung verwendet wird,¹⁶²⁰ wird der gesetzgeberische Wille konterkariert. Wie richtig diese Auffassung ist, wird sich später noch zeigen, wenn die Frage zu beantworten ist, wann die zu vergleichenden Zeichen im registerrechtlichen und im kennzeichenrechtlichen Sinne ähnlich sind.

¹⁶¹⁴ OLG Hamm, NZG 2013, 997 (998) – römische Ziffer.

¹⁶¹⁵ RGZ 20, 71 (72) – Beneke.

¹⁶¹⁶ So zu Art. 20 ADHGB wörtlich RGZ 20, 71 (72) – Beneke.

¹⁶¹⁷ KG, OLGZ 1991, 396 (401) – marine electronic gmbh berlin.

¹⁶¹⁸ Müko-HGB/Heidinger, § 30 HGB, Rn. 21.

¹⁶¹⁹ Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 38).

¹⁶²⁰ Dies fordert etwa Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 29.

d) Beurteilungshorizont

Auf wessen Sicht es bei der Beurteilung der deutlichen Unterscheidbarkeit, bzw. der Verwechslungsgefahr ankommt und welche Maßstäbe für die Aufmerksamkeit und Sorgfalt des Betrachters anzulegen sind, dazu macht das Gesetz keine Angaben.

In der älteren Literatur wurde vertreten, dass deutlich bereits diejenige Unterscheidung sei, die „*bei Anwendung der im Handelsverkehr üblichen Sorgfalt erkennbar ist*“.¹⁶²¹ Es hat sich aber seit langem und zu Recht die Auffassung durchgesetzt, dass die Beurteilung, ob zwei zu vergleichende Firmen miteinander verwechselt werden können, aus der Sicht jedenfalls aller beteiligten Verkehrskreise erfolgen muss.¹⁶²² Darüber hinausgehend wird einhellig gefordert, nicht nur gerade die angesprochenen Verkehrskreise, also diejenigen, mit denen der Kaufmann in geschäftlichen Kontakt treten kann, in die Betrachtung einzubeziehen, sondern auf die Auffassung des allgemeinen Verkehrs abzustellen.¹⁶²³ Dies entspricht der Handhabung bei § 18 Abs. 1 HGB (vgl. hierzu S. 139 f.) und bei § 18 Abs. 2 HGB (vgl. hierzu oben S. 175 f.). Dem ist zuzustimmen, denn § 30 Abs. 1 HGB verfolgt im wesentlichen öffentlich-rechtliche Zwecke und dient der Identifizierung des Unternehmensträgers.¹⁶²⁴ Daran haben nicht nur die beteiligten Verkehrskreise, wie Kunden und Geschäftspartner des Kaufmanns, ein Interesse, sondern der gesamte Rechtsverkehr.¹⁶²⁵ Auch Behörden, Zustelldienste, etc. sind daran interessiert, den „*richtigen*“ Kaufmann anzusprechen und eindeutig von anderen zu unterscheiden.¹⁶²⁶

Beurteilungsmaßstab ist die Sichtweise eines durchschnittlichen Verkehrsteilnehmers.¹⁶²⁷ Auf die im Lauterkeitsrecht und im materiellen Kennzeichenrecht anwendbaren allgemeinen Regeln kann zurückgegriffen werden. Maßgeblich ist damit die Sichtweise eines normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsbetrachters zugrunde zu legen.

¹⁶²¹ Behrend, S. 262,

¹⁶²² RGZ 171, 321 (323) – CHEMPHAR; OLG Frankfurt, Beschl. v. 11.11.1976, Az. 20 W 910/76; Bokelmann, Rn. 75.

¹⁶²³ BGH, NJW 1966, 1813 (1815) – Husumer Vieh- und Fleischhandelsgesellschaft; KG, NZG 2013, 1153 f. – 23 GmbH; OLG Hamm, NZG 2013, 997 (998) – römische Ziffer; Bokelmann, Rn. 75; Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 29; Fezer, § 15 MarkenG, Rn. 177; Müko-HGB/Heidinger, § 30 HGB, Rn. 20; Baumbach/Hopt/Hopt, § 30 HGB, Rn. 4; Kögel, Rpfleger 1998, 317 (319); Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 30 HGB, Rn. 17; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, § 30 HGB, Rn. 5.

¹⁶²⁴ BGH, GRUR 1970, 320 (322) – Doktorfirma.

¹⁶²⁵ Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 29.

¹⁶²⁶ Vgl. Körting, S. 39.

¹⁶²⁷ KG, NZG 2013, 1153 f. – 23 GmbH; Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 29; Baumbach/Hopt/Hopt, § 30 HGB, Rn. 4; Oetker/Schlingloff, § 30 HGB, Rn. 9.

e) Die kennzeichenrechtlichen Kriterien der Verwechslungsgefahr und ihre Nicht-Anwendbarkeit auf die registerrechtliche Unterscheidbarkeit nach § 30 Abs. 1 HGB

Im materiellen Unternehmenskennzeichenschutz ist die Verwechslungsgefahr nach § 15 Abs. 2 MarkenG nach drei in Wechselwirkung zueinander stehenden Faktoren zu bestimmen: Zeichenähnlichkeit (nachfolgend (aa)), Branchennähe (nachfolgend (bb)) und Kennzeichnungskraft (nachfolgend (cc)).¹⁶²⁸ Es stellt sich die Frage, ob diese Kriterien auch bei der Unterscheidbarkeit nach § 30 Abs. 1 HGB in gleicher Weise relevant sind.

(aa) Kennzeichenrechtliche Zeichenähnlichkeit als Kriterium der registerrechtlichen Unterscheidbarkeit?

(1) Zeichenähnlichkeit als gemeinsames Konzept

Ob eine Firma sich von einer anderen, bereits eingetragenen Firma deutlich unterscheidet, ist nach allgemeiner Auffassung nach dem Gesamteindruck der Firmen unter Berücksichtigung des Wortbildes, Wortklangs und Wortsinns zu beurteilen.¹⁶²⁹ An einer deutlichen Unterscheidbarkeit fehlt es, wenn die sich gegenüberstehenden Firmen trotz gewisser Unterscheidungsmerkmale eine nicht zu unterschätzende Ähnlichkeit aufweisen, so dass sie miteinander verwechselt werden können.¹⁶³⁰ Das führt zu der Frage, ob die „Ähnlichkeit“ der Firmen, die die deutliche Unterscheidbarkeit nach § 30 Abs. 1 HGB ausschließt, identisch mit der kennzeichenrechtlichen Zeichenähnlichkeit im Rahmen von § 15 Abs. 2 MarkenG ist.

Wie zuvor gezeigt, gehen formelles Firmenrecht und materielles Kennzeichenrecht von unterschiedlichen Beurteilungsgegenständen aus. Während die h.M. im materiellen Kennzeichenrecht schlagwortartige Firmenbestandteile im Hinblick auf eine Verwechslungsgefahr prüft, werden im Rahmen der Unterscheidbarkeit nach § 30 Abs. 1 HGB zunächst nur die vollständigen, ungekürzten Firmen einander gegenübergestellt. Davon abgesehen,

¹⁶²⁸ Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 15 MarkenG, Rn. 37.

¹⁶²⁹ RGZ 171, 321 (324) – CHEMPHAR; BayObLG, BayObLGZ 1979, 316 (318 f.) – INDUBRA; KG, OLGZ 1991, 396 (401) – marine electronic gmbh berlin; OLG Düsseldorf, GRUR 1996, 361 (363) – Teco; KG, NZG 2013, 1153 (1154) – 23 GmbH; Bokelmann, Rn. 75; Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 29; Heymann/Emmerich, § 30 HGB, Rn. 14.

¹⁶³⁰ RGZ 171, 321 (324 f.) – CHEMPHAR.

wird die Zeichenähnlichkeit in beiden Rechtsgebieten aber mit ähnlichen Erwägungen beurteilt.¹⁶³¹ Übereinstimmend kommt es auf einen Vergleich des Wort- und Klangbildes, sowie – insb. bei Sachfirmen – des Bedeutungs- und Sinngehalts an.¹⁶³² Handelsrecht und Kennzeichenrecht stimmen auch darin überein, dass es beim Zeichenvergleich mehr auf die Übereinstimmungen, als auf die Unterschiede ankommt,¹⁶³³ und das dem Anfang einer Bezeichnung für den Gesamteindruck ein stärkeres Gewicht zukommt als den nachfolgenden Silben oder Worten.¹⁶³⁴

(2) Unterschiedliche Zielrichtung

Trotz dieser Übereinstimmungen darf nicht übersehen werden, dass der Wortlaut des § 30 Abs. 1 HGB den Schwerpunkt auf die Zeichen-„*Unterschiede*“ legt, während § 15 Abs. 2 MarkenG den Schwerpunkt auf die Zeichen-„*Ähnlichkeit*“ legt. Wenn der Gesetzgeber unterschiedliche Formulierungen wählt, trifft er damit zugleich eine Aussage, die zu respektieren ist. Unterscheidbarkeit und Zeichenähnlichkeit sind nicht lediglich zwei Seiten derselben Medaille, sondern unterschiedliche Kriterien mit eigenen, ganz unterschiedlichen Maßstäben. Die unterschiedlichen Formulierungen dokumentieren die unterschiedliche Blickrichtung. Während es beim formellen Firmenrecht des HGB um die Unterschiede der Zeichen geht, geht es beim materiellen Kennzeichenrecht des MarkenG um die Gemeinsamkeiten der Zeichen. Das ist durch die unterschiedlichen Schutzzwecke begründet. Im formellen Firmenrecht geht es um einen Schutz des Publikums vor Verwechslungen (dazu oben S. 21 f. und 250). Im materiellen Kennzeichenrecht stehen die Interessen des Zeicheninhabers und der Schutz des in seinem Kennzeichen gespeicherten Goodwills im Vordergrund der gesetzlichen Regelungen (dazu oben S. 37). Es wäre daher verfehlt, bei einem Vergleich der Firmen allein die prägenden bzw. die sich zur schlagwortartigen Verkürzung eignenden Firmenbestandteile zu berücksichtigen. Ein Blick auf die Praxis zeigt, dass auch solche Bestandteile, die wegen ihres rein beschreibenden Gehalts oder – wie

¹⁶³¹ Steinbeck, in: FS Horn, S. 598 (600).

¹⁶³² Zu § 30 HGB: RGZ 100, 45 f. – Brennstoffvertrieb; KG, OLGZ 1991, 396 (401) – marine electronic gmbh berlin; Müko-HGB/Heidinger, § 30 HGB, Rn. 21; Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 29; zu § 15 Abs. 2 MarkenG (bzw. § 16 Abs. 1 UWG von 1909): BGH, GRUR 1992, 110 (112) – dipa/dib; BGH, GRUR 2008, 803 (804), Tz. 21 – HEITEC; Callmann, § 16 UWG, Rn. 47; v. Gamm, Wettbewerbsrecht, Kapitel 57, Rn. 26; Ingerl/Rohnke, § 15 MarkenG, Rn. 87.

¹⁶³³ Steinbeck, in: FS Horn, S. 598 (601); zu § 30 HGB: Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 29; Heymann/Emmerich, § 30 HGB, Rn. 14; zu § 15 Abs. 2 MarkenG (bzw. § 16 Abs. 1 UWG von 1909): BGH, GRUR 1992, 110 (111) – dipa/dib; BGH, GRUR 1992, 550 (551) – ac-pharma; BGH, GRUR 1995, 117 (118) – NEUTREX; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 365; krit. Ingerl/Rohnke, § 15 MarkenG, Rn. 81.

¹⁶³⁴ Zu § 30 HGB: BayObLG, BayObLGZ 1979, 316 (318 f.) – INDUBRA; Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 29; zu § 15 Abs. 2 MarkenG (bzw. § 16 Abs. 1 UWG von 1909): BGH, GRUR 1992, 110 (112) – dipa/dib; BGH, GRUR 1992, 550 (551) – ac-pharma; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 438.

Vornamen – wegen ihrer geringen Bedeutung aus Sicht des Verkehrs für die Zeichenähnlichkeit im Rahmen der Prüfung der Verwechslungsgefahr gemäß § 15 Abs. 2 MarkenG nicht ins Gewicht fallen und ausgeblendet werden (vgl. hierzu S. 216), durchaus zu einer deutlichen Unterscheidbarkeit zweier Firmen in ihrem Gesamteindruck gemäß § 30 Abs. 1 HGB führen können.

(3) Unterschiedliche Handhabung

i. Tätigkeitsbeschreibungen

Zu einer deutlichen Unterscheidbarkeit können Bestandteile der Firma, welche die Tätigkeit des Kaufmanns beschreiben, beitragen. Sie führen dann dazu, dass die sich gegenüberstehenden Firmen nicht ähnlich genug sind.¹⁶³⁵ So unterscheidet sich die jüngere Firma „*Teco Information Systems Europe GmbH*“ von der älteren Firma „*TECO Werkzeugmaschinen GmbH & Co. KG*“ durch die beschreibenden Bestandteile (einerseits „*Information Systems*“, andererseits „*Werkzeugmaschinen*“ deutlich genug i.S.d. § 30 Abs. 1 HGB.¹⁶³⁶ Im materiellen Kennzeichenrecht würde man für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr gemäß § 15 Abs. 2 MarkenG auf die jeweils nur auf den schlagwortartigen Firmenbestandteil „*Teco*“ abstellen und ohne Weiteres eine Zeichenähnlichkeit bejahen.¹⁶³⁷ Auf die Tätigkeit der beiden Gesellschaften käme es nur für die Beurteilung der Branchen-
nähe als Faktor der Verwechslungsgefahr an.

ii. Ortsangaben

Ortsangaben sind als hinreichendes Unterscheidungsmerkmal nicht generell ungeeignet, insbesondere bei Sachfirmen.¹⁶³⁸ Bei Ortsangaben ist die Unterscheidbarkeit individuell in jedem Einzelfall zu beurteilen.¹⁶³⁹ Maßgeblich kommt es auf die Aussagekraft der sonstigen Firmenbestandteile und darauf an, welche Bedeutung der Verkehr der Ortsbezeichnung bemisst.¹⁶⁴⁰ Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung ist wie folgt zu differenzieren: Wenn die abweichende Ortsangabe als Bezeichnung des Sitzes verstanden wird, ist eine hinreichende Unterscheidung zu verneinen, wenn sie als Angabe des Tätigkeitsgebiets

¹⁶³⁵ OLG Düsseldorf, GRUR 1996, 361 (363) – Teco; OLG Saarbrücken, NJWE-WettbR 1999, 284 (287) – H & K; LG Hamburg, Urt. v. 18.02.1952, Az. 26 T 34/51 – Bank für Gemeinwirtschaft; Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 37; Hachenburg/Heinrich, § 4 GmbHG, Rn. 91; Ingerl/Rohnke, Nach § 15 MarkenG, Rn. 254; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 30 HGB, Rn. 20; GK/HGB/Würdinger, § 30 HGB, Anm. 7.

¹⁶³⁶ OLG Düsseldorf, GRUR 1996, 361 (363) – Teco.

¹⁶³⁷ Vgl. OLG Düsseldorf, GRUR 1996, 361 (363) – Teco (*obiter dictum*).

¹⁶³⁸ LG Meiningen, OLG-NL 2004, 234 f. – Glasbearbeitung und Beschichtung Neuhaus GmbH; Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 33; Müko-HGB/Heidinger, § 30 HGB, Rn. 25; Oetker/Schlingloff, § 30 HGB, Rn. 10.

¹⁶³⁹ Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 33.

¹⁶⁴⁰ Müko-HGB/Heidinger, § 18 HGB, Rn. 25.

verstanden wird, ist eine hinreichende Unterscheidung zu bejahen.¹⁶⁴¹ Dies überzeugt nicht, denn ein unterschiedlicher Sitz spricht aus Sicht des Verkehrs gerade für einen anderen Kaufmann, da ein Kaufmann nur einen Hauptsitz hat. Diese Verkehrswahrnehmung ändert sich nicht dadurch, dass unterschiedliche Ortsangaben im Handelsregister ein- und desselben Amtsgerichts eingetragen werden sollen.

iii. Vornamen

Bei Personenfirmen kommt einem ausgeschriebenen Vornamen neben ansonsten übereinstimmenden Nachnamen deutliche Unterscheidungskraft zu, so dass die Hinzufügung eines (abweichenden) Vornamens ausreicht.¹⁶⁴² Daher war „Eugen Decker Holzindustrie“ hinreichend unterscheidungskräftig gegenüber „Decker Holz GmbH“.¹⁶⁴³

Das genügt nicht, soweit sich Firmen gegenüberstehen, die nicht nur den gleichen Familiennamen, sondern auch den gleichen Vornamen enthalten (§ 30 Abs. 2 HGB). Dann soll eine deutliche Unterscheidbarkeit nur dadurch hergestellt werden, dass die Unternehmen verschiedene Tätigkeiten nachgehen und zugleich der Firma der Geschäftsgegenstand hinzugefügt wird.¹⁶⁴⁴ Diese Auffassung läuft auf eine Berücksichtigung der Branchennähe in § 30 Abs. 1 HGB hinaus, die jedoch abzulehnen ist (hierzu sogleich unten S. 263 f.). Eine hinreichende Unterscheidbarkeit kann sich auch bei einer Tätigkeit in derselben Branche herstellen lassen, allerdings dann durch die Hinzufügung eines kennzeichnungskräftigen Fantasiezusatzes.¹⁶⁴⁵

iv. Ordnungszahlen

Deutlich unterscheidend i.S.v. § 30 Abs. 1 HGB kann nach der wohl überwiegenden Auffassung auch die Verwendung von Ordnungszahlen sein.¹⁶⁴⁶ Für das KG war die Ziffer „10“ ein „optischer Stolperstein“ der Firma „SUNSPA 10“, das die Firma von den bereits im Handelsregister eingetragenen SUNSPA-Firmen deutlich unterschied.¹⁶⁴⁷ Das bestätigte das OLG Hamm und sah in der Verwendung der römischen Zahlen „I“ und „II“ in der Firma „J I GmbH & Co. KG“ zu „J II GmbH & Co. KG“ eine deutliche Unterscheidungskraft.¹⁶⁴⁸

¹⁶⁴¹ Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 33.

¹⁶⁴² Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 35.

¹⁶⁴³ BGH, GRUR 1993, 574 (575) – Decker; Schmidt, Handelsrecht, § 12, Rn. 132.

¹⁶⁴⁴ Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 36; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 30 HGB, Rn. 20.

¹⁶⁴⁵ OLG Zweibrücken, GRUR-RR 2002, 137 (138) – H.I. Innovation; GK/HGB/Würdinger, § 30 HGB, Anm. 9.

¹⁶⁴⁶ KG, Beschl. v. 23.10.2012, Az. 12 W 48/12, BeckRS 2013, 13609 – Sunspa; OLG Hamm, NZG 2013, 997 (998) – römische Ziffer; Kiesel u. a., DNotZ 2015, 740 (752); a.A. Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 31; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 30 HGB, Rn. 16.

¹⁶⁴⁷ KG, Beschl. v. 23.10.2012, Az. 12 W 48/12, BeckRS 2013, 13609 – Sunspa.

¹⁶⁴⁸ OLG Hamm, NZG 2013, 997 (998) – römische Ziffer.

Ausdrücklich wies das Gericht in seiner Begründung auf die Liberalisierung des Firmenrechts seit dem Handelsrechtsreformgesetz hin, das gegen eine restriktive Gesetzesanwendung spreche.¹⁶⁴⁹

v. Rechtsformzusätze

An der deutlichen Unterscheidbarkeit fehlt es, wenn sich die Firmen nur durch unterschiedliche Rechtsformzusätze voneinander unterscheiden.¹⁶⁵⁰ Dasselbe gilt nach überwiegender Auffassung, wenn eine der Firmen einen Nachfolgezusatz enthält¹⁶⁵¹ auch der Zusatz „in Liquidation“.¹⁶⁵² Ihnen fehlt es an der Unterscheidungskraft, da sie keine die Individualisierung bezweckenden Firmenbestandteile sind.¹⁶⁵³ Solchen Zusätzen misst der Verkehr keine besondere Bedeutung bei.¹⁶⁵⁴

(bb) Branchennähe als Kriterium der registerrechtlichen Unterscheidbarkeit?

Im materiellen Kennzeichenrecht geht man davon aus, dass die Gefahr einer Verwechslung der Bezeichnungen nur dann besteht, wenn die Tätigkeitsgebiete der Unternehmen aus Sicht des Verkehrs so hinreichend starke *Berührungspunkte* aufweisen, dass er zu der Annahme gelangen kann, er habe es entweder mit demselben Unternehmen zu tun oder die beiden Unternehmen seien – etwa aufgrund einer Tätigkeit in unterschiedlichen Geschäftsfeldern – zwar an sich voneinander verschieden, stünden aber in geschäftlichen Beziehungen zueinander (vgl. zur Branchennähe im materiellen Kennzeichenrecht S. 220 f.). Je größer die so definierte Branchennähe der Unternehmen ist, desto größer ist auch die Verwechslungsgefahr der Kennzeichen.¹⁶⁵⁵

Allgemein anerkannt ist, dass § 30 Abs. 1 HGB auch für Firmen gilt, die in verschiedenen Geschäftszweigen geführt werden. Eine fehlende Branchennähe führt also bei ansonsten gleichlautenden Firmen nicht zu einer deutlichen Unterscheidbarkeit i.S.d. § 30 Abs. 1 HGB.¹⁶⁵⁶ Nicht einheitlich beantwortet wird die Frage, ob umgekehrt bei einer vorhandenen

¹⁶⁴⁹ OLG Hamm, NZG 2013, 997 (998) – römische Ziffer.

¹⁶⁵⁰ BGH, NJW 1966, 1813 (1814) – Husumer Vieh- und Fleischhandelsgesellschaft; BayObLG, BayObLGZ 1979, 316 (318) – INDUBRA; KG, NZG 2013, 1153 (1154) – 23 GmbH; Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 31; Müko-HGB/Heidinger, § 30 HGB, Rn. 23; Baumbach/Hopt/Hopt, § 30 HGB, Rn. 5; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 30 HGB, Rn. 16.

¹⁶⁵¹ Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 31; Müko-HGB/Heidinger, § 30 HGB, Rn. 23; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 30 HGB, Rn. 16; a.A. GK/HGB/Würdinger, § 30 HGB, Anm. 7.

¹⁶⁵² RGZ 29, 66 (68); W. & P. in Liquidation; Bokelmann, Rn. 79; Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 31; Müko-HGB/Heidinger, § 30 HGB, Rn. 23 m.w.N.; GK/HGB/Würdinger, § 30 HGB, Anm. 7.

¹⁶⁵³ BeckOK/Bömeke, § 30 HGB, Rn. 22.

¹⁶⁵⁴ Oetker/Schlingloff, § 30 HGB, Rn. 11.

¹⁶⁵⁵ Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 598.

¹⁶⁵⁶ BGH, NJW 1966, 1813 (1815) – Husumer Vieh- und Fleischhandelsgesellschaft.

Branchennähe strengere Anforderungen an die Unterscheidbarkeit gestellt werden müssen als bei einer fehlenden Branchennähe.

Einige Stimmen in der Literatur, insbesondere diejenigen, die eine einheitliche Handhabung der Unterscheidbarkeit in § 30 Abs. 1 HGB einerseits und der Verwechslungsgefahr in § 15 Abs. 2 MarkenG befürworten, halten dies konsequenterweise für geboten.¹⁶⁵⁷ Nach der Gegenauffassung soll die Branchenzugehörigkeit der Unternehmen, die im Zusammenhang mit der jeweiligen Firma betrieben werden, generell keinerlei Rolle spielen.¹⁶⁵⁸

Die zuletzt genannte Auffassung verdient den Vorzug. Hierfür spricht zunächst, dass Firmenunterscheidbarkeit sowie Verwechslungsgefahr nicht gleichzusetzen sind und dass deshalb das im materiellen Kennzeichenrecht beheimatete Kriterium der Branchennähe nicht ohne Weiteres im Rahmen des § 30 Abs. 1 HGB angewendet werden kann. Außerdem gebietet § 30 Abs. 1 HGB nur eine deutliche Unterscheidbarkeit der *Firmen* in ihrer eingetragenen Gestalt. Verlangt wird also, dass sich die Firmen als Wortzeichen voneinander differenzieren lassen. Ob dies der Fall ist, kann und muss unabhängig vom Unternehmensgegenstand beurteilt werden. Selbstverständlich ist eine deutliche Unterscheidbarkeit nicht ohne Weiteres gewährleistet, wenn zwei Kaufleute in derselben Branche tätig sind und die Branche in der Firma durch die gleichen oder sehr ähnliche beschreibende Zusätze ausdrücklich benannt wird, sodass in einem solchen Fall für eine deutliche Unterscheidung weitere unterscheidende Zusätze nötig sind.¹⁶⁵⁹ Dies ändert aber nichts daran, dass sich die Unterscheidbarkeit von Firmen allein nach dem Klang, Schriftbild und Sinngehalt der Firma bemisst (hierzu oben S. 259 f.), nicht aber nach der Tätigkeit, die der Kaufmann ausübt.

(cc) Kennzeichnungskraft als Kriterium der registerrechtlichen Unterscheidbarkeit?

Die Kennzeichnungskraft eines Unternehmenskennzeichens, also seine besondere Eigenart und damit Einprägsamkeit,¹⁶⁶⁰ ist für die geschäftlichen Bezeichnungen und ihren Schutzzumfang im materiellen Unternehmenskennzeichenschutz von großer Bedeutung (hierzu oben S. 210 ff.). Der materielle Unternehmenskennzeichenschutz bezweckt den

¹⁶⁵⁷ Baumbach/Hopt/Hopt, § 30 HGB, Rn. 5; Maier, S. 20; Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 29 m.w.N.; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 30 HGB, Rn. 21 (für Sachfirmen); Oetker/Schlingloff, § 30 HGB, Rn. 9; Steinbeck, in: FS Horn, S. 589 (602).

¹⁶⁵⁸ KG, GRUR 2000, 902 (905) – LH; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, § 30 HGB, Rn. 5.

¹⁶⁵⁹ BGH, Urt. v. 01.06.1979, Az. I ZR 48/77 – Hausbau Ulm; mit Hinweis auf den identischen Gegenstand beider Unternehmen; ebenso Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 30 HGB, Rn. 20 (für Personenfirmaen); vgl. auch Steinbeck, in: FS Horn, S. 589 (602).

¹⁶⁶⁰ BGH, GRUR 2002, 898 (899) – defacto.

Schutz der unternehmerischen Werbe- und Investitionsleistung, dessen Anstrengungen und Investitionen gilt es angemessen zu schützen (hierzu oben S. 37 ff.). Als Beleg einer erfolgreichen Leistung des Unternehmers verdient ein durch Benutzung in seiner Kennzeichnungskraft gestärktes Zeichen einen größeren Schutz als ein schwaches Zeichen (hierzu oben S. 211 f.). Dem HGB-Firmenrecht geht es aber nicht um den immaterialgüterrechtlichen Schutz des Unternehmers. Es verfolgt allein den Zweck, den Rechtsverkehr vor verwechslungsfähigen Firmen zu schützen (hierzu oben S. 21 f.). Zudem sollte das kursorische Registerverfahren nicht mit umfangreichen Ermittlungen der Bekanntheit der Firma belastet werden.¹⁶⁶¹ Für die Unterscheidbarkeit der Firma nach § 30 Abs. 1 HGB spielt die durch Benutzung gesteigerte Kennzeichnungskraft daher keine Rolle.

f) Gibt es eine „Unterscheidbarkeit im weiteren Sinne“ bei § 30 Abs. 1 HGB?

Die h.M. geht davon aus, dass das Gebot deutlicher Unterscheidbarkeit nach § 30 Abs. 1 HGB nicht nur dann verletzt ist, wenn der Verkehr die Firmen bzw. Firmeninhaber unmittelbar verwechselt, sondern auch dann, wenn der Verkehr annimmt, es bestünden vertragliche, organisatorische oder sonstige wirtschaftliche Verbindungen zwischen ihnen.¹⁶⁶² Diese Argumentation geht zurück auf die im materiellen Kennzeichenrecht bei § 15 Abs. 2 MarkenG anerkannte „Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne“. Sie liegt vor, wenn durch die Verwendung eines ähnlichen Zeichens eine klare Grenzziehung zwischen zwei Unternehmen dadurch gestört wird, dass der Verkehr der Auffassung ist, zwischen den Unternehmen bestehen organisatorischen oder wirtschaftliche Verbindungen (hierzu oben S. 204 f.).¹⁶⁶³ Die Einheit des Kennzeichenrechts spreche dafür, dass es auch im Firmenrecht eine der „Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne“ vergleichbare „deutliche Unterscheidbarkeit im weiteren Sinne“ in § 30 Abs. 1 HGB gibt.¹⁶⁶⁴

Dem Wortlaut des § 30 Abs. 1 HGB ist ein solches Verständnis allerdings nicht zu entnehmen.¹⁶⁶⁵ Zu Recht weist *Burgard* auch darauf hin, dass einem so weiten Verständnis der Unterscheidbarkeit die Intention des § 30 Abs. 2 HGB entgegensteht, der die Firmierung unter dem bürgerlichen Namen unter Beifügung eines unterscheidenden Zusatzes ge-

¹⁶⁶¹ *Steinbeck*, in: FS Horn, S. 598 (603).

¹⁶⁶² *OLG Hamm*, NZG 2013, 997 (998) – römische Ziffer; *Müko-HGB/Heidinger*, § 30 HGB, Rn. 19; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle*, § 30 HGB, Rn. 16; *Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth*, § 30 HGB, Rn. 5; *Oetker/Schlingloff*, § 30 HGB, Rn. 8; *Steinbeck*, Handelsrecht, § 12, Rn. 13; *dies.*, in: FS Horn, S. 589 (598).

¹⁶⁶³ *Goldmann*, Unternehmenskennzeichen, § 13, Rn. 21 m.w.N.

¹⁶⁶⁴ Vgl. *Oetker/Schlingloff*, § 30 HGB, Rn. 8.

¹⁶⁶⁵ *Clausnitzer*, DNotZ 2010, 345 (357).

statte. Ein solcher Zusatz kann zwar die Verwechslungsgefahr im engeren Sinne ausschließen, verhindert aber nicht die fälschliche Vorstellung von vertraglichen, organisatorischen oder sonstigen wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den Firmeninhabern.¹⁶⁶⁶ Eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne ist in vielen Fällen im materiellen Kennzeichenrecht auch nur deshalb zu bejahen, weil sie sich im Rahmen der Wechselwirkung der für die Verwechslungsgefahr maßgeblichen Faktoren aus der durch Benutzung gesteigerter Kennzeichnungskraft des älteren Unternehmenskennzeichens ergibt. Diese gesteigerte Kennzeichnungskraft findet aber in § 30 HGB gerade keine Berücksichtigung. Entscheidend ist aber, dass das materielle Unternehmenskennzeichenrecht den Inhaber eines Unternehmenskennzeichens vor einer Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne allein deshalb schützt, weil das subjektive Recht am Unternehmenskennzeichen zugunsten des Inhabers und in erster Linie in seinem Interesse einen derart weitgehenden Schutz gewährleistet (hierzu oben S. 204 f.). Das durch den materiellen Unternehmenskennzeichenschutz geschützte „*Individuierungsinteresse*“ des Firmeninhabers (zum Begriff siehe S. 204) ist nicht Gegenstand der Regelung des § 30 HGB.

Unter Berufung auf den Zweck des § 30 HGB, nämlich den Verkehrsschutz, lässt sich eine so weitgehende Beschränkung der Wahl einer neuen Firma nicht rechtfertigen. Der Verkehrsschutz gebietet es nur, dass zwei Kaufleute alleine anhand ihrer Firma als unterschiedlich erkannt und identifiziert werden können. Der Verkehr wird insoweit nicht vor der Fehlannahme von Beziehungen zwischen zwei als unterschiedlich erkannten Kaufleuten geschützt. Ob geschäftliche Beziehungen zwischen als unterschiedlich erkannten Kaufleuten vermutet werden können und ob sie tatsächlich bestehen oder nicht, hat mit der Identifikation und Unterscheidung der jeweiligen Kaufleute als solcher nichts zu tun. Dies ist kein Aspekt der formellen Identifikation, sondern ein Aspekt des materiellen Kennzeichenschutzes. Die Firma hat ihre Informationsfunktion hinsichtlich der Identität des dahinterstehenden Rechtsträgers verloren (vgl. S. 52). Die Berücksichtigung einer Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne würde die Firma über eine Informationsfunktion über die Identität des Rechtsträgers noch mit einer weiteren Informationsfunktion aufladen, nämlich mit der Information über Beziehungsgeflechte zwischen unterschiedlichen Rechtsträgern. Das würde dem Grundanliegen und der Grundstruktur des neuen Firmenrechts widersprechen. Schon gar kein Bedürfnis nach einem Schutz vor Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne im Rahmen des § 30 Abs. 1 HGB besteht für den Firmeninhaber selbst, da er in diesen Fällen die Möglichkeit hat, Ansprüche aus §§ 12, 823 Abs. 1 BGB und §§ 5, 15

¹⁶⁶⁶ Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 25.

MarkenG geltend zu machen. Eine handelsrechtliche „*Unterscheidbarkeit im weiteren Sinne*“ ist daher abzulehnen.¹⁶⁶⁷

4. Zusammenfassung

Nach traditioneller Auffassung ist das Gebot deutlicher Unterscheidbarkeit gemäß § 30 Abs. 1 HGB nicht gleichzusetzen mit dem in § 15 Abs. 2 MarkenG normierten Verbot, eine Verwechslungsgefahr hervorzurufen.¹⁶⁶⁸ Die Unterschiede im Normzweck des öffentlichen Firmenrechts auf der einen Seite und des materiellen Unternehmenskennzeichenrechts auf der anderen Seite, rechtfertigen es, dass an die registerrechtliche Unterscheidbarkeit geringere Anforderungen zu stellen sind als an die kennzeichenrechtliche Verwechslungsgefahr.¹⁶⁶⁹ Dass der Reformgesetzgeber von 1998 an diesem traditionellen Rechtszustand etwas ändern wollte, ist nicht ersichtlich. Das Registerverfahren mit den teilweise umfangreichen Untersuchungen zur Verwechslungsgefahr nach § 15 Abs. 2 MarkenG zu belasten, widerspricht dem Willen des Gesetzgebers an einem zügigen und effizienten Verfahrensablauf.¹⁶⁷⁰ Es besteht kein Grund, von dem insgesamt „*zweigleisigen*“ System von HGB einerseits und MarkenG andererseits abzurücken.

Das kann dazu führen, dass ein Zeichen firmenrechtlich nicht zu beanstanden ist, sich in einem späteren Verletzungsprozess aber als verwechslungsfähig nicht gegen ein älteres Zeichen durchsetzen kann.¹⁶⁷¹ Mit anderen Worten: Eine Firma, die mit einer älteren gemäß § 15 Abs. 2 MarkenG ähnlich genug ist, um in Wechselwirkung mit den anderen Faktoren eine Verwechslungsgefahr hervorzurufen, kann immer noch unterschiedlich genug sein, um gemäß § 30 Abs. 1 HGB eingetragen werden zu können. Der Hinweis des Unternehmensträgers, seine Firma sei im Handelsregister eingetragen, ist für die davon unabhängige Beurteilung der kennzeichenrechtlichen Verwechslungsgefahr unbeachtlich.¹⁶⁷² Die Verletzungsgerichte sind an die Eintragungsentscheidung der Registergerichte nicht gebunden (vgl. hierzu S.93 ff.).¹⁶⁷³ Auf die Eintragung seiner Firma kann sich der Unternehmensträger im Kennzeichenrechtsstreit nicht mit Erfolg berufen.

¹⁶⁶⁷ Vgl. auch BeckOK/Bömeke, § 30 HGB, Rn. 19.

¹⁶⁶⁸ Callmann, § 16 Rn. 37; Heinsheimer, S. 24; Reimer, GRUR 1951, S. 222 (223); Rosenthal/Leffmann, § 16 UWG, Rn. 35; a.A. v. Gierke/Sandrock, § 17 II 4 b) (S. 247).

¹⁶⁶⁹ BGH, Urt. v. 01.06.1979, Az. I ZR 48/77 – Hausbau Ulm; OLG Köln, GRUR-RR 2006, 191 (192) – 01058/01059; v. Gamm, Wettbewerbsrecht, Kapitel 55, Rn. 9; Baumbach/Hopt/Hopt, § 30 HGB, Rn. 4; Ingerl/Rohnke, Nach § 15 MarkenG, Rn. 254.

¹⁶⁷⁰ Vgl. Amtliche Begründung zum Handelsrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 13/8444, S. 38).

¹⁶⁷¹ BGH, Urt. v. 01.06.1979, Az. I ZR 48/77 – Hausbau Ulm; Callmann, § 16, Rn. 37.

¹⁶⁷² Ingerl/Rohnke, Nach § 15 MarkenG, Rn. 251.

¹⁶⁷³ RG, GRUR 1936, 502 – R. Ladenbau; Staub/Burgard, § 30 HGB, Rn. 5; Callmann, § 16 UWG, Rn. 80; Goldmann, Unternehmenskennzeichen, § 7, Rn. 73; Düringer/Hachenburg/V. Hoeniger, § 30 HGB, Rn. 1.

Die These, seit der Handelsrechtsreform finde eine inhaltliche Angleichung des Firmenrechts an das Kennzeichenrecht statt,¹⁶⁷⁴ ist zumindest für § 30 Abs. 1 HGB nicht nachweisbar.

B. Erweiterter Schutz der bekannten Firma?

Einen erweiterten Schutz für bekannte Firmen sieht das formelle Firmenrecht nicht vor.

C. Anwendung des HGB-Firmenrechts durch die Registergerichte von Amts wegen

Wer eine ihm nach den §§ 17 ff. HGB nicht zustehende Firma gebraucht, ist von dem Registergericht von Amts wegen zur Unterlassung anzuhalten, § 37 Abs. 1 HGB i.V.m. §§ 392, 388 FamFG.¹⁶⁷⁵ Damit wird die Zuständigkeit der Kontrolle des ordnungsgemäßen Firmengebrauchs den Registergerichten als gerichtliche Amtszuständigkeit zugewiesen.¹⁶⁷⁶

Der handelsrechtliche Firmenschutz zielt nicht auf die Verhinderung der Verletzung von Rechten Dritter. Darauf kommt es nach dem Wortlaut des § 37 Abs. 1 HGB nicht an.¹⁶⁷⁷

Nach seinem Wortlaut verpflichtet § 37 Abs. 1 HGB die Registergerichte nur zur Überwachung des Gebrauchs der firmenordnungsrechtlichen Vorschriften der §§ 17 ff. HGB.¹⁶⁷⁸

Dies umfasst auch ein Einschreiten von Amts wegen in Fällen, in denen die Firma nicht zur Kennzeichnung geeignet ist und keine Unterscheidungskraft hat, § 18 Abs. 1 HGB.¹⁶⁷⁹

Auch wenn die Firma so gebildet oder gebraucht wird, dass sie sich nicht deutlich von anderen an demselben Ort bereits bestehenden Firmen unterscheidet (§ 30 Abs. 1 HGB), wird das Registergericht im öffentlichen Interesse den Gebrauch der Firma untersagen.¹⁶⁸⁰

Jede Sanktionierung einer unzulässig gebildeten Firma durch das Registergericht erfolgt aber ausschließlich im öffentlichen Interesse zum Schutz des Verkehrs vor Verwechslun-

¹⁶⁷⁴ Jung, ZIP 1998, 677 (678); Roth, S. 31 (35).

¹⁶⁷⁵ Baumbach/Hopt/Hopt, § 37 HGB, Rn. 6.

¹⁶⁷⁶ Canaris, § 11, Rn. 42.

¹⁶⁷⁷ Schmidt, Handelsrecht, § 12 IV, Rn. 1.

¹⁶⁷⁸ Staub/Burgard, § 37 HGB, Rn. 9; MüKo-HGB/Krebs, § 37 HGB, Rn. 22.

¹⁶⁷⁹ MüKo-HGB/Krebs, § 37 HGB, Rn. 22.

¹⁶⁸⁰ Oetker/Schlingloff, § 37 HGB, Rn. 4.

gen. Das Schutzinteresse des Einzelnen steht noch nicht einmal neben diesem Allgemeininteressen. Nicht von § 37 Abs. 1 HGB erfasst wird daher ein Verstoß der Firma lediglich gegen §§ 5, 15 MarkenG oder sonstige namens- oder wettbewerbsrechtliche Vorschriften.¹⁶⁸¹ So wird gewährleistet, dass das Amtsverfahren des Registergerichts von den vielfältigen wettbewerbsrechtlichen und kennzeichenrechtlichen Fragestellungen befreit bleibt.¹⁶⁸²

D. § 37 Abs. 2 HGB als individueller Rechtsbehelf

I. Rechtsnatur

Die Rechtsnatur des Anspruchs gemäß § 37 Abs. 2 HGB ist im Zusammenhang mit der Frage nach dem Charakter des formellen Firmenrechts als subjektives Recht ausführlich dargestellt worden. Darauf wird verwiesen (näher hierzu S. 125 ff.).

II. Voraussetzungen und praktische Anwendung

Nach § 37 Abs. 2 HGB kann Unterlassung nur verlangen, „*wer durch unzulässigen Firmengebrauch in seinen Rechten verletzt ist*“. Die private Klagebefugnis setzt damit die Verletzung eigener Rechte voraus. Inhalt und Umfang des Begriffs der „*Rechte*“ ist bis heute nicht gesichert. Einig ist man sich zumindest, dass jedes absolute Recht als verletztes Recht i.S. von § 37 Abs. 2 HGB zu verstehen ist und als Grundlage eines Unterlassungsanspruchs in Betracht kommt.¹⁶⁸³

1. Rechtsverletzung

a) Verletzung echter „Rechte“

Die Verletzung des Namensrechts i.S.d. § 12 BGB, des durch die Firmenausschließlichkeit gemäß § 30 HGB gesicherten formellen Firmenrechts oder absoluter Rechte (wie z. B. das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb oder das Recht an einem Unternehmenskennzeichen) durch den unbefugten Firmengebrauch, sind anerkannte Fallgruppen eines verletzten „*Rechts*“ i.S.d. § 37 Abs. 2 HGB. Liegen die Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs aus diesen Vorschriften vor, dann liegt grundsätzlich auch eine Rechtsverletzung im Sinne von § 37 Abs. 2 HGB vor.¹⁶⁸⁴ Nachfolgend werden die Fallgruppen einer Rechtsverletzung dargestellt.

¹⁶⁸¹ Staub/Burgard, § 37 HGB, Rn. 9.

¹⁶⁸² RGZ 132, 311 (317 f.) – D.-Werke; v. Gamm, in: FS Stimpel, S. 1007 (1008 f.).

¹⁶⁸³ Baumbach/Hopt/Hopt, § 37 HGB, Rn. 11; Oetker/Schlingloff, § 37 HGB, Rn. 12; GK/HGB/Würdinger, § 37 HGB, Anm. 24.

¹⁶⁸⁴ Staub/Burgard, § 37 HGB, Rn. 63.

(aa) Verletzung des Firmenrechts

Als absolutes Recht¹⁶⁸⁵ kommt in erster Linie die Firma als verletztes Recht im Sinne von § 37 Abs. 2 HGB in Betracht.¹⁶⁸⁶ Wird die Firma entgegen § 30 Abs. 1 HGB in einer Weise verwendet, dass sie sich nicht deutlich von einer älteren Firma an demselben Ort oder derselben Gemeinde unterscheidet, liegt nach h.M. zugleich eine Rechtsverletzung vor. Wegen der örtlichen Beschränkung des § 30 Abs. 1 HGB ist auch der Klageanspruch aus § 37 Abs. 2 HGB örtlich beschränkt.¹⁶⁸⁷

Nach der hier vertretenen Auffassung gewährt § 30 Abs. 1 HGB aber kein den absoluten Rechten vergleichbares subjektives Recht (näher dazu oben S. 123 ff.). Richtigerweise ist die firmenrechtliche Pflicht zur deutlichen Unterscheidbarkeit zweier Firmen am selben Ort lediglich eine geschützte Registerposition des Inhabers der älteren Firma an demselben Ort. Sein „Schutz“ hat keinen subjektiven Rechtscharakter und ist nicht Zweck des § 30 Abs. 1 HGB, der den Verkehr vor Verwechslungen schützen will, aber nicht dem Individualinteresse dient. In „*seinem Recht*“ aus § 30 Abs. 1 HGB – verstanden als absolutes Recht – wird der Inhaber einer älteren Firma daher nicht verletzt. Auf der Grundlage des weiten Rechtsbegriffs wird man ihm aber ebenfalls einen Unterlassungsanspruch nach § 37 Abs. 2 HGB zusprechen. Dazu nachfolgend unten S. 271 f.

(bb) Verletzung des Namensrechts

Die Verletzung des subjektiven Namensrechts ist ebenfalls eine die Klagebefugnis begründende Rechtsverletzung.¹⁶⁸⁸ Bedingt durch den konkurrierenden Anwendungsbereich des § 12 BGB sind davon lediglich Fälle einer Verletzung des Namensrechts durch Firmenmissbrauch erfasst. Fälle also, in denen ein anderer unbefugt den bürgerlichen Namen des Klägers als Firma führt¹⁶⁸⁹ oder zur Bildung der Firma einer Gesellschaft verwendet.¹⁶⁹⁰

¹⁶⁸⁵ Staub/Burgard, § 17 HGB, Rn. 50; Oetker/Schlingloff, § 17 HGB, Rn. 4.

¹⁶⁸⁶ RGZ 110, 422 (423) – Siligmüller; Staub/Burgard, § 37 HGB, Rn. 63; GK/HGB/Würdinger, § 37 HGB, Anm. 17a.

¹⁶⁸⁷ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 37 HGB, Rn. 24; GK/HGB/Würdinger, § 37 HGB, Anm. 17a.

¹⁶⁸⁸ RGZ 56, 187 (190) – Petroleumgeschäft; Staub/Burgard, § 37 HGB, Rn. 63; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 37 HGB, Rn. 25; GK/HGB/Würdinger, § 37 HGB, Anm. 22.

¹⁶⁸⁹ RGZ 156, 363 (365 f.) – Louis B.'s Söhne; GK/HGB/Würdinger, § 37 HGB, Anm. 22.

¹⁶⁹⁰ RGZ 56, 187 (190) – Petroleumgeschäft; GK/HGB/Würdinger, § 37 HGB, Anm. 22.

(cc) Verletzung sonstiger Kennzeichenrechte

Wird durch einen Firmengebrauch ein Unternehmenskennzeichen des §§ 5, 15 MarkenG verletzt, hat der Inhaber des Unternehmenskennzeichens neben dem eigenen Unterlassungsanspruch aus § 15 Abs. 4 MarkenG einen weiteren Unterlassungsanspruch aus § 37 Abs. 2 HGB.¹⁶⁹¹

(dd) Verletzung sonstiger absoluter Rechte

Wenn durch die Verwendung einer Firma Patent- oder Markenrechte verletzt werden, stellt auch das eine Rechtsverletzung i.S. von § 37 Abs. 2 HGB dar.¹⁶⁹² Auch der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb oder ein allgemeines Persönlichkeitsrecht kann durch einen unbefugten Firmengebrauch eigene Rechte des Klägers verletzen.¹⁶⁹³

b) Verletzung rechtlich geschützter Interessen

Die Rechtsprechung des RG hatte lange daran festgehalten, dass lediglich die Verletzung von absoluten Rechten eine Klagebefugnis begründen könne.¹⁶⁹⁴ Die heute herrschende Auffassung fasst den Begriff des Rechts in § 37 Abs. 2 HGB weiter und lässt bereits die unmittelbare Verletzung sonstiger rechtlicher Interessen wirtschaftlicher Art genügen.¹⁶⁹⁵ Nur so habe § 37 Abs. 2 HGB noch eine praktische Bedeutung, wenn nicht lediglich die in ihren absoluten Rechten Verletzten klagebefugt seien. Zumal diese Gruppe ohnehin auf andere Weise Rechtsschutz in Anspruch nehmen könnten.¹⁶⁹⁶ Ohne eine solche Bedeutungsaufwertung würde der Wille des Gesetzgebers, auch das Privatinteresse für Zwecke des Firmenordnungsrechts nutzbar zu machen, verfehlt.¹⁶⁹⁷ Die historische Auslegung stützt dieses weite Verständnis des Begriffs des Rechts. Bereits der Vorentwurf des § 37 Abs. 2 HGB sprach ausdrücklich von einer Verletzung „*berechtigter Interessen*“.¹⁶⁹⁸ Dass dennoch die frühere Formulierung zu Art. 27 ADHGB beibehalten wurde, erklärt sich aus

¹⁶⁹¹ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 37 HGB, Rn. 24.

¹⁶⁹² RGZ 3, 164 (167) – einzige Fabrik nikotinfreier Tabake, Patent, Dr. Kißling & Co.; GK/HGB/Würdinger, § 37 HGB, Anm. 24.

¹⁶⁹³ RGZ 132, 311 (314) – D.-Werke; Staub/Burgard, § 37 HGB, Rn. 65; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 37 HGB, Rn. 27.

¹⁶⁹⁴ So noch RGZ 132, 311 (314 ff.) – D.-Werke.

¹⁶⁹⁵ BGH, GRUR 1970, 320 (322) – Doktorfirma.

¹⁶⁹⁶ BGH, GRUR 1970, 320 (322) – Doktorfirma; Lange, § 7, Rn. 4473.

¹⁶⁹⁷ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 37 HGB, Rn. 19.

¹⁶⁹⁸ Denkschrift, S. 207.

der Befürchtung, sonst bedürfe es kumulativ eines berechtigten Interesses und einer Rechtsverletzung.¹⁶⁹⁹

Nur die Verletzung wirtschaftlicher, nicht auch ideeller Interessen können Grundlage eines Unterlassungsanspruchs nach § 37 Abs. 2 HGB sein.¹⁷⁰⁰ Wirtschaftliche Interessen sind immer dann verletzt, wenn wirtschaftliche Nachteile erlitten werden.¹⁷⁰¹ Davon ist schon dann auszugehen, wenn ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Kläger und Beklagten besteht.¹⁷⁰² Es kommt nämlich nicht darauf an, dass sich der unbefugte Firmengebrauch unmittelbar gegen das Unternehmen des Klägers richtet. Ausreichend ist schon, wenn sich der Vorteil für das Unternehmen des Beklagten notwendig auf Kosten des Klägers verwirklicht.¹⁷⁰³ Dabei kommt es nicht darauf an, dass sich der Nachteil tatsächlich realisiert. Für die Klagebefugnis ausreichend ist schon die Möglichkeit einer subjektiven Rechtsverletzung.¹⁷⁰⁴

Da es nicht darauf ankommt, selbst Inhaber eines kollidierenden Kennzeichenrechts zu sein, führt ein so weit verstandenes wirtschaftliches Interesse zu einem ebenso weiten Kreis von Klageberechtigten.¹⁷⁰⁵ Klagebefugnis besteht schon in Fällen einer von einem Wettbewerber entgegen § 18 Abs. 2 HGB verwendeten irreführenden Firma.¹⁷⁰⁶

Ist die Firma entgegen § 18 Abs. 1 HGB nicht zur Kennzeichnung des Unternehmensträgers geeignet oder fehlt ihr die Unterscheidungskraft, ist jeder Konkurrent nach § 37 Abs. 2 HGB klagebefugt.¹⁷⁰⁷

Verstößt die Firma des Beklagten gegen das Gebot der Ausschließlichkeit (§ 30 Abs. 1 HGB) wird der Kläger zwar nicht in „*seinen Rechten*“ aus § 37 Abs. 2 HGB verletzt, denn das Gebot der Ausschließlichkeit schützt seine Firma nur mittelbar (hierzu oben S. 123 f.). Seine Klagebefugnis kann er aber auch auf einem Wettbewerbsverhältnis

¹⁶⁹⁹ Staub/Burgard, § 37 HGB, Rn. 56; MüKo-HGB/Krebs, § 37 HGB, Rn. 47; a.A. wohl GK/HGB/Würdinger, § 37 HGB, Anm. 25.

¹⁷⁰⁰ A.A. Staub/Burgard, § 37 HGB, Rn. 56 und 68.

¹⁷⁰¹ Staub/Burgard, § 37 HGB, Rn. 67.

¹⁷⁰² Vgl. BGH, NJW 1991, 2023 – „A“; OLG Hamm, NJW-RR, 1989, 549 – X-GmbH (Klagebefugnis nach § 37 Abs. 2 HGB wegen Gebrauchs einer unzutreffenden Rechtsform entgegen § 18 Abs. 2 HGB durch einen Wettbewerber).

¹⁷⁰³ Staub/Burgard, § 37 HGB, Rn. 67.

¹⁷⁰⁴ OLG Hamm, NJW-RR, 1989, 549 – X-GmbH.

¹⁷⁰⁵ Ingerl/Rohnke, Nach § 15 MarkenG, Rn. 256.

¹⁷⁰⁶ BGH, NJW 1991, 2023 – „A“; OLG Hamm, NJW-RR, 1989, 549 – X-GmbH; Baumbach/Hefermehl, UWG (17. Aufl. 1993), § 16, Rn. 98.

¹⁷⁰⁷ Lange, § 7, Rn. 4480.

stützen, das für die Annahme eines wirtschaftlichen Interesses im Sinne des weiten Rechtsbegriffs ausreichend ist.¹⁷⁰⁸

c) Ergebnis

§ 37 Abs. 2 HGB führt für den Inhaber einer Firma zu einer Erweiterung seines formellen Firmenschutzes,¹⁷⁰⁹ ohne aber qualitativ in einen materiellen Firmenschutz umzuschlagen.¹⁷¹⁰ Während es außerhalb des Firmenordnungsrechts darauf ankommt, dass die speziellen Verletzungstatbestände erfüllt sind, genügt es für eine Klagebefugnis nach § 37 Abs. 2 HGB bereits, wenn ein aus dem Kennzeichenrecht erwachsendes wirtschaftliches Interesse geltend gemacht werden kann. Jeder Wettbewerber ist dann unabhängig von einer Verletzung in eigenen Rechten berechtigt, gegen die unbefugte geführte Firma zu klagen. Dass § 37 Abs. 2 HGB in der Praxis kaum Beachtung findet, wird seiner Bedeutung für den Kennzeichenschutz nicht gerecht und ist wohl nur mit seiner geringen Bekanntheit außerhalb des materiellen Kennzeichenschutzes zu erklären.¹⁷¹¹

2. Rechtsfolgen

§ 37 Abs. 2 HGB gibt dem Klagebefugten die Möglichkeit, Unterlassung des Gebrauchs der Firma (S. 1) und Schadensersatz nach anderen Regelungen (S. 2) verlangen zu können.

Der Unterlassungsanspruch kann sich zu einem Beseitigungsanspruch und damit zu einem Anspruch auf Löschung der Firma im Handelsregister steigern, da schon die Registereintragung eine Form des Gebrauchs im Sinne der Vorschrift ist.¹⁷¹² Für eine Löschung und nicht nur Unterlassung der Benutzung der Firma besteht ein Bedürfnis, wenn durch die Rechtsverletzung ein dauernder Zustand im Handelsregister geschaffen wird, der nur durch eine Löschung beseitigt werden kann.¹⁷¹³

Dem Verletzten steht neben den Ansprüchen nach S. 1 Schadensersatzansprüche nach den sonstigen Vorschriften zu. Nach Art. 27 ADHGB wurde ein solcher Schadensersatzanspruch unmittelbar neben dem Unterlassungsanspruch gewährt. Davon ist § 37 HGB

¹⁷⁰⁸ BGH, NJW 1991, 2023 – „A“; OLG Hamm, NJW-RR, 1989, 549 – X-GmbH; vgl. auch MüKo-HGB/Krebs, § 37 HGB, Rn. 45; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Reuschle, § 37 HGB, Rn. 28; Oetker/Schlingloff, § 37, Rn. 12.

¹⁷⁰⁹ Lange, § 7, Rn. 4487; GK/Teplitzky, § 16 UWG, Rn. 470; vgl. auch v. Gamm, in: FS Stimpel, S. 1007 (1010) unter Ablehnung einer Qualifizierung als formellen Firmenschutz.

¹⁷¹⁰ v. Gamm, WM 1985, 849 (852).

¹⁷¹¹ GK/Teplitzky, § 16 UWG, Rn. 482.

¹⁷¹² BGH, GRUR 1955, 487 (488) – Alpha; Baumbach/Hopt/Hopt, § 37 HGB, Rn. 13.

¹⁷¹³ BGH, GRUR 1955, 487 (488) – Alpha; v. Gamm, in: FS Stimpel, S. 1007 (1012); GK/HGB/Würdinger, § 37 HGB, Anm. 27.

abgegangen und macht mit dem Verweis auf andere Regelungen deutlich, dass ein Schadensersatzanspruch aus § 37 Abs. 2 S. 2 HGB selbst bei vorsätzlichem Handeln nach dieser Vorschrift nicht verlangt werden kann.

Schadensersatz kann der Verletzte insbesondere nach den materiell-rechtlichen Kennzeichenschutzvorschriften der §§ 5 Abs. 2, 15 Abs. 5 MarkenG und zudem nach §§ 3, 9 UWG sowie §§ 12, 823 Abs. 1, 826 BGB geltend machen.¹⁷¹⁴ Stets ist dafür vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln des Beklagten Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs.

¹⁷¹⁴ Staub/*Burgard*, § 37 HGB, Rn. 73; MüKo-HGB/*Krebs*, § 37 HGB, Rn. 55; GK/HGB/*Würdinger*, § 37 HGB, Anm. 28.

6. Teil

Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Grundsätzliche Trennung von formellem Firmenrecht und materiellem Unternehmenskennzeichenrecht

Man kann eine Zusammenfassung der Ergebnisse dieser Untersuchung schwerlich anders einleiten als mit der Feststellung, dass das formelle Firmenrecht sich im Wesentlichen mit formellen Regelungen beschäftigt, formale Anforderungen an die Firma stellt, ihr einen formellen Schutz gewährt und sowohl ihre Entstehung als auch ihr Ende an formale Akte knüpft, während das materielle Unternehmenskennzeichenrecht in nahezu allen Gesichtspunkten das reale Wirtschaftsleben in den Mittelpunkt stellt und als Immaterialgüterrecht die materiellen Interessen, nämlich den Vermögenserwerb des Kaufmanns in seinem Unternehmen, weitgehend ohne Rücksicht auf formale Anforderungen schützt.

Beide Rechtsmaterien stehen grundsätzlich unverbunden nebeneinander und unterscheiden sich schon anhand Ihrer Zweckrichtung und ihrem Rechtscharakter her fundamental.¹⁷¹⁵

Das formelle Firmenrecht dient dem öffentlichen Interesse und verfolgt das Ziel eines Verkehrsschutzes, der sich auf die jederzeit sichere und transparente Identifikation der einzelnen Kaufleute stützt.¹⁷¹⁶ So ist es historisch entstanden und gewachsen und so blieb es auch nach der Handelsrechtsreform erhalten. Das formelle Firmenrecht vermittelt kein subjektives Recht.¹⁷¹⁷

Das materielle Unternehmenskennzeichenrecht dient in erster Linie dem privaten Interesse des einzelnen Unternehmers und schützt in seinem Individualinteresse die Identifikations-, Unterscheidungs- und Goodwillfunktion seiner Unternehmenskennzeichen – und zwar aller und nicht nur der Firma.¹⁷¹⁸ So ist es einige Zeit nach dem formellen Firmenrecht historisch entstanden und gewachsen, und so besteht es auch heute. Das materielle Unternehmenskennzeichenrecht vermittelt ein subjektives Recht (§ 15 Abs. 1 MarkenG).

¹⁷¹⁵ Vgl. zum formellen Firmenrecht 2. Teil 2. Abschnitt: A (S. 14 ff.) und zum materiellen Unternehmenskennzeichenrecht 2. Teil 2. Abschnitt: B (S. 26 ff.).

¹⁷¹⁶ Vgl. dazu 2. Teil 2. Abschnitt: A. VI (S. 21 ff.).

¹⁷¹⁷ Vgl. dazu 4. Teil 2. Abschnitt: A. II (S. 122 ff.).

¹⁷¹⁸ Vgl. dazu 2. Teil 2. Abschnitt: B. IV (S. 37 ff.).

2. Eingeschränkte wechselseitige Beziehungen der Rechtsmaterien

Man kann nicht einmal sagen, dass beide Rechtsmaterien prinzipiell aufeinander bezogen sind. Dafür sind die grundlegenden Unterschiede zu groß. Allerdings gibt es in beiden Rechtsmaterien seit jeher Regelungen und Grundsätze, die man als Bestätigung und Anerkennung der Existenzberechtigung und Legitimität der jeweils anderen deuten kann. Insofern kann von einer gewissen Verschränkung beide Rechtsmaterien gesprochen werden.

Der materielle Unternehmenskennzeichenschutz weiß und respektiert, dass es ein formelles Firmenrecht gibt, weil eine Firma, die entgegen der Vorschriften der §§ 17 ff. HGB gebildet ist, nicht befugt geführt wird und keinen materiellen Schutz als Unternehmenskennzeichen gemäß § 5 Abs. 2 1 Fall 2 MarkenG erhält. Und überhaupt ist ein Schutz der Firma als Unternehmenskennzeichen ohne das Rechtsinstitut der Firma, das durch das formelle Firmenrecht bestimmt wird, nicht denkbar.¹⁷¹⁹

Das formelle Firmenrecht weiß und respektiert, dass die Firma als Unternehmenskennzeichen eine auf der Identifikations- und Unterscheidungsfunktion aufbauende Goodwill-Funktion hat. Denn das formelle Firmenrecht des HGB erlaubt, dass der Goodwill, der unter einer als Unternehmenskennzeichen geschützten Firma angesammelt wurde, bei einer Übertragung der Firma mit dem Handelsgeschäft/Unternehmen nicht verloren geht, sondern in der Hand des Erwerbers erhalten bleibt und der Veräußerer für den von ihm aufgebauten Goodwill eine monetäre Kompensation erhält.¹⁷²⁰

Zu dieser seit dem ADHGB von 1861 und damit sogar noch vor Einführung eines spezialgesetzlichen materiellen Unternehmenskennzeichenschutzes im Jahr 1896 bestehenden Verschränkung ist mit der Handelsrechtsreform von 1998 eine weitere hinzugekommen. Anders als das frühere Recht erlaubt nämlich das reformierte Firmenrecht, Firmen so zu bilden, dass sie die Identifikation-, Unterscheidungs- und Goodwill-Funktion als Unternehmenskennzeichen wirtschaftlich optimal ausfüllen können. Aus dem Grund dass Firmen heute ebenso wie Marken und besondere Geschäftsbezeichnungen als Fantasiezeichen gebildet werden dürfen. Dabei hat das formelle Firmenrecht mit der Voraussetzung der „*Unterscheidungskraft*“ und „*Kennzeichnungseignung*“ sogar Anleihen an der Praxis zum materiellen Unternehmenskennzeichenschutz genommen.¹⁷²¹

¹⁷¹⁹ Vgl. zur befugten Benutzung 4. Teil 1. Abschnitt: B. I. 2 (S. 76 ff.).

¹⁷²⁰ Vgl. dazu 4. Teil 2. Abschnitt: D. II (S. 195 f.).

¹⁷²¹ Vgl. dazu 4. Teil 2. Abschnitt: C. II. 1 (S. 134 ff.).

Im Großen und Ganzen überwiegen aber die Unterschiede die Gemeinsamkeiten. Dies gilt von der Schutzentstehung über die Schutzvoraussetzungen und den Schutzbereich bis hin zum Schutzende.

Das formelle Firmenrecht entsteht mit der Registereintragung als Formalakt. Der materielle Schutz der Unternehmenskennzeichen beginnt mit dem Realakt der Benutzung im geschäftlichen Verkehr.¹⁷²²

Bei den Voraussetzungen für die Entstehung des Rechts gibt es große Gemeinsamkeiten insoweit, als dass irreführende Zeichen nicht zulässig sind bzw. keinen Schutz genießen. Im formellen Firmenrecht ergibt sich dies aus § 18 Abs. 2 HGB und im materiellen Firmenrecht aus dem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal der befugten Benutzung, an der es bei einem irreführenden Kennzeichen fehlt. Die gleichen Gemeinsamkeiten lassen sich feststellen, wenn es um rechtswidrige, gegen die öffentliche Ordnung verstoßende oder sittenwidrige Kennzeichen sowie um Hoheitszeichen geht.¹⁷²³ Die Einheit der Rechtsordnung gebietet, solche Zeichen nicht auch noch mit Brief und Siegel zu einer formalen Rechtsposition zu erheben oder ihnen einen materiellen Unternehmenskennzeichenschutz mit Ausschlusswirkung zuzubilligen.

Gemeinsamkeiten ergeben sich auch insoweit, als dass mit der Kennzeichnungseignung und Unterscheidungskraft im formellen Firmenrecht (§ 18 Abs. 1 HGB) und der namensmäßigen Unterscheidungskraft als zentrale, wenn auch ungeschriebenen Schutzvoraussetzung im materiellen Kennzeichenrecht Kriterien bestehen, die eine parallele Struktur aufweisen und die auch grundsätzlich in gleicher Weise angewendet werden könnten.¹⁷²⁴

3. Trotz wechselseitiger Beziehungen und Gemeinsamkeiten überwiegen die Unterschiede

a) Freihaltebedürfnis

Der unterschiedliche Rechtscharakter und die unterschiedliche Zielsetzung von formellem Firmenrecht einerseits sowie materiellem Unternehmenskennzeichenrecht andererseits lassen im Ergebnis aber keinen vollständigen Gleichlauf zu. Weil das formelle Firmenrecht

¹⁷²² Vgl. dazu 4. Teil 2. Abschnitt: B (S. 130 ff.) und 4. Teil 1. Abschnitt: A (S. 65 f.).

¹⁷²³ Vgl. für Unternehmenskennzeichen 4. Teil 1. Abschnitt: B. I. 2. a) (cc) (S. 80 ff.) und für die Firma 4. Teil 2. Abschnitt: C. III. 2 (S. 188 ff.).

¹⁷²⁴ Vgl. dazu 4. Teil 1. Abschnitt: B. II (S. 83 ff.).

kein materielles Ausschlussrecht mit sich bringt – schon gar nicht über die örtlichen Grenzen des § 30 Abs. 1 HGB hinaus –, sondern seinem Inhaber nur eine formelle Rechtsposition verschafft, muss ein Freihaltebedürfnis nicht berücksichtigt werden.¹⁷²⁵ Dies führt verglichen mit den Anforderungen des materiellen Unternehmenskennzeichenrechts zu niedrigeren Anforderungen, etwa bei der Berücksichtigung von mehrdeutigen beschreibenden Angaben und bei der Kombination von Tätigkeitsangaben mit Ortsangaben.¹⁷²⁶ Eine Untersuchung der Praxis der Gerichte zeigt, dass vielfach Firmen als Kennzeichnung geeignet und unterscheidungskräftig gemäß § 18 Abs. 1 HGB eingetragen werden, sie aber nicht die für den materiellen Unternehmenskennzeichenschutz erforderliche namensmäßige Unterscheidungskraft aufweisen.¹⁷²⁷ Dieses Ergebnis kann man nur dann als widersprüchlich oder willkürlich empfinden, wenn man die Voraussetzungen hier wie dort für identisch hält. Betrachtet man sie aber im Lichte der geschützten Interessen und der Auswirkungen, die eine Firmeneintragung bzw. ein materiell-rechtlicher Firmenschutz gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 MarkenG haben oder hätten, erscheinen die Divergenzen nicht nur nachvollziehbar, sondern auch legitim und geboten. Es besteht kein Bedürfnis, dass sich die Rechtsprechung der Registergerichte an die der Verletzungsgerichte anpasst. Eine Übernahme des strengen Maßstabs des Kennzeichenrechts für das Firmenrecht würde mit Blick auf die lediglich formelle Schutzwirkung eine Übersteigerung der formellen Schutzvoraussetzungen bedeuten.¹⁷²⁸

b) nicht namensmäßig unterscheidungskräftige Kennzeichen

Eine Annäherung von formellem und materiellem Kennzeichenrecht ergibt sich aber dadurch, dass hier wie dort die bestehende Verkehrsgeltung eines von Haus aus nicht namensmäßig unterscheidungskräftigen Zeichens zu berücksichtigen ist. Freilich muss diese Verkehrsgeltung im formellen Firmenrecht für das Registergericht ersichtlich, also offenkundig sein.¹⁷²⁹ Im materiellen Kennzeichenrecht wird sie vom Zeichenprätendenten dargelegt und bewiesen und vom Verletzungsgericht nach einer u. U. umfangreichen Beweisaufnahme festgestellt.¹⁷³⁰

¹⁷²⁵ Vgl. dazu 4. Teil 2. Abschnitt: C. II. 1. a) (bb) (S. 136 ff.).

¹⁷²⁶ Vgl. dazu 4. Teil 2. Abschnitt: C. II. 1. b) (cc) (2) (S. 146 f.).

¹⁷²⁷ Vgl. dazu 4. Teil 2. Abschnitt: C. II. 1. c) (cc) (S. 159 ff.).

¹⁷²⁸ Vgl. dazu 4. Teil 2. Abschnitt: C. II. 1. c) (ee) (S. 170 ff.).

¹⁷²⁹ Vgl. dazu 4. Teil 2. Abschnitt: C. II. 1. b) (cc) (3) iii (S. 155 ff.).

¹⁷³⁰ Vgl. dazu 4. Teil 1. Abschnitt: B. III. 3 (S. 102 ff.).

c) Schutzende

Der materielle Schutz des Unternehmenskennzeichens endet, wenn eine der für seine Entstehung notwendigen materiellen Voraussetzungen wegfällt. Hier kommt es auf rein tatsächliche bzw. materielle Aspekte an, nicht auf Formalien. So kann der materielle Schutz einer Firma selbst dann erhalten bleiben, wenn die Firma als formelle Rechtsposition erlischt. Dies kann der Fall sein, wenn die Firma aus dem Handelsregister gelöscht wird, sie aber tatsächlich im geschäftlichen Verkehr weiter benutzt wird, oder, wenn eine Firma nur unwesentlich geändert und in dieser Form weiterhin in Benutzung bleibt. Dann ist die ursprüngliche Firma zwar als formale Rechtsposition erloschen und nicht mehr existent, der ihr als Unternehmenskennzeichen zugebilligte materielle Schutz bleibt aber bestehen und setzt sich in der neu eingetragenen, nur unwesentlich geänderten Firma fort, und dies mit der ursprünglichen Priorität. Dies lässt sich nur mit Blick auf das materielle Schutzanliegen nachvollziehen, die Unterscheidungs-, Identifikations- und Goodwill-Funktion eines tatsächlich im geschäftlichen Verkehr benutzten unterscheidungskräftigen Zeichens auch weiterhin für seinen Inhaber zu schützen.¹⁷³¹

Im formellen Firmenrecht haben diese Erwägungen keinen Platz. Die Firma hört als formelle Rechtsposition auf zu existieren, wenn sie durch das Registergericht aus dem Handelsregister gelöscht wird. Die Lösungsentscheidung knüpft zwar teilweise an reale Geschehnisse an – wie z. B. die Aufgabe des kaufmännischen Unternehmens –, bleibt aber selbst ein formaler Akt.¹⁷³²

d) Bestandteilsschutz

Der Schutzbereich oder die Schutzwirkungen, die einer Firma im materiellen Kennzeichenrecht zu kommen, werden dadurch beträchtlich erweitert, dass nicht nur die Firma in ihrer Gesamtgestalt geschützt wird, so wie sie in das Handelsregister eingetragen ist, sondern auch der schlagwortartige Firmenbestandteil.¹⁷³³ Dies gilt spiegelbildlich auch bei der Betrachtung der jüngeren Firma. Dieser Bestandteilsschutz ist dem formellen Firmenrecht fremd.¹⁷³⁴

¹⁷³¹ Vgl. dazu 4. Teil 1. Abschnitt: C (S. 107 ff.).

¹⁷³² Vgl. dazu 4. Teil 2. Abschnitt: D (S. 189 ff.).

¹⁷³³ Vgl. dazu 2. Teil 2. Abschnitt: B. II. 3. b) (S. 31 ff.).

¹⁷³⁴ Vgl. dazu 2. Teil 2. Abschnitt: A. IV. 3 (S. 18).

e) Verwechslungsgefahr

Das materielle Unternehmenskennzeichenrecht schützt gemäß § 15 Abs. 2 MarkenG gegen Verwechslungsgefahr, und zwar auch gegen eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne, die dann gegeben ist, wenn zwei Firmen vom Publikum zwar jeweils unterschiedlichen Kaufleuten zugeordnet werden, aber geschäftliche Beziehungen zwischen diesen beiden Kaufleuten zu vermuten sind. Ob eine Verwechslungsgefahr besteht, wird anders als der Wortlaut suggeriert, nicht nur anhand der Ähnlichkeit der beiden sich gegenüberstehenden Zeichen beurteilt. Als Faktoren für die Verwechslungsgefahr sind auch die Kennzeichnungskraft des älteren Zeichens und die Branchennähe einzubeziehen. Alle drei Faktoren stehen miteinander in Wechselwirkung.¹⁷³⁵ Bekannte Kennzeichen genießen einen Sonderschutz gemäß § 15 Abs. 3 MarkenG, der über die Verwechslungsgefahr hinausgeht und auch vor der unlauteren Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft oder der Wertschätzung des bekannten Kennzeichens schützt.¹⁷³⁶

Das formelle Firmenrecht kennt keinen Sonderschutz bekannter Firmen. Auch der Begriff und das Konzept der Verwechslungsgefahr hat nach richtiger Auffassung hier keinen Platz. Das formelle Firmenrecht verbietet im öffentlichen Interesse nur, dass eine Firma eingetragen wird, die sich von einer am selben Ort bereits eingetragenen älteren Firma nicht deutlich unterscheidet (§ 30 Abs. 1 HGB). Bei der Beurteilung kommt es weder auf die Kennzeichnungskraft der älteren Firma noch auf die Branchennähe an, sondern allein auf die Ähnlichkeit der beiden Firmen als Wortzeichen. Auf diese Beurteilung lassen sich die Grundsätze der Verwechslungsgefahr des materiellen Unternehmenskennzeichenrechts nicht übertragen. Deshalb ist es nicht erstaunlich, dass die Kollisionslagen beider Rechtsmaterien zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen.¹⁷³⁷

¹⁷³⁵ Vgl. dazu 5. Teil 1. Abschnitt: B. V (S. 205 ff.).

¹⁷³⁶ Vgl. dazu 5. Teil 1. Abschnitt: C (S. 221 ff.).

¹⁷³⁷ Vgl. dazu 5. Teil 2. Abschnitt: A. II. 3. e) (S. 259 ff.).

Verzeichnis der zitierten Literatur

- Adler* *Adler*, Emanuel, Das Wesen der Firma, ZHR 85 (1921), 93 ff.
- Ahrens* *Ahrens*, Hans-Jürgen, Verwirrtheiten juristischer Verkehrskreise zum Verbraucherleitbild einer „normativen“ Verkehrsauffassung, WRP 2000, 812 ff.
- Aicher* *Aicher*, Josef, Das Eigentum als subjektives Recht: Zugleich ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts, Berlin 1975
- Alexander* *Alexander*, Christian, Der Verwechslungsschutz gem. § 5 Abs. 2 UWG, in: Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 23 ff.
- Alexander-Katz* *Alexander-Katz*, Günther, Moderne Fälle unlauteren Wettbewerbs, 2. Auflage, Berlin-Grunewald, 1933
- Allfeld, Gewerblicher Rechtsschutz* *Allfeld*, Philipp, Grundriß des gewerblichen Rechtsschutzes, Leipzig 1910
- Ammon* *Ammon*, Ludwig, Die Sachfirma der Kapitalgesellschaft, DStR 1994, 325 ff.
- Bachem/Roeren* *Bachem*, Julius / *Roeren*, Hermann, Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896, 3. Auflage, Leipzig 1900
- Bachem* *Bachem*, Julius, Wie ist dem unlauteren Wettbewerb in Handel und Gewerbe zu begegnen?, Köln 1893
- Baer* *Baer*, David, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 mit Erläuterungen, unter Benutzung der Regierungsmotive und der Plenar- und Kommissions-Verhandlungen des Reichstages, Berlin 1910
- Baronikians* *Baronikians*, Patrick, Der Schutz des Werktitels, 2. Auflage, Köln 2015
- Bartels* *Bartels*, Klaus, Die Handelsfirma zwischen Namensrecht und Kennzeichenschutz, AcP 209 (2009), 309 ff.

<i>Bauer</i>	<i>Bauer, Paul, Der unlautere Wettbewerb und seine Behandlung im Recht, München 1902</i>
<i>Baumbach</i>	<i>Baumbach, Adolf, Kommentar zum Wettbewerbsrecht (Wettbewerbsgesetz und wettbewerbsrechtliche Vorschriften des Warenbezeichnungsgesetzes, Bürgerliches Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch) unter besonderer Berücksichtigung des französischen, englischen, amerikanischen, schweizerischen, österreichischen und tschechoslowakischen Rechts, 1. Auflage, Berlin 1929</i>
<i>Baumbach/Duden/Hopt/Bearbeiter</i>	<i>Baumbach, Adolf / Duden, Konrad, Hopt, Klaus J., Handelsgesetzbuch, 27. Auflage, München 1987</i>
<i>Baumbach/Hefermehl, UWG</i>	<i>Baumbach, Adolf / Hefermehl, Wolfgang, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage, München 2001</i>
<i>dies., UWG</i>	<i>Baumbach, Adolf / Hefermehl, Wolfgang, Wettbewerbsrecht, 17. Auflage, München 1993</i>
<i>dies., WZG</i>	<i>Baumbach, Adolf / Hefermehl, Wolfgang, Warenzeichenrecht, 12. Auflage, München 1985</i>
<i>Baumbach/Hopt/Bearbeiter</i>	<i>Baumbach, Adolf / Hopt, Klaus J., Handelsgesetzbuch, 38. Auflage, München 2018</i>
<i>Baumbach/Hueck/Bearbeiter</i>	<i>Baumbach, Adolf / Hueck, Alfred (Begr.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 15. Auflage, München 1988</i>
<i>dies.</i>	<i>Baumbach, Adolf / Hueck, Alfred (Begr.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 21. Auflage, München 2017</i>
<i>Bearbeiter, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft</i>	<i>Stier-Somlo, Fritz / Elster, Alexander (Hrsg.), Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Zweiter Band: Deichverbände – Giroverkehr, Berlin und Leipzig 1927</i>
<i>Beater</i>	<i>Beater, Axel, Unlauterer Wettbewerb, Tübingen 2011</i>
<i>Becher, UWG</i>	<i>Becher, Carl, Wettbewerbsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Namens-, Firmen-, Patent-, und Warenzeichenschutzes, Berlin 1928</i>
<i>BeckOK/Bearbeiter</i>	<i>Häublein, Martin / Hoffmann-Theinert, Roland (Hrsg.), BeckOK HGB, 21. Edition, Stand: 15.07.2018</i>
<i>Behrend</i>	<i>Behrend, Jakob Friedrich, Lehrbuch des Handelsrechts, I. Band, Berlin und Leipzig 1886</i>

- Berneke* *Berneke, Wilhelm, Kennzeichenstärke und Verwechslungsgefahr im Markenrecht, WRP 2007, 1417 ff.*
- Bergstein* *Bergstein, Josef, Die Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners in Bezug auf Firma, Warenzeichen und Urheberrechte, Breslau 1908*
- Beyerlein* *Beyerlein, Thorsten, Die Firm@. Das @-Zeichen als Firmenbestandteil und dessen handelsregisterliche Eintragungsfähigkeit, WRP 2005, 582 ff.*
- Bokelmann* *Bokelmann, Gunther, Das Recht der Firmen und Geschäftsbezeichnungen, 5. Auflage, Freiburg 2000*
- Bornkamm* *Bornkamm, Joachim, Die Feststellung der Verkehrsauffassung im Wettbewerbsprozess, WRP 2000, 830 ff.*
- ders.* *Bornkamm, Joachim, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor Verwechslungen: Ein Kuckucksei im Nest des UWG?, in: Festschrift für Michael Loschelder zum 65. Geburtstag, Köln 2010, S. 31 ff.*
- ders.* *Bornkamm, Joachim, Die Schnittstellen zwischen gewerblichem Rechtsschutz und UWG – Grenzen des lauterkeitsrechtlichen Verwechslungsschutzes, GRUR 2011, 1 ff.*
- ders./Kochendörfer* *Bornkamm, Joachim/Kochendörfer, Mathias, Verwechslungsgefahr und Irreführungsgefahr – Konvergenz der Begriffe?, in: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Bundespatentgerichts am 1. Juli 2011, Köln 2011, S. 533 ff.*
- Brinckmann* *Brinckmann, Carl Heinrich Ludwig, Lehrbuch des Handelsrechts mit Ausschluß der Lehren des Wechsel-, See- und Assekuranzrechtes, Heidelberg 1853 – 1860*
- Brodmann* *Brodmann, Erich, Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2. Auflage, Berlin und Leipzig 1930*
- Bucher* *Bucher, Eugen, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965*
- Bülow* *Bülow, Peter, Zwei Aspekte im neuen Handelsrecht: Unterscheidungskraft und Firmenunterscheidbarkeit – Lagerhalterpfandrecht, DB 1999, 269 ff.*

- Büscher* *Büscher, Wolfgang, Bekannte Zeichen – Kennzeichnungskraft und Schutzzumfang, in: Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken 2006, S. 129 ff.*
- ders.* *Büscher, Wolfgang, Das Firmenschlagwort – Vom prägenden Bestandteil bis zum selbständigen Kennzeichenrecht, in: Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, München 2014, S. 543 ff.*
- ders.* *Büscher, Wolfgang, Schnittstellen zwischen Markenrecht und Wettbewerbsrecht, GRUR 2009, 230 ff.*
- ders./Dittmer/Schiwy/Bearbeiter* *Büscher, Wolfgang / Dittmer, Stefan / Schiwy, Peter, Gewerblicher Rechtsschutz – Urheberrecht – Medienrecht, 3. Auflage, Köln 2014*
- Bußmann* *Bußmann, Kurt, Name, Firma, Marke, Berlin 1937*
- ders./Pietzcker/Kleine* *Bußmann, Kurt / Pietzcker, Rolf / Kleine, Heinz, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 3. Auflage, Berlin 1962*
- Callmann* *Callmann, Rudolf, Der unlautere Wettbewerb, 2. Auflage, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1932*
- Canaris* *Canaris, Claus-Wilhelm, Handelsrecht, 24. Auflage, München 2006*
- ders.* *Canaris, Claus-Wilhelm, Kollisionen der §§ 16 und 3 UWG mit dem Grundsatz der Firmenbeständigkeit gemäß §§ 22, 24 HGB, GRUR 1989, 711*
- Christoph* *Christoph, Hans Joachim, Die Verletzung des Firmenrechts, Stadtroda 1934*
- Clausnitzer* *Clausnitzer, Jochen, Das Firmenrecht in der Rechtsprechung (2000 – 2009), DNotZ 2010, 345 ff.*
- Cosack* *Cosack, Konrad, Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Auflage, Stuttgart 1930*
- Dauskardt* *Dauskardt, Norman, Die Verkehrsdurchsetzung im deutschen und europäischen Markenrecht, Tübingen 2017*
- Denkschrift* *Entwurf eines Handelsgesetzbuchs mit Ausschluß des Seehandelsrechts nebst Denkschrift. Aufgestellt im Reichs-Justizamt, Berlin 1896*

<i>Dern</i>	<i>Dern, Josef, Der Schutz von Namen, Firmen und sonstigen Mitteln zur Geschäftsbezeichnung nach § 16 des unlauteren Wettbewerbsgesetzes, Wertheim, 1928</i>
<i>Deutsch</i>	<i>Deutsch, Volker, Der Einfluß des europäischen Rechts auf den Irreführungstatbestand des § 3 UWG – Gedanken zum Verbraucher-Leitbild und zur Relevanz bei Täuschungen –, GRUR 1996, 541 ff.</i>
<i>Dobel</i>	<i>Dobel, Heiko, Verkehrsauffassung und demoskopische Gutachten im Marken- und Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2014</i>
<i>Diesener</i>	<i>Diesener, Hans, Wesen und Übertragbarkeit des Rechts an den Firmen und Warenzeichen, Göttingen 1928</i>
<i>Drexl</i>	<i>Drexl, Josef, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen 1998</i>
<i>Droscha</i>	<i>Droscha, Erich, Ein Beitrag zur Lehre vom Firmenrecht, Leipzig 1904</i>
<i>Düringer/Hachenburg/Bearbeiter</i>	<i>Düringer, Adelbert / Hachenburg, Max, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (unter Ausschluß des Seerechts) auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, I. Band, Allgemeine Einleitung und §§ 1-104, 3. Auflage, Mannheim, Berlin, Leipzig 1930</i>
<i>Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Bearbeiter</i>	<i>Ebenroth, Carsten Thomas / Boujong, Karlheinz / Joost, Detlev / Strohn, Lutz, Handelsgesetzbuch, Band 1: §§ 1-342e, 3. Auflage, München 2014</i>
<i>Ehrenberg/Bearbeiter</i>	<i>Ehrenberg, Victor (Hrsg.), Handbuch des gesamten Handelsrechts, Zweiter Band II/I. Abteilung: Der Kaufmann und das kaufmännische Unternehmen, Leipzig 1914</i>
<i>Ekey/Bender/Fuchs-Wisseemann/Bearbeiter</i>	<i>Ekey, Friedrich / Bender, Achim / Fuchs-Wisseemann, Georg (Hrsg.), Markenrecht Band 1, 3. Auflage, Heidelberg 2014</i>
<i>Elsaesser</i>	<i>Elsaesser, Martin, Der Rechtsschutz berühmter Marken, Weinheim 1959</i>
<i>Emmerich</i>	<i>Emmerich, Volker, Unlauterer Wettbewerb, 10. Auflage, München 2016</i>
<i>Engel</i>	<i>Engel, Carl, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Berlin 1910</i>

- Enneccerus/Nipperdey* *Enneccerus, Ludwig / Nipperdey, Hans Carl*,
Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Erster
Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte,
15. Auflage, Tübingen 1959
- Falk* *Falk, Christian*, Zur Eigenständigkeit des Begriffs der
Branchennähe, Zugleich Besprechung von BGH, Urteil
vom 20.1.2011 – I ZR 10/09 – BCC, GRUR 2012, 348 ff.
- Fezer/Büscher/Obergfell/
Bearbeiter* *Fezer, Karl-Heinz / Büscher, Wolfgang / Obergfell, Eva
Inés*, Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen
den unlauteren Wettbewerb (UWG), 3. Auflage,
München 2016
- Fezer* *Fezer, Karl-Heinz*, Anmerkung zu BGH GRUR 1976, 311
– Sternhaus, GRUR 1976, 312 ff.
- ders.* *Fezer, Karl-Heinz*, Markenrecht, 4. Auflage, München
2009
- ders.* *Fezer, Karl-Heinz*, Liberalisierung und Europäisierung
des Firmenrechts, ZHR 161 (1997), S. 52 ff.
- Finger* *Finger, Christian*, Reichsgesetz gegen den unlauteren
Wettbewerb vom 7. Juni 1909 nebst dem Rechte am
Namen (§ 12 BGB) und § 826 BGB, 4. Auflage, Berlin
1911
- ders.*, UWG 1896 *Finger, Christian*, Reichsgesetz zur Bekämpfung des
unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896, Berlin
1897
- Forkel* *Forkel, Hans*, Die Übertragbarkeit der Firma, in:
Festschrift für, Heinz Paulick zum 65. Geburtstag, Köln-
Marienburg, 1973, S. 101 ff.
- Frisch* *Frisch, Annette*, Das Freihaltebedürfnis im Markenrecht,
Baden-Baden 2007
- Fuchsberger* *Fuchsberger, Otto*, Sämtliche Entscheidungen des
Reichs-Ober-Handels-Gerichts und Reichsgerichts auf
dem Gebiete des Handelsrechts sowie des
einschlägigen gemeinen Zivilrechts und der in- und
ausländischen Landesgesetze, 2. Auflage, Gießen 1891
- Fuld* *Fuld, Ludwig*, Das Reichsgesetz gegen den unlauteren
Wettbewerb vom 7. Juli 1909, Kommentar, 3. Auflage
Hannover 1910

<i>Gans</i>	<i>Gans</i> , Eduard, Über die Handlungsfirmen (Ein Gutachten), in: Beiträge zur Revision der Preußischen Gesetzgebung, Berlin 1830 – 1832, S. 36 ff.
<i>Gareis/Fuchsberger</i>	<i>Gareis</i> , Carl / <i>Fuchsberger</i> , Otto, Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch nebst den sich daran anschließenden Reichsgesetzen (Markenschutzgesetz, Aktiennovelle vom 18. Juli 1884, Gesetze über die Nationalität der Kauffahrteischiffe und ihre Befugniß zur Führung der Bundesflagge, Seemannsordnung u. a.), Berlin 1891
<i>Gast</i>	<i>Gast</i> , Wolfgang, Der Schutz der besonderen Geschäftsbezeichnung und des Geschäftsabzeichens, Erlangen-Nürnberg 1968
<i>Giehl</i>	<i>Giehl</i> , Christoph, Auswirkungen des Handelsrechtsreformgesetzes auf die notarielle Praxis, MittBayNot 1998, S. 293
<i>GK/Bearbeiter</i>	<i>Jacobs</i> , Rainer / <i>Lindacher</i> , Walter F. / <i>Teplitzky</i> , Otto (Hrsg.): Großkommentar zum UWG, Berlin New York 1991. ff
<i>GK/HGB/Bearbeiter</i>	Handelsgesetzbuch Großkommentar, Erster Band §§ 1-104, 3. Auflage, Berlin 1967
<i>Gloy/Bearbeiter</i>	<i>Gloy</i> , Wolfgang (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 1. Auflage, München 1986
<i>ders./Loschelder/Erdmann</i>	<i>Gloy</i> , Wolfgang / <i>Loschelder</i> , Michael / <i>Erdmann</i> , Willi (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Auflage, München 2010
<i>Goldmann</i> , Unternehmenskennzeichen	<i>Goldmann</i> , Michael, Der Schutz des Unternehmenskennzeichens, 4. Auflage, Köln 2018
<i>ders.</i>	<i>Goldmann</i> , Michael, Die Berechnung des Schadensersatzanspruchs vor und nach Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie, WRP 2011, 950 ff.
<i>ders.</i>	<i>Goldmann</i> , Michael, Lauterkeitsrechtlicher Schutz gegen mittelbare Verwechslungsgefahr?, GRUR 2012, 857 ff.
<i>ders.</i>	<i>Goldmann</i> , Michael, „Ins gemachte Nest“ – Zur Überleitung der Kennzeichnungskraft langjährig benutzter Marken auf modernisierte Nachfolgemarken, GRUR 2014, 724 ff.

- ders.* *Goldmann*, Michael, Der Schutz von Geschäftsraum- und Produktgestaltungen als Unternehmenskennzeichen, *MarkenR* 2015, 8 ff.
- ders.* *Goldmann*, Michael, Annäherungen an die Branchennähe. Bemerkungen anlässlich der Entscheidung *babware.net GmbH/babware* der Ersten Beschwerdekammer des EUIPO vom 14.03.2018 – R 2612/2017-1, *MarkenR* 2018, 347 ff.
- Goldschmit* *Goldschmit*, Friedrich, *Handelsgesetzbuch* (ohne Seerecht), München 1929
- Gosta/Muñoz Arantes* *Gosta*, Gianluca / *Muñoz Arantes*, *Farina Eau de Cologne – 220 Jahre Kampf gegen Nachahmer*. Ausstellungskatalog zur Ausstellung „Farina Eau de Cologne – 220 Jahre Kampf gegen Nachahmer“ im Plagiarius Museum Solingen 21.11.2012 – 28.02.2013
- Götting* *Götting*, Horst-Peter, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Tübingen 1995
- ders.* *Götting*, Horst-Peter, Der Akzessorietätsgrundsatz im Firmenrecht, in: *Marktkommunikation zwischen geistigem Eigentum und Verbraucherschutz*, Festschrift für Karl-Heinz Fezer zum 70. Geburtstag, München 2016, S. 737 ff.
- Günther* *Günther*, Philipp, Die Entstehung des Unternehmenskennzeichenschutzes nach § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG, *WRP* 2005, S. 975
- Haberkorn* *Haberkorn*, Kurt, *Firma, Firmenwahrheit, Firmenzusätze*, Stuttgart 1970
- Hachenburg/Bearbeiter* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), *Großkommentar*, *Ulmer*, Peter (Hrsg.), 8. Auflage, Berlin, New York 1992
- Hacker* *Hacker*, Franz, *Markenrecht*, 4. Auflage, Köln 2016
- Häublein* *Häublein*, Martin, Die Firma als unternehmensakzessorisches Recht? Überlegungen zu Dogmatik der Firmenübertragung und -forführung, in: *Recht Genau – Liber Amicorum für Jürgen Prölss zum 70. Geburtstag*, München 2009, S. 47 ff.
- Hafenmayer* *Hafenmayer*, Angelika, *Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor Verwechslungen im Konflikt mit den Wertungen des Kennzeichenrechts*, München 2014

<i>Harte/Henning/Bearbeiter</i>	<i>Harte-Bavendamm, Henning / Henning-Bodewig, Frauke</i> (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 4. Auflage, München 2016
<i>Hartgen</i>	<i>Hartgen, Wilhelm</i> , Warenzeichengesetz, Köln 1968
<i>Hasselblatt/Bearbeiter</i>	<i>Hasselblatt, Gordian N.</i> (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Auflage, München 2017
<i>Hefermehl</i>	<i>Hefermehl, Wolfgang</i> , Der namensrechtliche Schutz geschäftlicher Kennzeichen, in: Festschrift für Alfred Hueck zum 70. Geburtstag, München, Berlin 1959, S. 519 ff.
<i>Hefermehl/Köhler/Bornkamm/Bearbeiter</i>	<i>Hefermehl, Wolfgang, Köhler, Helmut, Bornkamm, Joachim</i> , Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 27. Auflage, München 2009
<i>Heilfron</i>	<i>Heilfron, Eduard</i> , Lehrbuch des Handelsrechts, Erster Band, Berlin 1907
<i>Heinsheimer</i>	<i>Heinsheimer, Karl</i> , Handelsrecht mit Wechsel und Scheckrecht, hrsg. von <i>Geiler, Karl</i> , 3. Auflage, Berlin 1930
<i>Helm</i>	<i>Helm, Horst</i> , Das Verbraucherleitbild des Europäischen Gerichtshofs und des Bundegerichtshofs im Vergleich, in: Festschrift für Winfried Tilmann zum 65. Geburtstag, Köln, Berlin, Bonn, München 2003
<i>Henssler/Strohn/Bearbeiter</i>	Gesellschaftsrecht, Kommentar, hrsg. von <i>Henssler, Martin</i> und <i>Strohn, Lutz</i> , 3. Auflage, München 2016
<i>Heymann/Bearbeiter</i>	Handelsgesetzbuch, Kommentar, Band 1, Erstes Buch – Einleitung; §§ 1 – 104, 2. Auflage Berlin, New York 1995
<i>Hildebrandt</i>	<i>Hildebrandt, Ulrich</i> , Marken und andere Kennzeichen, 4. Auflage, Köln 2018
<i>HK/Bearbeiter</i>	Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Handelsrecht – Bilanzrecht – hrsg. von <i>Glanegger, Peter, Kirnberger, Christian, Kuster, Stefan, Ruß, Werner, Selder, Johannes</i> und <i>Stuhlfelner, Ulrich</i> , 7. Auflage, Heidelberg 2007
<i>Hüffer/Koch/Bearbeiter</i>	<i>Hüffer, Uwe, Koch, Jens</i> , Aktiengesetz, 13. Auflage, München 2018
<i>Ingerl/Rohnke</i>	<i>Ingerl, Reinhard / Rohnke, Christian</i> , MarkenG, 3. Auflage, München 2010

<i>Jäger</i>	<i>Jäger</i> , Hermann, Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896 verglichen mit der Novelle vom 7. Juni 1909, Heidelberg 1911
<i>Jellinek</i>	<i>Jellinek</i> , Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg i.B. 1892
<i>Jhering</i>	<i>Jhering</i> , Rudolf von, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Theil, 1. Abtheilung, Leipzig 1865
<i>Jordan</i>	<i>Jordan</i> , Horst, Kleines Handbuch des Firmenrechts, Wiesbaden 1966
<i>Jung</i>	<i>Jung</i> , Peter, Firmen von Personenhandelsgesellschaften nach neuem Recht, ZIP 1998, 677 ff.
<i>Kahn/Weiß</i>	<i>Kahn</i> , Julius / <i>Weiß</i> , Christian, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Auflage, München, Berlin 1910
<i>Kessen</i>	<i>Kessen</i> , Stephan, Die Firma als selbständiges Verkehrsobjekt, Tübingen 2011
<i>Kiesel u. a.</i>	<i>Kiesel</i> , Robert/ <i>Neises</i> , Reinhard/ <i>Plewa</i> , Beate/ <i>Poneleit</i> , Claudia/ <i>Rolfes</i> , Tobias/ <i>Wurster</i> , Bettina, Das Firmenrecht in der IHK-Praxis – Klassische Probleme bei der Suche nach dem Unternehmensnamen, DNotZ 2015, 740 ff.
<i>Kiontke</i>	<i>Kiontke</i> , Andreas, Die Bindung des Verletzungsgerichts an die Markeneintragung, Jena 2013
<i>Klippel</i> , Schutz des Namens	<i>Klippel</i> , Diethelm, Der zivilrechtliche Schutz des Namens, Paderborn, München, Wien, Zürich 1985
<i>ders.</i>	<i>Klippel</i> , Diethelm, Grundfragen des Schutzes gewerblicher Kennzeichen gegen Verwässerungsgefahr, GRUR 1986, 697 ff.
<i>ders.</i> , Bedeutung des Rheinischen Rechts	<i>Klippel</i> , Diethelm, Die Bedeutung des Rheinischen Rechts für die Entwicklung des Namens- und Firmenschutzes in Deutschland, in: Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), Revolution, Reform, Restauration, Formen der Veränderung von Recht und Gesellschaft, Frankfurt/M., 1988, S. 123 ff.
<i>Knaak</i> , Firma und Firmenschutz	<i>Knaak</i> , Roland, Firma und Firmenschutz, Köln 1986

<i>ders.</i>	<i>Knaak</i> , Roland, Der Schutz von Name, Firma und Geschäftsbezeichnung, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, Bd. II, Weinheim 1991, S. 971 ff.
<i>Kochendörfer</i>	<i>Kochendörfer</i> , Mathias, Originäre Unterscheidungskraft von Unternehmenskennzeichen, WRP 2009, 239 ff.
<i>Kohl</i>	<i>Kohl</i> , Helmut, Die „Verwässerung“ berühmter Kennzeichen, Berlin 1975
<i>Kögel</i>	<i>Kögel</i> , Steffen, Entwurf eines Handelsrechtsreformgesetzes, BB 1997, 793 ff.
<i>ders.</i>	<i>Kögel</i> , Steffen, Neues Firmenrecht und alte Zöpfe: Die Auswirkungen der HGB-Reform, BB 1998, 1645 ff.
<i>ders.</i>	<i>Kögel</i> , Steffen, Die deutliche Unterscheidbarkeit von Firmennamen, Rpfleger 1998, 317 ff.
<i>ders.</i>	<i>Kögel</i> , Steffen, Aktuelle Entwicklungen im Firmenrecht, Rpfleger 2000, 255 ff.
<i>H. Köhler</i>	<i>Köhler</i> , Helmut, Namensrecht und Firmenrecht, in: Festschrift für Wolfgang Fikentscher, Tübingen 1998
<i>ders.</i>	<i>Köhler</i> , Helmut, Das Rücktrittsrecht nach § 13a UWG, JZ 1989, 262 ff.
<i>W. Köhler, Verwechslungsgefahr</i>	<i>Köhler</i> , Walter, Verwechslungsgefahr im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht unter Mitberücksichtigung des englischen und französischen Rechts, Berlin 1933
<i>ders.</i>	<i>Köhler</i> , Walter, Unterscheidungskraft, GRUR 1950, 117 ff.
<i>Kohler, Markenschutz</i>	<i>Kohler</i> , Josef, Das Recht des Markenschutzes, Würzburg 1884
<i>ders., Warenzeichenrecht</i>	<i>Kohler</i> , Josef, Warenzeichenrecht, Mannheim und Leipzig 1910
<i>ders., Wettbewerb</i>	<i>Kohler</i> , Josef, Der unlautere Wettbewerb, Berlin und Leipzig 1914
<i>Koller/Kindler/Roth/Drüen/ Bearbeiter</i>	<i>Koller</i> , Ingo / <i>Kindler</i> , Peter / <i>Roth</i> , Wulf-Henning / <i>Drüen</i> , Klaus-Dieter, Handelsgesetzbuch Kommentar, 9. Auflage, München 2019

- Konzal* *Konzal, Carolin, Die Vorbenutzung im deutschen, europäischen und internationalen Kennzeichenrecht, Würzburg 2014*
- Koppensteiner* *Koppensteiner, Hans Georg, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht – Wettbewerbsbeschränkungen, Unlauterer Wettbewerb, Marken, 3. Auflage, Wien 1997*
- Körting* *Körting, Wolfgang, Der Schutz der Firma in den deutschen Reichsgesetzen, Brandenburg (Havel) 1932*
- Krafka/Kühn* *Krafka, Alexander/Kühn, Ulrich, Registerrecht, München, 10. Auflage, München 2017*
- Krause* *Krause, Ortwin, Die Entwicklung des Firmenrechts im 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1995*
- Krieger* *Krieger, Ulrich, Die gemeinschaftliche Benutzung von Warenzeichen durch mehrere Unternehmen nach deutschem Recht, in: Die Warenzeichenlizenz. Rechtsvergleichende Untersuchungen über die gemeinschaftliche Benutzung von Warenzeichen, Professor Dr. Eugen Ulmer zum 60. Geburtstag, München 1963, S. 3 ff.*
- Krieger/Lenz* *Krieger, Karl / Lenz, Otto, Firma und Handelsregister. Kommentar zu den einschlägigen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs, des Gesetzes betr. die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und zur Handelsregisterverfügung, Berlin 1938*
- Krug* *Krug, Gustav, Über den Schutz der Fabrik- und Warenzeichen, 2. Auflage, Darmstadt und Leipzig 1866*
- Krüger* *Krüger, Christof, Zum Verbot der Eintragung sittenwidriger Marken (§ 8 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG), in: Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, München 2014, S. 599 ff.*
- Kuhn* *Kuhn, Ernst Fritz, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juli 1909, Mannheim 1911*
- Kur/v. Bomhard/Albrecht/
Bearbeiter* *Kur, Annette / von Bomhard, Verena / Albrecht, Friedrich (Hrsg.), Markenrecht. MarkenG. Verordnung über die Unionsmarke (UMV). Kommentar, München 2017*
- Lamsa* *Lamsa, Michael, Die Firma der Auslandsgesellschaft, Tübingen 2011*

<i>Lange</i>	<i>Lange</i> , Paul, Marken- und Kennzeichenrecht, 2. Auflage, München 2012
<i>Larenz/Wolf</i>	<i>Larenz</i> , Karl / <i>Wolf</i> , Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, München 1997
<i>M. Lehmann</i>	<i>Lehmann</i> , Michael, Der Schutz der geschäftlichen Bezeichnungen im neuen Markengesetz, in: Festgabe von Freunden und Mitarbeitern für Friedrich-Karl Beier zum 70. Geburtstag, Köln 1996, S. 279 ff.
<i>K. Lehmann</i>	<i>Lehmann</i> , Karl, Schutz und Erhaltung kaufmännischer Unternehmungen im deutschen Handelsrecht, in: Festschrift für Georg Cohn zu seinem siebenzigsten Geburtstage, Zürich 1915, S. 393 ff.
<i>ders./Hoeniger</i>	<i>Lehmann</i> , Karl / <i>Hoeniger</i> , Heinrich: Lehrbuch des Handelsrechts, 3. Auflage, Berlin, Leipzig 1921
<i>Lobe</i>	<i>Lobe</i> , Adolf, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, III. Band: Materialien des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896, Leipzig 1907
<i>Löffler</i>	<i>Löffler</i> , Christian, Störerhaftung oder Beihilfe durch Unterlassen? Allgemeine strafrechtliche Haftungskategorien als Grundlage für die Konkretisierung der Schuldnerstellung im gewerblichen Rechtsschutz und Lauterkeitsrecht, in: Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, München 2014, S. 37 ff.
<i>Lutter/Hommelhoff</i>	<i>Lutter</i> , Marcus, <i>Hommelhoff</i> , Peter, GmbH-Gesetz Kommentar, 13. Auflage, Köln 1991
<i>Lutter/Hommelhoff/Bearbeiter</i>	<i>Lutter</i> , Marcus, <i>Hommelhoff</i> , Peter (Begr.), GmbH-Gesetz, Kommentar, 18. Auflage, Köln 2012
<i>Lutter/Welp</i>	<i>Lutter</i> , Marcus, <i>Welp</i> , Marcus, Das neue Firmenrecht der Kapitalgesellschaften, ZIP 1999, S. 1073 ff.
<i>Lutz, Protokolle</i>	<i>Lutz</i> , Johann von (Hrsg.), Protokolle der Kommission zur Berathung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches, Würzburg 1858
<i>Maier</i>	<i>Maier</i> , Arthur, Firmenschutz nach dem HGB und UWG unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses der Schutzbestimmungen zueinander, Günzburg 1934
<i>Makower</i>	<i>Makower</i> , Hermann, Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, Berlin 1868

<i>Malzer</i>	<i>Malzer</i> , Erich, Zum Schadensersatzanspruch nach § 16 Abs. 2 UWG, GRUR 1974, 697 ff.
<i>Meier-Beck</i>	<i>Meier-Beck</i> , Peter, Schadenskompensation bei der Verletzung gewerblicher Schutzrechte im Lichte der Durchsetzungsrichtlinie, in: Festschrift für Michael Loschelder zum 65. Geburtstag, Köln 2010, S. 221 ff.
Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Bearbeiter	<i>Michalski</i> , Lutz, <i>Heidinger</i> , Andreas, <i>Leible</i> , Stefan, <i>Schmidt</i> , Jessica, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz); Band I: Systematische Darstellungen §§ 1 – 34 GmbHG, 3. Auflage, München 2017
<i>Micheli</i>	<i>Micheli</i> , Anmerkung zu BGH Urt. v. 6.4.1979, Az. I ZR 35/77 – Kontinent Möbel, GRUR 1979, 716 ff.
<i>Morstadt</i>	<i>Morstadt</i> , Carl Eduard, Commentar über das Handelsrecht Deutschlands und Frankreichs, Erster Theil: Das Ganze befassend, außer dem Wechselbrief- und dem Seefrecht-Wesen, Heidelberg 1849
<i>Möller</i>	<i>Möller</i> , Doris, Neues Kaufmanns- und Firmenrecht, Bonn 1998
<i>dies.</i>	<i>Möller</i> , Doris, Das neue Firmenrecht in der Rechtsprechung – Eine kritische Bestandsaufnahme, DNotZ 2000, 830 ff.
MüKo-AktG/Bearbeiter	Münchener Kommentar zum AktG, hrsg. von <i>Goette</i> , <i>Wulff</i> und <i>Habersack</i> , Mathias, 4. Auflage, München 2016
MüKo-GmbHG/Bearbeiter	Münchener Kommentar zum GmbHG, hrsg. von <i>Fleischer</i> , Holger und <i>Goette</i> , <i>Wulff</i> , 3. Auflage, München 2018
MüKo-BGB/Bearbeiter	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von <i>Säcker</i> , Franz Jürgen, <i>Rixecker</i> , Roland, <i>Oetker</i> , Hartmut und <i>Limpert</i> , Bettina, Band 1 (§§ 1 – 240 BGB, ProstG, AGG), 7. Auflage, München 2015; Band 6 (§§ 705 – 853 BGB, PartGG, ProdHaftG), 7. Auflage, München 2017
MüKo-HGB/Bearbeiter	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg. von <i>Schmidt</i> , Karsten, Band 1: Erstes Buch. Handelsstand; §§ 1–104; 4. Auflage, München 2016
<i>Müller</i>	<i>Müller</i> , Ernst, Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896, 4. Auflage, Fürth 1904

<i>Müller-Erzbach</i>	<i>Müller-Erzbach</i> , Rudolf, Deutsches Handelsrecht, 2. und 3. Auflage, Tübingen 1928
<i>Münch</i>	<i>Münch</i> , Fred, Rufbeeinträchtigung – Rufausnutzung – Verwässerung von Marken. Der erweiterte Schutz bekannter Marken in Frankreich und Deutschland in rechtsvergleichender Perspektive, Hamburg 2007
<i>Nietzold</i>	<i>Nietzold</i> , Registergericht und gewerblicher Rechtsschutz, GRUR 1927, 1 ff.
<i>Oetker/Bearbeiter</i>	<i>Oetker</i> , Hartmut (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 5. Auflage, München 2017
<i>Ohly/Sosnitza</i>	<i>Ohly</i> , Ansgar / <i>Sosnitza</i> , Olaf, Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb, 7. Auflage, München 2016
<i>Pawlowski</i>	<i>Pawlowski</i> , Hans-Martin, Allgemeiner Teil des BGB. Grundlehren des bürgerlichen Rechts, 5. Auflage, Heidelberg 1998
<i>Peifer</i>	<i>Peifer</i> , Karl-Nikolaus, Individualität im Zivilrecht: der Schutz persönlicher gegenständlicher und wettbewerblicher Individualität im Persönlichkeitsrecht, Immaterialgüterrecht und Recht der Unternehmen, Tübingen 2001
<i>Pisko</i>	<i>Pisko</i> , Oskar, Lehrbuch des Österreichischen Handelsrechts, Wien 1923
<i>Portmann</i>	<i>Portmann</i> , Wolfgang, Wesen und System der subjektiven Privatrechte, Zürich 1996
<i>Pöpel</i>	<i>Pöpel</i> , Volker, Die unwahr gewordene Firma: Irreführungsverbot versus Bestandsschutz, Berlin 1994
<i>Priester</i>	<i>Priester</i> , Hans-Joachim, Handelsrechtsreformgesetz – Schwerpunkte aus notarieller Sicht, DNotZ1998, 691 ff.
<i>Reichert/Bearbeiter</i>	Reichert, <i>Jochem</i> (Hrsg.), GmbH & Co. KG 7. Auflage, München 2015
<i>Reimer</i>	<i>Reimer</i> , Ernst, Firmenschutz und Warengleichartigkeit, GRUR 1951, 222 ff.
<i>Reuling</i>	<i>Reuling</i> , Wilhelm, Der unlautere Wettbewerb nach dem zweiten "Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes" und Über den Rechtsschutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen, Berlin 1895

<i>RGRK/Bearbeiter</i>	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, Band I (§§ 1 – 240), 12. Auflage, Berlin, New York 1982; Band II, 5. Teil (§§ 812 – 831), 12. Auflage, Berlin, New York 1989.
<i>Risthaus</i>	<i>Risthaus</i> , Stefan, Erfahrungssätze im Kennzeichenrecht, 2. Auflage, Köln 2007
<i>Rogers</i>	<i>Rogers</i> , Edward Sidney, Good Will, Trade-Marks and Unfair Trading, Chicago 1914
<i>Rosenthal</i>	<i>Rosenthal</i> , Alfred, Wettbewerbsgesetz nebst den materiellen Bestimmungen des Warenzeichengesetzes, 8. Auflage, Berlin 1930
<i>Rosenthal/Leffmann</i>	<i>Rosenthal</i> , Alfred / <i>Leffmann</i> , Ernst, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 9. Auflage, Berlin, Frankfurt a.M. 1969
<i>Rosenthal/Wehner</i>	<i>Rosenthal</i> , Alfred / <i>Wehner</i> , Edgar, Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 nebst den in Betracht kommenden Bestimmungen des BGB und der Internationalen Union zum Schutze des gewerblichen Eigentums, 1. Auflage, Mannheim und Leipzig 1909
<i>Roth</i>	<i>Roth</i> , Wulf-Henning, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 1. Auflage, München 1983
<i>ders.</i>	<i>Roth</i> , Wulf-Henning, Das neue Firmenrecht, in: Die Reform des Handelsstandes und der Personengesellschaften. Fachtagung der Bayer-Stiftung für deutsches und internationales Arbeits- und Wirtschaftsrecht am 30. Oktober 1998, München 1999, S. 31 ff.
<i>Roth/Altmeyden/Bearbeiter</i>	<i>Roth</i> , Günter H., <i>Altmeyden</i> , Holger, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 8. Auflage, München 2015
<i>Rohwedder/Bearbeiter</i>	<i>Rohwedder</i> , Heinz (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Kommentar, 2. Auflage, München 1990
<i>Sack</i>	<i>Sack</i> , Rolf, Sonderschutz bekannter Marken, GRUR 1995, 81 ff.

<i>ders.</i>	<i>Sack, Rolf, Die Verwechslungsgefahr im Marken- und Wettbewerbsrecht – einheitliche Auslegung?, WRP 2013, 8 ff.</i>
<i>ders.</i>	<i>Sack, Rolf, Die abstrakte Verwechslungsgefahr im Markenrecht, GRUR 2013, 4 ff.</i>
<i>Sattler</i>	<i>Sattler, Andreas, Emanzipation und Expansion des Markenrechts, Tübingen 2015</i>
<i>Savigny</i>	<i>Savigny, Friederich Carl von, System des heutigen römischen Rechts, Band 1, Berlin 1840</i>
<i>Schaefer</i>	<i>Schaefer, Erich, Handelsrechtsreformgesetz, Köln 1999</i>
<i>Schäffle</i>	<i>Schäffle, Albert, Die nationalökonomische Theorie der ausschliessenden Absatzverhältnisse, Tübingen 1867</i>
<i>Schapira</i>	<i>Schapira, Martin, Das Unternehmen und seine Kennzeichen, St. Gallen 1935</i>
<i>Scheier/Lubberger</i>	<i>Scheier, Christian/Lubberger, Andreas, Vom Angriff der Tatsachen auf die Erfahrungssätze, MarkenR 2014, 453 ff.</i>
<i>Schirmer</i>	<i>Schirmer, Alfred, Wörterbuch der deutschen Kaufmannssprache auf geschichtlichen Grundlagen, Straßburg 1911</i>
<i>Schladt</i>	<i>Schladt, Verena, Das Verhältnis von Marken- und Lauterkeitsrecht, Münster 2013</i>
<i>Schlegelberger/Bearbeiter</i>	<i>Schlegelberger, Franz (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 1. Band, 3. Auflage, Berlin, Frankfurt a.M. 1955</i>
<i>Schlupe</i>	<i>Schlupe, Walter, Das Markenrecht als subjektives Recht, Basel 1964</i>
<i>Schmid</i>	<i>Schmid, Paul, Die Reform des Wettbewerbsgesetzes und die Vorschläge zu dem Regierungsentwurf, in: Deutscher Verein für den Schutz des gewerblichen Eigentums (Hrsg.), Vorschläge zur Reform des Gesetzes, betreffend die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, II. Teil: Denkschrift der Kommission für die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, Berlin 1908, S. 5 ff.</i>
<i>J. Schmidt</i>	<i>Schmidt, Jürgen, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, Köln 1969</i>
<i>Schmidt, Handelsrecht</i>	<i>Schmidt, Karsten, Handelsrecht, 6. Auflage, Köln 2014</i>

- ders.* Schmidt, Karsten, Das Handelsrechtsreformgesetz, NJW 1998, 2161 ff.
- Schoene* Schoene, Volker, Wrdlbrmpfd e.K. – Zur Eintragungsfähigkeit von Buchstabenkombinationen als Firma, GWR 2009, 137 ff.
- Scholz/Bearbeiter* Scholz, Franz, (Begr.), Kommentar zum GmbH-Gesetz, 8. Auflage, Köln 1993
- Schricker* Schricker, Gerhard, Zum Schutz bildlicher Unternehmenskennzeichen, GRUR 1998, 310 ff.
- Schulz* Schulz, Andreas, Einstweiliger Rechtsschutz gegen Markenmeldungen, WRP 2000, 258 ff.
- Schünemann* Schünemann, Julia Alma, Die Firma im internationalen Rechtsverkehr, Tübingen 2016
- Simon* Simon, Helmut, Der Prioritätsgrundsatz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Kennzeichenrecht, in: Festschrift für Werner vom Stein zum 25-jährigen Bestehen der Kammer für Patentstreitsachen am Landgericht Düsseldorf, Karlsruhe 1961, S. 120 ff.
- Sosnitza* Sosnitza, Olaf, Besitz und Besitzschutz, Tübingen 2003
- ders.* Sosnitza, Olaf, Subjektives Recht und Ausschließlichkeit, MarkenR 2000, 77 ff.
- ders.* Sosnitza, Olaf, Die Zwangsvollstreckung in Persönlichkeitsrechte – Plädoyer für eine Neuorientierung, JZ 2004, 992 ff.
- ders.* Sosnitza, Olaf, Der Grundsatz der Bindung des Verletzungsgerichts an die Eintragung der Marke, in: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Bundespatentgerichts am 1. Juli 2011, Köln 2011, S. 765 ff.
- ders.* Sosnitza, Olaf, Markenrecht und Verbraucherschutz – Verbraucherschutz und Markenrecht, ZGE 2013, 176 ff.
- ders.* Sosnitza, Olaf, Die Verkehrsauffassung im Markenrecht, WRP 2014, 1136 ff.
- ders.* Sosnitza, Olaf, „Apple Store“, 3-D-Marken und materielle Vorrangthese, MarkenR 2015, 1 ff.

<i>ders.</i> , Markenrecht	<i>Sosnitza</i> , Olaf, Deutsches und europäisches Markenrecht, 2. Auflage, München 2015
<i>Spätgens</i>	<i>Spätgens</i> , Kaus, Irreführende Werbung – Verbraucherleitbild – Marktforschung, WRP 2000, 1023 ff.
<i>Starck</i>	<i>Starck</i> , Joachim, Zur Vereinheitlichung des Rechts der Kennzeichen im geschäftlichen Verkehr durch das neue Markengesetz, in: Festschrift DPA – 100 Jahre Marken®-Amt, München 1994, S. 291 ff.
<i>Staub/Bearbeiter</i>	<i>Staub</i> , Hermann, Staub´s Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Erster Band (§§ 1 – 177), 14. Auflage, Berlin, Leipzig 1932
<i>ders./Bearbeiter</i>	<i>Staub</i> , Hermann, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, Erster Band, Einleitung; §§ 1 – 47b, 5. Auflage, Berlin 2009
<i>Steinbeck</i>	<i>Steinbeck</i> , Anja, Konvergenz zwischen Firmen- und Kennzeichenrecht?, in: Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag, Berlin 2006, S. 589 ff.
<i>dies.</i> , Handelsrecht	<i>Steinbeck</i> , Anja, Handelsrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2017
<i>dies.</i>	<i>Steinbeck</i> , Anja, Die Reichweite der Neutralisierungstheorie, WRP 2015, 404 ff.
<i>Ströbele/Hacker/Thiering/Bearbeiter</i>	<i>Ströbele</i> , Paul/ <i>Hacker</i> , Franz/ <i>Thiering</i> , Frederik, Markengesetz, 12. Auflage, Köln 2018
<i>ders.</i>	<i>Ströbele</i> , Paul, Verwechslungsgefahr und Schutzzumfang, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, Band II, Weinheim 1991, S. 821 ff.
<i>ders.</i>	<i>Ströbele</i> , Paul, Absolute Eintragungshindernisse im Markenrecht – Gegenwärtige Probleme und künftige Entwicklungen, GRUR 2001, 658 ff.
<i>Teichmann</i>	<i>Teichmann</i> , Artur, Handelsrecht, 3. Auflage, Baden-Baden 2013
<i>Teplitzky</i>	<i>Teplitzky</i> , Otto, Die Funktionen des Freihaltebedürfnisses in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: Festschrift für Otto-Friedrich Freiherr von Gamm, Köln u. a. 1990, S. 303 ff.

Teplitzky/Bearbeiter	<i>Teplitzky, Otto</i> (Begr.), Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, hrsg. von <i>Bacher, Klaus</i> , 12. Auflage, Köln 2019
<i>Tilmann</i>	<i>Tilmann, Winfried</i> , Grundlage und Reichweite des Handelsnamensrechts, GRUR 1981, 621 ff.
<i>Ulbrich</i>	<i>Ulbrich, Sebastian</i> , Der BGH auf dem Weg zum normativen Verbraucherleitbild?, WRP 2005, 940 ff.
<i>Ulferts-Römmermann</i>	<i>Ulferts-Römmermann, Viola</i> , Das Markenrecht als Instrument und Reflex des Wettbewerbs, 2002
<i>Ullmann</i>	<i>Ullmann, Eike</i> , Schutz der Elemente – elementarer Schutz der immateriellen Güter, GRUR 1993, 334 ff.
<i>ders.</i>	<i>Ullmann, Eike</i> , Der Erwerb der Rechte an Marke und Unternehmenskennzeichen, in: Harmonisierung des Markenrechts, Festschrift für Alexander von Mühlendahl zum 65. Geburtstag, Köln 2005, S. 145 ff.
<i>Ulmer, Warenzeichen</i>	<i>Ulmer, Eugen</i> : Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb in ihrer Fortbildung durch die Rechtsprechung, Berlin 1929
<i>ders./Reimer</i>	<i>Ulmer, Eugen / Reimer, Dietrich</i> , Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band III. Deutschland, München, Köln 1968
<i>Vohwinkel</i>	<i>Vohwinkel, Moritz</i> , Die verkehrsdurchgesetzte Marke – § 8 Abs. 3 MarkenG, Köln 2017
<i>v. Gamm</i>	<i>Freiherr von Gamm, Otto-Friedrich</i> , Die Unterlassungsklage gegen Firmenmißbrauch nach § 37 Abs. 2 HGB, in: Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985, Berlin, New York 1985, S. 1007 ff.
<i>ders.</i>	<i>Freiherr von Gamm, Otto-Friedrich</i> , Entwicklungen und neuere Rechtsprechung im Kennzeichenrecht, WM 1985, 849 ff.
<i>ders., UWG</i>	<i>Freiherr von Gamm, Otto-Friedrich</i> , Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Auflage, Köln 1993
<i>ders., Wettbewerbsrecht</i>	<i>Freiherr von Gamm, Otto-Friedrich</i> , Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, Köln 1987
<i>ders., WZG</i>	<i>Freiherr von Gamm, Otto-Friedrich</i> , Warenzeichengesetz, München und Berlin 1964

- v. Gierke/Sandrock* *von Gierke, Julius / Sandrock, Otto*, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 1, 9. Auflage, Berlin 1975
- v. Schultz/Bearbeiter* *von Schultz, Detlef*, Kommentar zum Markenrecht, 3. Auflage, Frankfurt a.M. 2012
- v. Stechow* *von Stechow, Henning*, Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896: Entstehungsgeschichte und Wirkung, Berlin 2002
- Wadle* *Wadle, Elmar*, Fabrikzeichenschutz und Markenrecht: Geschichte und Gestalt des deutschen Markenschutzes im 19. Jahrhundert, Erster Teil: Entfaltung, Berlin 1977
- Weber* *Weber, Stefan*, Das Prinzip der Firmenwahrheit im HGB und die Bekämpfung irreführender Firmen nach dem UWG, Köln 1984
- Wiarda* *Wiarda, Tileman Dothias*, Ueber deutsche Vornamen und Geschlechtsnamen, Berlin und Stettin 1800
- Windscheid* *Windscheid, Bernhard*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1, 5. Auflage, Stuttgart 1879