
Datum: 08.09.2015
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-20 U 186/14
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2015:0908.I20U186.14.00

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 20. August 2014 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf abgeändert.

I. Die Klägerin und Widerbeklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland ohne Zustimmung der Firma X. GmbH, das Bildzeichen

„Dreieck“

im Zusammenhang mit Bekleidungsstücken, insbesondere Herrenpullovern, zu benutzen und/oder benutzen zu lassen, insbesondere unter dem vorstehend bezeichneten Zeichen die vorstehend genannten Waren anzubieten und/oder anbieten zu lassen und/oder das vorstehend bezeichnete Zeichen in Geschäftspapieren und/oder in der Werbung zu benutzen und/oder benutzen zu lassen, wenn dies geschieht wie nachfolgend dargestellt:



und/oder



II. Die Klägerin wird verurteilt, der Beklagten Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der unter Ziffer I. beschriebenen Waren zu erteilen und zwar unter Angabe

- der einzelnen Lieferanten, Hersteller und/oder sonstigen Vorbesitzer, aufgeschlüsselt nach Liefermengen, Lieferzeiten und Lieferpreisen sowie den Namen und den Anschriften der Lieferanten, Hersteller und/oder sonstigen Vorbesitzer,
- der einzelnen Lieferungen, aufgeschlüsselt nach Liefermengen, Lieferzeiten und Lieferpreisen sowie den Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer,
- der einzelnen Angebote, aufgeschlüsselt nach Angebotsmengen, Angebotszeiten und Angebotspreisen sowie den Namen und den Anschriften der gewerblichen Angebotsempfänger,
- der betriebenen Werbung, aufgeschlüsselt nach Werbeträgern, deren Auflagenhöhe, Verbreitungszeitraum und Verbreitungsgebiet,
- der nach den einzelnen Faktoren aufgeschlüsselten Gesteungskosten und des erzielten Gewinns.

III. Die Klägerin wird verurteilt, die im unmittelbaren und/oder mittelbaren Besitz und/oder Eigentum der Klägerin befindlichen unter Ziffer I. bezeichneten Waren zu vernichten.

IV. Die Klägerin wird verurteilt, die unter Ziffer I. bezeichneten Waren gegenüber den gewerblichen Abnehmern unter Hinweis auf den markenverletzenden Zustand und der verbindlichen Zusage zurückzurufen, etwaige Entgelte zu erstatten sowie notwendige Verpackungs- und Transportkosten zu übernehmen.

V. Es wird festgestellt, dass die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch die in Ziffer I. bezeichneten Handlungen entstanden ist und/oder noch entstehen wird.

VI. Die Klägerin wird verurteilt, an die Beklagte 2.397,50 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 3. Mai 2014 zu bezahlen.

VII. Die Klage wird abgewiesen.

VIII. Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin auferlegt.

IX. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 150.000,00 Euro abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe :

1

I.

2

Die Beklagte ist eine Herstellerin von Wintersportartikel wie Skiern und Sportbekleidung, die ihre Waren weltweit vertreibt. Eine Reihe von erfolgreichen Athleten wird von ihr ausgestattet. Im geschäftlichen Verkehr tritt sie unter dem nachstehend wiedergegebenen Wort-/Bildzeichen auf:

3



X.

4

Die Beklagte und ihre Schwestergesellschaften sind Inhaber einer Vielzahl von Marken mit dem vorstehend wiedergegebenen, aus einem gleichseitigen Dreieck gebildeten Zeichen, welches vierfach in drei schwarze und ein farbloses Dreieck unterteilt ist, der Grundform des Sierpinski-Dreiecks. So ist die X. Beteiligungsverwaltungs GmbH Inhaberin der am 23. März 1972 angemeldeten und am 1. Juli 1972 veröffentlichten, nachstehend wiedergegebenen internationalen Markenregistrierung mit der Registernummer IR 3..., die in einer Vielzahl europäischer Staaten, darunter Deutschland, Schutz genießt und die unter anderem für Sportbekleidung (Klasse 25) eingetragen ist:

5



6

Die X. Beteiligungsverwaltungs GmbH hat der Beklagten das Recht eingeräumt, alle Ansprüche aus der Marke gegenüber Dritten im eigenen Namen geltend zu machen. Die Beklagte selbst ist Inhaberin der am 11. Juni 2012 angemeldeten und am 27. Juli 2012 unter anderem für Bekleidung eingetragenen deutschen Bildmarke mit der Registernummer DE 3..., die ebenfalls das „X.-Dreieck“ schützt (Anlage LS 44). Wegen der weiteren Marken, die das Zeichen für Bekleidungswaren schützen, wird auf die als Anlagen LS 40, LS 43 und LS 45 vorgelegten Registerauszüge Bezug genommen.

7

Im Zuge der vorliegenden Auseinandersetzung hat die Beklagte noch die nachstehend wiedergegebene deutsche Bildmarke mit der Registernummer DE 3... am 22. November 2013 angemeldet, die die am 18. Dezember 2013 unter anderem für Bekleidungsstücke (Klasse 25) eingetragen worden ist:

8

9



Die Klägerin ist eine namhafte Bekleidungsfilialistin, die vorwiegend in west- und süddeutschen Raum tätig ist. Im Winter 2012/2013 bot sie Kapuzenpullover in verschiedenen Farben an, die mit einer Vielzahl von in versetzten Reihen angeordneten Sierpinski-Dreiecken bedruckt waren, wie aus den im Tenor wiedergegebenen Abbildungen ersichtlich. Auf das in der mündlichen Verhandlung am 16. Juni 2015 zu den Akten gereichte, nachstehend in Ablichtung wiedergegebene Muster wird Bezug genommen:

10

11





Die Beklagte, die hierin eine Verletzung ihrer Marken und ihres Unternehmenskennzeichens sah, hat die Klägerin mit Anwaltsschreiben vom 27. Dezember 2012 abmahnen und zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auffordern lassen. Nach fruchtlosen Fristablauf hat die Beklagte beim Landgericht Köln einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gestellt, der zum Erlass einer nach Widerspruch bestätigten einstweiligen Verfügung geführt hat. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht Köln die einstweilige Verfügung aufgehoben und zur Begründung ausgeführt, es fehle am Erfordernis einer markenmäßigen Verwendung, die Bemusterung werde vom Verkehr als rein dekorativ wahrgenommen. 13

Die Klägerin hat daraufhin die vorliegende, auf Feststellung des Nichtbestehens der behaupteten Ansprüche sowie Erstattung des Vollstreckungsschadens gerichtete Klage eingereicht. Nach Erhebung einer auf Unterlassung, Auskunft, Rückruf, Vernichtung und Schadensersatz gerichteten Widerklage hat die Klägerin die Klage mit Ausnahme des Schadensersatzbegehrens für erledigt erklärt. Das Landgericht hat die Erledigung der diesbezüglichen Anträge festgestellt und die Beklagte unter Abweisung der Widerklage zum Ersatz des Vollstreckungsschadens verurteilt. Zur Begründung hat es ausgeführt, es fehle am Erfordernis einer markenmäßigen Verwendung, die Bemusterung werde vom Verkehr als rein dekorativ wahrgenommen. 14

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Sie trägt vor, ihr X.-Dreieck sei die bekannteste Marke im Wintersportbereich, kein anderer Sportartikelhersteller habe mehr erfolgreiche Athleten der Olympischen Winterspiele in S. ausgestattet. Dessen durchgängige Aneinanderreihung sei absolut üblich, der Verkehr sei an eine derartige Kennzeichnungspraxis gewöhnt. So kennzeichneten Firmen wie Meissen, Louis Vuitton, Yves Saint Laurent und HK-ARMY Bekleidungsstücke durch eine Bemusterung mit ihrem Zeichen. Dass diese auch der Verzierung dienten, stehe einem markenmäßigen Verständnis nicht entgegen. Bekannte Zeichen würden erkannt und als Herkunftshinweis verstanden. Nicht umsonst sei ihre deutsche Bildmarke DE 3... umstandslos eingetragen worden.

Die Beklagte beantragt,	16
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom 20. August 2014, Az.: 34 O 9/14,	17
<ul style="list-style-type: none">• 1. die Klage abzuweisen;	18
<ul style="list-style-type: none">• 2. die Klägerin und Berufungsbeklagte zu verurteilen, es zur Vermeidung eines vom Gericht für jeden Einzelfall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,00 und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall Ordnungshaft bis zu zwei Jahren, zu unterlassen,	20
im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland ohne Zustimmung der Firma X. GmbH, das Bildzeichen	21
„Dreieck“	22
im Zusammenhang mit Bekleidungsstücken, insbesondere Herrenpullovern, zu benutzen und/oder benutzen zu lassen, insbesondere unter dem vorstehend bezeichneten Zeichen die vorstehend genannten Waren anzubieten und/oder anbieten zu lassen und/oder das vorstehend bezeichnete Zeichen in Geschäftspapieren und/oder in der Werbung zu benutzen und/oder benutzen zu lassen, wenn dies geschieht wie nachfolgend dargestellt:	23
(es folgen die Tenor wiedergegebenen Abbildungen)	24
<ul style="list-style-type: none">• 3. die Klägerin und Berufungsbeklagte zu verurteilen, der Beklagten und Berufungsklägerin Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der unter Ziffer I. beschriebenen Waren zu erteilen und zwar unter Angabe	26
- der einzelnen Lieferanten, Hersteller und/oder sonstigen Vorbesitzer, aufgeschlüsselt nach Liefermengen, Lieferzeiten und Lieferpreisen sowie den Namen und den Anschriften der Lieferanten, Hersteller und/oder sonstigen Vorbesitzer,	27
- der einzelnen Lieferungen, aufgeschlüsselt nach Liefermengen, Lieferzeiten und Lieferpreisen sowie den Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer,	28
- der einzelnen Angebote, aufgeschlüsselt nach Angebotsmengen, Angebotszeiten und Angebotspreisen sowie den Namen und den Anschriften der gewerblichen Angebotsempfänger,	29

- der betriebenen Werbung, aufgeschlüsselt nach Werbeträgern, deren Auflagenhöhe, Verbreitungszeitraum und Verbreitungsgebiet,	30
- der nach den einzelnen Faktoren aufgeschlüsselten Gestehungskosten und des erzielten Gewinns;	31
• 4. die Klägerin und Berufungsbeklagte zu verurteilen, die im unmittelbaren und/oder mittelbaren Besitz und/oder Eigentum der Klägerin und Berufungsbeklagten befindlichen unter Ziffer I. bezeichneten Waren zu vernichten;	33
• 5. die Klägerin und Berufungsbeklagte zu verurteilen, die unter Ziffer I. bezeichneten Waren gegenüber den gewerblichen Abnehmern unter Hinweis auf den markenverletzenden Zustand und der verbindlichen Zusage zurückzurufen, etwaige Entgelte zu erstatten sowie notwendige Verpackungs- und Transportkosten zu übernehmen;	34
• 6. festzustellen, dass die Klägerin und Berufungsbeklagte verpflichtet ist, der Beklagten und Berufungsklägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch die in Ziffer I. bezeichneten Handlungen entstanden ist und/oder noch entstehen wird;	35
• 7. die Klägerin und Berufungsbeklagte zu verurteilen, an die Beklagte und Berufungsklägerin einen Betrag in Höhe von EUR 2.397,50 nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.	36
Die Klägerin beantragt,	37
die Berufung zurückzuweisen;	38
hilfsweise, die Revision zuzulassen.	39
Die Klägerin verteidigt das landgerichtliche Urteil. Zu Recht habe das Landgericht eine markenmäßige Verwendung verneint, der Verkehr nehme die Dreiecke lediglich als Muster und Verzierung wahr. Die vorliegende Gestaltung sei für die Positionierung einer Marke völlig untypisch, bei Oberbekleidung würden Marken üblicherweise mittig oder auf Brusthöhe platziert. Muster würden nur in absoluten Ausnahmefällen als Herkunftshinweis verstanden, die hierfür erforderliche Bekanntheit sei nicht gegeben. Dies belege auch das von ihr eingeholte Verkehrsgutachten; lediglich 0,3 Prozent aller Befragten hätten das streitgegenständliche Zeichen auf einem Pullover der Beklagten zugeordnet. Selbst bei einer gestützten Nachfrage hätten nur 1 Prozent der Befragten die Beklagte genannt, womit auch die Behauptung, es handele sich um eine bekannte Marke widerlegt sei. Eine Präsenz im Wintersportbereich rechtfertige diesbezügliche Rückschlüsse auf den Bekleidungssektor nicht. Letztendlich enthalte aber auch das Nackenetikett einen eindeutigen Hinweis darauf, dass der Pullover gerade nicht von der Beklagten stamme.	40
Der Senat hat die Sach- und Rechtslage mit den Parteien erörtert. Die Kennzeichnung im Bekleidungssektor unterliege einer fortschreitenden Entwicklung. Der Verkehr sei daran gewöhnt, dass die Marke nicht nur auf dem Etikett angebracht werde, sondern sich auf der Kleidung befinde, etwa bei Hemden im Brustbereich oder bei Jeans auf der Gesäßtasche. Es sei aber auch nichts Ungewöhnliches mehr, dass auch das Muster selbst die Marke sei. So diene das Burberry-Muster zugleich als Marke. Gleiches gelte auch für andere Marken, wobei	41

der Senat die von der Beklagten angeführten Beispiele noch aus eigener Wahrnehmung um die Firma Gucci erweitern könne, die einen mit ihrer Marke bemusterten Regenmantel sowie einen Hoody anbiete. Das von der Klägerin verwandte Muster bestehe zudem aus einer ständigen Wiederholung ein und desselben Zeichens, es sei kein typisches, natürliches Muster. Einem markenmäßigen Verständnis stehe auch nicht von der Klägerin unter Verweis auf die von ihr initiierte Verkehrsbefragung behauptete Unbekanntheit des „X.-Dreiecks“ entgegen. Es komme nicht darauf an, ob der Verkehr das Zeichen als das Zeichen der Beklagten erkenne, sondern nur, ob er es überhaupt als Herkunftshinweis wahrnehme. Addiere bei dem von der Klägerin vorgelegten Gutachten alle Antworten, die das Zeichen als Marke oder Firmenhinweis angesehen hätten, komme man auf 19 Prozent.

Letzterem ist die Klägerin mit nachterminlichem Schriftsatz vom 11. August 2015 42
entgegengetreten. Sie vertritt nunmehr die Auffassung, dem von ihr vorgelegten Gutachten komme im Hinblick auf die relevante Frage, ob das Muster als Herkunftshinweis oder als rein ornamentale Schmückung angesehen werde, kein Aussagewert zu. Es sei nur nach einem einzigen Dreieck gefragt worden; zudem seien Mehrfachnennungen möglich gewesen, weshalb die Antworten nicht ohne weiteres addiert werden dürften.

Die Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung klargestellt, dass Gegenstand ihrer 43
Widerklage die Pullover gemäß den farbigen Abbildungen auf den Seiten 30 und 31 ihres Schriftsatzes vom 17. April 2014 (Bl. 46, 47 d. GA.) sind. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands erster Instanz wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil, Bl. 114 ff. d. GA., wegen des Parteivorbringens im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II. 44

Die zulässige Berufung der Beklagten hat auch in der Sache Erfolg. 45

Der Senat entnimmt den Ausführungen der Beklagten in der Berufungsbegründung zu den ihr 46
zustehenden beziehungsweise von ihr geltend zu machenden Schutzrechten am „X.-Dreieck“ im Bekleidungsbereich, wonach „in diesem Zusammenhang zunächst die internationale Bildmarke Nr. 3...“ zu nennen sei (BB S. 25, Bl. 195 d. GA.), dass sie sich vorrangig auf die internationale Markenregistrierung mit der Registernummer IR 3... stützt.

Die Beklagte ist zur Führung des vorliegenden Prozesses über die Verletzung der der X. 47
Beteiligungsverwaltungs GmbH zustehenden Markenrechte befugt. Die Voraussetzungen einer gewillkürten Prozessstandschaft, eine wirksame Ermächtigung des Prozessstandschafters zur gerichtlichen Verfolgung der Ansprüche des Rechtsinhabers sowie ein eigenes schutzwürdiges Interesse des Ermächtigten an dieser Rechtsverfolgung, das auch durch ein wirtschaftliches Interesse begründet werden kann (BGH, GRUR 1993, 151, 152 - Universitätseblem), sind erfüllt.

Die X. Beteiligungsverwaltungs GmbH hat die Beklagte in dem als Anlage LS 42 vorgelegten 48
Schreiben, das mit „Prozessstandschaftserklärung“ überschrieben ist, ermächtigt, alle Ansprüche aus ihren Marken wie der internationalen Bildmarke Nr. 387 657 im eigenen Namen gerichtlich und außergerichtlich geltend zu machen, insbesondere gegenüber der Klägerin. Dass die Beklagte als zum X.-Konzern gehörende Gesellschafterin ein eigenes Interesse an der Erhaltung der Kennzeichnungskraft des gemeinsamen Zeichens und damit an der Rechtsverfolgung hat, bezweifelt auch die Klägerin nicht.

49

Die Beklagte hat gegenüber der Klägerin einen Anspruch auf Unterlassung der Benutzung der Grundform von Sierpinski-Dreiecken in der im Tenor wiedergegebenen Form aus § 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG. Die Verwendung des Zeichens zur Bemusterung von Bekleidungsstücken verletzt die von der Beklagten wahrgenommenen Markenrechte der X. Beteiligungsverwaltungs GmbH aus ihrer internationalen Markenregistrierung IR 3..., die unter anderem für Sportbekleidung eingetragen ist.

Gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist es Dritten untersagt, ohne Zustimmung des Inhabers der Marke im geschäftlichen Verkehr ein Zeichen zu benutzen, wenn wegen der Identität oder Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die Marke und das Zeichen erfassten Waren für das Publikum die Gefahr der Verwechslung besteht. Nach § 107 Abs. 1 MarkenG sind die Vorschriften des Markengesetzes auf internationale Markenregistrierungen, deren Schutz sich auf Deutschland erstreckt, entsprechend anzuwenden. 50

Ob eine Verwechslungsgefahr besteht, beurteilt sich zum einen nach der Kennzeichnungskraft der Schutz beanspruchenden Marke und der Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Zeichen und zum anderen nach dem Abstand der Waren, für die die Marke registriert ist und für die das angegriffene Zeichen benutzt wird. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen der Identität oder der Ähnlichkeit der Waren, dem Grad der Ähnlichkeit der Zeichen und der Kennzeichnungskraft der Marke, so dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Zeichen oder durch eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (BGH, GRUR 2010, 833 Rn. 20 - Malteserkreuz II; GRUR 2010, 235 Rn. 15 - AIDA/AIDU; GRUR 2002, 542, 543 - BIG). 51

Für die umfassende Beurteilung der Verwechslungsgefahr kommt es entscheidend darauf an, wie die Marke auf den Durchschnittsverbraucher dieser Waren wirkt (EuGH, GRUR 2005, 1042 Rn. 28 - THOMSON LIFE). Dabei ist auf den durch die Zeichen hervorgerufenen Gesamteindruck abzustellen, wobei insbesondere die unterscheidungskräftigen oder dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind (BGH, GRUR 2012, 64 Rn. 9 - Maalox/Melox-GRY). Der Verkehr, der sich auf sein unvollkommenes Erinnerungsbild verlassen muss, achtet nicht auf Einzelheiten (EuGH, WRP 1999, 806, Rnrn. 25, 26 - Lloyd; Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Aufl., § 14 Rn. 811). Bei dem Vergleich ist daher nicht so sehr auf die Unterschiede als auf die Übereinstimmungen abzustellen. Denn im Erinnerungsbild treten regelmäßig die übereinstimmenden Merkmale stärker hervor als die Unterschiede (BGH, GRUR 2000, 506, 509 - ATTACHÉ/ TISSERAND). 52

Danach kann eine Verwechslungsgefahr vorliegend nicht verneint werden. Es besteht sowohl eine hochgradige Waren- als auch Zeichenähnlichkeit. Der Übergang zwischen Sport- und Alltagsbekleidung ist fließend. Gerade T-Shirts und Fleecepullover werden sowohl im Alltag als auch zum Sport getragen, auch die von der Klägerin vorliegend angebotenen Kapuzenpullover kommen in beiden Bereichen gleichermaßen zum Einsatz. Das auf den Pullovern der Klägerin aufgedruckte Sierpinski-Dreieck unterscheidet sich von der Widerklagemarke lediglich durch eine Drehung um 180 Grad. Auch die Klägerin stellt daher zu Recht eine hochgradige Ähnlichkeit der Waren und der (isolierten) Zeichen selbst nicht in Frage. 53

Die Herstellerangabe im Etikett des von ihr vertriebenen Pullovers ist nicht geeignet, die hierdurch begründete Verwechslungsgefahr zu beseitigen. Es darf nicht nur auf den Teil des Verkehrs abgestellt werden, dem das Sierpinski-Dreieck als Zeichen der Beklagten bekannt ist und der in der Kaufsituation auch das Etikett studiert. Gerade im Bekleidungssektor tritt 54

der Verbraucher mit den Marken der Anbieter auch dadurch in Kontakt, dass er die entsprechend gekennzeichneten Kleidungsstücke an Dritten sieht. In einer solchen Situation werden Zeichen, wie die hier streitgegenständlichen, nur visuell wahrgenommen. Gerade dieser Teil des Verkehrs, der die von der Beklagten stammende Bekleidung nur vom Sehen her kennt, wird geneigt sein, in der von der Klägerin angebotenen Bekleidung die ihr vermeintlich bereits bekannte wiederzuerkennen.

Die Klägerin nutzt das Sierpinski-Dreieck auch markenmäßig. Die Rechte aus der Marke sind auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen die Benutzung des Zeichens durch einen Dritten die Funktion der Marke und insbesondere deren Hauptfunktion, die Gewährleistung der Herkunft der Ware oder Dienstleistung gegenüber dem Verbraucher, beeinträchtigt oder beeinträchtigen könnte (BGH, GRUR 2007, 780 Tz. 22 - Pralinenform). Ein Zeichen wird markenmäßig verwandt, wenn durch die Art seiner Verwendung - etwa durch die Anbringung auf den Waren - der Verkehr zu der Annahme veranlasst wird, dass eine Verbindung zwischen dem angegriffenen Zeichen und den Waren besteht, die der Dritte vertreibt (BGH, GRUR 2009, 772 Rn. 48 - Augsburger Puppenkiste; EuGH, GRUR 2007, 971 Rn. 16 u. 23 - Céline). 55

Bei einem Bildelement ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn es vom Verkehr nicht lediglich als schmückendes Beiwerk oder als Zierrat, sondern herkunftskennzeichnend verstanden wird (BGH, GRUR 2002, 171, 173 - Marlboro-Dach). Für die Beurteilung, ob das Bildelement vom Verkehr als Herkunftshinweis verstanden wird, ist auf die Kennzeichnungsgewohnheiten im maßgeblichen Warenausgang abzustellen. Dabei kann die Antwort auf die Frage, ob der Verkehr ein auf der Vorderseite eines Kleidungsstücks angebrachtes Motiv als produktbezogenen Hinweis auf die Herkunft oder als bloß dekoratives Element auffasst, nach der Art und der Platzierung des Motivs variieren. Ob der Verkehr bei Bildern, Motiven, Symbolen und Wörtern auf der Vorderseite von Kleidungsstücken von einem Herkunftshinweis ausgeht, bedarf der Beurteilung im jeweiligen Einzelfall (BGH, GRUR 2010, 838 Tz. 20 - DDR-Logo). So wird der Verkehr Zeichen, die ihm als Produktkennzeichen für Kleidungsstücke bekannt sind, ebenfalls als Herkunftszeichen auffassen, wenn sie auf der Außenseite der Kleidung angebracht sind (BGH, GRUR 2001, 158, 160 - Drei-Streifen-Kennzeichnung). Entsprechendes gilt für Fantasiebezeichnungen oder Bildzeichen, wie sie vielfach von Unternehmen zur Kennzeichnung von Kleidungsstücken außen auf der Kleidung verwandt werden (BGH, GRUR 2010, 838 Rn. 20 - DDR-Logo). Maßgeblich ist auch insoweit das Verständnis des Durchschnittsverbrauchers (EuGH, GRUR 2013, 178 Rn. 53 - Banea Grupo; BGH, GRUR 2010, 838 Rn. 20 - DDR-Logo). 56

Es kann vorliegend dahinstehen, ob die Bemusterung mit in versetzten Reihen angeordneten Sierpinski-Dreiecken schon deswegen als Herkunftshinweis gewertet wird, weil dieses dem Verkehr als Produktkennzeichen für Kleidungsstücke bekannt ist. Die Klägerin verkennt, dass die Bekanntheit eines Zeichens nur ein Indiz für ein markenmäßiges Verständnis von Bildelementen ist. Ist ein Bildelement erheblichen Teilen des Verkehrs als Zeichen eines bestimmten Herstellers geläufig, dann wird es von ihm auch im Rahmen einer Bemusterung mit diesem Zeichen wiedererkannt und als Herkunftshinweis verstanden. Für Frage einer markenmäßigen Verwendung ist jedoch letztendlich nicht entscheidend, ob die Bemusterung als Zeichen eines bestimmten Unternehmens erkannt wird, es kommt alleine darauf, ob sie überhaupt als Hinweis auf irgendein Unternehmen verstanden wird, auch wenn der Verbraucher nicht weiß, um welches es sich handelt, oder das Zeichen falsch zuordnet. Auch ein Muster aus einem vollständig unbekanntem Zeichen kann markenmäßig verstanden werden, wenn die Bemusterung dem Verkehr aufgrund einer gängigen Branchenübung als Herkunftshinweis erscheint. 57

Dieses Verständnis ist nicht auf Zeichenverwendungen beschränkt, bei denen sich das Bildelement in isolierter Stellung im Brustbereich links befindet. Wie der Senat bereits in vergleichbaren Fällen (Urt. v. 3. Juli 2007, Az. I - 20 U 170/06, BeckRS 2014, 08702; Urt. v. 11. Mai 2004, Az. I - 20 U 145/03; Urt. v. 27. März 2007, Az. I - 20 U 174/06) ausgeführt hat, ist generell bei hochwertigen Mode-, Leder- und Schmuckwaren in beachtlichem Maße ein solcher dekorativer und gleichermaßen kennzeichnender Gebrauch zu beobachten, wie er etwa von den Firmen Yves Saint Laurent, Louis Vuitton, Gucci, Moschino und Hermes praktiziert wird. Dabei wiederholt sich das Zeichen in ständig gleicher Abfolge. Einige Beispiele hierfür hat die Beklagte als Anlagen LS 51 bis 57 vorgelegt. Eine entsprechende Praxis der Firma Gucci auch im Bekleidungsbereich ist dem Senat aus eigener Wahrnehmung bekannt, auf die Verwendung bei einem Regenmantel und einem Hoody hat er in der mündlichen Verhandlung hingewiesen.

58

Diese Kennzeichnungsgewohnheiten wirken über den Bereich der hochwertigen Modeerzeugnisse und der konkreten Branche hinaus. Der Verkehr ist daran gewöhnt, dass sich die übrigen Anbieter oftmals am Luxussegment orientieren, um von Prestigewert dieser Waren zu profitieren, und dass Kennzeichnungsgewohnheiten von einem Bereich der Mode - wie etwa Taschen - in einen anderen - wie etwa Bekleidung - übertragen werden, schon da die namhaften Anbieter oftmals dieselben sind. An die Kennzeichnungspraxis der vorgenannten Anbieter fühlt sich der Verkehr vorliegend bei der Bemusterung der klägerischen Pullover mit versetzten Reihen von Sierpinski-Dreiecken erinnert, die gerade kein natürliches, typisches Muster darstellen, welches ein eher ornamentales Verständnis nahelegen würde. Von daher ist der Verkehr geneigt, in der ständigen gleichen Abfolge des immer gleichen einprägsamen Symbols schon allein aufgrund des Aufbaus der Bemusterung einen Herkunftshinweis zu sehen, selbst wenn er nicht weiß, welches Unternehmen sich hinter diesem Symbol verbirgt.

59

Anders wäre dies nur, wenn das Symbol dem Verkehr als „Nichtmarke“ bekannt wäre, wie etwa das DDR-Logo, welches er als Symbol eines untergegangenen Staates kennt. Hierfür besteht aber kein Anhalt, auch die von der Klägerin vorgelegte Verkehrsbefragung stützt eine solche Annahme nicht. So haben weniger als zwölf Prozent der Befragten in dem Sierpinski-Dreieck einen sachlichen Hinweis wie ein Warn-, Blinden- oder Umweltzeichen gesehen, wohingegen immerhin 19 Prozent das Zeichen für eine Marke oder einen Firmenhinweis und damit herkunftshinweisend bewertet haben. Der Aussagegehalt der Befragung ist allerdings ohnehin gering. Dabei kann dahinstehen, inwieweit es zu Doppelbenennungen gekommen ist - die Summe der Prozentzahlen addiert sich auf 111 Prozent -, entscheidend ist, dass den Befragten nicht das konkret streitgegenständliche Erzeugnis vorgelegt worden, sondern nur ein Sierpinski-Dreieck auf Papier gezeigt und der Zusammenhang zu Pullovern lediglich abstrakt über die Fragestellung hergestellt worden ist. Marken werden jedoch aufgrund ihrer visuellen Wahrnehmung auf dem Produkt erkannt, die Verkehrsauffassung wird durch den konkreten Marktauftritt des angegriffenen Zeichens bestimmt (EuGH, GRUR 2008, 698 Rn. 67 - O₂). Dass dem von ihr vorgelegten Gutachten im Hinblick auf die relevante Frage, ob das Muster als Herkunftshinweis oder als rein ornamentale Schmückung angesehen wird, kein Aussagewert zukommt, hat die Klägerin letztendlich nachterminlich auch eingeräumt.

60

Die Widerklage ist auch hinsichtlich des Anspruches auf Feststellung der Schadensersatzpflicht zulässig und begründet. Die Beklagte kann ihre Schadensersatzansprüche erst nach Auskunftserteilung durch die Klägerin beziffern, so dass sie ein berechtigtes Interesse an der Feststellung des Bestehens eines Schadensersatzanspruches hat, § 256 ZPO. Der Schadensersatzanspruch ergibt sich aus § 14 Abs. 6 MarkenG. Bei Anwendung der im Geschäftsverkehr erforderlichen Sorgfalt hätte

61

die Klägerin die Markenverletzung zumindest erkennen können, § 276 BGB. Wer ein Zeichen gebrauchen will, muss sich gewissenhaft davon überzeugen, dass er kein besseres Recht eines anderen verletzt (BGH, GRUR 1974, 735, 737 - Pharmamedan). Dass sie entsprechende Bemühungen unternommen hätte, behauptet die Klägerin nicht.

Die Beklagte kann auch Zahlung an sich verlangen. In der Ermächtigung der X. Beteiligungs GmbH vom 15. April 2014 zur Geltendmachung der Rechte, die explizit die Schadensersatz- und Auskunftsansprüche nennt, liegt zugleich die Erteilung einer materiell-rechtlichen Einziehungsermächtigung; die Ermächtigung, die Ansprüche im eigenen Namen geltend zu machen, stellt eine materiell-rechtliche Einziehungsermächtigung dar (vgl. OLG Köln, Ur. v. 10. Mär. 2009, 4 UF 122/08, BeckRS 2009 09723; Busche in Staudinger, BGB, Neubearbeit. 2012, Einl. z. §§ 398ff Rn. 118). 62

Der Auskunftsanspruch der Beklagten ergibt sich aus § 19 MarkenG und § 242 BGB. Da die Klägerin die Marke rechtswidrig benutzt hat, ist sie nach § 19 Abs. 2 MarkenG zur Auskunft über die Herkunft und Vertriebswege, insbesondere zu Angaben über Namen und Anschriften des Herstellers, des Lieferanten und anderer Vorbesitzer, der gewerblichen Abnehmer sowie die Menge der hergestellten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Erzeugnisse verpflichtet. Der weitergehende Anspruch ergibt sich aus § 242 BGB. Steht die Verpflichtung der Klägerin zum Schadensersatz fest, so ist sie ferner zur Auskunft verpflichtet, damit die Beklagte in die Lage versetzt wird, den ihr zustehenden Schadensersatzanspruch zu beziffern, § 242 BGB. Die Beklagte ist auf die ihr zuerkannten Angaben angewiesen, über die sie ohne eigenes Verschulden nicht verfügt. Die Klägerin wird durch die von ihr verlangten Auskünfte nicht unzumutbar belastet; Anderes macht sie auch nicht geltend. 63

Die Ansprüche auf Vernichtung und Rückruf folgen aus § 18 Abs. 1 und Abs. 2 MarkenG. Sie sind nicht unverhältnismäßig. Rückruf und Vernichtung sind als „Regelmaßnahme“ normiert, gerade auch für Fälle, in denen die Vernichtung mehr als das zur unmittelbaren Folgenbeseitigung Nötige darstellt (Ingerl/ Rohnke, MarkenG, 3. Aufl., § 18 Rn. 21). Die Voraussetzung einer Unverhältnismäßigkeit im Einzelfall, wobei u. a. Verschuldensgrad, Schwere des Eingriffs sowie die wirtschaftliche Bedeutung der Verletzung und des Vernichtungsschadens berücksichtigt werden können (Ingerl/Rohnke, a.a.O.), sind nicht gegeben. Die insoweit gebotene Interessenabwägung fällt zugunsten der Beklagten aus. Eine Entfernung der Zeichen als milderes Mittel ist nicht möglich. Raum für einen legalen Vertrieb ist nicht ersichtlich, die Beklagte verfügt über Schutzrechte in allen relevanten Ländern, worauf die Klägerin selbst im Rahmen der Begründung ihres Vollstreckungsschadens hingewiesen hat. Ein Verzicht auf Rückruf und Vernichtung liefe daher auf die Gestattung einer Fortsetzung des rechtsverletzenden Vertriebs hinaus; der der Beklagten nicht zuzumuten ist. 64

Daneben hat die Beklagte einen Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten in titulierter Höhe unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677, 683 Satz 1 in Verbindung mit § 670 BGB. Der Abmahnende hat einen Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag, wenn ihm gegenüber dem Abgemahnten zum Zeitpunkt der Abmahnung ein Unterlassungsanspruch zustand und die Abmahnung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Abgemahnten entsprach (BGH, GRUR 2008, 996 Rn. 11 - Clone-CD). Diese Voraussetzung ist regelmäßig erfüllt, wenn der Abmahnende den Abgemahnten wegen dessen Rechtsverstoß auch gerichtlich hätte auf Unterlassung in Anspruch nehmen können (BGH, GRUR 2008, 996 Rn. 34 - Clone-CD; GRUR 1973, 384, 385 - Goldene Armbänder). 65

Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Zwar war die Abmahnung nicht auf die internationalen Markenregistrierung IR 3... gestützt, da die X. Beteiligungs GmbH die Beklagte erst am 15. April 2014 zur Geltendmachung der Rechte aus dieser ermächtigt hat. Der Unterlassungsanspruch ergibt sich jedoch in gleicher Weise aus der in der Abmahnung angeführten, am 11. Juni 2012 angemeldeten und am 27. Juli 2012 unter anderem für Bekleidung eingetragenen deutschen Bildmarke mit der Registernummer DE 3..., deren Inhaberin die Beklagte ist und die ebenfalls das „X.-Dreieck“ wie im Tatbestand wiedergegeben schützt.

Der der Abmahnung zugrunde gelegte Gegenstandswert von 200.000,00 Euro begegnet keinen Bedenken; er wird auch von der Klägerin nicht in Zweifel gezogen, die ihrem Abschlusschreiben einen Gegenstandswert von 300.000,00 Euro zugrunde gelegt hat (Anlage B&B 5). Die gegenüber der Mittelgebühr leicht erhöhte 1,5 Geschäftsgebühr rechtfertigt sich durch das Erfordernis der Beurteilung einer markenmäßigen Verwendung, die eine eingehende Auseinandersetzung mit der Kennzeichnungspraxis im Marktsegment bedingte. Die Zinsforderung ergibt sich aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB. 67

Die Klage der Klägerin ist abzuweisen. Die für erledigt erklärten Anträge auf Feststellung, dass der Beklagten keine Ansprüche auf Unterlassung, Auskunft, Rückruf, Vernichtung und Schadensersatz zustehen, haben sich aus den vorstehenden Ausführungen als von Anfang an unbegründet erwiesen. 68

Der Klägerin steht aber auch kein Anspruch auf Erstattung eines Vollstreckungsschadens zu. Es kann, ob die einstweilige Verfügung des Landgerichts Köln vom 28. Januar 2013 deshalb als von Anfang an ungerechtfertigt im Sinne des § 945 ZPO anzusehen ist, weil das Oberlandesgericht Köln diese durch Urteil vom 18. Oktober 2013 aufgehoben hat. Nach ständiger Rechtsprechung ist in den Fällen, in denen eine einstweilige Verfügung ein auf einem Unterlassungsanspruch beruhendes Verbot zum Gegenstand hatte, die Nachprüfung der materiellen Rechtslage auch unter dem Gesichtspunkt möglich, dass dem Betroffenen durch die Vollziehung der einstweiligen Verfügung kein nach § 945 ZPO zu ersetzender Schaden erwachsen sein kann, wenn er ohnehin materiell-rechtlich verpflichtet gewesen wäre, die ihm durch die einstweilige Verfügung untersagte Handlung zu unterlassen (BGH, GRUR 1994, 849, 851 - Fortsetzungsverbot m. w. Nw.). 69

Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung ist im Streitfall die Möglichkeit der Schadensentstehung zu verneinen. Zwar hat die X. Beteiligungs GmbH die Beklagte erst am 15. April 2014 zur Geltendmachung der Rechte aus der internationalen Markenregistrierung IR 3... ermächtigt. Für den davor liegenden Zeitraum ergibt sich der Unterlassungsanspruch jedoch - wie schon bei den Abmahnkosten ausgeführt - in gleicher Weise aus der der am 11. Juni 2012 angemeldeten und am 27. Juli 2012 unter anderem für Bekleidung eingetragenen deutschen Bildmarke DE 3..., deren Inhaberin die Beklagte ist und die ebenfalls das „X.-Dreieck“ wie im Tatbestand wiedergegebenen schützt. 70

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 71

Es besteht keine Veranlassung, die Revision zuzulassen. Die hierfür in § 543 Abs. 2 ZPO niedergelegten Voraussetzungen sind nicht gegeben. Die relevanten Rechtsfragen sind durch die zitierten höchstrichterlichen Entscheidungen beantwortet. Die Anwendung der dort entwickelten Grundsätze ist Sache des Tatrichters. Die Divergenz zur Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln im vorangegangenen Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist das Ergebnis einer abweichenden tatrichterlichen Würdigung, nicht der 72

Anwendung anderer rechtlicher Voraussetzungen, und vermag daher eine Zulassung nicht zu begründen. Als reine Einzelfallentscheidung hat die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine revisionsgerichtliche Entscheidung im Sinne des § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird ausgehend von der erstinstanzlichen Festsetzung und unter Berücksichtigung der dort erfolgten Teilabweisung des Schadensersatzanspruchs auf 325.735,80 Euro festgesetzt.

73