
Datum: 25.06.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 8/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0625.4U8.09.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 12 O 135/06

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das am 4. Dezember 2008 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bochum dergestalt teilweise abgeändert, dass bei dem ausgeurteilten Zinsausspruch für den Zeitraum vom 25.08.1998 bis zum 02.06.2001 jeweils ein Zinsanspruch der Klägerin entfällt.

Im Übrigen verbleibt es bei dem angefochtenen Urteil einschließlich der Kostenentscheidung.

Die Anschlussberufung wird zurückgewiesen.

Von den Kosten der Berufungsinstanz tragen die Klägerin 44 % und die Beklagte 56 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Gründe:

I.

Die Parteien sind Hersteller von Schneidwaren.

Die Klägerin ist Inhaberin der deutschen Marke "O". Die Beklagte vertreibt von ihr hergestellte Schneidwaren unter anderem unter der Marke "Die T von A". Jedenfalls in den Jahren 1983 bis 1996 kennzeichnete die Beklagte bestimmte Waren überwiegend zusätzlich mit der Bezeichnung "O", und zwar in unterschiedlichen Gestaltungsweisen. Die Klägerin hat die Beklagte im Vorprozess wegen einer Markenrechtsverletzung auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten in Anspruch genommen. Durch Urteil des Senats vom 24. Juni 1997 (4 U 232 / 96) wurde u.a. festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den aus der Benutzung der Marke entstandenen Schaden zu ersetzen. Ferner wurde die Beklagte verurteilt, Auskunft über den Umfang der Verwendung der Bezeichnung "O" für Haushaltsschneidwaren und dazugehörige Küchenteile und den erzielten Gewinn zu erteilen. In den Gründen hat der Senat ausgeführt, dass der ausgeurteilte Auskunftsanspruch nach § 242 BGB geschuldet sei, weil auch eine Schadensberechnung in Form der Lizenzanalogie oder in Gestalt der Herausgabe des Verletzergewinns in Betracht komme. Wegen der Einzelheiten insoweit wird auf die in den Akten befindliche Kopie des Senatsurteils (Bl. 16 ff.) Bezug genommen. Das Urteil ist am 25. August 1998 rechtskräftig geworden.

Wegen der zu erteilenden Auskunft kam es zu weiteren Streitigkeiten der Parteien. Mit Schreiben vom 31. Mai 2001 übersandte die Beklagte der Klägerin eine Aufstellung über die unter Verwendung der Marke "O" in den Jahren 1983 bis 1996 erzielten Nettoumsätze. Insgesamt ergab sich daraus ein Umsatz in Höhe von 57.563.000,--DM = **29.432.494,55 €** und ein Gewinn von 1.417.000,00 DM = **724.500,60 €**. Letzteren ließ die Klägerin durch die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft "PWC E" im Wege der Schätzung ermitteln. Die Klägerin forderte die Beklagte dann zu einer genaueren Aufschlüsselung des Gewinns der Beklagten unter Mitteilung der Gemeinkosten auf und drohte im Weigerungsfall die (weitere) Vollstreckung aus dem Auskunftsanspruch an. Dagegen wandte sich die Beklagte mit einer Vollstreckungsgegenklage, die in allen drei Instanzen Erfolg hatte. Der Senat hatte durch Urteil vom 26. September 2002 – 4 U 63 / 02 (Bl. 63 ff.) die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts zurückgewiesen. Der BGH wies durch Urteil vom 6. Oktober 2005 – O (Bl. 80 ff.) die Revision gegen das Urteil des Senats zurück. Danach stand fest, dass die Beklagte keine weitere Auskunft zu ihrer Gewinnermittlung mehr erteilen musste.

Die Klägerin hat die Beklagte mit der am 19. Oktober 2006 eingegangenen Klage auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 588.629,89 € nebst gestaffelten Zinsen in Höhe von 8 % mit Zinsbeginn der einzelnen Teilbeträge in der Zeit vom 1. Januar 1984 bis zum 1. Januar 1997 in Anspruch genommen.

Sie hat gemeint, bei einer Schadensersatzberechnung im Wege der Lizenzanalogie sei jedenfalls von einer fiktiven Lizenzgebühr von 2 % auszugehen, zumindest dann, wenn man insoweit einen Verletzervorteil berücksichtige. Sie hat behauptet, die im Jahre 1964 eingetragene Marke sei bis 1987 intensiv für geschmiedete Tafelmesser und Besteckteile genutzt worden. Die jährlichen Umsätze hätten in dieser Zeit im Bereich von mehreren

Millionen jährlich gelegen. Außerdem sei auch die Markenware seit Mitte der 60er Jahre intensiv durch Prospekte, Kataloge sowie in millionenfacher Auflage versandte Werbesendungen beworben worden. Nur bei Zahlung einer Gebühr in solcher Höhe, die schon an der unteren Grenze der üblichen Gebühren liege, sei die Klägerin zu einer Lizenzerteilung bereit gewesen. Sämtliche Verkäufe seien von Deutschland aus getätigt worden, so dass es nicht darauf ankomme, dass die Ware teilweise in die USA exportiert worden sei. Eine teilweise Reduzierung der Lizenzgebühren aufgrund von solchen Exporten erscheine willkürlich. Die von Wiederverkäufern in den USA erzielten Umsätze seien zudem nicht Gegenstand der Umsatzauskünfte gewesen (Bl.301 f.). Mit Schriftsatz vom 15. Oktober 2008 hat die Klägerin erstmals den Umfang der Warenexporte in die USA bestritten (Bl.621 f.). Sie hat gemeint, die fiktive Verletzerlizenz sei darüber hinaus um einen Zinsanteil von 8 % zu erhöhen, weil sie als Verletzte so gestellt werden müsste, als wenn die Lizenzzahlungen aufgrund laufender Abrechnungen Jahr für Jahr pünktlich erfolgt wären. Ein Zinssatz von 8 % werde üblicherweise für verspätete Lizenzzahlungen vereinbart und entrichtet. Vorsorglich hat die Klägerin noch vorgetragen, dass sie in der fraglichen Zeit Bankkredit in Höhe von mindestens dieser Zinshöhe in Anspruch genommen habe, den sie mit den Lizenzzahlungen hätte zurückführen können. Mit näheren Ausführungen ist die Klägerin sodann der Auffassung der Beklagten entgegengetreten, der Zinsanspruch, der einen Teil des Schadens darstelle, sei teilweise verjährt oder verwirkt. Hilfsweise hat sich die Klägerin auf einen Schadensersatzanspruch im Wege der Herausgabe des Verletzergewinns bezogen, der mindestens die Höhe der Klageforderung erreiche. Dabei müsse unter Abzug der Gemeinkosten von einem Gewinn der Beklagten in Höhe von 40 Mio. DM ausgegangen werden.

Die Klägerin hat beantragt,	8
die Beklagte zu verurteilen, an sie 588,629,89 € zu zahlen nebst	9
8 % Zinsen p. a. aus 3.579,04 € seit dem 01.01. 1984,	10
8 % Zinsen p. a. aus 14.305,95 € seit dem 01.01.1985,	11
8 % Zinsen p. a. aus 42.457,68 € seit dem 01.01.1986,	12
8 % Zinsen p. a. aus 38.224,18 € seit dem 01.01.1987,	13
8 % Zinsen p. a. aus 49.441,92 € seit dem 01.01.1988,	14
8 % Zinsen p. a. aus 49.574,86 € seit dem 01.01.1989,	15
8 % Zinsen p. a. aus 53.900,39 € seit dem 01.01.1990,	16
8 % Zinsen p. a. aus 60.404,02 € seit dem 01.01.1991,	17
8 % Zinsen p. a. aus 57.049,95 € seit dem 01.01.1992,	18
8 % Zinsen p. a. aus 50.300,90 € seit dem 01.01.1993,	19
8 % Zinsen p. a. aus 43.112,13 € seit dem 01.01.1994,	20
8 % Zinsen p. a. aus 44.748,26 € seit dem 01.01.1995,	21
8 % Zinsen p. a. aus 42.508,81 € seit dem 01.01.1996,	22

8 % Zinsen p. a. aus 39.021,80 € seit dem 01.01.1997.	23
Die Beklagte hat beantragt,	24
die Klage abzuweisen.	25
Die Beklagte hat gemeint, unter dem Gesichtspunkt der Lizenzanalogie käme hier kein Schaden oder allenfalls ein solcher in Höhe von 2.500,-- € in Betracht. Vernünftige Kaufleute, auf deren Einschätzung es ankomme, hätten nämlich in der damaligen Situation vereinbart, für die Benutzung des von Haus aus schwachen Zeichens "O" nichts oder allenfalls in Form einer Pauschale einen Betrag von 2.500,-- € zu zahlen. Im Falle einer Stücklizenz wäre allenfalls ein Satz von 0,05 % vereinbart worden. Die üblichen Lizenzsätze, die von 1 % bis 5 % reichten, fänden hier keine Anwendung. Die Marke sei von der Klägerin nur in einem äußerst schwachen Umfang genutzt worden, und dabei auch nur auf den Verpackungen der jeweils gekennzeichneten Waren. Die Beklagte verweist insoweit auf die im Erkenntnisverfahren für die Jahre 1990 bis 1994 vorgetragenen Umsatzzahlen mit einem Durchschnitt von 6.716,84 € jährlich, bei denen es sich um Nachbestellungen gehandelt haben sollte. In diesem Zusammenhang hat die Beklagte den Klägervortrag zum erzielten Umsatz bis zum Jahre 1987 und zu der umfangreichen Bewerbung der gekennzeichneten Ware zur damaligen Zeit bestritten. Die Marke sei von ihr, der Beklagten, lediglich als Zweitmarke benutzt wurden und dabei auch nicht im Identitätsbereich, sondern nur im Warenähnlichkeitsbereich. Die zusätzlich benutzte Marke "Die T von A" sei ebenso wie die traditionsreiche Bildmarke "A" dagegen eine bekannte Marke gewesen, deren Bekanntheit durch ganz erhebliche Werbemaßnahmen auch im Fernsehen noch gesteigert worden sei. Dazu hat die Beklagte umfangreich vorgetragen. Sie selbst habe für die Benutzung dieser bekannten Marke im Jahre 1990 eine Lizenz gegen eine Gebühr in Höhe von 7 % vom Nettowarenumsatz erteilt, wobei sich diese bei Jahresumsätzen über 1 Mio auf 5 % reduzieren sollte. Aus diesem Lizenzvertrag sei zum einen ersichtlich, dass die fiktive Lizenzgebühr für die Klägerin erheblich geringer ausfallen müsse als 2 %, zum anderen, dass eine Degression ab einer Umsatzgrenze von 1 Mio. DM üblich sei. Vernünftige Kaufleute hätten bei einem Lizenzvertrag die Höhe der Lizenz auch danach differenziert, ob die Ware in einem Staat in den Handel gebracht werden sollte, in dem die Marke Schutz genießt oder in einen anderen Staat, in dem ein solcher Schutz nicht besteht. Dazu hat die Beklagte behauptet, 40 % der Umsätze, um die es hier gehe, seien in Zusammenhang mit dem Verkauf der Ware ins Ausland gemacht worden, wobei 75 % davon in die USA verkauft worden seien (Beweis: Zeugnis N –Bl.147). Für die mit dem Vertrieb in die USA verbundenen Umsätze müssen deshalb anteilig auch eine geringere Lizenz gezahlt werden. Im Rahmen der Zinsansprüche sei auch nur ein Zinssatz in Höhe von 5 % angemessen. Das ergebe sich schon aus der von der Klägerin selbst angeführten BGH-Entscheidung Fersenabstützvorrichtung. Die Beklagte hat im Hinblick auf einen Teil der Zinsansprüche die Einrede der Verjährung erhoben, weil es sich bei den Zinsen, die nach der am 25. August 1998 eingetretenen Rechtskraft des Feststellungsurteils jedes Jahr aufgelaufen seien, um ständig wiederkehrende Leistungen im Sinne des § 197 BGB gehandelt habe. Alle zwischen der Rechtskraft des Feststellungsurteils und dem 31. Dezember 2002 entstandenen Zinsansprüche seien deshalb verjährt. Sie hat ferner eingewandt, die seit Anfang Juni 2001 entstandenen Zinsansprüche seien bis zur Klageerhebung nach dem Grundsatz des § 242 BGB verwirkt, weil die Klägerin es wegen der erwarteten guten Verzinsung von 8 % bewusst unterlassen habe, ihren Schadensersatzanspruch aufgrund der bereits erteilten Auskunft jedenfalls teilweise zu beziffern und sich aufgrund ihrer angeblichen weiteren Auskunftsansprüche eine Erhöhung vorzubehalten.	26

Im Hinblick auf einen denkbaren Anspruch auf Schadensersatz unter dem Gesichtspunkt der Herausgabe des Verletzergewinns sei mangels schlüssigen Klägervortrags zu einem höheren Gewinn von dem geschätzten Gewinn in Höhe von 1.417.000,00 DM auszugehen. Außerdem sei auch insoweit praxisgerecht kein höherer Schadensbetrag zugrunde zu legen als der der fiktiven Lizenzgebühr.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens darüber, ob entsprechend der Behauptung der Klägerin eine Lizenzgebühr von 2 % für den Zeitraum von 1983 bis 1996 vereinbart worden wäre, wenn die Parteien einen Lizenzvertrag zu marktüblichen Bedingungen geschlossen hätten. Mit dem Gutachten vom 4. Januar 2008, auf das verwiesen wird, hat der Sachverständige Dr. I eine Bestimmung der fiktiven Lizenzgebühr vorgenommen. Auf Antrag der Beklagten, die in erheblichem Umfang Einwendungen gegen das Gutachten erhoben hatte (Bl. 530 ff.), hat der Sachverständige sein Gutachten in der mündlichen Verhandlung vom 23. September 2008 erläutert, wobei wegen des Ergebnisses auf seine im Sitzungsprotokoll festgehaltenen Erläuterungen Bezug genommen wird (Bl. 609 f.). 28

Das Landgericht hat die Klage nach der Beweiserhebung durch Urteil vom 4. Dezember 2008 teilweise zugesprochen, und zwar wie folgt: 29

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 326.689,60 € zu zahlen nebst 8 % Zinsen aus 1.986,37 € vom 01.01.1984 bis zum 02.06.2001 und ab dem 01.01.2003, aus 7.939,80 € vom 01.01.1985 bis zum 02.06.2001 und ab dem 01.01.2003, aus 23.564,01 € vom 01.01.1986 bis zum 02.06.2001 und ab dem 01.01.2003, aus 21.214,42 € vom 01.01.1987 bis zum 02.06.2001 und ab dem 01.01.2003, aus 27.440,27 € vom 01.01.1988 bis zum 02.06.2001 und ab dem 01.01.2003, aus 27.514,05 € vom 01.01.1989 bis zum 02.06.2001 und ab dem 01.01.2003, aus 29.914,72 € vom 01.01.1990 bis zum 02.06.2001 und ab dem 01.01.2003, aus 33.524,23 € vom 01.01.1991 bis zum 02.06.2001 und ab dem 01.01.2003, aus 31.662,72 € vom 01.01.1992 bis zum 02.06.2001 und ab dem 01.01.2003, aus 27.917, € vom 01.01.1993 bis zum 02.06.2001 und ab dem 01.01.2003, aus 23.927,23 € vom 01.01.1994 bis zum 02.06.2001 und ab dem 01.01.2003, aus 24.835,29 € vom 01.01.1995 bis zum 02.06.2001 und ab dem 01.01.2003, aus 23.592,39 € vom 01.01.1996 bis zum 02.06.2001 und ab dem 01.01.2003 und aus 21.657,10 € vom 01.01.1997 bis zum 02.06.2001 und ab dem 01.01.2003. 30

Von dem Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 44 % und die Beklagte 56 %. 31

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar. 32

Der Streitwert wird auf 588.629, € festgesetzt. 33

Es ist bei der Berechnung des Schadensersatzes im Wege der Lizenzanalogie auf der Grundlage des Gutachtens des Sachverständigen Dr. I auf einen Gesamtbetrag von 326.689,60 € gekommen, der sich aus der Addition der auf Seite 7 des Urteils (Bl.637) für die Jahre 1983 bis 1996 aufgeführten Einzellizenzbeträge ergibt, auf die Bezug genommen wird. Neben diesen Beträgen hat das Landgericht gestaffelte Zinsen von 8 % jährlich zugesprochen, wobei jeweils die Zeit vom 2. Juni 2001 bis zum 31. Dezember 2002 ausgespart worden ist. Das Landgericht hat dabei die geschuldete fiktive Lizenzgebühr gem. § 287 Abs. 1 ZPO geschätzt. Dabei hat es zugrunde gelegt, was ein vernünftiger Lizenzgeber beim Abschluss eines entsprechenden Lizenzvertrages gefordert und was ein vernünftiger Lizenznehmer gezahlt hätte, wenn beide Parteien die im Zeitpunkt der Entscheidung 34

gegebene Sachlage gekannt hätten. Bei der Bemessung hat es insbesondere den Bekanntheitsgrad und den Ruf der Marke, das Maß der Verwechslungsgefahr und die Dauer der Verletzungshandlungen berücksichtigt. Für Umsätze in den Bereichen, in denen die Marken der Klägerin Schutz genossen, ist das Landgericht in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen von einer fiktiv vereinbarten Lizenzgebühr von 1,31 % vom Nettoumsatz ausgegangen. Es hat ausgeführt, dass der seit mehreren Jahren auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes tätige Gutachter, der öffentlich bestellt und vereidigt sei, ungeachtet der Tatsache, dass er über vergleichsweise wenige eigene Erfahrungen mit der Auswertung von Lizenzverträgen verfüge, hinreichend deutlich gemacht habe, aus welchem Gesamtzusammenhang seine Kenntnisse und Erfahrungen stammten. Dabei habe er sich insbesondere eingehend mit der Fachliteratur auseinander gesetzt. Das von ihm im Gutachten gefundene Ergebnis und insbesondere der Weg, auf dem er zur Bestimmung der Lizenzgebühr gekommen sei, seien nachvollziehbar und überzeugend. Bei seiner mündlichen Erläuterung des Gutachtens habe der Sachverständige sich sachgerecht mit den zahlreich vorgebrachten Einwendungen der Beklagten gegen das Gutachten auseinandergesetzt und dabei sein Gutachten weiter verdeutlicht. Er habe insbesondere klargestellt, warum er bei seiner ersten Näherung die Lizenzgebühren bei technischen Schutzrechten zugrunde gelegt habe. Die von ihm gewählte Berechnungsformel unter Berücksichtigung seiner Angaben sei sachgerecht, auch wenn es nicht die einzige Berechnungsmöglichkeit sein möge. Berücksichtige man weiter, dass Lizenzgebühren von 1% bis 5 % üblich seien, passe der vom Sachverständigen errechnete Prozentsatz gut in diesen Rahmen. Der Lizenzsatz von 1,31 % mache auch nur einen Bruchteil der Lizenzgebühr von 7 % und 5 % aus, die die Beklagte bei der Lizenzierung einer ihrer Marken erhalten habe. Mit dem Sachverständigen ist das Landgericht dabei auch davon ausgegangen, dass weder eine pauschale Einmalzahlung noch eine bei großen Umsätzen abgestufte Lizenzgebühr vereinbart worden wäre. Das Landgericht hat eine Abstufung für die Waren vorgenommen, die von Deutschland aus verkauft, aber für den amerikanischen Markt bestimmt gewesen seien, wo kein Markenschutz bestand. Es hat mit dem Sachverständigen angenommen, vernünftige Kaufleute hätten bei solchen Waren die Lizenzgebühren um 50 % reduziert, so dass insoweit eine Lizenzgebühr von 0,65 % zugrunde zu legen wäre. Bei der Abstufung hat das Landgericht den von der Beklagten vorgetragenen Umsatzanteil von 30 % (= 75 % von 40 %) zugrunde gelegt und das Bestreiten entsprechender Exporte durch die Klägerin im Schriftsatz vom 15. Oktober 2008 für verspätet gehalten.

Das Landgericht hat ferner gemeint, die Klägerin könne neben den Lizenzgebühren auch eine angemessene Zinszahlung verlangen. In dem Lizenzvertrag wäre für den Fall nicht rechtzeitiger Zahlungen eine Verzinsung in Höhe von mindestens 8 % verlangt worden, wie das Landgericht im Rahmen seiner langjährigen Praxis als Handelskammer selbst beurteilen könne. Ein Teil der Zinsforderung sei allerdings verjährt. Bei den zwischen dem 25. August 1998, dem Tag der Rechtskraft des Feststellungsurteils, und dem 31. Dezember 2002 fällig werdenden Zinsen habe es sich um wiederkehrenden Leistungen gehandelt, die zunächst in vier Jahren und nach der Schuldrechtsreform in drei Jahren verjährt seien. Es sei aber zu berücksichtigen gewesen, dass die Beklagte erst Anfang Juni 2001 die geschuldeten Auskünfte erteilt und damit die Bezifferung des Schadensersatzanspruches erst zu diesem Zeitpunkt möglich gemacht hätte. Zumindest nach Treu und Glauben sei die Beklagte gehindert, sich für diesen Zeitraum auf die Einrede der Verjährung zu berufen. Auf eine Verwirkung der nach Juni 2001 fällig gewordenen Zinsen könne sich die Beklagte auch nicht berufen, weil es in ihrer Macht gestanden hätte, eine angemessene Zahlung an die Klägerin zu leisten, so dass die Zinspflicht entfallen wäre.

35

Soweit die Klage abgewiesen worden sei, könne die Klägerin auch nicht unter dem Aspekt des Verletzergewinns einen höheren Schadensbetrag verlangen. Für dessen Ermittlung müsse nach § 287 ZPO geschätzt werden, in welchem Umfang der erzielte Gewinn gerade auf der Schutzrechtsverletzung beruht habe. Im Rahmen einer solchen Schätzung könne davon ausgegangen werden, dass sich der Betrag mit dem decke, was vernünftige Kaufleute als Gebühr für die Gestattung der Nutzung des Zeichens vereinbart hätten.

Wegen des Inhaltes des Urteils im Einzelnen wird auf Bl. 629 ff d.A. verwiesen.

37

Die Beklagte greift das Urteil mit der Berufung an, soweit der Klägerin mehr als 2.500,-- € nebst 5 % Zinsen für die Zeit vom 1. Januar 1984 bis zum 25. August 1998 als Schadensersatz zugesprochen worden sind. Die Beklagte bleibt zunächst bei ihrem Vorbringen, dass sich vernünftige Vertragsparteien aufgrund der hier vorliegenden Besonderheiten auf eine Pauschallizenz von 2.500,00 €, maximal aber von 10.000,00 € geeinigt hätten. Dafür seien ganz bestimmte besondere Umstände maßgebend, nämlich die Kennzeichenschwäche der klägerischen Marke "O", die absolute Unbekanntheit dieser Marke im Lichte der geringen Umsatzzahlen, das Fehlen eines irgendwie gearteten guten Rufs der klägerischen Marke, die Benutzung der Kennzeichnung "O" durch die Beklagte ausschließlich als Zweitmarke zusammen mit ihren äußerst bekannten Wort- und Bildmarken "A", die mit der Zweitmarke gekennzeichnete zuvor unter dem Slogan "Die T von A" gut eingeführte Produktserie, die hohen Umsätze, welche sie, die Beklagte, unter Benutzung der Zweitmarke "O" erzielt habe sowie das Vorliegen von bloßer Warenähnlichkeit, so dass die verletzende Benutzung des Kennzeichens keinen Umsatz von der Klägerin habe abziehen können. Das Landgericht sei ohne Berücksichtigung dieser Umstände der unzutreffenden pauschalen Einschätzung des Sachverständigen gefolgt, dass vernünftige Kaufleute trotz dieser Umstände keine Einmalzahlung vereinbart hätten. Es habe dabei unberücksichtigt gelassen, dass der Sachverständige nach seiner ersten Reaktion auf die Auftragsvergabe den Begriff der "Lizenzgebühr" überhaupt nicht verstanden und offenbar geglaubt habe, es käme durch die Vorgabe der Lizenzanalogie allein eine Stücklizenz in Betracht. Bei der Erläuterung seines Gutachtens habe er dann erklärt, eine reine Einmalzahlung werde äußerst selten vereinbart, was beinhalte, dass es in Ausnahmefällen dennoch geschehe. Die Beklagte rügt in diesem Zusammenhang, dass das Landgericht die Ergebnisse des Sachverständigen übernommen habe, ohne sie eigenverantwortlich darauf zu untersuchen, ob sie zur Aufklärung der Beweisfrage geeignet waren. Das Urteil lasse gerade nicht erkennen, wie das Landgericht zu der der Entscheidung zugrunde liegenden Einschätzung gekommen sei, eine Einmalzahlung komme hier nicht in Betracht. Denn es sei nicht zu erklären, wann eine Einmalzahlung in Betracht kommen sollte, wenn nicht in diesem Falle, wo dem Markeninhaber keinerlei Nachteile drohten und der Verletzer aus der Benutzung als Zweitmarke keine Vorteile ziehe. Die Benutzung der Marke könne sich für den Markeninhaber allenfalls so auswirken, dass durch die Verquickung mit der Erstmarke des Verletzers deren guter Ruf und Bekanntheit auf sie abfärbe und sie dadurch aufgewertet werde. Der Lizenznehmer werde unter solchen Voraussetzungen nicht akzeptieren, dass die Höhe der Lizenz von den Umsätzen abhängig gemacht werde, die er nahezu allein aufgrund des guten Rufes und der Bekanntheit seiner Erstmarke erziele. Das gelte umso mehr, als die Vereinbarung einer Stücklizenz mit einem erheblichen Aufwand verbunden gewesen wäre, der in einem solchen Fall nicht gelohnt hätte.

38

Selbst wenn man aber dazu käme, dass die Beklagte Schadensersatz in Form einer umsatzbezogenen Stücklizenz leisten müsse, seien die vom Landgericht zugrunde gelegten Lizenzsätze zu hoch. Vernünftige Parteien hätten sich in diesem Fall auf einen Lizenzsatz in Höhe von 0,1 % des Umsatzes in den Ländern, in denen die Marke der Klägerin geschützt

39

war, und von 0,05 % in den übrigen Ländern verständigt. Das Landgericht habe auch insoweit bei seiner Schätzung den Sachverhalt nicht in dem erforderlichen Umfang aufgeklärt und insbesondere nicht hinreichend geprüft, ob der Sachverständige, dessen Ausführungen es ohne eigenverantwortliche Prüfung der entscheidungserheblichen und allein vom Gericht zu beantwortenden Fragen gefolgt sei, die nötige Sachkunde besitzt. Sonst hätte es erkannt, dass der Sachverständige die erforderliche Sachkunde für die Bestimmung einer umsatzbezogenen Lizenz gerade nicht besessen habe. Dem Sachverständigen habe es an dem notwendigen Erfahrungswissen gefehlt, weil er zu wenige, nämlich etwa fünf Lizenzverträge auf dem Gebiet des Markenrechts kenne. Dieser Mangel an Erfahrung könnte auch aus Sicht des Landgerichts nicht durch die Auswertung entsprechender Literatur aufgewogen werden, weil der Sachverständige diese Literatur im Gutachten nicht angeführt habe. Das Landgericht habe deshalb auch nicht wissen, sondern nur vermuten können, dass der Sachverständige sich eingehend mit der Fachliteratur auseinandergesetzt habe. Das sei auch insoweit nicht richtig gewesen, weil der Sachverständige bei seiner Anhörung selbst erklärt habe, die erwähnte Literatur betreffe den gesamten gewerblichen Rechtsschutz. Dabei habe er nicht beachtet, dass die Grundsätze der Lizenzvereinbarungen etwa im Patentrecht vollkommen andere seien als die im Markenrecht. Die fehlende Sachkunde ergebe sich auch aus dem Gutachten selbst. Der Sachverständige habe nämlich in der Einführung zu seinem Gutachten erklärt, dass er in seine Wertung einen Verletzervorteil einbezogen habe. Von der Richtigkeit dieser Erklärung sei auszugehen, auch wenn der Sachverständige bei seiner Erläuterung in der mündlichen Verhandlung ohne Aufklärung des Widerspruchs gesagt habe, eine solche Einbeziehung eines Verletzervorteils habe es tatsächlich nicht gegeben. Für die Einbeziehung eines solchen Vorteils gebe es aber keine rechtliche Grundlage. Der Sachverständige habe ferner erklärt, es komme nicht darauf an, was eine der Parteien in den Verhandlungen hätte durchsetzen können. Seine Erläuterung, es sei ihm nur um die Klarstellung des fiktiven Charakters des Vertragsabschlusses gegangen, sei nicht nachvollziehbar. Tatsächlich lasse seine diesbezügliche Erklärung erkennen, dass die von ihm berechnete Lizenzhöhe nach seiner Auffassung auch dann zugrunde zu legen sei, wenn ein solcher Vertragsabschluss nie zustande gekommen wäre, weil er nicht den Marktgegebenheiten entsprochen habe. Damit habe sich der Sachverständige in Widerspruch zu den vom BGH in der Entscheidung N-Tee II entwickelten Grundsätzen gesetzt. Indem es dem Sachverständigen gefolgt sei, habe auch das Landgericht unter Verstoß gegen § 287 Abs. 1 ZPO Schadensbemessungsgrundsätze verkannt, wesentliche Bemessungsgrundlagen außer Acht gelassen und im Lichte des Markenrechts falsche Maßstäbe angelegt.

Die Beklagte macht mit näheren Ausführungen zu den unterschiedlichen Grundlagen der Lizenzhöhe bei Patenten und Marken deutlich, weshalb es schon unrichtig sei, als Ausgangspunkt der Berechnung einer angemessenen Markenlizenz Lizenzgebühren für Produkte und Verfahren eines Patentes zugrunde zu legen. Es komme hinzu, dass der Sachverständige für die Berechnung des Basislizenzsatzes darauf abgestellt habe, dass im Bereich der Stahllegierungen ein Lizenzsatz von 1,5 % bis 4 % ausgewiesen sei. Er habe zu Unrecht gemeint, es handle sich bei den Produkten der Beklagten eher um Stahllegierungen als um klassische industrielle Edelstähle, bei denen ein patentrechtlicher Lizenzsatz von 1 bis 3 % in Frage komme. Dabei sei schon unberücksichtigt geblieben, dass in den Produkten auch andere Materialien wie Kunststoff enthalten seien. Die Höhe der Markenlizenzen der Vorprodukte wie Edelstahl seien nicht auf die Höhe der Lizenzen für die Endprodukte übertragbar. Der Sachverständige habe auch nicht erklären können, warum er den Gebührenrahmen für (hochwertige) Stahllegierungen und nicht den für Edelstähle, die auch hochwertig sein könnten, als Grundlage gewählt hätte. Die Erklärung, er habe auf die Produktgruppe abstellen wollen, bei der der verarbeitete Werkstoff höher bewertet werde,

also auf die Stahllegierungen, überzeuge nicht. Der Sachverständige habe sich im Übrigen bei der Annahme eines durchschnittlichen Lizenzsatzes auf empirische Grundlagen gestützt, deren Zuverlässigkeit er nicht beurteilen könne. Im Aufsatz von Groß im Betriebsberater 1995 sei darauf hingewiesen worden, dass die durchschnittlichen Lizenzsätze, welche bei den Stahllegierungen auf der Ausarbeitung von Bröcker beruhten, dadurch beeinflusst seien, dass Lizenzsätze von Unternehmen bei Verträgen mit ausländischen verbundenen Gesellschaften bewusst hoch angesetzt würden, um auf diese Weise steuerliche Gewinne ins Ausland zu transferieren.

Der Sachverständige habe bei der Festlegung des Basislizenzsatzes auf 2,75 % auch nicht berücksichtigt, dass sie, die Beklagte, für die Lizenzierung ihrer Bildmarke "A" im Warenidentitätsbereich bei Umsätzen des Lizenznehmers von über 1 Mio DM entsprechend der Anlage B 11 lediglich einen Lizenzsatz in Höhe von 5 % erhalten habe. Damit stehe der einzige geeignete Vergleichswert aus derselben Branche in keinem Verhältnis zu dem hier ermittelten Basislizenzsatz, auch wenn der Sachverständige bei seiner Anhörung erklärt habe, er bleibe auch angesichts dieser lizenzvertraglichen Vereinbarung bei dem angesetzten Mittelwert von 2,75 %. Es komme hinzu, dass die vom Sachverständigen angewandte Formel zur Ermittlung des Lizenzfaktors F (GES) für die Ermittlung einer angemessenen Lizenz unbrauchbar sei. Das ergebe sich schon allein daraus, dass sie einen nach oben offenen Faktor für die Verwechslungsgefahr beinhalte, der bei Identität der Waren und Zeichen zu keinem sinnvollen Ergebnis führen könne. Der Sachverständige könne die Formel, die in 90 % der Fälle zu Werten zwischen 1,5 und 0,5 führe, auch selbst nicht richtig anwenden, wenn er die Kennzeichnungskraft von D-D mit 1,5 einstufe. Die Beklagte wendet sodann die Formel zur Probe auf ihre eigene Lizenzvereinbarung an und errechnet sich einen Gebührensatz von 10,21 %, während tatsächlich nur 5 % im Markt durchsetzbar gewesen seien. Lege man diesen Wert zugrunde, käme man auf einen Basiszins von nur 1,35 %. Der Sachverständige, der eingeräumt habe, dass es auch andere Verfahren zur Ermittlung von Markenwerten gebe, habe nicht erklären können, warum er gerade die offensichtlich unbrauchbare Methode gewählt habe. Ungeachtet davon habe der Sachverständige auch bei der Anwendung der Formel Fehler gemacht. Er habe im Hinblick auf die streitigen Umsätze der Klägerin bei der Benutzung der Marke erklärt, dass er aus der Bekanntheit der Marke "O" keine wertsteigernde Wirkung abgeleitet und deshalb den Faktor 1,0 angesetzt habe. Dem könne aber nicht gefolgt werden, weil sich jede Marke ihre Bekanntheit erst auf dem Markt erarbeiten müsse und eine nur in einem geringen Umfang benutzte Marke nicht über eine durchschnittliche Bekanntheit im Markt verfügen könne. Gleiches gelte für den Ruf der Marke, der dann auch nicht durchschnittlich und mit 1,0 in Ansatz zu bringen sein könnte. Es sei auch nicht nachzuvollziehen, weshalb der Sachverständige gemeint habe, die Marke "O" werde durch die Bekanntheit des Zeichens einerseits geschwächt, andererseits aber auch gestärkt. Die Verwechslungsgefahr sei auch keine wirtschaftbezogene Frage, wie der Sachverständige auf Vorhalt erklärt habe, sondern eine Rechtsfrage. Da der Sachverständige somit den Begriff der Verwechslungsgefahr verkannt habe, habe er den Faktor dafür mit 0,9 zu hoch angesetzt. Dies gelte umso mehr, als der Sachverständige auch zu Unrecht von einer teilweisen Warenidentität ausgegangen sei. Die klägerische Marke sei für Essbestecke eingetragen, während sie, die Beklagte, die Marke für Küchenmesser und Scheren (Schneidwaren) sowie Küchenutensilien wie Schöpfkellen und Schneebesen benutzt habe. Auch bei Messern bestehe keine Warenidentität, weil Küchenmesser und Messer aus einem Essbesteck nicht identisch seien. Auch der für die Kennzeichnungskraft der Marke angesetzte Faktor 0,8 sei zu hoch gegriffen. Er berücksichtige nicht die extreme Kennzeichenschwäche dieser Marke, die ganz knapp die Grenze zur beschreibenden Angabe überschritten habe. Bei der Einordnung der Benutzung der Streitmarke als Zweitmarke habe der Sachverständige offensichtlich angenommen, dass der Einsatz der

41

Zweitmarke hier erfolgt sei, um weitere Marktsegmente zu gewinnen. Davon könne aber keine Rede sein. Der Ansatz des Faktors 0,6 in diesem Zusammenhang sei deshalb auch überhöht. Zu Unrecht habe der Sachverständige schließlich auch einen Faktor F (BK) für die Bedeutung der Kennzeichnung für die in Rede stehenden Produktgruppen mit 1.1 in die Gesamtformel aufgenommen, obwohl der zugrunde gelegte Basiszinssatz von 2,75 gerade die typischen Erscheinungen der fraglichen Branche berücksichtigt habe. Es sei auch entgegen der Ansicht des Sachverständigen keinesfalls von nur untergeordneter Bedeutung, dass die Marke von der Klägerin nur auf der Verpackung und nicht auf den Produkten selbst angebracht gewesen sei. Die Beklagte habe im Gegenteil mit den Anlagen B 33 und B 34 Beispiele dafür vorgelegt, dass die angesprochenen Verkehrskreise auch auf die Kennzeichnung der Produkte selbst Wert legten. Auch deshalb sei der Faktor F (BK) erheblich geringer einzustufen. Zu Unrecht habe der Sachverständige schließlich hier auch keine Degression der Lizenzsätze bei besonders hohen oder steigenden Umsätzen berücksichtigen wollen. Es sei widersprüchlich, wenn der Sachverständige einerseits als Begründung angebe, es habe sich bei den Umsätzen der Beklagten nur um geringe bis mittelwertige Umsätze gehandelt, andererseits aber erkläre, dass er über Erfahrungen mit Schneidwarenumsätzen nicht verfüge. Die mit der Anlage B 11 vorgelegte Vereinbarung mache deutlich, dass bereits ab einem Nettowarenumsatz von 1 Mio DM pro Jahr eine Senkung der Lizenzgebühr um 25 % in Betracht komme. Zumindest hätte das Landgericht aufklären müssen, ob die Umsätze so hoch gewesen wären, dass in der relevanten Branche eine Degression vereinbart worden wäre.

Indem das Landgericht dem Sachverständigen gefolgt sei, ohne sich inhaltlich mit der ausführlichen Kritik am Gutachten auseinander zu setzen, habe es gegen § 286 Abs. 1 ZPO verstoßen und die Verstöße des Sachverständigen gegen materielles Recht, Erfahrungssätze und Denkgesetze perpetuiert. 42

Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Beklagte 1/3 ihrer Umsätze mit Lieferungen in Staaten erzielt habe, in denen die Marke der Klägerin nicht registriert gewesen sei, wäre bei einer Lizenzgebühr von 0,1 % bzw. 0,05 % ein Gesamtbetrag von 25.016,72 € als fiktive Lizenzgebühr zu zahlen. Auch unter dem Gesichtspunkt der Gewinnherausgabe könne sich kein höherer Zahlungsanspruch ergeben, weil der Anteil des von ihr, der Beklagten, erzielten Gewinns, der auf der Verwendung des Zeichens "O" beruhe, nicht höher ausfallen könne als die geschätzte Höhe der angemessenen Lizenz. 43

Die Beklagte meint, dass das Landgericht gleichfalls unter Verstoß gegen die Grundsätze des § 287 Abs. 1 ZPO eine Verzinsung der Lizenzgebühren in Höhe von 8 % ab dem Zeitpunkt der jeweiligen Fälligkeit angenommen habe. Sie verweist auf die Entscheidung Fersenabstützvorrichtung des BGH aus dem Jahre 1982, in der angenommen worden sei, dass sich vernünftige Kaufleute auf einen Zinssatz von 5 % geeinigt hätten. Die aus viel späterer Zeit stammende Erfahrung der Richter der Kammer für Handelssachen spiegelten ein geändertes Verhalten unter Kaufleuten wider und könnten daran nichts ändern. 44

Schließlich habe das Landgericht noch unter fehlerhafter Heranziehung der Grundsätze von Treu und Glauben verkannt, dass wiederkehrende Zinssätze der Klägerin auch vom 25. August 1998 bis zum 2. Juni 2001 verjährt seien. Die fehlende Mitwirkung des Schuldners im Hinblick auf die Erfüllung der Leistung sei dem Gesichtspunkt der Verjährung wesensimmanent und könne ihr deshalb nicht unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben entgegengehalten werden. Über die schlichte Nichterfüllung des Auskunftsanspruchs hinaus hätte sie keine Veranlassung dafür gegeben, anzunehmen, dass sie sich auf die Einrede der Verjährung nicht berufen werde. 45

Letztlich greift nach Meinung der Beklagten auch der Verwirkungseinwand im Hinblick auf Zinsansprüche nach dem 2. Juni 2001. Die Klägerin habe nach vollständiger Auskunftserteilung bis zur Klageerhebung im Jahre 2006 unbegründet knappe fünf Jahre zugewartet. Ihr, der Beklagten, sei während dieser Zeit die Erfüllung des Anspruchs nicht möglich gewesen. Sie hätte auch keine angemessene Zahlung leisten können. Statt so schnell wie möglich zu klären, welcher Schadensbetrag zu zahlen war, habe die Klägerin unter Einnahme eines unhaltbaren Rechtsstandpunktes knapp fünf Jahre zugewartet, und zwar ausschließlich mit Blick auf die Verzinsung, die ihre Gewinnmarge bei der Investition des Betrages in ihr Unternehmen übersteige.	46
Die Beklagte beantragt,	47
die Klage unter Abänderung des angefochtenen Urteils insoweit	48
abzuweisen, als eine Verurteilung zur Zahlung eines Betrages von	49
mehr als 2.500,00 € nebst 5 % Zinsen im Zeitraum vom 01.01.1984 bis	50
zum 25.08.1998 erfolgt ist.	51
Die Klägerin beantragt,	52
die Berufung zurückzuweisen.	53
Die Klägerin hat am Schluss der mündlichen Verhandlung vom 25. Juni 2009 Anschlussberufung eingelegt, die sie mit Schriftsatz vom 8. Juni 2009 angekündigt und begründet hat, und zwar mit dem Antrag,	54
unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteils und unter Einschluss des vom Landgericht ausgeurteilten Betrags die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin insgesamt 588.629,89 € nebst	55
8 % Zinsen p.a. aus 3.579,04 € seit dem 01.01.1984,	56
8 % Zinsen p.a. aus 14.305,95 € seit dem 01.01.1985,	57
8 % Zinsen p.a. aus 42.457,68 € seit dem 01.01.1986,	58
8 % Zinsen p.a. aus 38.224,18 € seit dem 01.01.1987,	59
8 % Zinsen p.a. aus 49.441,92 € seit dem 01.01.1988,	60
8 % Zinsen p.a. aus 49.574,86 € seit dem 01.01.1989,	61
8 % Zinsen p.a. aus 53.900,39 € seit dem 01.01.1990,	62
8 % Zinsen p.a. aus 60.404,02 € seit dem 01.01.1991,	63
8 % Zinsen p.a. aus 57.049,95 € seit dem 01.01.1992,	64
8 % Zinsen p.a. aus 50.300,90 € seit dem 01.01.1993,	65
8 % Zinsen p.a. aus 43.112,13 € seit dem 01.01.1994,	66
	67

8 % Zinsen p.a. aus 44.748,26 € seit dem 01.01.1995, 68

8 % Zinsen p.a. aus 42.508,81 € seit dem 01.01.1996, 69

8 % Zinsen p.a. aus 39.021,80 € seit dem 01.01.1997 70

zu zahlen abzüglich am 06. März 2009 gezahlter 4.237,85 €.

Die Klägerin geht weiter von einer Lizenzgebühr in Höhe von 2 % aus. Sie kritisiert, dass das Landgericht von typischen Lizenzsätzen von 1% bis 5 % ausgehe, dann aber nicht eigenständig begründe, warum im vorliegenden Fall ein Wert nahe der untersten Grenze von 1,3 % anzunehmen sei. Weiter vermisst die Klägerin die Berücksichtigung eines Verletzervorteils, den sowohl der Sachverständige als auch das Landgericht außer Betracht gelassen hätten. Jedenfalls unter Einbeziehung eines solchen Verletzervorteils sei von einer Lizenzgebühr von 2 % auszugehen. Die Klägerin meint ferner, dass eine teilweise Reduzierung des Lizenzsatzes um 50 % wegen angeblicher Auslandsumsätze und letztlich in den USA auf den Markt gebrachter Waren nicht vorzunehmen sei. Sie verweist auf ihren Vortrag, dass sämtliche Verkäufe von der Solinger Niederlassung aus getätigt und die Waren über die einschlägigen inländischen Fachmessen angeboten worden seien. Sie meint, dass der Umstand, dass eine Ware ins Ausland geliefert werde, nicht zu einer Reduzierung der Lizenzgebühren im Rahmen der Lizenzanalogie führen könne. Hintergrund der Berechnung sei es, dass die Beklagte die Ware verkaufe und den Kaufpreis erhalte. Unerheblich sei, dass sie die Ware faktisch in die USA versende. Die Klägerin bestreitet im Hinblick auf den erstmals in diesem Verfahren erfolgten Vortrag, dass die mitgeteilten Umsätze Länder betreffen, die außerhalb des örtlichen Schutzbereichs lägen, dass die Umsatzauskunft die in den USA erzielten Umsätze umfasst habe. Für den Fall, dass der Senat den Vortrag nicht für ausreichend substantiiert halte, hat die Klägerin einen ausdrücklichen und schriftlichen Hinweis erbeten. 71

Die Klägerin meint, entgegen den Ausführungen des Landgerichts sei auch eine teilweise Verjährung nicht eingetreten. Die Verletzerlizenz sei verzugsunabhängig um einen bestimmten Zinssatz zu erhöhen. Das habe zur Folge, dass der Zinsanteil ein untrennbarer Bestandteil des Schadens werde. Dieser Schaden einschließlich der Zinsen sei durch das Senatsurteil rechtskräftig ausgeurteilt worden. In Bezug auf die Zinsen sei deshalb nach § 197 BGB nicht auf die 4-jährige, sondern auf die 30-jährige Verjährungsfrist abzustellen. 72

Schließlich greift die Klägerin das landgerichtliche Urteil auch insoweit an, als aus dem Gesichtspunkt der Herausgabe des Verletzergewinns kein weitergehender Anspruch hergeleitet worden ist. Sie meint, der seinerzeit mit 1.417.000,-- DM bezifferte Nettogewinn sei selbst dann, wenn er fehlerhaft beziffert worden sei, als solcher herauszugeben. Es könne nicht ernsthaft darauf abgestellt werden, dass der nach der Lizenzanalogie berechnete Schaden ohne jede Abweichung dem Anspruch auf Gewinnherausgabe entspreche. 73

Die Klägerin hält die Berufung der Beklagten für unbegründet. Sie bestreitet unter Bezugnahme auf ihr bisheriges Vorbringen, dass die klägerische Marke "O" äußerst kennzeichnungsschwach sei und dass ein Kennzeichen der Beklagten, insbesondere die Wort-/Bildmarke "A" äußerst bekannt sei und über einen herausragend guten Ruf bei den angesprochenen Verkehrskreisen verfüge und verfüge. Ferner bestreitet die Klägerin, dass die Beklagte die Produktserie "Die T von A" bereits seit Anfang der 70-er Jahre vertrieben und auf dem deutschen Markt hervorragend eingeführt habe. Bestritten wird ferner, dass vernünftige Kaufleute eine Einmalzahlung und eine solche von lediglich 2.500,00 € vereinbart und keine Vereinbarung über eine Stücklizenz geschlossen hätten. Die Klägerin 74

bestreitet auch, dass eine Stücklizenz mit einem erheblichem Aufwand verbunden gewesen wäre. Erstmals bestreitet die Klägerin auch, dass die Beklagte das Zeichen "O" ausschließlich als Zweitmarke gemeinsam mit einer ihrer Marken benutzt habe. Sie verweist insoweit auf die Anlage BE 2, aus der sich ergebe, dass die Bezeichnung "O" in ganz erheblichem Umfang ohne den Zusatz "Die T von A" gebraucht worden sei. Gerade in textlichen Werbebereichen sei die Bezeichnung auch ohne Hinzufügung dieser Marke oder der Bildmarke "A" benutzt worden.

Die Klägerin bezieht sich zur Frage der Umsätze der mit der Klagemarke gekennzeichneten Waren erneut auf das Zeugnis des Vertriebsleiters Mast. Die Klägerin behauptet auch, dass Warenidentität vorliege, weil Messer aus den Essbestecken zwangsläufig zu den Schneidwaren gehören würden.

Die Klägerin kann auch die gerügten Verfahrensfehler des Landgerichts nicht erkennen. Dieses habe sich sehr wohl mit der Sachkunde des Sachverständigen auseinander gesetzt. Für diesen als öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen für die Bewertung und Verwertung von Schutzrechten sei es auch unschwer möglich gewesen, den Begriff der Lizenzgebühr zu verstehen, was er auch bei seiner Anhörung unter Beweis gestellt habe. Die Beklagte könne auch nicht für sich in Anspruch nehmen, als Inhaber einer starken Marke in nahezu beliebiger Weise ohne Ersatzpflicht geschützte Marken Dritter verletzen zu dürfen. Die rechtswidrige Benutzung der Marke durch die Beklagte habe sich auch nicht positiv ausgewirkt. Eine Aufwertung sei nicht erfolgt. Vielmehr habe die Beklagte aufgrund der Wertigkeit der Bezeichnung "O" durch die Markennutzung einen deutlichen Vorteil erlangt. Bei ihren Ausführungen ließe die Beklagte gerade auch die erheblich erzielten Umsätze außer Betracht, die auch aufgrund der Verwendung der Marke der Klägerin erzielt worden seien. Die Klägerin hält auch die Ausführungen des Landgerichts zu einem Zinssatz von 8 % für zutreffend. Die Tatsache, dass die Mitglieder der Handelskammer im Jahre 1983 noch nicht in gleicher Funktion tätig gewesen sein sollten, ändere an ihrer Sachkunde bei entsprechender Verwertung von Rechtsprechung und Literatur nichts. Soweit zur Zahlung der Zinsen versehentlich nicht jährlich (p.a.) verurteilt worden sei, regt die Klägerin eine Berichtigung des Tenors wegen offenkundiger Unrichtigkeit an.

Im Hinblick auf die Verjährungseinrede meint die Klägerin, nicht sie habe treuwidrig gehandelt, sondern die Beklagte, die sich erst 26 Jahre nach Beginn der Markenverletzung dazu aufgerafft habe, einen Minimalbetrag zu zahlen. Im Hinblick auf die Verwirkung fehle es an der schlüssigen Darlegung des Zeitmoments, erst recht jedoch des Umstandsmoments.

Die Beklagte hat sich auf die Anschlussberufung nicht eingelassen.

Die Klägerin hat daraufhin beantragt, im Wege des Versäumnisurteils über die Anschlussberufung zu entscheiden.

II.

Die Berufung der Beklagten hat nur zu einem geringen Teil Erfolg. Der von der Beklagten zu leistende Schadensersatz ist vom Landgericht der Höhe nach im Wesentlichen zutreffend berechnet worden. Lediglich bei dem zum Schadensausgleich zugehörigen Zinsanspruch sind weitere Abstriche zu machen, weil die jährlichen Zinsbeträge schon ab dem 25. August 1998 und damit zu einem früheren Zeitpunkt verjährt sind, als es das Landgericht angenommen hat.

75

76

77

78

79

80

81

82

Die Anschlussberufung der Klägerin ist zulässig. Sie hat aber selbst dann keinen Erfolg, wenn man das Vorbringen der Klägerin in der Begründung der Anschlussberufung zugrundelegt. Sie ist deshalb durch unechtes Versäumnisurteil zurückzuweisen, auch wenn der Beklagte insoweit keinen Zurückweisungsantrag gestellt hat, § 539 Abs. 2 ZPO.

I. Die Klägerin kann von der Beklagten nach der rechtskräftigen Feststellung des Senats im Urteil vom 24. Juni 1997 nach § 14 Abs. 6 MarkenG Schadensersatz in Form der Lizenzanalogie verlangen und in diesem Zusammenhang einen der Höhe nach nach § 287 Abs. 1 ZPO zu schätzenden Schaden ersetzt verlangen. Dabei ist der vom Landgericht zugesprochene Betrag in Höhe von von 326.689,60 € nebst 8 % Zinsen, bei dem eine fiktive Lizenz von 1,31 % bei Lieferungen in die geschützten Bereiche und von 0,65 % in Staaten wie die USA, in denen die Marke nicht registriert worden ist, zugrunde gelegt worden ist, zutreffend geschätzt worden. 83

1) Bei der Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie ist darauf abzustellen, welche Lizenzgebühr vernünftige Vertragsparteien bei Berücksichtigung aller objektiven Umstände des Einzelfalls vereinbart hätten. Wesentliche Lizenzfaktoren sind dabei Bekanntheitsgrad und Ruf der verletzten Marke, der Grad der Verwechslungsgefahr oder der Beeinträchtigung, die Bedeutung der Kennzeichnung für die Abnehmer sowie Dauer und Umfang der Kennzeichenverletzung. Der Markeninhaber kann sich ebenso wenig wie der Verletzer darauf berufen, dass es zu einer Lizenzerteilung überhaupt nicht gekommen wäre. In erster Linie üblich ist die Berechnung als Stücklizenz mit einem prozentualen Lizenzsatz auf den Nettoerlös. 84

a) Wird allerdings üblicherweise für die Verwertung eines Schutzrechtes ein Pauschalbetrag als Lizenzgebühr vereinbart, so ist auch in dieser Höhe Schadensersatz zu leisten, und zwar unabhängig davon, in welchem Umfang die Verwertung erfolgt ist (vgl. BGH GRUR 1993, 899, 901 –Dia-Duplikate; BGH GRUR 1990, 353, 355 –Raubkopien). Die Beklagte behauptet aber selbst nicht, dass in der hier betroffenen Branche der Essbestecke, Schneidwaren und sonstigen Küchenutensilien eine solche Pauschallizenz üblich ist. Der von ihr vorgelegte Lizenzvertrag (Anlage B11), der eine ihrer Marken betraf und bei dem eine Stücklizenz von 7 % oder 5 % je nach Umsatzhöhe vereinbart wurde, spricht schon entscheidend dagegen. Auch der Sachverständige hat aus seiner Erfahrung berichtet, dass eine reine Einmalzahlung in Fällen wie dem vorliegenden nur äußerst selten vereinbart wird. Im vorliegenden Fall ist auch nicht ausnahmsweise davon auszugehen, dass die vernünftigen Kaufleute, auf die es ankommt, eine Pauschallizenz im Wege einer Einmalzahlung vereinbart hätten. Die ausnahmsweise Vereinbarung soll sich vielmehr nach dem Beklagtenvortrag aus den ganz besonderen Umständen des vorliegenden Falles ergeben. Die Umstände des Einzelfalles, auf die sich die Beklagte bezogen hat, legen hier eine solche Ausnahme aber gerade nicht nahe. 85

aa) Auszugehen ist davon, dass ein vernünftig handelnder Lizenzgeber wegen der regelmäßigen Schwächung seiner Marke im Hinblick auf die Funktion des Herkunftshinweises auf der Vereinbarung einer bestimmten Mindestvergütung bestehen wird, die ihm ein vernünftig handelnder Lizenznehmer auch zubilligen wird (BGH GRUR 1966, 365, 368 –N-Tee II). Ein Pauschalbetrag hat für ihn bei der Markenlizenz in der Regel schon deshalb kein Interesse, weil dabei die Dauer der Nutzung und die Größe des Umsatzes, der mit der Markenbenutzung erzielt wird, keine Rolle spielen können. Gerade hier musste die der Benutzung der Lizenz entsprechende Gestattung einen sehr langen Zeitraum umfassen, in dem die Umsätze nicht absehbar waren. Eine solche Rechtseinräumung war schon deshalb mit einer Pauschallizenz nicht angemessen auszugleichen. Das musste auch dem Lizenznehmer einleuchten. Die Marke "O" mag für Waren der Klasse 8, zu denen die jeweils 86

gekennzeichneten Waren gehörten, von einer verhältnismäßig geringen Kennzeichnungskraft sein. Das wirkte sich im vorliegenden Fall aber schon deshalb nicht so entscheidend auf die fiktive Verhandlungsposition der Klägerin aus, weil die Beklagte die Bezeichnung "O" als zweite Kennzeichnung neben ihrer besonders kennzeichnungskräftigen Herstellermarke "Die T von A" verwenden wollte. Die Beklagte fand die Bezeichnung offenbar so wirkungsvoll, dass sie sie als Zweitmarke verwenden wollte, um die bezeichneten Waren, insbesondere auch die Messer von dem übrigen Sortiment als edler oder vornehmer abzuheben, wie der Senat bereits auf Seite 27 des Urteils vom 24. Juni 1997 ausgeführt hat. Von dieser größeren Qualitätsvorstellung bei den angesprochenen Verbrauchern hat sie sich eine erhebliche umsatzsteigernde Wirkung versprochen, sonst hätte sie den mit der Zweitkennzeichnung verbundenen Aufwand nicht betrieben und es vor allem nicht über so lange Jahre bei der zusätzlichen Kennzeichnung belassen. Um diese Wirkung dauerhaft zu erreichen, hätte sie aber einen Lizenzvertrag der üblichen Art mit der Klägerin abschließen müssen, die bestimmte Essbestecke mit "O" gekennzeichnet hatte, um sie gleichfalls aus ihrem Sortiment hervorzuheben. Durch ihre eigenmächtige Benutzung der Marke ohne Gestattung der Klägerin hat die Beklagte eine jahrelange Lizenzzahlung erspart. Auf diese von ihr als Rechtsverletzerin ersparte Lizenzzahlung kommt es entscheidend an. Die Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie entspricht gerade insoweit auch dem Bereicherungsausgleich (vgl. BGH GRUR 2006, 143, 145 –Catwalk). Aus diesen Ausführungen wird auch schon zwangsläufig deutlich, dass es gerade nicht zutrifft, dass die Beklagte keinen Vorteil aus der Markenbenutzung erlangt hat. Die Marke war eingetragen und über Jahre zur Kennzeichnung von Essbestecken benutzt worden. So heißt es auf Seite 29 des Senatsurteils vom 24. Juni 1997: "Vielmehr ist die Marke früher in erheblichem Umfang benutzt worden. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme war "O" ein erfolgreiches Besteckmodell." Es konnte der Beklagten auch ohnehin nicht in erster Linie auf den Ruf und die Bekanntheit der zu lizensierenden Marke ankommen (vgl. BGH GRUR 1971, 221, 222 –Pudelzeichen II), weil die Herstellermarke über diese herausragenden Eigenschaften bereits verfügte und die Zweitmarke der Privilegierung einzelner Waren diente, die dadurch noch attraktiver gemacht werden sollten. Die Umsätze mit den zusätzlich als "O" gekennzeichneten Waren, die die Beklagte selbst als äußerst hoch einstuft, waren dann auch ein Zusammenwirken der Bekanntheit und des guten Rufs der Herstellermarke "Die T von A" mit der hervorhebenden Wirkung auf bestimmte Waren mit der Kennzeichnung "O". Dabei kann jedoch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die beiden benutzten Marken in ihrer Bekanntheit und ihrem Wert nicht so weit auseinander liegen, wie es die Beklagte vorträgt. Die Marke der Beklagten, auf die es hier ankommt, ist nicht so bekannt und weist mit einem Prozentsatz von 48 % bei einer Verkehrsbefragung gerade noch keine Verkehrsgeltung auf. Dagegen ist die Klagemarke im Hinblick auf ihre Bekanntheit nicht völlig zu vernachlässigen. Im Vorprozess ging es nur noch darum, ob im Rahmen der Löschungsproblematik noch eine ernsthafte Benutzung vorlag, was damals bejaht wurde. Eine besondere Bedeutung in Bezug auf eine völlig fehlende Bekanntheit kommt den damals festgestellten Umsatzzahlen dagegen nicht zu. Darauf, in welchem genauen Umfang sie auf den Einsatz der Klagemarke zurückzuführen sind, kommt es in diesem Zusammenhang nicht entscheidend an. Diesen Erwägungen steht auch nicht entgegen, dass die Klägerin nunmehr ernsthaft in Frage stellt, dass ihre Marke "O" in dieser Weise (nahezu) ausschließlich als Zweitmarke benutzt werden sollte. Auch insoweit ist auf das Senatsurteil vom 24. Juni 1997 zu verweisen, in dem die einzelnen verletzenden Benutzungsformen festgehalten worden sind. Allein diese sind Grundlage der mit der Auskunft mitgeteilten Umsätze und des Schadensersatzanspruches, wie ihn der Senat festgestellt hat. Auf Seite 26 des Urteils ist festgehalten, dass die Bezeichnung "O" nicht in Alleinstellung verwendet worden ist, sondern immer nur in Zusammenhang mit der Marke "Die T von A". Der Bundesgerichtshof hat im O-Urteil vom 6. Oktober 2005 gleichfalls festgehalten, dass die fremde Kennzeichnung nicht der einzige Herkunftshinweis war,

sondern dass die Beklagte, die selbst als Herstellerin von Schneidwaren bekannt und angesehen ist, ihre Waren stets mit ihren eigenen kennzeichnungskräftigen Marken versehen und das fremde Zeichen hinzugefügt hat.

Andere Verletzungsformen, wie sie die Klägerin im Auge haben mag, interessieren im vorliegenden Zusammenhang dagegen nicht. 87

bb) Die Festlegung auf den objektiven Wert der Benutzungsberechtigung, die dazu führen soll, dass der Verletzer nicht schlechter, aber auch nicht besser gestellt werden soll als ein die Marke berechtigt nutzender Lizenznehmer, bringt es mit sich, dass es auf die subjektive Einschätzung des Wertes der Marke durch den Verletzer nicht entscheidend ankommen kann. Das übersieht die Beklagte bei ihrer Begründung der Einschätzung, dass vernünftige Kaufleute nicht mehr als eine Einmalzahlung von 2.500,-- € vereinbart hätten. Entscheidend ist, dass die objektiv übliche Lizenzgebührenvereinbarung auch für den Fall fingiert wird, dass sie gerade auch vom Verletzer nicht geschlossen worden wäre, weil sie wegen seiner besonderen Situation für ihn wirtschaftlich nicht vernünftig erscheint. Auch ein solcher Verletzer muss als fiktiver Lizenznehmer die angemessene und objektiv übliche Lizenzgebühr zahlen wie ein Dritter unter den gegebenen Bedingungen. Auf seine persönliche Einschätzung kommt es dabei nicht an. Wenn die Beklagte hier die Bedeutung der eigenen Marke überschätzt und den Wert der benutzten Marke unterschätzt haben sollte, hat das wie ein Affektionsinteresse außer Betracht zu bleiben. Entscheidend ist insoweit, dass der Verletzte die objektive Nutzung nicht ohne ein bestimmtes nach objektiven Kriterien zu bestimmendes Entgelt gestattet haben würde. Der Eintritt des Schadens in Höhe der insoweit nicht geleisteten Vergütung wird dann indiziert (BGH GRUR 1995, 349, 351 –Objektive Schadensberechnung). Die Schadensberechnung nach der angemessenen Lizenzgebühr wird bestimmt durch den schadensrechtlichen Ausgleichsgedanken. Sie bestimmt den Schaden auch unter dem Gesichtspunkt der Prävention und Sanktion normativ (objektiv), und zwar ähnlich wie die Berechnung nach dem Verletzergewinn (Fezer, Markenrecht, 4. Auflage, § 14 Rdn. 1027 ff). 88

cc) Es trifft im Übrigen auch nicht zu, dass die Gestattung der Benutzung der Marke "O" durch die Beklagte der Klägerin keinerlei Nachteil, sondern im Gegenteil sogar einen Vorteil gebracht hätte. Auch insoweit ist die Beklagte in ihrer subjektiven Sichtweise verfangen. Es entsprach nicht dem Interesse der Klägerin, dass der gute Ruf der Marke "Die T von A" auf ihre Marke "O" abfärben und sie dadurch aufpolieren könnte. Die Klägerin hatte unter dieser Bezeichnung Essbestecke in den Markt eingeführt und hatte auch nach dem Auslaufen der Serie kein Interesse daran, dass mit den "O"-Waren der Beklagten als ortsansässigem mächtigen Wettbewerber der Eindruck entstehen konnte, die frühere Essbesteckserie habe auch von der Beklagten gestammt. Insoweit drohte auch im Hinblick auf die Nähe der jeweils gekennzeichneten Waren zumindest eine Marktverwirrung. Es ist auch nicht richtig, dass die Klägerin mit den mit der Marke gekennzeichneten Essbestecken keine nennenswerten Umsätze gemacht hätte und es ihr deshalb auch gleichgültig gewesen sein könnte, wem die Verbraucher die Marke zuordnen. Eine Benutzung der Marke in erheblichem Umfang ist den schon zitierten Feststellungen im Senatsurteil vom 24. Juni 1997 (S. 29) zu entnehmen, auch wenn die genaue Größenordnung früherer Umsatzzahlen im einzelnen streitig sein mag. Auch wenn die damaligen Feststellungen nicht in Rechtskraft erwachsen sind, geht von ihnen jedenfalls eine Vermutungswirkung aus. Die Beklagte hat nichts dazu vortragen können, wieso die sich aus den damaligen Feststellungen ergebende Vermutung nicht richtig sein könnte und welche Tatsachen für einen unerheblichen Benutzungsumfang sprechen könnten. Auch wenn es in der Zeit der Verletzungshandlungen nur noch zu Nachbestellungen gekommen ist, war das Fortleben der Marke insbesondere für die Nachkaufgarantie von 89

entscheidender Bedeutung, wie der Senat gleichfalls schon ausgeführt hat. Die Marke war deshalb immer noch existent und als Vorratsmarke bedeutsam, solange sie allein in der Verfügungsgewalt der Klägerin blieb. Eine Lizenzierung hatte dementsprechend auch eine Schwächung der Vorratswirkung zur Folge.

b) Auszugehen ist deshalb davon, dass es bei einer Stücklizenz als fiktiver Lizenzgebühr verbleiben muss. Nach den obigen Berechnungskriterien kommt man auf einen Betrag, der dem vom Landgericht im Wege der Schadensschätzung nach § 287 ZPO zugrunde gelegten Lizenzsatz von teilweise 1,31 % und teilweise 0,65 % entspricht. Deshalb ist die insoweit erfolgte Schadensschätzung durch das Landgericht auch vom Senat der Berechnung des Gesamtschadens zugrunde zu legen.

90

aa) Der Richter nimmt bei der Schadensschätzung eine wertende Entscheidung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nach freier Überzeugung vor (§ 287 Abs. 1 ZPO). Die Schadensschätzung tritt an die Stelle der Tatsachenfeststellung im Rahmen des Vollbeweises, wobei in Kauf genommen wird, dass diese unter Umständen mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt (BGH NJW 2005, 3348). Gerade bei der objektiven Schadensberechnung sind angesichts des Schutzbedürfnisses des Verletzten und der Schwierigkeit des Schadensnachweises an die Schadensschätzung nach § 287 ZPO nur geringe Anforderungen zu stellen (BGH GRUR 1993, 55, 58 –U/S; Ahrens/Löwenheim, Der Wettbewerbsprozeßrecht, 6. Auflage, Kap. 69 Rdn.8). Mit der Einräumung der Befugnis, die Höhe des Schadens zu schätzen, nimmt das Gesetz in Kauf, dass das Ergebnis der Schätzung mit der Wirklichkeit unter Umständen nur bedingt übereinstimmt; die Schätzung soll allerdings möglichst nahe an die Wirklichkeit heranführen (BGH GRUR 1990, 353, 355 –Raubkopien).

91

bb) Berücksichtigt man diese Grundsätze, so ist zwar die Kritik der Beklagten berechtigt, dass das Landgericht die Rechtsfrage, ob in einem Fall wie dem vorliegenden mit seinen Besonderheiten auch eine Pauschallizenz in Betracht kommen könnte, selber unter Würdigung der von der Beklagten vorgebrachten Gesichtspunkte hätte entscheiden müssen, anstatt diese Frage vom Sachverständigen entscheiden zu lassen. Folgerichtig musste deshalb der Senat diese Vorfrage auch selbst prüfen und nach den obigen Ausführungen verneinen. Etwas anderes gilt aber im Hinblick auf die Bestimmung der angemessenen Stückgebühr im Wege der Schadensschätzung. Insoweit hat das Landgericht ausreichend deutlich gemacht, weshalb es auf der Grundlage der schriftlichen Ausführungen des Sachverständigen und seiner mündlichen Erläuterungen dazu gekommen ist, die vom Sachverständigen genannte Lizenzgebühr zur Grundlage seiner Schätzung zu machen. Das Landgericht hat dabei die ausreichende Sachkunde des Sachverständigen bejaht. Es ist im vorliegenden Fall auch nicht festzustellen, dass der vereidigte Sachverständige für das einschlägige Fachgebiet nicht uneingeschränkt qualifiziert gewesen ist. Deshalb war das Landgericht im Gegensatz zu einem Fall, wo es um die Beurteilung der Patentfähigkeit und ihrer technischen Grundlagen ging (BGH GRUR 1998, 368 –Ladewagen), auch hier nicht gehalten, in Bezug auf die Beantwortung jeder Frage gesondert zu prüfen, ob die Sachkunde des Sachverständigen ausreichte. Das Landgericht hat ferner ausgeführt, dass es verschiedene Berechnungsweisen für die angemessene Gebühr geben möge, dass aber der vom Sachverständigen gewählte Weg auch unter Berücksichtigung der von der Beklagten vorgetragenen Bedenken nachvollziehbar und überzeugend erscheine und jedenfalls auch sachgerecht sei. Sicherlich wäre es wünschenswert gewesen, wenn das Landgericht in diesem Zusammenhang näher erläutert hätte, warum die einzelnen Bedenken nicht zum Tragen kommen. Auch insoweit hat sich das Landgericht aber auf die Erklärungen des Sachverständigen im Rahmen der Erläuterung seines Gutachtens bezogen, mit denen der

92

Sachverständige zu den einzelnen Einwendungen Stellung genommen hat. Diese Stellungnahme hat nicht dazu geführt, dass das Landgericht Zweifel bekommen hat, ob die Einschätzung des Sachverständigen zutreffend ist. Vielmehr haben dessen Erläuterungen in den Einzelheiten und im Ergebnis dazu geführt, dass das Gutachtensergebnis noch mehr verdeutlicht wurde. Das Landgericht hat dann insoweit die eigene Kontrollüberlegung vorgenommen, dass sich der vom Sachverständigen auf nachvollziehbare Weise ermittelte Gebührensatz gut in die von Ströbele/Hacker (Markengesetz, 9. Auflage, § 14 Rdn. 371) immer noch für üblich gehaltenen Lizenzsätze von 1 bis 5 % einpasse. Tatsächlich liegt der typische Bereich der heutigen Lizenzpraxis dabei ganz allgemein zwischen 1% bis 5 % (vgl. dazu auch Ingerl /Rohnke, Markengesetz, 2.Auflage, Vor §§ 14-19, Rdn.115, 116; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Auflage, § 9 Rdn. 1.43; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Auflage, Kap. 34 Rdn. 28 geht von einem Rahmen von 2% bis 5% aus). Das Landgericht hat den Rahmen auch unter Berücksichtigung des weit höheren Lizenzsatzes, den die Beklagte für die Benutzung ihrer bekannten Marke von einem Dritten verlangt und erhalten hat, für passend gehalten. Das Landgericht hat ferner in Bezug auf die angemessene und von vernünftigen Kaufleuten vereinbarte Umsatzlizenz dann auch unter Berücksichtigung der Einschätzung durch den Sachverständigen noch eine Differenzierung vorgenommen zwischen der Lizenzgebühr, die für die in den Schutzbereich der Marke der Klägerin gelieferte Ware zu zahlen ist, und der geringeren Lizenzgebühr für die Ware, die in andere Länder, insbesondere die USA geliefert worden ist.

Entgegen der Ansicht der Klägerin kommt es für den nach der Einschätzung der vernünftigen Kaufleute entscheidenden Markt auch nicht auf den Ort der Herstellung der zu kennzeichnenden Waren an, sondern auf den Ort des Absatzes. Ist, wie hier von der Beklagten unter Beweisantritt schlüssig vorgetragen worden, dass von vorneherein entsprechend dem üblichen Absatz der Schneidwaren der Beklagten beabsichtigt gewesen sei, einen großen Anteil der Waren im Ausland und in den USA abzusetzen, also auf einem Markt, auf dem die Marke der Klägerin nicht geschützt war, so hatte das Einfluss auf die Höhe der fiktiven Lizenzgebühr. Der Sachverständige hat insoweit zutreffend ausgeführt, dass die vernünftigen Kaufleute eine solche Marktlage nicht unberücksichtigt gelassen hätten. Das gilt schon deshalb, weil der Lizenznehmer sonst versucht sein könnte, den eingeschränkten Markenschutz durch Produktionslogistik und Verpackungstechnologie zu umgehen. Die Beklagte hat weiter vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass sich ein Anteil von 40 % des Warenumsatzes auf einen solchen Warenabsatz im Ausland bezog und davon 75 % auf den Absatz in den USA. Diesen aus seiner Sicht unstreitigen Vortrag hat das Landgericht seiner Berechnung zugrunde gelegt. Die Klägerin hat die Höhe des Warenabsatzes im Ausland erstmals in dem nachgelassenen Schriftsatz vom 15. Oktober 2008 bestritten, so dass das Landgericht diesen Vortrag zu Recht nach § 282 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen hat. Andernfalls hätte nur wegen dieses verspäteten Bestreitens die mündliche Verhandlung wieder eröffnet werden müssen. Der Vortrag konnte deshalb nach § 529 Abs. 1 ZPO vom Senat in der Berufungsinstanz nicht mehr berücksichtigt werden. Insoweit hätte auch der von der Klägerin erbetene Hinweis nicht weiter geführt. Es kommt hinzu, dass es an sich Sache der Klägerin gewesen wäre, die Höhe des Schadens darzulegen. Sie hätte also die Höhe der Umsätze im Ausland nicht pauschal bestreiten dürfen, sondern dazu von sich aus vortragen müssen. An einem solchen Vortrag fehlt es aber ohnehin. Deshalb hat das Landgericht zu Recht den unter Beweis gestellten Umsatzanteil seiner Schadensberechnung zugrunde gelegt. 93

cc) Auch insgesamt hat das Landgericht die an eine solche Schätzung der Höhe des Lizenzgebührensatz zu stellenden Anforderungen erfüllt. Es ist zunächst davon auszugehen, 94

dass unter den hier vorliegenden Umständen, zu denen oben nähere Ausführungen gemacht worden sind, eine geringere Lizenzgebühr für die Benutzung der Marke in ihrem Schutzbereich als 1 % aus Kaufmannssicht nicht in Betracht kommt. Schon in der Entscheidung N-Tee II hat der Bundesgerichtshof eine solche Lizenzgebühr unter erheblich strengeren Anforderungen nicht für zu hoch gehalten. Berücksichtigt man dann noch die ganz erhebliche Dauer der Benutzung, die angesichts des ungewöhnlich langen Verletzungszeitraums hätte vereinbart werden müssen und das beabsichtigte Umsatzvolumen, das sich aus der überdurchschnittliche Höhe des auch mit der Benutzung der veredelnden Marke "O" erzielten Umsatzes erkennen lässt, so rechtfertigen insbesondere auch diese Faktoren, die regelmäßig die angemessene Lizenz erhöhen (vgl. Ahrens/Löwenheim, a.a.O.), auch hier eine maßvolle Erhöhung des Mindestsatzes auf etwa 1,3 %. Das gilt umso mehr, als die Werte der Klagemarke und der von der Beklagten zusätzlich benutzten Marke –wie ausgeführt– näher beieinander liegen, als es die Beklagte bei ihrer Einschätzung zugrunde gelegt hat. Das zeigt, dass der vom Landgericht als mutmaßlich vereinbart geschätzte Lizenzsatz von 1,31 % jedenfalls nahe genug an der wirklichen Größe anzusiedeln ist. Eine geringere Gebühr, insbesondere eine solche von 0,1 % erscheint dagegen nicht angemessen. Dafür spricht auch, dass man dann, wenn man dem Sachverständigen auf dem Wege seiner Annäherung an die angemessene Lizenzgebühr über vergleichbare Gebühren für Patentlizenzen bei Stahllegierungen folgt, sogar die dann durchschnittliche Mindestgebühr bei entsprechenden Lizenzverträgen von 1,5 % wegen der hiesigen Besonderheiten sogar noch unterschritten wird. Diese Besonderheiten sind hier in der Eigenschaft der Klagemarke als Vorratsmarke und der ungewöhnlichen Benutzung der Marke nur als Zweitmarke zu sehen.

dd) Der Einschätzung des Landgerichts steht unter Berücksichtigung dieser Kontrollüberlegung schließlich auch nicht in entscheidender Weise entgegen, dass es auf der Basis des Sachverständigengutachtens in Anlehnung an die Lizenzgebühren, wie sie für Patentnutzungen gezahlt würden, zu einem möglicherweise zu hohen Durchschnittsbasiszins von 2,75 % gekommen ist, weil zu Unrecht ein engerer Gebührenrahmen von 1,5 % bis 4 % zugrunde gelegt worden ist. Zunächst ist es eine statistische Tatsache, dass Lizenzgebühren in Patentsachen am häufigsten vereinbart werden. Es ist auch heute nicht mehr so, dass bei der Verletzung von Markenrechten die angemessene Lizenzgebühr generell niedriger anzusetzen wäre als bei einem Eingriff in Patentrechte. Die vom Bundesgerichtshof zu Zeiten der Geltung des Warenzeichenrechts (vgl. BGH GRUR 1966, 365, 368 –N-Tee II) vertretene anderweitige Auffassung ist nach der Einführung des Markengesetzes und der stark gestiegenen Bedeutung der Marken im Wirtschaftsleben heute überholt und nicht mehr die herrschende Meinung (vgl. Ingerl/Rohnke, a.a.O. Vor §§ 14-19, Anm. 116). Die Beklagte hat auch keine besseren Vergleichsmöglichkeiten aufzeigen können, die für einen erheblich geringeren Gebührensatz sprechen könnten. Der eine von ihr vorgelegte Lizenzvertrag kann insoweit aus den schon genannten Gründen nicht das Maß aller Dinge sein. Es kommt hier aber noch hinzu, dass es auf der Grundlage der obigen Ausführungen möglicherweise gar nicht darauf ankommt, ob der Sachverständige und ihm folgend das Landgericht von einem zu hohen Durchschnittswert ausgegangen sind, wenn sie dann im Ergebnis zu einem zutreffenden und im Wirklichkeitsbereich liegenden Endwert gekommen sind. Die Beklagte erkennt, dass es insoweit keiner genauen betriebswirtschaftlichen Berechnung bedurfte, auch wenn sie der Sachverständige versucht hat. Es können an dem Ausgangswert und insbesondere auch an dem Ansatz und der Höhe der Faktoren in verschiedener Richtung Zweifel angemeldet werden, wie die Beklagte mit ihren umfangreichen Ausführungen in der Berufung schon deutlich gemacht hat. Entscheidend für die Angemessenheit und Nachvollziehbarkeit der Schätzung ist aber immer das Ergebnis, das hier im Rahmen der Gesamtwürdigung nicht zu beanstanden ist.

96

ee) Die Beklagte hat auch im einzelnen keine weiteren Umstände darlegen können, die im Rahmen der Beweiswürdigung nach § 286 Abs. 1 ZPO zu einer anderen als der vom Landgericht auf der Basis des Sachverständigengutachtens getroffenen Beurteilung führen könnten. Die relativ schwache Kennzeichnungskraft ist für sich nicht entscheidend und im Übrigen vom Sachverständigen schon hinreichend berücksichtigt worden. Berücksichtigt worden ist auch der nicht besonders hohe Grad der Bekanntheit und des Rufs des benutzten Zeichens. Es besteht hier jedenfalls eine hinreichende Warennähe in Form der Warenähnlichkeit, die bei dem Ansatz der leicht erhöhten Mindestgebühr auch schon berücksichtigt worden ist. Ob es daneben teilweise sogar um identische Waren in Form von Messer geht, kann unentschieden bleiben, weil es dafür im Rahmen der Gesamtbewertung nicht entscheidend ankommt. Es geht bei beiden Parteien um die Kennzeichnung von Schneidwaren für den Haushaltsbereich, auch wenn u.a. Kunststoff mitverarbeitet wurde. Der Sachverständige kann den Grad der Verletzungsgefahr entgegen der Einschätzung der Beklagten auch dann beurteilen und einbeziehen, wenn es sich dabei um eine Rechtsfrage handelte. Dem Sachverständigen war jedenfalls die entscheidende Grundlage der Bestimmung der Verwechslungsgefahr klar. Er hat im Gutachten (S.15) selbst ausgeführt und somit auch berücksichtigt, dass es insoweit auf die Wechselwirkung der Faktoren der Ähnlichkeit der Zeichen, der Warennähe und der Kennzeichnungskraft ankäme. Er hat zwar zu Unrecht die Marke "D O" in die Bewertung ähnlicher Marken auf dem Markt einbezogen. Im Ergebnis ist er deshalb aber nicht zu einer zu geringen Einschätzung des Faktors für die Verwechslungsgefahr gekommen. Zu Recht ist auch keine wesentliche Schwächung der Klagemarke angenommen worden, weil die anderen Marken, die der Sachverständige aufgelistet hat, ganz andere Warenbereiche betrafen. Der Sachverständige hat berücksichtigt, dass in der Bedeutung der Kennzeichnung für die angesprochenen Verbraucher ein Faktor zu sehen ist, der hier etwas über dem Durchschnitt lag. Auch die Benutzung der Marke als Zweitmarke hat er in ganz erheblichem Maße berücksichtigt mit der Folge, dass gerade die Verwendung des Faktors 0,6 in diesem Bereich entscheidend dazu beigetragen hat, dass der sogenannte Lizenzfaktor mit 0,4752 angesetzt wurde, was zu dem Ergebnis führte, dass der zunächst angenommene Durchschnittssatz nicht einmal mehr zur Hälfte Bestand hatte. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass er insoweit zu Unrecht davon ausgegangen ist, dass die Zweitmarke nicht zusammen mit der Dachmarke benutzt werden sollte. Jedenfalls hat sich ein etwaiges falsches Verständnis in diesem Sinne auf das von ihm gefundene Ergebnis der Lizenzgebühr von 1,31 % nicht ausgewirkt.

97

ff) Der Einschätzung des Sachverständigen und des Landgerichts steht auch nicht entscheidend entgegen, dass die Beklagte bei einer Lizenzierung ihrer bekannten Marke "A" bei Umsätzen im Bereich über 1 Mio DM nur einen Lizenzsatz von 5 % vereinbaren konnte. Insoweit hat sie einen Satz an der oberen Grenze des Rahmens durchzusetzen vermocht, der nichts darüber aussagen kann, dass ein Lizenzsatz von 1,31 % bei der fiktiven Lizenzierung der Marke "O" und ihrer Verwendung als Zweitmarke zu hoch ist. Eine solche Obergrenze des Rahmens wirkt häufig wie eine Barriere für noch höhere Sätze, auch wenn das zur Folge hat, dass man dann im Vergleich zum Wert anderer Lizenzen eine Relativierung vornimmt, sodass das Verhältnis der Lizenzsätze zueinander nicht mehr angemessen erscheint. Das ändert aber nichts daran, dass der niedrigere Lizenzsatz zutreffend ist.

98

gg) Schließlich musste das Landgericht auch nicht eine Regression bei einem Umsatz von mehr als 1 Mio DM berücksichtigen. Das hängt entscheidend davon ab, wie die damaligen Vertragsparteien den zu erwartenden Umsatz einschätzten. Nur wenn sie mit einem besonders hohen Umsatz rechneten, wäre eine entsprechende Regression überhaupt in Betracht gekommen. Berücksichtigt man allerdings, dass die vereinbarte Lizenzgebühr hier

weit eher im Bereich der Mindestgebühr anzusiedeln war und diese nach der Einschätzung des Sachverständigen sogar unterschritt, hätte die Klägerin als Lizenzgeberin kein Interesse daran haben können, diese Gebühr noch einmal abzusenken. Bei dem Lizenzvertrag, den die Beklagte als Anlage B11 vorgelegt hat, sah es dagegen ganz anders aus. Hier war mit 7 % ein den oberen Durchschnittswert schon überschreitender Lizenzsatz vereinbart, der bei höheren Umsätzen dann auf die an sich geltende Obergrenze abgesenkt werden sollte.

2) Diese fiktive Lizenz in jährlich unterschiedlicher Höhe entsprechend dem jeweiligen Umsatz ist wegen der Nichtzahlung der Beklagten um einen Zinsanteil in Höhe von 8 % zu erhöhen. Das ist Folge des Schadensersatzgrundsatzes, dass die Klägerin so zu stellen ist, als ob die vereinbarte Lizenz bei Fälligkeit jeweils pünktlich gezahlt worden wäre. Ein solcher wird allgemein und speziell auch vom Landgericht als Handelskammer für angemessen gehalten, wenn vereinbarte Lizenzzahlungen unpünktlich gezahlt werden. Dabei ist auch nicht ersichtlich, dass sich in der Zeit von 1984 bis heute der angemessene Zinssatz für den Fall, dass Lizenzgebühren nicht pünktlich gezahlt werden, in erheblichem und entscheidendem Umfang verändert hätte. Im Gegenteil liegen die heutigen Zinssätze nach der Einschätzung der Handelskammer höher als 8 %. Aus dem vom Bundesgerichtshof im Jahre 1981 gebilligten Zinssatz von 5 % (vgl. BGH GRUR 1982, 286, 288) lässt sich nichts Gegenteiliges herleiten. Das Berufungsgericht hatte sich damals im Rahmen seiner Schätzung der fiktiven Lizenzgebühr an den kaufmännischen Zinssatz der §§ 352, 353 HGB angelehnt, was der Bundesgerichtshof als ermessensfehlerfrei angesehen hat. Daraus folgt aber nicht, dass damals vernünftige Kaufleute für den Fall von unpünktlichen Lizenzzahlungen keinen höheren als den gesetzlichen Zins vereinbart hätten.

99

4) Dieser Zinsanspruch ist aber teilweise verjährt. Da sich die Beklagte insoweit auf Verjährung auch berufen hat, ist die entsprechende Zinsforderung nicht mehr durchsetzbar. Das hat das Landgericht für die Zeit vom 2. Juni 2001 bis zum 31. Dezember 2002 zu Recht auch so entschieden. Die Erhöhung des Lizenzbetrages um einen jährlichen Zinsanteil ist Teil des Schadens nur bis zur Rechtskraft des Urteils. Bis dahin unterlagen die Lizenzgebühren mit den jährlichen Zinsbeträgen bis zum Jahre 1997 der rechtskräftigen Feststellung des –später bezifferten- Schadens. Der nach diesem Zeitpunkt anfallende zusätzliche Zinsschaden stellt eine regelmäßig wiederkehrende Leistung im Sinne des § 197 Abs. 2 BGB nach altem wie nach neuem Recht dar. Die Berufung hat allerdings insoweit Erfolg, als sie sich dagegen wendet, dass nicht bereits ab dem 25. August 1998, dem Zeitpunkt der Rechtskraft des Feststellungsurteils des Senats, die Verjährung der jährlich wiederkehrenden Zinsansprüche angenommen worden ist. Insoweit war deshalb der Zinsausspruch des Landgerichts abzuändern, dass dieser auch schon für den Zeitraum vom 25. August 1998 bis zum 2. Juni 2001 entfällt. Die Tatsache, dass die Beklagte erst Anfang Juni 2001 die geschuldeten Auskünfte erteilt und somit der Klägerin die Bezifferung ihrer Ansprüche ermöglicht hatte, hat insoweit keine entscheidende Bedeutung. Zwar mag die Berufung auf die Verjährung unter bestimmten Umständen treuwidrig sein, wenn man die rechtzeitige Bezifferung des entsprechenden Anspruchs durch eine Verzögerung der erforderlichen Auskunft vereitelt. Hier hat sich die dadurch eingetretene Verzögerung aber erkennbar nicht zu Lasten der Klägerin ausgewirkt. Denn das spätere Verhalten der Klägerin, insbesondere das weiter gehende Auskunftsverlangen hat in aller Deutlichkeit gezeigt, dass diese den Auskunftsanspruch in der Zeit von 1998 bis 2001 auch dann nicht beziffert hätte, wenn sie die geschuldete Auskunft zu einem früheren Zeitpunkt erhalten hätte. Im Übrigen wäre selbst dann, wenn die Klägerin noch im Jahre 2001 die bezifferte Schadensersatzklage erhoben hätte, keinerlei Zinsanspruch verjährt. Die entscheidende Verzögerung, die zur Verjährung von Teilansprüchen führte, beruht vielmehr darauf, dass die Klägerin bis zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs über die Vollstreckungsgegenklage der Beklagten im

100

Jahre 2006 zuwartete, bevor sie ihren Schadensersatzanspruch beziffert einklagte.

5) Das Landgericht hat auch zurecht eine Verwirkung des Zinsanspruches für die Zeit ab Juni 2001 verneint. Insoweit fehlt es schon an einem Umstandsmoment. Die Beklagte konnte zu keinem Zeitpunkt darauf vertrauen, dass sie im Hinblick auf die verspätete Zahlung eines Schadensersatzbetrages von der Zinslast befreit werden würde, weil die Klägerin solche Zinsen nicht mehr geltend machen würde. Die Klägerin hat auch nicht etwa still gehalten. Sie war im Gegenteil bemüht, weitere Auskünfte über die Berechnung des Gewinns zu erlangen, weil sie sich davon einen höheren Schadensausgleich unter dem Aspekt der Herausgabe des Verletzergewinns versprach. Dass sie damit in einem langen, über die Jahre bis zum Bundesgerichtshof geführten Rechtsstreit keinen Erfolg hatte, war für die Beklagte nur günstig. Deshalb konnte die Klägerin nämlich keinen höheren Gewinn darlegen, als ihn die Beklagte selbst errechnet hatte. Mit diesem Verhalten hat die Klägerin die Beklagte aber gerade nicht in treuwidriger Weise von der Zahlung des Schadenersatzes abgehalten, weil sie über die gesamte Zeit keine Bezifferung des Schadens vorgenommen hat. Der Beklagten wäre es unbenommen geblieben, einen aus ihrer Sicht auf der Basis des mitgeteilten Gewinns gegebenen Mindestschaden auszugleichen. Mit dem in BGH NJW 1978, 1482 entschiedenen Fall, in dem der Bundesgerichtshof bereits das Entstehen eines Zinsanspruches nach Treu und Glauben wegen einer Vertragsuntreue des Berechtigten verneint hatte, ist der vorliegende Fall nicht zu vergleichen. Im vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall hatte sich der Käufer eines Grundstücks verpflichtet, einen Kaufpreisrest vom Zeitpunkt des Besitzübergangs an in bestimmter Höhe zu verzinsen. Der Verkäufer hatte dann allerdings die vorgesehene Finanzierung erschwert, indem er vertragswidrig die Enthftung des Grundstücks verzögert hatte.

II) Die Anschlussberufung der Klägerin ist zwar nach §§ 524 Abs. 1, 2 ZPO zulässig. Da der Klägerin keine Frist zur Berufungserwiderung im Sinne des § 524 Abs. 2 ZPO gesetzt worden ist, konnte sie die vorab nach § 524 Abs. 3 ZPO ordnungsgemäß begründete Anschlussberufung in der mündlichen Verhandlung als solche noch einlegen. Die Anschlussberufung ist aber nicht begründet und zurückzuweisen. Sie rechtfertigt nach ihrer Begründung keine Abänderung des angefochtenen Urteils zu Gunsten der Klägerin, selbst wenn man gemäß § 539 Abs. 2 ZPO das unter Berücksichtigung der §§ 529 bis 531 ZPO zulässige tatsächliche Vorbringen der Klägerin in der Begründung der Anschlussberufung zugrunde legt. Der Senat hat auf die Erfolglosigkeit der angekündigten Anschlussberufung im ganzen im Rahmen des umfangreichen Rechtsgesprächs auch ausdrücklich hingewiesen.

1) Dieses Vorbringen der Klägerin rechtfertigt, soweit es schlüssig ist und mit den unstreitigen Umständen übereinstimmt, keinen höheren Lizenzsatz als 1,31 %.

Wegen des Gebührenrahmens, der Einordnung der hiesigen Umstände und den Anforderungen an eine Schätzung nach § 287 Abs. 1 ZPO wird zunächst auf die obigen Ausführungen Bezug genommen. Danach ergibt sich, dass das Landgericht im Ergebnis zu Recht einen solchen Wert nahe der unterste Grenze der vereinbarten Lizenzgebühren für angemessen gehalten hat. Diese Schadensschätzung ist jedenfalls im Wesentlichen zutreffend und damit als Grundlage der Schadensberechnung geeignet. Ein höherer Lizenzgebührensatz kommt deshalb nicht in Betracht, weil insoweit die Benutzung der Marke ausschließlich als Zweitmarke und die Bekanntheit der Herstellermarke der Beklagten, auch wenn sie noch keine Verkehrsgeltung erreicht hat, ganz entscheidend ins Gewicht fallen. Die genannten Lizenzgebühren gehen sämtlich von der Benutzung der geschützten Marke als alleinigem Herkunftshinweis aus. Die Benutzung als Zweitmarke ist insoweit –ungeachtet des oben festgehaltenen Nutzens für die Beklagte als Verletzerin- ein Sondertatbestand, der eine

höhere Lizenzgebühr nicht angemessen erscheinen lässt. Dafür spricht im Übrigen auch das Sachverständigengutachten, weil aus diesem zutreffend hervorgeht, dass gerade der Benutzung als Zweitmarke ein besonderes den Gebührensatz schmälerndes Gewicht beigemessen worden ist. Insoweit ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass der Sachverständige einen Faktor von 0,4752 angesetzt hat, der entscheidend dazu geführt hat, dass von dem angeblichen Durchschnittsbasiszins von 2,75 % nur weniger als die Hälfte verblieben ist.

2) Eine Erhöhung des Gebührensatzes kommt auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Verletzerzuschlages in Betracht. Ein ausdrücklicher Verletzerzuschlag wegen eines Verletzervorteils, wie ihn die Entscheidung Fersenstützvorrichtung (BGH GRUR 1982, 286, 287) für das Patentrecht im Auge hatte, ist nach übereinstimmender Auffassung bei einer markenrechtlichen Lizenzgebühr nicht zu berücksichtigen. Hier fehlt es gerade an dem patentrechtlichen Risiko, dass ein Lizenznehmer gegebenenfalls für eine letztlich nicht schutzfähige Erfindung zahlen muss. Es war deshalb richtig, dass der Sachverständige nach der Überzeugung des Senats einen solcher Verletzerzuschlag tatsächlich auch nicht berücksichtigt hat, selbst wenn er sich in seinem Gutachten eingangs missverständlich ausgedrückt haben mag. 105

3) Der der Klägerin zugesprochene Schadensersatzbetrag ist auch nicht deshalb zu erhöhen, weil nicht zwischen den Umsätzen, die den Absatz der Ware in dem geschützten räumlichen Bereich der Marke betreffen und den Umsätzen, die den Absatz von Ware außerhalb dieses Gebietes, etwa für den Markt in den USA, hätte unterschieden werden dürfen. Es ist oben schon ausgeführt, dass und warum der Senat eine solche Differenzierung, die sich in den unterschiedlichen Gebührensätzen von 1,31 % und 0,65 % ausdrückt, für geboten hält. Die Klägerin hat die Höhe des Warenabsatzes ins Ausland von 40 % des Umsatzes, von denen 75 % für die USA bestimmt gewesen sollen, erstmals in dem nachgelassenen Schriftsatz vom 15. Oktober 2008 bestritten. Zuvor ist lediglich in Frage gestellt worden, inwieweit es bei in Deutschland auf den Weg gebrachten Waren auf den vorgesehenen Ort des Absatzes ankommen könnte. Das Landgericht hat somit diesen Vortrag zu Recht nach §§ 282 Abs. 1, 296 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Denn andernfalls hätte nur wegen dieses verspäteten Bestreitens die mündliche Verhandlung wieder eröffnet werden müssen. Der Vortrag konnte deshalb nach §§ 529 Abs. 1, 531 Abs. 1 ZPO vom Senat in der Berufungsinstanz nicht mehr berücksichtigt werden. Insoweit hätte auch der von der Klägerin erbetene Hinweis nicht weiter geführt. Es kommt hinzu, dass es an sich sogar Sache der Klägerin gewesen wäre, die Höhe des Schadens darzulegen, was auch das Landgericht ausdrücklich offen gelassen hat. Die Klägerin hätte also den Umfang der Umsätze im Ausland nicht pauschal bestreiten dürfen, sondern dazu von sich aus vortragen müssen. An einem solchen Vortrag fehlt es aber ohnehin. 106

3) Soweit die Klägerin weiterhin einen höheren Schadensersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt der Herausgabe des Verletzergewinns herleiten will, hat ihr Begehren keinen Erfolg. Auf diese hilfsweise gewählte Berechnungsart durfte die Klägerin hier grundsätzlich zwar dann zurückgreifen, wenn die Berechnung nach der Lizenzanalogie einen niedrigeren Schadensbetrag ergeben würde als der herauszugebende Verletzergewinn (BGHZ 19, 20, 25 –T/S II). Das ist hier aber gerade nicht der Fall. Zwar kann man nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass der Verletzergewinn im Allgemeinen und insbesondere im vorliegenden Fall in etwa der fiktiven Lizenzgebühr entsprechen müsste. Die beiden Berechnungsarten des Schadensersatzes haben dafür nämlich zu unterschiedliche Grundlagen. Es kann deshalb zunächst nur als Zufall angesehen werden, wenn man nach beiden Berechnungsarten zu demselben Ergebnis kommen würde. Bei der Geltendmachung des Verletzergewinns ist aber 107

nach der O-Entscheidung des Bundesgerichtshofs entscheidend zu berücksichtigen, dass der erzielte Umsatz nur zu einem Bruchteil auf der Verwendung des fremden Zeichens "O" beruhen kann, weil die Beklagte ihre Waren stets auch mit ihren eigenen besonders kennzeichnungskräftigen Marken versehen und die Bezeichnung "O" auch in der Werbung jedenfalls weitgehend als Zweitmarke benutzt hatte. Der angegebene Gewinn von 724.500,60 €, von dem mangels schlüssigen Vorbringens der Klägerin zu einem höheren Verletzerertrag auszugehen ist, beruht nur zu einem kleinen Teil, der im Rahmen der erforderlichen Schätzung nach § 287 Abs. 1 ZPO keinesfalls mehr als 25 % betragen kann, auf der Schutzrechtsverletzung. Insoweit käme unter diesem Gesichtspunkt kein höherer Schaden in Betracht.

4) Aus den obigen Ausführungen folgt zwingend, dass die Zinsansprüche, soweit sie das Landgericht schon für verjährt gehalten hat, auch verjährt sind und nicht mehr durchgesetzt werden können, nachdem die Beklagte die Verjährungseinrede erhoben hat. Soweit die Anschlussberufung rügt (Bl. 737 d.A.), dass die Zinsen nicht ausdrücklich "p.a." ausgeurteilt worden sind, bedurfte es keiner Abänderung des angefochtenen Urteils. Mangels gegenteiliger Angaben versteht es sich von selbst, dass ein ausgeurteilter Zinssatz sich auf das Jahr bezieht, vgl. § 246 BGB. 108

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision, wie sie sich aus § 543 Abs. 2 ZPO ergeben, sind im vorliegenden Einzelfall nicht gegeben. 109

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. 110

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 111