
Datum: 11.02.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 75/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:0211.4U75.09.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 17 O 19/08
Schlagworte: Unberechtigte Schutzrechtsabmahnung, markenrechtliche Verwechslungsgefahr bei Sport- und Freizeitschuhen, Schadensdarlegung
Normen: BGB § 823 Abs. 1; MarkenG § 14 Abs. 5, Abs. 2 Nr. 2

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 25.02.2009 verkündete Urteil der 17. Zivilkammer – Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Bochum wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Zwangsvollstreckung durch die Beklagte durch Sicher-heitsleistung in Höhe von 110 % der zu vollstreckenden Beträge abwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Gründe

A.

1

2

3

Die Klägerin entwirft und vertreibt Sportschuhe, die sie in China herstellen lässt. Einer Kundin, der Firma E GmbH & Co. KG mit Sitz in F (im Folgenden nur Fa. E), lieferte sie in der Zeit vom 07.09.2005 bis 02.11.2005 52.800 Paar Schuhe, die mit der nachfolgend abgebildeten Streifenkennzeichnung versehen waren (gemäß Abmahnung Bl. 14; s.a. Anl. K 2, Bl. 8; Bl. 832):	
Die Beklagte handelt mit Sportartikeln, Sport- und Freizeitschuhen. Sie ist u. a. Inhaberin der deutschen Bildmarken:	4
Marke Nr. #####6, die am 14.09.1991 angemeldet, am 20.03.1992 eingetragen und am 15.09.2001 verlängert wurde:	5
Marke Nr. #####7, die am 14.09.1991 angemeldet, am 09.12.1991 eingetragen und am 15.09.2001 verlängert wurde:	6
Marke Nr. #####9, die am 15.09.1991 angemeldet, am 23.12.1992 eingetragen und am 15.09.2001 verlängert wurde:	7
Marke Nr. #####6, die am 12.04.1977 angemeldet, am 23.05.1978 eingetragen und am 01.05.2007 verlängert wurde:	8
Wegen der weiteren Einzelheiten der Markeneintragungen wird auf die vorgelegten Markenregisterauszüge (Bl. 16 ff., Anl. B 5) verwiesen.	9
Mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 13.02.2006 (Anl. K3) mahnte die Beklagte die Firma E unter Berufung auf die Marken Nr. #####6, #####7, #####9 und #####6 ab und forderte sie auf, den Verkauf der mit der von der Klägerin stammenden Streifenkennzeichnung versehenen Schuhe ab sofort zu unterlassen. Die Firma E gab daraufhin eine befristete Unterlassungserklärung ab.	10
Mit anwaltlichem Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 28.02.2006 (Anl. K 4) mahnte die Klägerin ihrerseits die Beklagte ab und forderte sie auf, es zu unterlassen, Kunden der Klägerin wegen Verletzung der Marken Nr. #####6, #####7, #####9 und #####6 abzumahnen.	11
Die Beklagte erwirkte nunmehr (mit Antrag vom 14.03.2006) gegen die Klägerin vor dem Landgericht Nürnberg-Fürth (Aktenzeichen 3 O 2001/06) im Wege der einstweiligen Verfügung einen Beschluss vom 16.03.2006 (Anl. B 3), in der der Klägerin im Hinblick auf die Markenrechte der Beklagten untersagt wurde, Schuhe, die mit der oben abgebildeten Streifenkennzeichnung versehen sind, zu vertreiben und/oder anzubieten.	12
Nachdem die Beklagte die von der Klägerin geforderte Unterlassungserklärung nicht abgab, beantragte auch die Klägerin beim Landgericht Nürnberg-Fürth den Erlass einer einstweiligen Verfügung (Antrag vom 08.03.2006; Anl. B 1). Durch Urteil vom 19.04.2006 (Anl. B 2) wies das Landgericht Nürnberg-Fürth (Aktenzeichen 3 O 1873/06) diesen Antrag zurück. Zur Begründung stellte das Landgericht Nürnberg-Fürth darauf ab, dass die Abmahnung gegen die Firma E durch die Beklagte zu Recht erfolgt sei und die Firma E verpflichtet gewesen sei, den Vertrieb der Schuhe nach § 14 V MarkenG zu unterlassen. Zwischen der von der Klägerin verwendeten Streifenkennzeichnung und den Marken der Beklagten bestünde ein hoher Ähnlichkeitsgrad. Abhängig von der Perspektive könnten Unterschiede der Streifenkennzeichnung der Klägerin zu den Marken der Beklagten kaum noch bis gar nicht mehr wahrgenommen werden.	13

Im nachfolgenden Berufungsverfahren vor dem OLG Nürnberg-Fürth gab die Beklagte als dortige Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vom 28.07.2006 die nachfolgende Erklärung zu Protokoll (Anl. K 5):	14
"Die Antragsgegnerin verpflichtet sich, künftig sich nicht mehr behaupteter Rechte aus angeblicher Markenrechtsverletzung gem. dem verfahrensgegenständlichen Schuh wie in der Abmahnung an die Fa. E vom 13.02.2006 zu berühren. Sie verzichtet ferner auf die Rechte aus der einstweiligen Verfügung des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 16.03.2006, Az.: 3 O 2001/06, gegenüber der dortigen Antragsgegnerin (= hiesige Antragstellerin)".	15
Zugleich verzichtete die Beklagte auf die Rechte aus der vorherigen einstweiligen Verfügung des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 16.03.2006 gegenüber der Klägerin.	16
Die Klägerin hat behauptet, die von ihr an die Firma E gelieferten Schuhe seien nach dem 13.02.2006 in einer Notfallmaßnahme aus mehr als 1.000 Verkaufsstellen der Firma E eingesammelt worden. Die Schuhe hätten sich in Unordnung befunden, es hätten die Verpackungskartons gefehlt, und die Schuhgrößen hätten nicht mehr zusammengepasst. Sodann seien die Schuhe für 4 Monate eingelagert und dann ihr, der Klägerin, unter Inrechnungstellung von 184.154,85 \$ = 145.565,44 € von der Firma E zur Verfügung gestellt worden. Da es sich um Saisonware gehandelt habe, habe keine andere Möglichkeit bestanden, als die Schuhe zu vernichten. Für Einlagerung und Vernichtung seien der Klägerin bei der Firma L Kosten in Höhe von 29.803,20 € entstanden. Wegen der Einzelheiten der insoweit von der Klägerin zur Akte gereichten Rechnungen der Firma E vom 16.06.2006 und der Firma L vom 15.11.2006 wird auf die Anlagen K 7 und K 8 (Bl. 74 f.) verwiesen.	17
Diese Beträge in Höhe von zusammen 175.368,63 € begehrt die Klägerin im vorliegenden Verfahren als Schadensersatz von der Beklagten. Sie hat gemeint, die von der Beklagten gegenüber der Firma E ausgesprochene Abmahnung sei unberechtigt gewesen, weil die der Firma E gelieferten Schuhe keine Markenrechte der Beklagten verletzt hätten. Diese unberechtigte Abmahnung sei rechtswidrig und schuldhaft erfolgt und verpflichte die Beklagten zur Erstattung der geltend gemachten Schadenspositionen.	18
Im Hinblick auf eine Säumnis der Beklagten im Termin vom 09.10.2008 (Prot. Bl. 179) hat das Landgericht Bochum im vorliegenden Verfahren ein Versäumnisurteil (Bl. 180) erlassen und die Beklagte zur Zahlung von 175.368,63 € nebst Zinsen verurteilt.	19
Nach Einspruch der Beklagten hiergegen hat die Klägerin beantragt,	20
das Versäumnisurteil vom 09.10.2008 aufrecht zu erhalten.	21
Die Beklagte hat beantragt,	22
das Versäumnisurteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.	23
Aufgrund des Versäumnisurteils vom 09.10.2008 hat die Klägerin am 06.10.2009 bei der Beklagten insgesamt einen Betrag in Höhe von 183.310,34 € vollstreckt.	24
Die Beklagte hat insofern weiter beantragt,	25
die Klägerin zu verurteilen, den aufgrund der Zwangsvollstreckung ausgekehrten Betrag von 183.310,34 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08.01.2009 an die Beklagte zurückzuzahlen.	26

Die Klägerin hat beantragt,	27
den Rückzahlungsantrag abzuweisen.	28
Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass die Abmahnung gegenüber der Firma E rechtmäßig gewesen sei, weil durch die von der Klägerin stammenden Schuhe Markenrechte der Beklagten verletzt worden seien. Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin bestehe daher nicht. Aber auch das für den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch erforderliche Verschulden und der notwendige Schaden seien nicht dargetan. Die Beklagte hat insofern im Einzelnen gerügt, dass Ungereimtheiten bei der Schadensberechnung bestünden, weil Lagerkosten für die Zeit Juni bis Oktober 2006 und die spätere Vernichtung geltend gemacht würden, aber bereits am 29.07.2006 festgestanden habe, dass ein Verkauf der Schuhe wieder möglich gewesen sei. Durch ihr Vorgehen habe die Klägerin auch gegen ihre Schadensminderungspflicht verstoßen. Die Beklagte hat hierzu behauptet, dass es sich bei den Schuhen nicht um Saisonware gehandelt habe, und vorgetragen, dass ein Abverkauf noch im Jahre 2006 durch die Firma E möglich gewesen wäre.	29
Das Landgericht hat das Versäumnisurteil vom 09.10.2008 mit dem angefochtenen Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Gleichzeitig hat es die Klägerin verurteilt, an die Beklagte den aufgrund der durchgeführten Zwangsvollstreckung erlangten Betrag von 183.310,34 € nebst Zinsen zurückzuzahlen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch aus § 823 I BGB unter dem Gesichtspunkt eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aus mehreren Gründen nicht bestehe.	30
Ein rechtswidriger Eingriff in das Recht der Klägerin sei in der Abmahnung gegenüber der Firma E nicht zu sehen. Diese sei zu Recht erfolgt, weil der Beklagten zum Zeitpunkt der Abmahnung am 13.02.2006 nach § 14 V, II Nr. 2 MarkenG im Hinblick auf die Streifenbezeichnung bei den von der Klägerin gelieferten Schuhe ein Unterlassungsanspruch zugestanden habe. Die unter den Nrn. #####6, #####7, #####9 und #####6 zu Gunsten der Beklagten eingetragenen Bildmarken für Schuhe seien durch die auf den von der Klägerin stammenden Schuhe aufgebrachte Streifenkennzeichnung verletzt worden. Eine Verwechslungsgefahr dieser Streifenkennzeichnung mit den geschützten Marken der Beklagten sei gegeben. Bei den von der Klägerin an die Firma E gelieferten Schuhen handle es sich ausweislich des Fotos um Sport- bzw. Freizeitschuhe. Die hier relevanten Marken seien für die Bereiche Schuhwaren, Schuhe bzw. Sport- und Freizeitschuhe ausgewiesen, so dass Warenidentität bestehe. Die genannten Bildmarken der Beklagten wiesen alle als charakteristisches Merkmal einen schuhmittig beginnenden und sich in einem Bogen geschwungenen zur Ferse hin verjüngenden Streifen auf. Dieses zentrale und typische Merkmal weise auch die Streifenkennzeichnung der Klägerin auf. Der Unterschied liege darin, dass der Streifen der Klägerin sich an der Oberseite zur Schnürung hin abgewinkelt fortsetze und an der Unterseite zur Sohle hin abgewinkelt breiter werde. Eine signifikante Abweichung sei darin jedoch nicht zu sehen, weil diese Merkmale im Hinblick auf ihre Position und ihre Ausführung eher unauffällig seien. So wirke der obere abgewinkelte Streifen eher als Einfassung der Schuhöffnung und der untere Streifen eher als Verlängerung der farblich ebenfalls in weiß abgesetzten hinteren Sohle. Es bestehe daher bereits ein hoher Grad an Ähnlichkeit. Zu berücksichtigen sei zudem der gerichts- und allgemeinbekannte zumindest hohe Bekanntheitsgrad der Marken der Beklagten bei Sport- und Freizeitschuhen. Unter diesen Umständen sei mit Blick auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der hier relevanten Warenart die besondere Gefahr einer Verwechslung gegeben. Einem Unterlassungsanspruch der Beklagten könne im Jahr	31

2006 auch nicht eine mangelnde Nutzung der Marken nach Maßgabe von § 25 MarkenG entgegengehalten werden. Insoweit sei im Hinblick auf das Verfahren 17 O 2/03 - Landgericht Bochum - die Benutzung der Marken gerichtsbekannt. Denn im dortigen Verfahren sei insbesondere der Gesamtkatalog Frühjahr/Sommer 2003 der Beklagten zur Akte gereicht worden, dem zu entnehmen sei, dass die hier relevanten Marken der Beklagten auf einer Vielzahl von Schuhmodellen unmittelbar ohne Abweichungen im Sinne von § 26 III MarkenG Verwendung gefunden hätten. Der Beklagten sei es auch im Hinblick auf ihre Erklärung in der mündlichen Verhandlung vor dem OLG Nürnberg vom 28.07.2006 nicht verwehrt, sich in dem vorliegenden Verfahren auf die frühere Verletzung ihrer Marken zu berufen. Schon der Wortlaut der seinerzeit abgegebenen Erklärung ("künftig") verdeutliche, dass damit in markenrechtlicher Hinsicht nur eine Verpflichtung für die Zukunft eingegangen worden sei. Ein Verzicht darauf, vor dem 28.07.2006 liegende Markenrechtsverletzungen jedenfalls in Fällen einer eigenen Inanspruchnahme zur Verteidigung den Ansprüchen entgegenhalten zu können, sei damit naheliegender Weise nicht gewollt gewesen.

Dem von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzanspruch stehe ferner entgegen, 32 dass auch das für den Anspruch weiter erforderliche Verschulden der Beklagten von der Klägerin nicht dargelegt worden sei. Der Verweis auf die Gegenabmahnung durch die Klägerin überzeuge hier nicht. Denn die Beklagte könne sich insoweit zu Recht darauf berufen, dass der von ihr in der Abmahnung vom 13.02.2006 vertretene Standpunkt einer Markenrechtsverletzung durch die Streifenkennzeichnung der Klägerin bis zur mündlichen Verhandlung vor dem OLG Nürnberg durch zwei damals aktuelle Entscheidungen eines Kollegialgerichts jeweils seine Bestätigung gefunden habe.

Dem von der Klägerin geltend gemachten Anspruch stehe schließlich entgegen, dass die 33 Klägerin den Schaden zwar behaupte, diesen aber nicht substantiiert dargelegt habe. Insbesondere sei nicht nachvollziehbar, warum die Schuhe nach dem 28.07.2006 nicht einer Vermarktung zugeführt worden seien. Dabei könne es dahinstehen, ob es sich um Saisonware gehandelt habe oder nicht. Denn die Saison sei zu diesem Zeitpunkt noch nicht beendet gewesen. Und auch Saisonware sei am Ende der Saison oder sogar außerhalb der Saison mit entsprechenden Preisnachlässen grundsätzlich abzusetzen. Dem stehe auch nicht entgegen, dass die Waren unsortiert gewesen sein sollen. Die Klägerin sei unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht zu einer entsprechenden Vermarktung gehalten gewesen. Letztlich seien auch die von der Klägerin geltend gemachten Lager- und Transportkosten nicht nachvollziehbar und damit nicht substantiiert. Für eine Einlagerung der Schuhe über den 28.07.2006 hinaus bis zum Oktober 2006 habe kein ersichtlicher Grund bestanden. Insoweit sei zur Notwendigkeit dieser Dauer von der Klägerin auch nichts vorgetragen worden.

Dem Antrag auf Rückzahlung des von der Klägerin bei der Beklagten vollstreckten Betrages 34 von 183.310,34 € nebst Zinsen sei im Hinblick auf die Aufhebung des Versäumnisurteils vom 09.10.2008 ohne weiteres gemäß § 717 II ZPO stattzugeben gewesen. Insoweit sei der frühere Zustand durch Rückgabe all dessen, was der Schuldner aufgrund des vorläufig vollstreckbaren Urteils gezahlt oder geleistet habe, wiederherzustellen.

Die Klägerin greift das Urteil mit ihrer Berufung an. Sie meint, das Urteil beruhe zunächst auf 35 einer fehlerhaften Beurteilung der Verwechselungsgefahr. Schon der Ausgangspunkt, nämlich die Annahme eines schuhmittig beginnenden und sich in einem Bogen zur Ferse hin geschwungenen Streifen als charakteristisches Merkmal der Marken Nr. #####6, #####9 und #####6 sei unzutreffend, da es sich um keine Positionsmarken handele. Bei der Charakterisierung der Bildmarken der Beklagten habe das Landgericht nicht berücksichtigt,

dass mit Ausnahme der Marke #####6 der Beklagten die Marken zwei Mittelstreifen in Strichlinien aufwiesen, die in etwa parallel verliefen und die Innenfläche des Streifens in drei parallel verlaufende Streifen aufteilten; ferner, dass alle Bildzeichen der Beklagten eine horizontale Basislinie aufwiesen, von der die Streifen in einer Rechtskurve nach oben anstiegen. Das Landgericht habe weiter nicht als maßgeblich in Betracht gezogen, dass sich der Streifen der Klägerin an der Oberseite zur Schnürung hin abgewinkelt fortsetze und an der Unterseite zur Sohle hin breiter angewinkelt werde. Überhaupt nicht berücksichtigt worden seien die sich kreuzenden Streifenlinien in der Innenfläche der Streifenkennzeichnung der Klägerin, die sich erheblich von den parallelen zwei Innenstreifen in den Marken der Beklagten unterschieden. Die Streifenkennzeichnung der Klägerin unterscheide sich von den Bildmarken weiter dadurch, dass sie sowohl an der Schuhöffnung als auch an der Schuhsohle in ihrem Verlauf nochmals einen Richtungswechsel beschreibe, indem sie sich an der Oberseite in Richtung Schnürung fortsetze und an der Unterseite in Richtung Sohle abgewinkelt breiter werde. In diesem Zusammenhang habe das Landgericht rechtsfehlerhaft eine zergliedernde Betrachtungsweise vorgenommen. Es würden einzelne Elemente aus einer angegriffenen Bezeichnung herausgelöst und deren Übereinstimmung mit dem Klagezeichen festgestellt. Zur Beurteilung der zeichenrechtlichen Verwechslungsgefahr sei demgegenüber nach ständiger Rechtsprechung auf den Gesamteindruck des jeweiligen Zeichens und nicht auf einzelne Bestandteile abzustellen. Bei einer zutreffenden Beurteilung des Gesamteindrucks der Streifenkennzeichnung der Klägerin hätte sich ergeben, dass das Zeichen aus einem "Zick-Zack-Streifen" bestehe. So ergebe sich gegenüber den Marken der Beklagten keine Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Zeichen. Da schon ein Mindestgrad an Ähnlichkeit nicht vorhanden sei, sei demgemäß auch die erforderliche Voraussetzung für die Anwendung des Grundsatzes der Wechselbeziehung nach der Rechtsprechung des EuGH (GRUR Int. 2005, 221 – Vedral/HABM) nicht gegeben. Die zu vergleichenden Zeichen wichen in ihrem maßgeblichen Gesamteindruck derart voneinander ab, dass eine Verwechslungsgefahr insgesamt zu verneinen sei.

Soweit das Landgericht einen gerichts- und allgemeinbekannten zumindest hohen Bekanntheitsgrad der Marken der Beklagten bei Sport- und Freizeitschuhen berücksichtigt habe, sei zu beachten, dass die Beklagte die streitgegenständlichen Bildmarken – mit Ausnahme der Bildmarke #####6, für die keine Benutzung feststellbar sei - ausschließlich in Verbindung mit der Herstellerangabe/Wortmarke "Q" und/oder der vom Begriffsinhalt identischen Bildmarke der "springenden Raubkatze" benutze. Der geschwungene Streifen der Bildmarken der Beklagten ohne den Zusatz Q allein besitze keinen hohen Bekanntheitsgrad. Von daher werde der Verkehr den von Haus aus nicht besonders kennzeichnungskräftigen Streifen der Bildmarken der Beklagten keine kaufentscheidende Bedeutung beimessen. Die zugrunde liegenden Erkenntnisse könne das Landgericht insoweit auch nur durch private Beobachtungen einzelner Richter erlangt haben, so dass deren Verwertung prozessual unzulässig sei. Eine für die Bejahung des hohen Bekanntheitsgrades der Marken erforderliche umfassende Sachkunde des Gerichts sei nicht dargelegt worden.

36

Soweit das Landgericht in der mündlichen Verhandlung unvermittelt und zur Überraschung der Klägerin einen Gesamtkatalog Frühjahr/Sommer 2003 der Beklagten aus einem früheren Verfahren 17 O 2/03 herangezogen habe, habe das Landgericht fehlerhaft eine Benutzung der streitgegenständlichen Marken angenommen. Die unmittelbare Verbindung des Wortzeichens Q, des Bildzeichens der springenden Raubkatze und des Bildzeichens des geschwungenen Streifens bilde ein Kombinationszeichen, das keine Benutzung einer der eingetragenen streitgegenständlichen Bildmarken der Beklagten darstelle.

37

38

Die ungerechtfertigte Kundenabmahnung sei durch das unvorsichtige und unbegründete Vorgehen der Beklagten hervorgerufen worden mit der Folge erheblicher Schäden für die Klägerin aufgrund der Rückgabe von über 37.000 Paar Schuhen durch die Fa. E und deren Vernichtung. Der unüberlegte und schuldhafte Eingriff habe zu einem Gerichtsverfahren geführt, in dem die Beklagte vor dem Oberlandesgericht Nürnberg auf ihre Rechte aus der einstweiligen Verfügung habe verzichten müssen und sich verpflichtet habe, sich nicht mehr der behaupteten Rechte aus angeblicher Markenrechtsverletzung zu berühren. Ein guter Glaube des Verwarners an sein Schutzrecht sei für die Beurteilung in diesem Zusammenhang nicht relevant ebenso wenig wie der Umstand, dass ein Gericht eine Schutzrechtsverletzung in einem anderen Verfahren oder in einer früheren Instanz angenommen habe. Die Beklagte habe die ihr bekannte Rechtsprechung des EuGH – Sabél ./. Q – außer Acht gelassen und nicht den Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Zeichen bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr zugrunde gelegt. Damit werde offensichtlich, dass sich die Beklagte bewusst der Entscheidung des EuGH verschlossen und die Gesamtbetrachtung der Streifenkennzeichnung der Klägerin nicht vorgenommen habe.

Bei der Beurteilung des hierdurch entstandenen Schadens könne ihr, der Klägerin, nicht vorgeworfen werden, dass die Fa. E mit einer Eilaktion die eingesammelten Schuhe in völliger Unordnung und unsortiert zurückgegeben habe. Dafür, dass die Rückgabe wirr und ungeordnet erfolgt sei, ferner dafür, dass es sich bei den zurückgegebenen Schuhen um eine überholte Kollektion gehandelt habe und Neubestellungen der Fa. E unterschiedliche Erzeugnisse betroffen hätten, legt die Klägerin nunmehr erstmals in zweiter Instanz eine Erklärung des Einkäufers der Fa. E, Hrn. T2, als Anl. K 15 (Übersetzung Bl. 712) vor. Die Schuhe seien ihr mit 184.154,85 \$ = 145.565,44 € in Rechnung gestellt worden und seien nach Einlagerung ab Juni 2006 bei der Spedition L in B bei der Fa. W3 vernichtet worden (dazu Fotos Bl. 627 ff.), wofür ihr weitere 29.803,20 € in Rechnung gestellt worden seien. Die Vernichtung der Schuhe sei deshalb erfolgt, weil es sich um Saisonware gehandelt habe und die Kosten für eine Neusortierung und Neuverpackung nebst Transportkosten höher gewesen wären als die Nachlieferung von Schuhen. Die Schuhe seien bei fehlender Sortierung und Unordnung nicht auch über sog. Posten- und Schnäppchenmärkte zu vermarkten gewesen. Dabei entspreche die Vernichtung der zurückgegebenen Schuhe dem ausdrücklichen Vernichtungsanspruch der Beklagten in der Abmahnung an die Fa. E. Es habe sich um Saisonware gehandelt. Ein Sonderverkauf zum Saisonende sei nicht mehr möglich gewesen. Außerdem hätten die Schuhe von der Klägerin nicht verkauft werden können, da sie die Marke der Fa. E "W4" getragen hätten und die Klägerin beim Verkauf auf Schnäppchenmärkten eine Markenverletzung begangen hätte.

Die Klägerin beantragt, 40

unter Abänderung des am 25.02.2009 verkündeten Urteils das Versäumnisurteil vom 09.10.2008 aufrechtzuerhalten und den Antrag der Beklagten auf Rückzahlung des aufgrund der durchgeführten Zwangsvollstreckung ausgekehrten Betrages in Höhe von 183.310,34 € nebst Zinsen in Höhe von 8 % über dem Basiszinssatz seit dem 08.01.2009 abzuweisen. 41

Die Beklagte beantragt, 42

die Berufung zurückzuweisen. 43

Sie hält ausgehend von dem Gesamteindruck der Schuhe eine Verwechslungsgefahr nach wie vor für gegeben. Der "Q-Formstrip" sei durch eine Streifenkennzeichnung dominiert, die schuhmittig beginne und sich verjüngt und geschwungen Richtung Ferse erstrecke. Variierende Krümmungsgrade oder einzelne Ziernähte in dem Formstrip könnten diesen 44

Gesamteindruck nicht abweichend beeinflussen. Die Klägerin trage auch selber vor, dass die Beklagte durch die eingetragene Positionsmarke #####6 entsprechenden Schutz genieße. Die Formgebung der Klägerin beginne schuhmittig und verjünge sich in Richtung Ferse. Dabei sei die Streifenkennzeichnung von der übrigen Farbe des Schuhs farblich abgesetzt. Diese Streifenkennzeichnung entspreche sowohl der Gestaltung der "Q Formstrip"-Bildmarken als auch der Platzierung auf der Schuhaußenseite der geschützten Positionsmarke. Der Verkehr sei aufgrund der überragenden Bekanntheit des Formstrips daran gewohnt, den Verlauf eines entsprechenden Formstrips weiterzuverfolgen. Der schmale Schnörkel am oberen Randbereich sowie am unteren Randbereich falle hingegen nicht auf, weil er direkt an den Schuhschaft anmünde und den Übergang der unterschiedlichen Materialien nachvollziehe. Es handele sich dabei auch um selbständige Marken, die nicht Teil einer komplexen Kennzeichnung seien und selbständig vom Verkehr auch aufgefasst würden. Es gebe diverse Schuhe der Beklagten, die nur die streiterheblichen Marken trügen und nicht auch gleichzeitig andere Marken der Beklagten (wie in den Beispielen Bl. 677 ff.). Die Klägerin verkenne an dieser Stelle, dass sie, die Beklagte, sowohl den Formstrip als auch den Q-Schriftzug sowie die springende Raubkatze als separate Marken eingetragen habe. Zutreffend sei das Landgericht in diesem Zusammenhang von einem allgemeinbekannten hohen Bekanntheitsgrad ausgegangen. Zudem verkenne die Klägerin, dass eine Mehrfachkennzeichnung für die Benutzung der Marke nach § 26 MarkenG unschädlich sei. Dies gelte insbesondere dann, wenn das Publikum vielfach an die Verwendung von Zweitkennzeichen gewöhnt sei. Das sei bei den Schuhen der Beklagten, wobei beispielhaft auf die Schuhmodelle Bl. 683 ff. verwiesen wird, der Fall. Im Übrigen entspreche es der Branchenüblichkeit auf dem Schuhsektor, dass eine Mehrfachkennzeichnung von Sport-Schuhen erfolge.

Alsdann fehle es auch an einem Verschulden der Beklagten an einer etwaig ungerechtfertigten Abmahnung. Die Behauptung eines Eingeständnisses einer fehlerhaften Bewertung sei Unfug. Auch hätten mittlerweile drei Gerichte ausdrücklich festgestellt, dass die konkrete Streifenzeichnung der Klägerin eine Kennzeichenrechtsverletzung darstelle. Sie, die Beklagte, habe nach der bis heute ständigen Rechtsprechung deutscher Gerichte davon ausgehen müssen und gehe immer noch davon aus, dass die streiterhebliche Nachahmung der Fa. E in den Schutzbereich ihres bekannten, wenn nicht sogar berühmten Q Formstrips falle. Den Verwarner treffe nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts sowie des BGH dann kein Verschulden, wenn er sich seine Überzeugung durch gewissenhafte Überprüfung gebildet habe oder wenn er sich bei seinem Vorgehen von vernünftigen und billigen Überlegungen habe leiten lassen.

45

Hinsichtlich des geltend gemachten Schadens könne ihr, der Beklagten, nicht zugerechnet werden, dass die Fa. E die Schuhe angeblich in völlig unsortierter und loser Form zurückgegeben habe. Für die "Notfallmaßnahme" habe keinerlei Anlass bestanden. Der Klägerin sei es bis zum heutigen Tage nicht gelungen, substantiiert zum Schadensersatz der Höhe nach vorzutragen. Eine weitere Ungereimtheit liege in dem Zeitpunkt der Vernichtung der Schuhe, die angeblich erst am 17.11.2006 erfolgt sei. Bestritten werde weiterhin, dass eine Vernichtung kostengünstiger gewesen sei als ein Abverkauf der Schuhe. Alsdann handele es sich bei der vorgelegten Rechnung der Fa. L tatsächlich nicht um die Rechnung, die die hier streiterheblichen Lieferungen betreffe. Bei den Schuhen handele es sich keineswegs um Saisonware, sondern um Ware, die ganzjährig getragen und verkauft werde.

46

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Die Akten 17 O 2/03 LG Bochum = 4 U 73/03 OLG Hamm, 3 O 1873/06 LG Nürnberg-Fürth und 3 O 2001/06 LG Nürnberg-Fürth lagen zu

47

Informationszwecken vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

B.	48
Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet.	49
Sie kann wegen der ihrer Ansicht nach unberechtigten Schutzrechtsabmahnung nicht gemäß § 823 I BGB oder aus anderen Rechtsgründen von der Beklagten Schadensersatz in Höhe von 175.368,64 € verlangen, so dass das Versäumnisurteil vom 09.10.2008 Bestand hat. Umgekehrt hat die Klägerin den aufgrund der Zwangsvollstreckung erlangten Betrag von 183.310,34 € zurückzuzahlen.	50
Abweichend von der Beurteilung des Landgerichts ist dem Grunde nach zwar von einer unberechtigten Abmahnung, nämlich von einem rechtswidrigen und schuldhaften Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin, auszugehen. Allerdings hat die Klägerin trotz wiederholter gerichtlicher Hinweise und vielfacher diesbezüglicher Rügen der Beklagten den mit der Klage geltend gemachten Schaden nicht substantiiert dargelegt und belegt, so dass die Klage insgesamt abzuweisen war.	51
I.	52
Mit dem Bundesgerichtshof - GSZ, GRUR 2005, 882 - ist zunächst davon auszugehen, dass die unbegründete Verwarnung aus einem Kennzeichenrecht ebenso wie eine sonstige unberechtigte Schutzrechtsverwarnung unter dem Gesichtspunkt eines rechtswidrigen und schuldhaften Eingriffs in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gemäß § 823 I BGB zum Schadensersatz verpflichten kann.	53
1.	54
Ein solcher rechtswidriger Eingriff in den Gewerbebetrieb der Klägerin ist vorliegend durch die Abmahnung gegenüber der Fa. E vom 13.02.2006 erfolgt.	55
Es bestand zum Zeitpunkt der Abmahnung vom 13.02.2006 kein Unterlassungsanspruch der Beklagten nach § 14 V, II Nr. 2 MarkenG im Hinblick auf die von der Klägerin gelieferten Schuhe. Eine Verletzung der hier in Rede stehenden Marken der Beklagten war nicht gegeben. Denn es bestand in Bezug auf die streitgegenständlichen Marken der Beklagten keine Verwechslungsgefahr. Die beiderseitigen Kennzeichnungen in Bezug auf die Marken der Beklagten und den Schuh der Klägerin wichen nach ihrem Gesamteindruck deutlich voneinander ab.	56
Die Frage der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr ist nach ständiger Rechtsprechung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen. Dabei kommt es auf den Gesamteindruck des jeweiligen Zeichens an und gerade nicht auf einzelne Bestandteile. Eine zergliedernde Betrachtungsweise einzelner Markenteile ist zu vermeiden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Verkehr eine Marke so aufnimmt, wie sie ihm entgegentritt, ohne sie einer analytischen Betrachtungsweise zu unterziehen (EuGH GRUR 1998, 387, 389 f. Tz. 22 f. Sábel/Q). Dabei besteht eine Wechselbeziehung zwischen den in Betracht zu ziehenden Faktoren, insbesondere der Identität oder Ähnlichkeit der in Frage stehenden Waren, der Identität oder Ähnlichkeit der Marken sowie der Kennzeichnungskraft der Klagekennzeichnungen. Demnach kann insbesondere ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Marken durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Waren und/oder eine besondere Bekanntheit der älteren Marke im Markt ausgeglichen werden (BGH GRUR 2000, 506, 508 -	57

Zunächst mag mit der Beklagten zugrunde gelegt werden, dass die streitgegenständlichen Marken in Form des sog. Q-Formstrips selbständig zu betrachten sind und sich nicht nur als Teil einer komplexen Kennzeichnung darstellen. Die Marken sind nämlich gesondert eingetragen und geschützt. Der Verkehr erkennt diese auch eigenständig, zumal die Beklagte die Schuhe mit dem fraglichen Zeichen etwa auch ohne das Wortzeichen Q und ohne die springende Raubkatze auf dem Markt hatte (wobei auf die von der Beklagten mit Schriftsatz vom 18.08.2009 vorgelegten Modellbeispiele Bezug genommen werden kann). Die Marken werden vom Verkehr entsprechend gesondert wahrgenommen. Dies kann vom Senat aus eigener Sachkenntnis beurteilt werden. 58

Bei den zu vergleichenden Marken der Beklagten und den angegriffenen Schuhen der Klägerin handelt es sich sodann auch um identische Waren, nämlich Schuhe aus dem Lifestyle-Bereich. Bezüglich der Kennzeichnungskraft der Marken der Beklagten ist weiter zu konstatieren, dass es sich jedenfalls um allgemeinbekannte Marken mit hohem Bekanntheitsgrad handelt. Dies kann jedenfalls zugunsten der Beklagten unterstellt werden. Dem Verkehr bleiben unterscheidungskräftige bekannte oder gar berühmte Kennzeichnungen, wie hier, im Allgemeinen eher in Erinnerung. Diese wird der Verkehr deshalb auch eher in einer anderen Kennzeichnung wiederzuerkennen glauben (BGH GRUR 2001, 158 – Drei-Streifen-Kennzeichnung). 59

Indes ist der Ähnlichkeitsgrad vorliegend – gerade auch nach Inaugenscheinnahme der beanstandeten Schuhe und potentieller Vergleichsobjekte im Senatstermin – als nur überaus gering anzusehen, so dass in der Gesamtbetrachtung eine Verwechslungsgefahr zwischen den angegriffenen Schuhen der Klägerin mit der dortigen Streifenkennzeichnung (gemäß Anl. K 2) und den Marken der Beklagten insgesamt ausscheidet. Auch wenn die Formgebung der Klägerin und der sog. Q-Formstrip schuhmittig beginnt und sich dann im weiteren Verlauf nach hinten in Richtung Ferse verjüngt, stellt sich die konkrete Gestaltung als gänzlich unterschiedlich dar. Der Verkehr betrachtet die Streifenkennzeichnung des klägerischen Schuhs nicht als eine Q-Formlinie, die immer und bekanntermaßen in einem einheitlich geschwungenen Bogen in runder Form von der Mitte des Schuhs unten unmittelbar nach hinten zur Ferse hin verläuft. Die Gestaltung des klägerischen Schuhs ist insoweit deutlich und unverwechselbar anders. Diese besteht offensichtlich, wie die Klägerin zu Recht geltend macht, aus einem "Zick-Zack-Kurs", der mit der glatten und grundsätzlich parallel verlaufenden Zeichnung der streitgegenständlichen Marken der Beklagten nicht mehr viel zu tun hat. Bei den beanstandeten Schuhen der Klägerin ist dominant gerade die Abwinkelung des Zeichens nach oben hin zur Schnürung, und zwar insofern völlig gegenläufig zu dem runden Bogen der Marken der Beklagten, der sich bis zur Ferse hin in einer einheitlichen und durchgehenden Linie fortsetzt. Sodann ist in Bezug auf den klägerischen Schuh ebenfalls stark prägend, dass nach vorne hin (mittig) eine stark auffällige, markante Spitze gewählt ist, die mit der abgerundeten Linienführung des Q-Formstrips nichts mehr gemein hat. An der Sohle ist in Bezug auf die Linienführung erneut ein Richtungswechsel zu verzeichnen, der sich dort unten bis zur Ferse hin fortsetzt. In der Gesamtbetrachtung findet sich auf der Innenseite des Schuhs ein großes, stilisiertes "Z" und auf der Außenseite ein ebensolches "S". Diese Buchstaben in Form einer "Zickzack-Linie" sind – auch wenn eine grundsätzliche Linienführung von vorne unten nach hinten oben vorhanden ist, die sich dorthin tendenziell verjüngt (bei dem Schuh der Klägerin aber auch deutlich dicker) – geradezu konträr anders als der einheitlich und ununterbrochene, geschwungene und stark reduzierte Bogen der Kennzeichnungen der Beklagten, der mit insgesamt in grundsätzlich parallel verlaufender Form wie eine einheitliche, glatte und geschmeidige Linie wirkt. In der klägerischen 60

Kennzeichnung dominieren demgegenüber mehrfach richtungswechselnde Linien, die eine gänzlich andere Grundstruktur des Zeichens vermitteln. Die Unterschiede sind nach dem Gesamteindruck und selbst bei einer bloß flüchtigen Erinnerung an die Marken der Beklagten derart offensichtlich, dass diese trotz bestehender Warenidentität und großer Kennzeichnungskraft der geschützten Marken insgesamt durchschlagen, so dass eine Verwechslungsgefahr nicht angenommen werden kann. Soweit die Beklagte darauf hinweist, dass sie ihre Marken bedingt durch technische, modische, material- und stilbedingte Vorgaben in den verschiedensten Formen variiert und es dabei immer wieder vorkommt, dass sich die Farbe oder das Material des jeweiligen Formstreifens in dem Schuh an anderer Stelle fortsetzt oder wiederfindet oder aber auch die vordere Ecke des Formstreifens "abgeschnitten" wird, ist festzustellen, dass sie hiermit teilweise selbst von den für sie geschützten Marken abweicht. Ihre weiteren Variationen sind markenrechtlich nicht ohne weiteres geschützt. Es mag insofern zwar zutreffen, dass der Verkehr es – nach eigenem Wortlaut der Beklagten – gewohnt ist, gegebenenfalls einen an der vorderen Spitze etwas "verstumelten" Formstreifen vorzufinden. Über solche Variationen kann indes der Schutzzumfang der Marke nicht ausgeweitet werden, zumal die Beklagte den Eindruck von dem geschützten Formstrip hierdurch potentiell selbst noch verwässert. Es resultiert hieraus aus den genannten Gründen nach wie vor keine Verwechslungsgefahr. Eine allenfalls noch bestehende assoziative Verbindung, die der Verkehr über die Übereinstimmung des Sinngehalts der Marken zwischen diesen eher theoretisch herstellen könnte, begründet insoweit noch keine Gefahr von Verwechselungen (EuGH GRUR 1998, 387 – Springende Raubkatze).

2.

61

Es ist auch ein zielgerichteter Eingriff in den Gewerbebetrieb der Klägerin erfolgt, obgleich sich die ursprüngliche Abmahnung vom 13.02.2006 gegen die Fa. E gerichtet hat. Denn zum einen gehört zum geschützten Gegenstand des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs auch der Kundenstamm. In den Kundenstamm eines Herstellungsunternehmens wird unmittelbar eingegriffen, wenn die belieferten Abnehmer wegen einer Schutzrechtsverletzung abgemahnt werden. Dies gilt unabhängig davon, ob der Verwarnende vorher gegen den Hersteller der beanstandeten Gegenstände vorgegangen ist (OLG Nürnberg GRUR 1996, 48, zu § 23 PatG). Zum anderen hat die Beklagte aber auch in dem Verfahren Landgericht Nürnberg-Fürth 3 O 2001/06 unmittelbar die Klägerin angegriffen und entsprechende Unterlassung verlangt.

62

3.

63

Die Rechtswidrigkeit des Eingriffs kann alsdann nur aufgrund einer Interessen- und Güterabwägung beurteilt werden. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist ein offener Tatbestand, dessen Inhalt und Grenzen sich erst aus einer Interessen- und Güterabwägung mit der im Einzelfall konkret kollidierenden Interessensphäre anderer ergeben. Die Rechtswidrigkeit eines Eingriffs wird nicht indiziert, sondern ist in jedem Einzelfall unter Heranziehung aller Umstände zu prüfen (BGH GRUR 2006, 432 – Verwarnung aus Kennzeichenrecht II). Eine solche Abwägung führt vorliegend zur Feststellung der Rechtswidrigkeit der Schutzrechtsverwarnung. Denn durch den der Sache nach unberechtigten Eingriff hat die Beklagte die Klägerin und ihre Verbindung zu ihrer Kundin, der Fa. E, in eklatanter Weise geschädigt, zumal gerade auch die Vernichtung der dort vertriebenen Schuhe verlangt worden war.

64

II.

65

66

Die unberechtigte Verwarnung aus dem Kennzeichenrecht war schuldhaft. Die Beklagte hat die Beurteilung des Gesamteindrucks der Streifenkennzeichnung der Klägerin schuldhaft fehlerhaft vorgenommen. Dabei werden Art und Umfang der Sorgfaltspflichten eines Verwarners maßgeblich dadurch bestimmt, inwieweit er auf den Bestand und die Tragfähigkeit seines Schutzrechts vertrauen darf (BGH GRUR 2006, 432 – Verwarnung aus Kennzeichenrecht II). Ein besonderes Vertrauensmoment zugunsten der Beklagten hat im Streitfall nicht vorgelegen. Sodann traf es, anders als die Beklagte meint, im Hinblick auf die Abmahnung gegenüber der Fa. E keineswegs zu, dass die nach oben verlaufende Applikation in der Streifenkennzeichnung der Klägerin kaum wahrnehmbar war. Die Abweichungen waren vielmehr, wie oben ausgeführt, evident deutlich. Dabei wurde von der Beklagten (ohne dass es hierauf letztendlich ankommt) auch mit als maßgeblich angesehen, dass die Streifenkennzeichnung auf dem Schuh der Klägerin vermeintlich nur in einer Teilform ohne den oberen Teil zu betrachten sei, weil der Schuh mit einer Hose über dem Saum des Schuhs getragen werde. Dies kann schon deshalb kein Maßstab sein, weil der Schuh, etwa im Sommer, mitunter ohne eine überdeckende lange Hose getragen wird oder auch bei Bewegung oder beim Sitzen vollständig sichtbar ist. In der Abmahnung gegenüber der Fa. E wurden die maßgeblichen Unterschiede der Kennzeichnungen, die den Gesamteindruck ausmachen, vor allem nicht einmal hinreichend angesprochen. Vielmehr wurde an dieser Stelle lediglich berücksichtigt, dass die beanstandete Kennzeichnung "geringfügig dicker" erscheine. Dies war ersichtlich als tatsächliche Grundlage für die Beurteilung und die Schutzrechtsverwarnung defizitär. Die Beurteilung der Beklagten war von daher zumindest in Form der Fahrlässigkeit rechtsirrig. Ein schuldhafter Irrtum vermag die Beklagte insoweit nicht zu entlasten. Es ist eben nicht, wie die Beklagte unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 94, 271 – Sprechmaschine) und des BGH (NJW 1974, 315 – Maschenfester Strumpf) meint, feststellbar, dass sie sich ihre Überzeugung durch eine gewissenhafte Prüfung gebildet bzw. sich bei ihrem Vorgehen von "vernünftigen und billigen" Überlegungen hat leiten lassen. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der von der Beklagten vorgelegten Gerichtsentscheidungen mit abweichenden Formgebungen, die keineswegs in relevanter Weise vergleichbar sind. Dabei spielt es keine Rolle, dass bis zur mündlichen Verhandlung vor dem OLG Nürnberg damals zwei Kollegialgerichte und nunmehr auch das erstinstanzliche Gericht dies anders gesehen und eine Verwechslungsgefahr bejaht haben. Ein guter Glaube des Verwarners an sein Schutzrecht ist für die Beurteilung der Berechtigung einer Schutzrechtsverwarnung ebenso wenig erheblich wie der Umstand, dass ein Gericht eine Schutzrechtsverletzung in einem anderen Verfahren oder in einer früheren Instanz angenommen hat. Ebenso wenig wäre umgekehrt zu Lasten der Beklagten maßgeblich, dass diese sich nach entsprechender mündlicher Verhandlung vor dem OLG Nürnberg unterworfen und sich verpflichtet hat, sich künftig keiner entsprechenden Markenrechtsverletzung zu berühen. Das "Zählen" der zu ihren Gunsten streitenden Gerichtsentscheidungen ist auch deshalb ohne Belang, weil das OLG Nürnberg bei streitiger Entscheidung vermutlich die beiden vorherigen landgerichtlichen Entscheidungen abgeändert und in den Entscheidungsgründen seine abweichende Rechtsansicht zu Lasten der Beklagten dargestellt hätte. Zudem gab es all diese Entscheidungen zum Zeitpunkt der der Sache nach nicht begründeten Abmahnung noch gar nicht. In einen Konflikt mit konkreten abweichenden früheren Gerichtsentscheidungen in Bezug auf den streitgegenständlichen Schuh konnte die Beklagte seinerzeit nicht treten. Auch könnte eine gegebenenfalls grenzwertige Gerichtsentscheidung, die an den verschiedenen Gerichten unterschiedlich ausfallen mag, die Beklagte deshalb nicht entlasten, weil ihr die Prüfung der Abmahnberechtigung in eigener Verantwortung oblag. Die Beklagte hat nunmehr aber eine Gestaltung angegriffen, die keineswegs verwechslungsfähig, jedenfalls alles andere als klar verletzend war. Gleichwohl hat sie unter Außerachtlassung erheblicher gestalterischer Unterschiede der angegriffenen Ware und unter fehlerhafter Einschätzung der Sach- und

Rechtslage die in Rede stehende Abmahnung ausgebracht und so nunmehr bewusst "den Stein ins Rollen gebracht" und damit eine nicht berechnigte Schädigung der Klägerin veranlasst.

III.

67

Indes kann nicht festgestellt werden, dass der Klägerin durch die unberechtigte Markenverletzungsabmahnung der von ihr geltend gemachte Schaden entstanden ist. Diesen hat sie trotz diverser diesbezüglicher Hinweise durch das erstinstanzliche Gericht und trotz ausdrücklicher wiederholter Rüge durch die Beklagte schon nicht substantiiert dargetan. Das Landgericht hatte seine abweisende Entscheidung auch hierauf gestützt. Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung hierauf ebenfalls noch einmal hingewiesen. Ausreichender Beweis für den geltend gemachten Schaden und seine Höhe wurde von Seiten der Klägerin zudem nicht angeboten.

68

Die Klägerin hat als Schaden den durch die Fa. E mit Schreiben vom 16.06.2006 in Rechnung gestellten Betrag von 184.154,85 \$ = 145.565,44 € und die Einlagerungs- und Vernichtungskosten von 29.803,20 € gemäß Rechnung der Fa. L vom 15.11.2006 geltend gemacht. Die Beklagte hat die Rechnungen ebenso zulässig bestritten wie die Behauptung der Klägerin, die Schuhe seien aus 1.000 Filialen der Fa. E zusammengesucht und ihr wieder zur Verfügung gestellt worden. Darüber hinaus hat die Beklagte mit diversen konkreten Beanstandungen die Richtigkeit der Rechnungen und die Begleichung der Rechnungen durch die Klägerin bestritten. Damit war der Vortrag der Klägerin zum Schaden insgesamt und im Detail streitig.

69

1.

70

In Bezug auf die erste Rechnung der Fa. E vom 16.06.2006 ('debit note') bleibt eine Aufschlüsselung der Schäden nach wie vor im Dunkeln. Die Klägerin hat nach wie vor nicht vorgetragen, wie sich die Schäden im Einzelnen zusammensetzen und woraus sich die in Rechnung gestellten aufgeführten Beträge ergeben. Dies war auch insofern nicht entbehrlich, als in Bezug hierauf Ungereimtheiten und Widersprüchlichkeiten bestanden. Weder ist nachvollziehbar, ob und inwieweit es sich hierbei tatsächlich nach Art, Umfang und Farbe um die hier gelieferten Schuhe handelte. Eine Zuordnung zu den hier in Rede stehenden Schuhen ist nicht möglich. Die Stückzahlen der hiernach zurückgegebenen Schuhe und der nach Behauptung der Klägerin vernichteten Schuhe weichen nicht unerheblich voneinander ab. Es ist nicht erkennbar, dass sich die Artikelnummern, Bestellnummern und Mengen der Bestellungen und Preise aus der Rechnung mit den früheren Bestellungen bei der Klägerin decken. Die Abrechnung kann nicht ohne weiteres in Einklang gebracht werden mit der Rückführung der Ware. Auf dieses Defizit hatte schon das Landgericht hingewiesen, die Beklagte hat dies in ständiger Wiederholung getan. Keineswegs ausreichend war insoweit der durch den Zeugen u unter Beweis gestellte Vortrag, dass die Fa. E in einer Notfallaktion im Anschluss an die Verwarnung vom 13.02.2006 in all den 1000 E-Filialen die Schuhe der Klägerin eingesammelt habe, dass sich die Schuhe in Unordnung befunden hätten und ohne Verpackung, so dass sie nicht hätten wiederverwendet können und hätten vernichtet werden müssen. Es wäre der Klägerin im diesem Zusammenhang ein Leichtes gewesen, die Kaufverträge mit der Fa. E vorzulegen, um auf diese Weise die geltend gemachten Rechnungsposten plausibel zu machen. Soweit die Klägerin nunmehr die Erklärung des Herrn T2 vom 02.06.2009 vorgelegt hat, ist wiederum nicht ersichtlich und klar, wie sich die Auflistung konkret aufschlüsselt. Die Beklagte hat die Richtigkeit dieser Erklärung auch in zulässiger Weise mit Nichtwissen bestritten, so dass insoweit nur von einem streitigen Parteivortrag von Seiten der Klägerin auszugehen ist. Als Zeugen hat die Klägerin Herrn T2

71

in diesem Zusammenhang weder schriftsätzlich noch im Senatstermin benannt. Zudem wäre die Vorlage der Erklärung vom 02.06.2009 insofern gemäß § 531 ZPO prozessual verspätet, als es auf grober Nachlässigkeit beruht, wenn die Klägerin nunmehr erst in zweiter Instanz versucht, hinsichtlich der Darlegung ihres Schadens nachzubessern.

2.

72

Was die Rechnung L (Anl. K 8) angeht, so hatte die Beklagte im Detail beanstandet, dass diese Rechnung inhaltlich falsch und nach Art und Umfang nicht zutreffend sein konnte. Dass diese Abrechnung überhaupt nicht zutreffend ist, wird nunmehr von der Klägerin selbst eingeräumt, wenn auch mit der Begründung, dass keine Möglichkeit bestanden habe, die ursprünglichen Unterlagen für jede einzelne Teillieferung aufzufinden, und dass deshalb "eine Rechnung mit Angabe allgemeiner Daten bezüglich einer anderen Lieferung" eingefügt worden sei. Hierzu hat sie eine entsprechende Bestätigung der Fa. L vom 23.06.2009 vorgelegt. Unstreitig jedenfalls ist die vorgelegte Rechnung Anl. K 8 danach falsch. Sie kann aufgrund dessen der Schadensfeststellung nicht zugrunde gelegt werden. Auf andere Weise ist der diesbezügliche Schaden betreffend Lagerung und Vernichtung nicht dargetan und unter Beweis gestellt. Soweit mit der Berufung Fotos der Vernichtung vorgelegt worden sind, lassen diese in keiner Weise erkennen, wo sie aufgenommen worden sind und welche Schuhe dort genau vernichtet worden sind, insbesondere auch, ob es sich 1:1 um die Schuhe handelt, für die die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit Schadensersatz verlangt. Die Beklagte hat nämlich nicht nur bestritten, dass die streitgegenständlichen Schuhe überhaupt – insgesamt und vollständig – vernichtet wurden, sondern auch, dass die auf den Fotos abgebildeten Schuhe diejenigen sind, die hier Streitgegenstand sind. Auch aus dem Vernichtungsbeleg der Fa. W3 vom 17.11.2006 geht nicht hervor, dass es sich hierbei um die Vernichtung der von der Beklagten angegriffenen Schuhe handelte.

73

Der Schaden und die Schadenshöhe sind von daher ebenso wenig überprüfbar dargetan wie belegt. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Zeuge u von der Klägerin im Senatstermin undifferenziert zur Richtigkeit der Rechnungen benannt worden ist. Eine Einvernahme des Zeugen würde insoweit auf eine zivilprozessual unzulässige Ausforschung hinauslaufen.

74

3.

75

Dahin stehen können schließlich die Umstände, die eine Verletzung der Schadensminderungspflichten der Klägerin begründen könnten. Bereits am 28.07.2006 war durch den Verzicht der Beklagten vor dem OLG Nürnberg klar, dass keine weiteren Schritte der Beklagten gegen die streitgegenständlichen Schuhe zu erwarten waren. Gleichwohl wurden die Schuhe nach Darstellung der Klägerin noch bis Oktober eingelagert und erst am 17.11.2006 vernichtet. Die Parteien streiten in diesem Zusammenhang im Einzelnen um die von der Klägerin behauptete Unordnung der Ware bei ihrer Rückgabe durch die Fa. E im Rahmen einer "Notsammlung", um die Frage, ob es sich um noch verkäufliche Saisonartikel handelte oder nicht, ob auch bei fehlender Sortierung ein Verkauf über sog. Posten- und Schnäppchenmärkte möglich gewesen wäre, ferner darum, ob die Vernichtung günstiger war als eine Neuvermarktung. Die Darlegungs- und Beweislast für das (Mit-) Verschulden trägt insoweit grundsätzlich zwar der Ersatzpflichtige, also hier die Beklagte. Der Geschädigte, d.h. die Klägerin, muss aber, soweit es um Umstände aus seiner Sphäre geht, an der Sachaufklärung mitwirken. Er muss erforderlichenfalls darlegen, was er zur Schadensminderung unternommen hat (vgl. insoweit Palandt-Grüneberg, BGB, 69. Aufl. 2010, § 254 Rn. 72 m.w.N.). Dass und inwieweit die Klägerin nach dem 28.07.2006 trotz der behaupteten Unordnung der Schuhe noch ein Ab- oder Sonderverkauf hätte vornehmen

76

können und müssen, muss freilich nicht mehr entschieden werden.

4. 77

Mangels ausreichender Darlegung zum Schaden und zur Höhe fehlt schließlich auch die Schätzgrundlage für die Annahme eines etwaigen Mindestschadens. Da die Rechnungsgrundlagen ebenso bestritten sind wie die schriftlichen Erklärungen des Zeugen T2 vom 02.06.2009 kann weder ein Mindestschaden noch letztlich überhaupt eine Haftung der Beklagten festgestellt werden. 78

V. 79

Da das Versäumnisurteil vom 09.10.2008 keinen Bestand hat, kann die Beklagte von der Klägerin aus § 717 II ZPO die Rückzahlung des aus der Zwangsvollstreckung erlangten Betrages nebst Zinsen verlangen. 80

VI. 81

Die Kostentscheidung folgt aus §§ 97 I, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 82

Die Zulassung der Revision ist im Hinblick auf das Problem der Schadensdarlegung im Einzelfall nicht veranlasst, § 543 I ZPO. 83