
Datum: 14.10.2009
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 44/09
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2009:1014.6U44.09.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 33 O 250/08
Normen: MarkenG §§ 3 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 1 u. 2, 14 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 6, 19 As. 2 (a.F.) BGB §§ 31, 242, 677, 683

Tenor:

I.) Auf die Berufung der Beklagten wird das am 10.3.2009 verkündete Ur-teil der 33. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 33 O 250/08 - teilweise abgeändert und im Hauptausspruch wie folgt neu gefasst:

1.) Die Beklagten werden unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten verurteilt, es zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland zur Kennzeichnung von Bekleidungsstücken ein "C.", das in einen dieses umgebenden fast geschlossenen Kreis einbeschrieben ist, gemäß den nachfolgend wiedergegebenen leicht vergrößerten Abbildungen, insbesondere auf Knöpfen und Reißverschlusszippern, zu benutzen, insbesondere Bekleidungsstücke mit diesem Kennzeichen anzubieten, in den Verkehr zu bringen und/oder zu bewerben, einzuführen und/oder auszuführen:

(Hier wurde ein Bild entfernt)

2.) Die Beklagten zu 1) - 3) werden verurteilt,

a) der Klägerin Auskunft zu erteilen über Art und Umfang der von ihnen gem. Ziff. I 1.) vorgenommenen Handlungen, und zwar durch Vorlage eines Verzeichnisses, aus dem sich ergeben:

aa) die Menge der vertriebenen Waren, die Lieferzeiten und Lieferpreise;

bb) die Gestehungskosten unter Aufgliederung der Kostenfaktoren im einzelnen;

cc) Art und Umfang der betriebenen Werbung, gegliedert nach Wer-beiträgen, Auflagenzahl, Erscheinungszeit und Verbreitungsgebiet;

dd) Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer und gewerblichen Adressaten von Angeboten;

b) Ein- und Verkaufsbelege, Rechnungen, Lieferscheine und Auftragsbestätigungen vorzulegen.

3.) Es wird festgestellt, dass die Beklagten zu 1) - 3) als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin jeden Schaden zu ersetzen, der dieser durch die unter Ziffer I 1.) beschriebenen Handlungen entstanden ist oder noch entstehen wird.

4.) Die Beklagten zu 1) - 3) werden gesamtschuldnerisch verurteilt, an die Klägerin zu Händen ihrer Prozessbevollmächtigten 4.869,80 € und zu Händen der Patentanwälte X. & X., L. 9, XXXX. O., weitere 4.869,80 € zu zahlen, jeweils zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.9.2008.

5.) Die Beklagte zu 4) wird verurteilt, an die Klägerin zu Händen ihrer Prozessbevollmächtigten 3.914, 80 € und zu Händen der Patentanwälte X. & X., L. 9, XXXX. O. weitere 3.914, 80 € zu zahlen, jeweils zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.9.2008.

6.) Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

II.) Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

III.) Die Anschlussberufung der Klägerin wird, soweit sie die Abweisung des Anspruches auf Erstattung einer Besprechungsgebühr zum Gegenstand hat, als unbegründet zurückgewiesen und im übrigen als unzulässig verworfen.

IV.) Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz verteilen sich wie folgt:

Von den Gerichtskosten und den außergerichtlichen Kosten der Klägerin tragen diese 3 %, die Beklagten je 22 % und die Beklagten zu 1) - 3) als Gesamtschuldner weitere 9 %. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) - 3) tragen diese zu 97 % selbst und im übrigen die Klägerin. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 4) tragen diese selbst zu 88 % und im übrigen die Klägerin.

Die Kosten des Berufungsverfahrens verteilen sich wie folgt:

Von den Gerichtskosten und den außergerichtlichen Kosten der Klägerin tragen diese 3 %, die Beklagten je 20 % und die Beklagten zu 1) - 3) als Gesamtschuldner weitere 17 %. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) - 3) tragen diese zu 97 % selbst und im übrigen die Klägerin. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 4) tragen diese selbst zu 84 % und im übrigen die Klägerin.

V.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten können jedoch die Vollstreckung des Unterlassungs- und des Auskunftsanspruches durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Sicherheitsleistung beträgt hinsichtlich der Unterlassungsverpflichtung 650.000 € und hinsichtlich der Auskunftspflicht 40.000 €.

Die Vollstreckung des Zahlungsanspruches können die Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Vollstreckung des Kostenerstattungsanspruches können die Parteien durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

VI.) Die Revision wird nicht zugelassen.

Begründung

A

Die Klägerin, das im Jahre 1932 gegründete Unternehmen "D.", ist Herstellerin von im oberen Preissegment angebotener sportlicher Damen- und Herrenbekleidung. Sie vertreibt darüber hinaus unter anderem auch Parfüms, Brillen, Schuhe und Lederwaren. Die Klägerin ist Inhaberin einer Vielzahl von Marken, insbesondere der Marken Nr. 1066147 (Anlage K 6), Nr. 39506079.6 (Anlage K 7) sowie Nr. 30239067.7 (Anlage K 10). Die drei als Wort-/Bildmarken eingetragenen Marken zeigen ein für das Unternehmen charakteristisches "C". Dieses weicht geringfügig von der üblichen Schreibweise eines "C" dadurch ab, dass der Mittelsteg zwischen beiden Kreisen nicht waagrecht, sondern schräg nach links unten verläuft und der untere Halbkreis etwa mittig auf den unteren Teils des oberen Kreisbogens stößt. Wegen der Einzelheiten der Ausgestaltung dieses in den Verkehrskreisen auch als "C-C." bezeichneten "C" wird auf die Grafik der Marke Nr. 30239067.7 (Anlage K 10) verwiesen. Die dort befindliche Umrandung des Buchstabens findet sich bei den beiden anderen als Anlagen K 6 und K 7 in das Verfahren eingeführten Marken nicht.

Die Beklagte zu 1) stellt ebenfalls Damenoberbekleidung her und vertreibt sie im mittleren Preissegment. Sie hat in der Winterkollektion 2007/2008 auf Knöpfen und Reißverschlusszippern das auf S. 3 dieses Urteils leicht vergrößert wiedergegebene Zeichen aufgebracht. Das Zeichen besteht – wie auf der von der Klägerin ebenfalls vorgelegten Originaljacke besser als in den Abbildungen zu erkennen ist - aus einem in herkömmlicher Schreibweise geschriebenen "C", das so in ein großes "G" hineingeschrieben ist, dass es wie von diesem weitgehend umrandet wirkt. Das angegriffene Zeichen ist zu Gunsten der Beklagten zu 4), einer Holding-Gesellschaft, als Marke eingetragen. Die Beklagte zu 2) ist die Komplementärin der Beklagten zu 1), der Beklagte zu 3) ist Geschäftsführer der Beklagten zu 2) und 4).

Dem vorliegenden Verfahren ist das Verfügungsverfahren 33 O 428/07 LG Köln vorausgegangen, in dem den Beklagten zu 1) – 3) durch Beschlussverfügung vom 8.1.2008 untersagt worden ist, sich zur Kennzeichnung von Bekleidungsstücken des streitgegenständlichen Zeichens zu bedienen. Im Anschluss an jenes Verfügungsverfahren hat am 31.01.2008 zwischen den Parteien eine Besprechung mit dem Ziel einer Streitbeilegung stattgefunden, die allerdings zu einer Einigung nicht geführt hat.

Die Klägerin hat Unterlassungs- und Auskunftsansprüche geltend gemacht und die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten begehrt. Weiter hat sie die Erstattung der Abmahnkosten und einer Besprechungsgebühr für die erwähnte Besprechung jeweils nebst Zinsen verlangt. Die Klägerin stützt sich auf § 14 Abs. 2 Nr. 2 und 3 MarkenG und sieht eine Verletzung insbesondere ihrer in der Anlage K 10 wiedergegebenen Marke Nr.

30239067.7, der nach ihrer Auffassung – wie den übrigen Klagemarken - eine gesteigerte Kennzeichnungskraft zukommt.

Die Beklagten haben die Kennzeichnungskraft der Klagemarken als von Hause aus durchschnittlich angesehen und eine gewisse Steigerung durch Bekanntheit eingeräumt, die allerdings zwischenzeitlich wieder gesunken sei. Dem stehe aber eine Schwächung durch im Einzelnen bezeichnete Drittmarken gegenüber. Eine Verwechslungsgefahr bestehe nicht, weil es an einer Ähnlichkeit der Zeichen fehle.

Das Landgericht hat den Unterlassungs-, Auskunfts- und Schadensersatzfeststellungsanträgen uneingeschränkt und den Zahlungs- und Zinsansprüchen überwiegend stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Die Kammer hat die Frage der Steigerung der Kennzeichnungskraft offengelassen, die Voraussetzungen für eine Schwächung nicht als gegeben angesehen und mit Blick auf die gegebene Warenidentität und eine angenommene Ähnlichkeit der Zeichen die Verwechslungsgefahr bejaht. Bei der Berechnung der Abmahnkosten hat das Landgericht bezüglich der Beklagten zu 3) und 4) einen niedrigeren Gegenstandswert und bezüglich der Beklagten zu 1) bis 3) eine Geschäftsgebühr in Höhe nicht von 1,5, sondern von 1,3 zu Grunde gelegt. Der Antrag auf Erstattung der Terminsgebühr ist wegen fehlender Kausalität zu der Verletzungshandlung abgewiesen worden. Zinsen hat die Kammer nur ab Rechtshängigkeit zuerkannt.

Im Berufungsverfahren, mit dem sie weiter die vollständige Abweisung der Klage erstreben, rügen die Beklagten, der Tenor erfasse auch erlaubte Handlungen. Zudem sei der Unterlassungsanspruch nicht begründet, weil der Schutzzumfang der Klagezeichen gering sei und nur die beschriebene besondere Schreibweise erfasse. Eine Steigerung der Kennzeichnungskraft könne nicht festgestellt werden, gleichwohl aber aus den erstinstanzlich angeführten Gründen eine Schwächung der Klagezeichen. Die Beklagten halten ihre Auffassung aufrecht, eine Ähnlichkeit der Zeichen liege nicht vor und wiederholen ihre sogleich näher darzulegenden Einwände zu den Annexansprüchen. Die geltend gemachten Zahlungsansprüche sehen sie insgesamt nicht als geschuldet an.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil, soweit es zu ihren Gunsten ergangen ist, und hat Anschlussberufung eingelegt, mit der sie den abgewiesenen Teil ihrer Zahlungsansprüche weiter verfolgt und deren Zurückweisung die Beklagten beantragen. Die Teilabweisung der geltend gemachten Zinsansprüche ist nicht Gegenstand der Anschlussberufung. In der Berufungsverhandlung hat die Klägerin den Schadensersatzfeststellungsantrag gegen die Beklagte zu 4) zurückgenommen und den Unterlassungsantrag entsprechend der obigen Tenorierung redaktionell neu gefasst.

Wegen des Sachverhaltes im übrigen wird gem. § 540 Abs. 1 S. 1 Ziff. 1 ZPO auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

B

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, hat aber nur hinsichtlich der gegen die Beklagte zu 4) gerichteten Auskunftsansprüche sowie eines Teils der der Klägerin zuerkannten Kostenerstattungsansprüche Erfolg. Die Anschlussberufung der Klägerin ist teilweise unzulässig und im übrigen unbegründet.

I

Berufung der Beklagten

1.)	16
Zu Recht hat die Kammer die Beklagten verurteilt, die Benutzung des angegriffenen Zeichens zur Kennzeichnung von Bekleidungsstücken wegen gem. § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG bestehender Verwechslungsgefahr mit der aus der Anlage K 10 ersichtlichen Marke Nr. 30239067.7 ("C im Kreis") zu unterlassen. Es kann daher offenbleiben, ob auch die übrigen von der Klägerin angeführten Marken verletzt sind.	17
a)	18
Der Senat hat in dem früheren zwischen den Parteien geführten Verfahren 6 U 75/05 (MarkenR 06, 32), das ebenfalls die Anbringung eines "C" auf einem Reißverschlusszipper durch die Beklagten zu 1) bis 3) zum Gegenstand hatte, ausgeführt, dass und warum die Verwendung von Einzelbuchstaben an Kleidungsstücken in der Modebranche auch als herkunftshinweisend verstanden wird und deswegen markenmäßig erfolgt. Der Senat hält hieran fest und sieht diesbezüglich von weiteren Ausführungen im Hinblick darauf ab, dass die Beklagten die markenmäßige Benutzung ihres Zeichens nicht in Abrede stellen.	19
b)	20
Die Prüfung der Frage, ob bei einander gegenüberstehenden Marken die Gefahr einer Verwechslung besteht, ist auf der Grundlage des jeweiligen Gesamteindrucks der in Frage stehenden Marken vorzunehmen. Ob danach eine Verwechslungsgefahr begründet ist, ist unter Berücksichtigung der Nähe der in Betracht zu ziehenden Waren und/oder Dienstleistungen, für welche die zu vergleichenden Zeichen geschützt oder verwendet sind, sowie der Kennzeichnungskraft der Klagemarke und nach der Ähnlichkeit der zu beurteilenden Zeichen zu entscheiden, wobei die genannten, die Verwechslungsgefahr bestimmenden Faktoren in einer Wechselbeziehung dergestalt miteinander stehen, dass der Ähnlichkeitsgrad umso geringer sein kann, je größer die Kennzeichnungskraft und/oder die Warennähe ist, während umgekehrt ein höherer Ähnlichkeitsgrad erforderlich ist, wenn die Kennzeichnungskraft der Marke nur schwach und/oder der Warenabstand größer ist (ständige Rechtsprechung, vgl. z.B. BGH GRUR 09, 766, 768 – "Stofffähnchen"; GRUR 08, 258 – "INTERCONNECT/T-InterConnect"; GRUR 07, 1066, 1067 f – "Kinderzeit"; GRUR 05, 523 f – "MEY/Ella May"; GRUR 05, 419, 422, - "Räucherkatze"; GRUR 05, 326 - "il Padone/Il Portone"; GRUR 02,1067 f - "DKV/OKV"; GRUR 02,809,811 - "FRÜHSTÜCKS-DRINK I"; GRUR 02,814 f - "Festspielhaus"; GRUR 00, 875/876 – "Davidoff"; WRP 98, 755, 757 – "Nitrangin I"; EuGH GRUR Int 00,899 - "Marca/Adidas"; GRUR 1998, 387 - "Springende Raubkatze"). Dabei ist nicht auf den Standpunkt eines "flüchtigen", dem angesprochenen Verkehr zugehörigen Adressaten der Zeichen abzustellen, sondern auf denjenigen eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Adressaten der betroffenen Art von Waren oder Dienstleistungen. Ausgehend hiervon hat das Landgericht zu Recht eine bestehende Verwechslungsgefahr angenommen.	21
Die eingetragene Marke "C im Kreis" ist von durchschnittlicher Kennzeichnungskraft.	22
Eingetragenen Registermarken kommt auf der Grundlage der Rechtsprechung des BGH (GRUR 04, 600 - "D-C-Fix"; GRUR 02, 1067 - "DKV/OKV") von Hause aus mittlere Kennzeichnungskraft zu. Das gilt - wie der Senat bereits in seiner erwähnten früheren Entscheidung dargelegt hat – im Hinblick auf ihre ausdrückliche Erwähnung in § 3 MarkenG und in Abweichung zu der früheren Rechtslage nach § 4 Abs. 2 WZG - auch für einzelne Buchstaben. An dieser Auffassung ist auch angesichts der Angriffe der Berufung festzuhalten.	23

Die Beklagten, die erstinstanzlich noch die Auffassung vertreten hatten, die Kennzeichnungskraft sei angesichts des Umfangs der Benutzung sogar leicht gesteigert, meinen nunmehr, die Kennzeichnungskraft sei ganz gering und resultiere allein auf den Abweichungen des Klagezeichens von einem in einer Standardschrift geschriebenen "C". Dem kann nicht gefolgt werden. Im Ausgangspunkt sind – wie auch der Rechtsgutachter der Beklagten zugrundelegt – gem. § 3 Abs. 1 MarkenG auch Buchstaben als Marke schutzfähig. Die Schutzfähigkeit erfasst Buchstaben als solche, also in jeder beliebigen Schreibweise. Demgegenüber ist nicht Voraussetzung der Schutzfähigkeit, dass der Buchstabe etwa in einer verfremdeten Schreibweise geschrieben oder mit irgendwelchen Zusätzen versehen ist. Daher kann ein Buchstabe als solcher – anders als die Klagemarke des vorliegenden Verfahrens - auch als Wortmarke eingetragen werden.

24

Den Beklagten ist einzuräumen, dass die ausdrückliche Aufführung von Buchstaben in § 3 Abs. 1 MarkenG nichts über etwaige Schutzhindernisse bzw. den Umfang der im konkreten Einzelfall bestehenden Kennzeichnungskraft besagt. Der Unterschied zur früheren Rechtslage nach dem Warenzeichengesetz besteht im Ausgangspunkt lediglich darin, dass nicht mehr wegen eines unwiderleglich vermuteten Freihaltungsbedürfnisses Einzelbuchstaben vom Markenschutz ausgenommen sind (vgl. Ströbele/Hacker, 9. Aufl., § 8 Rz. 132 f.; Fezer, 4. Aufl., § 8 Rz. 226, 241). Es ist demnach auf der Grundlage der aus § 3 Abs. 1 MarkenG folgenden abstrakten Markenfähigkeit zu prüfen, ob und in welchem Umfang der Marke Unterscheidungskraft zukommt. Hierzu hat der BGH in dem Eintragungsverfahren "Buchstabe K" (GRUR 01, 161 f) für Einzelbuchstaben ausdrücklich dargelegt, dass die Verneinung der Unterscheidungskraft – wie allgemein bei Wortmarken – Feststellungen darüber voraussetze, dass der Verkehr den Buchstaben für bestimmte Waren- oder Dienstleistungen nicht als Herkunftshinweis verstehe. Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung vertreten die Beklagten die Auffassung, dem Buchstaben "C" komme in der Branche zwar Unterscheidungskraft zu, es bestehe aber angesichts der zahlenmäßigen Beschränktheit der Buchstaben des Alphabets und eines Interesses der Wettbewerber, die Initialen ihres Unternehmens zu verwenden, ein der Schutzfähigkeit des Buchstabens entgegenstehendes Freihaltebedürfnis. Aus diesem Grunde erstrecke sich die Kennzeichnungskraft der Klagemarke nur auf die Verfremdung des "C" sowie dessen Umrandung. Dieser Meinung vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Sie würde im Ergebnis dazu führen, dass – entgegen der in § 3 Abs. 1 MarkenG zum Ausdruck kommenden Intention des Gesetzgebers – Buchstaben als solche nicht als Marke benutzt werden könnten.

25

Die Eintragung eines Einzelbuchstabens als Marke setzt gem. § 8 Abs 2 Nr. 1 MarkenG voraus, dass dem Buchstaben nicht für die in Betracht kommenden Waren jede Unterscheidungskraft fehlt. Eintragungsvoraussetzung ist damit – wie bei jeder anderen Registermarke auch – das Bestehen einer Unterscheidungskraft. Das Zeichen muss also geeignet sein, den Verkehr auf die betriebliche Herkunft der gekennzeichneten Ware hinzuweisen. Diese Voraussetzung ist – wie der Senat in der schon erwähnten Entscheidung ausgeführt hat und auch die Beklagten ihren Ausführungen zugrundelegen – für Einzelbuchstaben in der Modebranche erfüllt: Der Verkehr ordnet z.B. das "G" dem Unternehmen Gucci und das "D" dem Unternehmen Dior zu. Aus diesem Umstand kann nicht mit den Beklagten hergeleitet werden, dass ein Freihaltebedürfnis für andere Unternehmen bestehe, die ihrerseits wegen gleichlautender Initialen ein Interesse an der Verwendung des Buchstabens als Zeichen haben. Das zeigt sich schon daran, dass auf dieser Grundlage Einzelbuchstaben nie eintragungsfähig wären, weil entweder ihnen schon die Unterscheidungskraft fehlen oder aber ein Freihaltebedürfnis entgegenstehen würde. Unabhängig davon liegt aber auch ein Freihaltebedürfnis nicht vor. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG

26

bestimmt das Freihaltebedürfnis bezüglich Warenmarken dahingehend, dass solche Marken nicht eingetragen werden dürfen, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die zur Beschreibung der jeweils betroffenen Waren dienen können. Ein Freihaltebedürfnis besteht damit für Angaben, die die Waren beschreiben (vgl. näher Ströbele a.a.O., § 8 Rz 222). Ein solches Freihaltebedürfnis wäre anzunehmen, wenn in der Modebranche bestimmte Einzelbuchstaben üblicherweise zur Beschreibung bestimmter Waren benutzt würden. Das ist indes nicht der Fall. Der Senat teilt die von den Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 6.10.2009 niedergelegte Auffassung, dass z.B. in der KFZ-Branche ein Freihaltebedürfnis für die Buchstaben D, I und T besteht, weil diese für die beschreibenden Angaben Diesel, Injektion und Turbo stehen. So ist die Situation in der Modebranche aber gerade nicht. Die Buchstaben "D" und "G" stehen hier nicht für irgendwelche beschreibenden Angaben, sondern als betrieblicher Herkunftshinweis auf die Unternehmen "Dior" bzw. "Gucci". Der Verkehr wird die Verwendung eines Buchstabens auf Kleidungsstücken aus den dargelegten Gründen regelmäßig als betrieblichen Herkunftshinweis und damit gerade nicht beschreibend auffassen. Gegen die kennzeichenmäßige Verwendung kann aber nicht eingewandt werden, es bestehe ein Freihaltungsbedürfnis, weil auch andere Marktteilnehmer ein Interesse daran hätten, das Zeichen kennzeichenmäßig, nämlich als Hinweis auf ihr Unternehmen, zu verwenden. Das gilt auch dann, wenn - wie dies bei Buchstaben der Fall ist - derartige Zeichen nur in begrenzter Anzahl zur Verfügung stehen. Die Kennzeichnungskraft erwächst damit aus dem gesamten Zeichen und ist von Hause aus durchschnittlicher Natur.

Der Senat hat in der erwähnten Entscheidung aus dem Jahre 2006 im Hinblick auf die dargelegte Präsenz der Klägerin am Markt noch eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft des "C-C." der Klägerin im oberen Bereich angenommen. Ob eine solche auch für die Klagemarke des "C im Kreis" und angesichts der gesunkenen Umsatzzahlen festgestellt werden könnte, lässt der Senat trotz des Umstandes offen, dass die Beklagten eine solche Steigerung in gewissem Maße erstinstanzlich noch eingeräumt haben.

27

Demgegenüber kann aus den von der Kammer im einzelnen dargelegten Gründen, denen die Beklagten im Berufungsverfahren nicht substantiiert entgegengetreten sind, und in Übereinstimmung mit den Ausführungen des von ihnen beauftragten Rechtsgutachters Prof. Erdmann auch nicht von einer Schwächung der Marke durch Drittzeichen ausgegangen werden.

28

Es bestehen Warenidentität und eine durchschnittliche Ähnlichkeit der Zeichen.

29

Das angegriffene Zeichen besteht aus einer Kombination der Buchstaben "G" und "D". Seine optische Wirkung ist je nach Lichteinfall verschieden. Dabei ist festzustellen, dass das in der Mitte angeordnete "C" immer gut zu erkennen ist, während nicht selten die Lichtspiegelung dazu führt, dass der übrige Teil des Zeichens nur schlecht wahrgenommen werden kann. Unabhängig davon ist die Ähnlichkeit auch dann durchschnittlicher Art, wenn der Betrachter die Ausgestaltung des beanstandeten Zeichens vollständig erfasst:

30

Die beiden Buchstaben "G" und "C" sind grafisch so gestaltet, dass der Buchstabe "C" von dem Bogen des "G" umfasst ist. Auf diese Weise sind gut 3/4 des Buchstabens "C" kreisförmig umschlossen. Es kann allerdings bei genauem Hinsehen erkannt werden, dass der Buchstabe "C" nicht von einem Kreis, sondern von einem "G" umfassen ist. Das ändert an der Ähnlichkeit aber wenig, weil eben der Buchstabe "G" zu einem wesentlichen Teil aus einem (großen) Kreisausschnitt besteht. Es kommt hinzu, dass die wenigen Elemente, die den Großbuchstaben "G" von einem Kreis unterscheiden, in dem Zeichen nur schlecht oder gar nicht zum Ausdruck kommen. So ist kaum wahrnehmbar, dass der "Kreis" im Bereich des unteren Bogens des "C" tatsächlich nicht kreisförmig, sondern senkrecht nach oben verläuft.

31

Zudem ist das einzige Element, das zu einer deutlichen Unterscheidung des "G" von einem Kreis beitragen könnte, nämlich dessen vertikaler, in die Mitte führender Strich, durch den unteren Bogen des "C" vollständig verdeckt und daher nicht sichtbar. Ein maßgeblicher Unterschied der Zeichen liegt allerdings darin, dass der Kreis bei der eingetragenen Marke einen nicht unerheblichen Abstand zu dem "C" einhält, während das "G" in dem angegriffenen Zeichen so eng an dem "C" anliegt, dass es dieses teilweise berührt. Dieser und die vorstehend dargelegten Abweichungen sind indes nicht so groß, dass von einer nur geringen Ähnlichkeit gesprochen werden könnte. Die Gegenansicht der Beklagten beruht auf der Annahme, es dürften nur die von einem "C" in üblicher Schreibweise abweichenden Elemente der Klagemarke bei dem Ähnlichkeitsvergleich herangezogen werden, der aus den dargelegten Gründen nicht zu folgen ist.

Angesichts durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Klagemarke und durchschnittlicher Ähnlichkeit der Zeichen ist bei bestehender Warenidentität die Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zu bejahen. 32

c) 33

Der Unterlassungsanspruch ist im oben formulierten, gegenüber dem Tenor des Landgerichts geringfügig redaktionell veränderten Umfang begründet. Das angegriffene Zeichen ist – durch Anbringung auf Knöpfen und Reißverschlusszippern – zur Kennzeichnung von Bekleidungsstücken verwendet worden, weswegen sich der Anspruch darauf erstreckt, das Zeichen künftig nicht mehr zur Kennzeichnung von Bekleidungsstücken zu benutzen. 34

Der Anspruch richtet sich nicht nur gegen die Beklagte zu 1) als Anbieterin der Waren und die Beklagte zu 2) als ihre Komplementärin sowie deren Geschäftsführer, den Beklagten zu 3), sondern auch gegen die Beklagte zu 4). Diese ist Inhaberin der streitgegenständliche Marke und hat durch deren Überlassung die Verletzungshandlungen ermöglicht. 35

Zu Unrecht wenden die Beklagten ein, der Antrag gehe deswegen zu weit, weil er auch Verwendungen erfasse, bei denen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem angegriffenen Zeichen auch die (voll ausgeschriebene) Unternehmenskennzeichnung "H. E." erscheine, die Verwechslungen ausschließe. Dieser Angriff geht fehl: Die Verwechslungsfähigkeit der Marke ist – jedenfalls außerhalb des hier nicht betroffenen Bereichs der vergleichenden Werbung (vgl. dazu EuGH GRUR 08, 698 – "O2") - ausschließlich aus dieser selbst und ohne Berücksichtigung des bildlichen Zusammenhanges, in dem sie verwendet wird, zu beurteilen. Sollte die weitere Kennzeichnung "H. E." so mit der hier angegriffenen verbunden werden, dass ein Kombinationszeichen entsteht, in dem das streitgegenständliche Zeichen eine selbständig kennzeichnende Wirkung nicht aufweist, wäre dies von dem Urteilstenor nicht erfasst. 36

2.) 37

Der Auskunftsanspruch ist gegen die Beklagten zu 1) – 3) in vollem Umfang begründet, gegen die Beklagte zu 4) ist die Klage insoweit abzuweisen. 38

a) 39

Die Beklagten beanstanden – unter ausschließlicher Bezugnahme auf § 19 Abs. 2 MarkenG a.F. - die Zuerkennung des Auskunftsanspruches auch im Umfang des (landgerichtlichen) Urteilstenors zu II b) und c). Die Kritik geht fehl: Der Auskunftsanspruch stützt sich insoweit nicht auf § 19 Abs. 2 MarkenG a.F., sondern auf § 242 BGB, weil die erstrebten Auskünfte als 40

Grundlage für die Schadensberechnung dienen sollen. Hierzu hat das Landgericht zutreffend ausgeführt, dass der Gläubiger im Erkenntnisverfahren noch nicht verpflichtet ist, zwischen den ihm zur Verfügung stehenden drei Berechnungsmethoden des Schadenersatzes zu wählen. Danach kann die Klägerin die Auskünfte über die Gestehungskosten (Urteilstenor zu II b) zumindest zur Berechnung des Verletzergewinns verlangen. Ihr stehen aber auch Auskünfte über den Umfang der betriebenen Werbung zu (Urteilstenor zu II c), weil der Umfang der Werbung Auswirkungen auf die Höhe der fiktiven Lizenzgebühr haben kann.	
b)	41
Soweit die Klägerin die Auskünfte auch von der Beklagten zu 4) verlangt, ist die Berufung begründet.	42
Die Klägerin macht mit den Anträgen zu II a) – c) auf § 242 BGB gestützte unselbständige Auskunftsansprüche zur Bezifferung von Schadenersatzanträgen geltend, hat aber den Antrag auf Feststellung der Schadenersatzpflicht gegen die Beklagte zu 4) in der mündlichen Verhandlung zurückgenommen. Nachdem sie so zum Ausdruck gebracht hat, etwaige Schadenersatzansprüche gegen die Beklagte zu 4) nicht weiter zu verfolgen, besteht ein Rechtsschutzbedürfnis für die Geltendmachung der Auskunftsansprüche nicht mehr.	43
Soweit die Klägerin mit dem Antrag zu II d) von der Beklagten zu 4) auch Auskünfte über Namen und Anschriften von Abnehmern und Adressaten von Angeboten verlangt, ist dieses auf § 19 Abs. 2 MarkenG a.F. gestützte Begehren unbegründet, weil nicht vorgetragen ist, dass die Beklagte zu 4) als reine Holdinggesellschaft die hierfür erforderliche Kenntnis hat.	44
3.)	45
Der nach Teilrücknahme des Antrags in der mündlichen Verhandlung noch gegen die Beklagten zu 1) – 3) geltend gemachte Antrag auf Feststellung der Schadenersatzpflicht ist begründet.	46
Die Beklagten wenden sich nicht gegen die zutreffenden Ausführungen der Kammer, wonach vom Eintritt eines schuldhaft herbeigeführten Schadens auszugehen ist. Für diesen Schaden haftet entgegen der Auffassung der Berufung auch der Beklagte zu 3). Dieser ist auch Geschäftsführer der Beklagten zu 2), die Komplementär-GmbH der Beklagten zu 1) ist, und hat daher im Rahmen der Organhaftung (§ 31 BGB) für die durch diese verursachten Schäden einzustehen.	47
4.)	48
Soweit sich die Berufung gegen die Verurteilung der Beklagten zur Erstattung von Abmahnkosten richtet, ist sie teilweise begründet.	49
Die Klägerin kann – was die Beklagten nicht in Abrede stellen – aus §§ 670, 677, 683 BGB die ihr entstandenen Abmahnkosten ersetzt verlangen.	50
a)	51
Das Landgericht hat mit dem Urteilstenor zu IV die Beklagten zu 1) – 3) zur Erstattung der Kosten der unter dem 11.12.2007 ausgesprochenen (ersten) Abmahnung verurteilt, obwohl sich diese nach ihrem Wortlaut nur gegen die Beklagte zu 1) gerichtet hat. Das beanstandet die Berufung zu Unrecht. Der Senat schließt sich hierzu der Begründung der Kammer an: In	52

dem der Abmahnung vom 11.12.2007 beigefügten Entwurf einer Unterlassungserklärung waren die Beklagten zu 2) und 3) ausdrücklich als Erklärende aufgeführt. Das konnte nur so verstanden werden, dass neben der in der Abmahnung selbst als einzige ausdrücklich erwähnten Beklagten zu 1) auch diese Funktionsträger abgemahnt sein sollten.

b) 53

Die danach von den Beklagten zu 1) – 3) zu erstattenden Abmahnkosten betragen ungeachtet der Beteiligung der Patentanwälte nur 4.869,80 €. Bei dem von der Kammer unangegriffen zugrundegelegten Gegenstandswert von 750.000,00 € beträgt eine Gebühr 3.746,00 €. Die nach der Entscheidung der Kammer zuzuerkennende 1,3-Gebühr beträgt danach abweichend von dem Urteilstenor zu IV nicht 4.889,80 €, sondern nur 4.869,80 €. Diesen Betrag hat die Klägerin im übrigen – wenn auch für die Terminsgebühr - in der Klageschrift selbst (S. 30) errechnet. 54

c) 55

Der Klägerin steht auch der Ersatz der ihr mit dem Urteilstenor zu V zuerkannten Kosten für die (zweite) Abmahnung vom 17.12.2007 gegen die Beklagte zu 4) zu. 56

Die Berufung ist aber begründet, soweit der Klägerin die Abmahnkosten auch gegen den Beklagten zu 3) zugesprochen worden sind. Die Abmahnung vom 17.12.2007 war zwar trotz ihrer Adressierung nur an die Beklagte zu 4) aus den vorstehend unter a) dargelegten, auch hier geltenden Gründen auch gegen den Beklagten zu 3) gerichtet. Sie ist aber nicht im Interesse des Beklagten zu 3) als Geschäftsherrn einer Geschäftsführung ohne Auftrag erfolgt, weil dieser bereits abgemahnt war. Die Abmahnung hatte nämlich denselben Gegenstand wie diejenige vom 11.12.2007. Dass nur die der Beklagten zu 4) im Entwurf übermittelte Unterlassungserklärung auch andere Waren als Bekleidungsstücke zum Gegenstand hatte, ist unerheblich, weil sich die Abmahnung trotzdem ausschließlich auf denselben Vorwurf, nämlich die Verwendung des Zeichens (nur) für Kleidungsstücke, bezogen hat. 57

d) 58

Die Beklagten haben der Klägerin im zuerkannten Umfang auch die Patentanwaltskosten zu ersetzen. 59

Es ist anerkannt, dass die Kostenbestimmung des § 140 Abs. 3 MarkenG, die die Erstattungsfähigkeit von gerichtlich angefallenen Patentanwaltskosten betrifft, auf die hier in Rede stehenden Abmahnkosten analog anzuwenden ist (vgl. Hacker, § 140, Rz. 53; im Ergebnis auch BGH GRUR 09, 888 – "Thermoroll"). Hierzu kommt es allein auf die Frage an, ob ein Patentanwalt mitgewirkt hat (BGH a.a.O.), nicht aber darauf, ob der sachbearbeitende Rechtsanwalt die Tätigkeit auch selbst hätte ausüben können (BGH a.a.O.). Danach können die Patentanwaltskosten nicht aberkannt werden, nachdem Patentanwalt Dr. M. die beanstandeten Kleidungsstücke in Münchner Einzelhandelsgeschäften entdeckt und die Abmahnverfahren eingeleitet hat. 60

II 61

Anschlussberufung der Klägerin 62

Mit ihrer (unselbständigen) Anschlussberufung verfolgt die Klägerin – bis auf den Zinsanspruch – den Klageantrag insoweit weiter, als er in erster Instanz aberkannt worden 63

ist.

Die Klägerin hat mit dem Antrag zu IV Kosten der Abmahnung der Beklagten zu 1) – 3) sowie der Besprechung am 31.1.2008 und mit dem Antrag zu V Kosten für die Abmahnung der Beklagten zu 3) und 4) geltend gemacht. Das Landgericht hat den Anspruch auf Erstattung der Besprechungsgebühr für gänzlich unbegründet angesehen und abweichend von dem Klageantrag zu IV hinsichtlich der durch die Abmahnung der Beklagten zu 1) – 3) entstandenen Kosten einen Ansatz nicht von 1,5, sondern nur von 1,3 angenommen. Die mit dem Antrag zu V verfolgten Kosten für die Abmahnung der Beklagten zu 4) hat die Kammer nach einem Gegenstandswert nicht von 750.000 € sondern von lediglich 500.000 € zuerkannt.

1. 65

Soweit sich die Anschlussberufung gegen die Zugrundelegung des geringeren Gebührenansatzes einerseits und des geringeren Gegenstandswertes andererseits richtet, ist sie unzulässig, weil es an einer Begründung fehlt. Die Anforderungen des § 519 Abs. 2 ZPO gelten auch für die Anschlussberufung (§ 524 Abs. 3 ZPO). Die Klägerin hat sogar ausdrücklich formuliert, Gegenstand der Anschlussberufung seien die geltend gemachten Terminsgebühren. Es kommt damit nicht darauf an, dass der niedrigere Gegenstandswert mit zutreffender Begründung (Urteil Seite 12) zu Recht festgesetzt worden und auch zumindest zweifelhaft ist, ob die Ausführungen Bl. 29 unter b) den geltend gemachten höheren Ansatz von 1,5 Gebühren rechtfertigen könnte.

2. 67

Soweit der Antrag auf Erstattung der der Klägerin durch die Besprechung am 31.1.2008 entstandenen Kosten abgewiesen worden ist, ist die Anschlussberufung zulässig, aber unbegründet.

Die Klägerin könnte zwar nicht – wie die Kammer hilfsweise angeführt hat – auf das Kostenfestsetzungsverfahren verwiesen werden, weil die Besprechungsgebühr ebenso wie vorgerichtliche Abmahnkosten dort nicht festgesetzt werden kann; ihr steht ein Erstattungsanspruch aber nicht zu.

Die Kosten könnten der Klägerin nur im Rahmen des gem. § 14 Abs. 6 MarkenG geschuldeten Schadensersatzes zustehen. Der Senat lässt offen, ob dies unter dem Gesichtspunkt der psychisch vermittelten Kausalität (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 67. Aufl., vor § 249 Rz 66, 77) auch angesichts des Umstandes in Betracht kommt, dass die Teilnahme der Anwälte der Klägerin auf deren freiem Entschluss beruhte. Ebenso kann dahinstehen, ob - wie die Beklagten erstmals in zweiter Instanz behaupten - das Gespräch nicht auf ihre, sondern die Initiative der Klägerin zustandegekommen ist. Denn die Parteien haben stillschweigend eine Vereinbarung dahingehend getroffen, dass Kosten für die Besprechung nicht geltend gemacht werden. Die Situation war dadurch gekennzeichnet, dass die Klägerin zwar im einseitigen Verfügungsverfahren eine einstweilige Verfügung erlangt hatte, aber noch gänzlich ungeklärt war, welche Seite sich nach Widerspruch im Verfügungsverfahren bzw. in einem Hauptsacheverfahren durchsetzen würde. In dieser Lage, in der auch die Klägerin die Führung eines Gespräches mit dem Ziel, eine gütliche Einigung zu finden, für sinnvoll gehalten hat, brachten die Parteien mit der Vereinbarung des Besprechungstermins zum Ausdruck, dass hierfür Kosten nicht geltend gemacht werden würden.

Hierfür spricht schon der Zweck des Termins: das Ziel, eine Einigung zur Beendigung der Auseinandersetzung zu erreichen, legt es zumindest nahe, nicht neue Ansprüche gegen den als potenziellen Verletzer angegriffenen Gesprächspartner zu begründen. Zudem wäre das Erreichen einer Einigung ebenso wie eine zeitgleich stattfindende Zwangsvollstreckung erschwert, wenn die Beklagten bei einem Scheitern auch noch für die Besprechungskosten der Klägerin hätten aufkommen sollen. Vor diesem Hintergrund war die Vereinbarung eines Besprechungstermins so zu verstehen, dass dafür Kosten nicht geltend gemacht werden würden.

C 72

Nebenentscheidungen 73

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 100 Abs. 4, 269 Abs. 3 S. 2, 525 ZPO. 74

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 75

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die der Entscheidung zugrundeliegenden Rechtsfragen sind einschließlich der Frage der Kennzeichnungskraft von Registermarken höchstrichterlich geklärt. Die Anwendung dieser Rechtsfragen auf den vorliegenden Einzelfall hat nicht im Sinne des § 543 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO grundsätzliche Bedeutung. Ebenso ist aus diesem Grunde eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes weder zur Fortbildung des Rechts noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 543 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO). 76

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird in Abänderung des Senatsbeschlusses (§ 63 Abs. 3 GKG) endgültig unter nachfolgender Aufgliederung auf 77

771.429,20 € festgesetzt: 78

Unterlassungsansprüche	650.000,00 €	79
Auskunft	40.000,00 €	
Schadensersatzfeststellung	60.000,00 €	
Anschlussberufung	<u>21.429,20 €</u>	
Gesamtwert	771.429,20 €	

Soweit sich die Berufung der Beklagten gegen ihre Verurteilung zur Zahlung von Abmahnkosten richtet (LG-Urteilstenor zu IV und V), bleiben die geltend gemachten Beträge wie in erster Instanz in Anwendung von § 43 Abs. 1 GKG außer Ansatz. Soweit die Klägerin den abgewiesenen Teil der Abmahnkosten und die Besprechungsgebühr in zweiter Instanz geltend macht, bilden die Beträge gem. § 43 Abs. 2 GKG den Wert der Anschlussberufung, weil mit dieser nur die Kosten und nicht die Hauptsache geltend gemacht wird. 80