
Datum: 18.02.2009
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 87/08
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2009:0218.6U87.08.00

Tenor:

1.) Die Berufung der Beklagten gegen das am 29.2.2008 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 81 O 140/07 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass

a) der Urteilstenor zu A I 1 a) in seinem verbalisierten Teil vor den Abbildungen (UA S. 2) folgende Fassung erhält:

"ohne Einwilligung der S. GmbH, P.-Straße XX, XXXX H. hergestellte und/oder erstmals in den Verkehr gebrachte Reinigungstücher, die mit dem Schriftzug

L.

gekennzeichnet sind, anzubieten, in den Verkehr zu bringen, zu importieren, zu exportieren, zu den genannten Zwecken zu besitzen und/oder an den Lieferanten zurückzugeben gemäß folgenden Abbildungen:",

b) der Urteilstenor zu A I 3 in seinem verbalisierten Teil vor der Auflistung (UA S. 5) folgende Fassung erhält:

"der Klägerin im Hinblick auf die in Ziffer 1 beschriebenen Verletzungshandlungen, die nach dem 9.9.2006 begangen

wurden, Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen und zwar in folgendem Umfang unter Beifügung der entsprechenden Belegkopien, nämlich Kopien der Auftragsbestätigungen und der Rechnungen der Lieferanten und der an die gewerblichen Abnehmer adressierten Rechnungen, Zeitungsanzeigen, Katalog- und Prospektwerbung, sowie Preislisten:" und

c) der Urteilstenor zu A I 5 anstelle des zweiten und dritten Absatzes (UA S. 6) unter Abweisung der weitergehenden Klage folgende Fassung erhält:

"Putztücher aus Gewebe und Gewirke mit Natur- oder Kunstfasern aller Art, Schwämme und Bürsten, alle vorgenannten Waren, soweit in Klasse 21 enthalten."

2.) Die Kosten des Berufungsverfahrens haben die Beklagten zu tragen.

3.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten können jedoch die Vollstreckung des Unterlassungs- des Auskunfts- und des Herausgabeanspruches durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit jeweils in gleicher Höhe leistet. Die Sicherheitsleistung beträgt hinsichtlich der Unterlassungsverpflichtung 150.000 €, hinsichtlich der Auskunftsverpflichtung 30.000 € und hinsichtlich des Herausgabeanspruches 20.000 €.

Die Vollstreckung des Zahlungsanspruches und des Kostenerstattungsanspruches 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.

4.) Die Revision wird nicht zugelassen.

B e g r ü n d u n g

A

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

1

2

3

4

Die Beklagten stützen ihre mit umfangreichen Rechtsausführungen begründete, auf die vollständige Abweisung der Klage gerichtete Berufung in erster Linie darauf, dass wegen der Elemente "B. d." innerhalb der Klagemarke B. D. L. eine Verwechslungsgefahr nicht bestehe. Diese Zeichenbestandteile seien auf der Grundlage der Rechtsprechung des BGH mit zu berücksichtigen. Sie seien nicht rein beschreibend und träten auch – entgegen der Behauptung der Beklagten - nicht als (ausschließlicher) Hinweis auf die Herstellerin S. GmbH zurück. Darüber hinaus wiederholen die Beklagten ihre Auffassung, wonach die Markenmeldung durch die Klägerin rechtsmissbräuchlich gewesen sei, und führen weitere rechtliche Gesichtspunkte gegen die Klageansprüche an, auf die nachfolgend einzugehen ist.	
Die Beklagte zu 1) firmiert auf Grund eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses seit dem 23.11.2007 unter der Bezeichnung E. J. Vertriebs GmbH.	5
Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Auf Hinweis des Senats in der Berufungsverhandlung hat sie den Unterlassungsantrag zu I 1 und den Auskunfts- und Rechnungslegungsantrag zu III in der oben tenorierten Fassung gestellt.	6
B	7
Die Berufung ist zulässig, hat aber nur bezüglich des Löschungsanspruches teilweise Erfolg.	8
I	9
<u>Unterlassungsanträge</u>	10
Die Klägerin geht aus der für Microfasertücher in diversen Farben mit Priorität zum 31.5.2006 für die S. GmbH eingetragenen Wortmarke XXXXX B. D. L. wegen angenommener Verwechslungsgefahr aus § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG mit zwei Anträgen gegen die Verwendung des Zeichens L. für Reinigungs- bzw. Mikrofasertücher durch die Beklagten vor. Die Parteien streiten zur Frage der Verwechslungsgefahr nahezu ausschließlich über die Frage, ob – wie die Klägerin meint - in dem Klagezeichen allein auf L. abzustellen ist. Diese Frage ist zwar mit den Beklagten zu verneinen, gleichwohl sind die Ansprüche in der nunmehr tenorierten Fassung aus § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG begründet.	11
1.) Die Prüfung der Frage, ob bei einander gegenüberstehenden Marken im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG 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 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"). Bei alledem ist nicht auf den Standpunkt eines "flüchtigen", dem angesprochenen Verkehr zugehörigen Adressaten der	12

Zeichen abzustellen, sondern auf denjenigen eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Adressaten der betroffenen Art von Waren oder Dienstleistungen. Der Grundsatz, dass Ausgangspunkt der auf der Grundlage der dargestellten Determinanten zu beurteilenden Verwechslungsgefahr der durch die jeweiligen Marken vermittelte Gesamteindruck ist, schließt es dabei allerdings nicht aus, dass einem einzelnen Zeichenbestandteil unter Umständen eine besondere, den Gesamteindruck des Zeichens prägende Kraft beizumessen ist und dass deshalb bei Übereinstimmung der Zeichen in dem jeweils prägenden Bestandteil die Gefahr von Verwechslungen zu bejahen sein kann (vgl. z.B. BGH GRUR 08, 258 Rz 25 – "Interconnect/T- Interconnect"; BGH GRUR 06, 859 f – "Malteserkreuz"; GRUR 06, 60 Rdz. 17 – "coccodrillo"; GRUR 02, 626, 628 - "IMS"; WRP 99, 189, 191 – "Tour de culture"; GRUR 96, 200 f – "Innovadiclophlont"; GRUR 96, 198 f - "Springende Raubkatze"). Dabei dürfen jedoch die übrigen Zeichenbestandteile nicht völlig außer Acht gelassen bzw. "abgespalten" und die Prüfung allein auf das prägende Element reduziert werden; denn es besteht kein Erfahrungssatz, der die Annahme rechtfertigte, einzelne Bestandteile eines Zeichens würden vom Verkehr nicht zur Kenntnis genommen (BGH GRUR 1996, 774 f – "falke-run/LE RUN"). Ausgehend von diesen Grundsätzen ist im Ergebnis mit dem Landgericht eine Verwechslungsgefahr zu bejahen:

a) Die Klagemarke weist für Microfasertücher eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft auf. 13

aa) Bei der Beurteilung der von Hause aus gegebenen Kennzeichnungskraft der Klagemarke ist - ungeachtet ihrer im Rahmen der Ähnlichkeit der Zeichen zu erörternden etwaigen Prägung durch L. – auf das Zeichen in seiner Gesamtheit abzustellen. Das (Gesamt-)zeichen B. D. L. ist ohne weiteres geeignet, zur Unterscheidung der Microfasertücher von solchen anderer Unternehmen zu dienen: Es enthält zwar mit den Elementen "b." und "d." beschreibende Anklänge, weil die Tücher unter Verwendung von Wasser gebraucht und die mit den Tüchern bearbeiteten Gegenstände dadurch sauber werden (sollen), aber diese Anklänge beschreiben schon die Tücher nicht, zudem ist das weitere Element "L. " uneingeschränkt kennzeichnend: so werden schon die wenigsten Verbraucher überhaupt wissen, dass es sich um die Bezeichnung für einen japanischen Zierkarpfen handelt, und hat im übrigen die Bezeichnung eines Microfasertuches mit dem Namen eines Fisches nichts Beschreibendes. 14

Anhaltspunkte für eine bereits von Hause aus bestehende Steigerung der Kennzeichnungskraft bestehen nicht. 15

bb) Die von Hause aus durchschnittliche Kennzeichnungskraft von B. D. L. ist auch weder durch Drittzeichen geschwächt, noch durch eine gesteigerte Verkehrsbekanntheit gestärkt. 16

aaa) Die Beklagten behaupten, das Zeichen L. schon seit Ende 2005 für Tücher zu nutzen. Ihr Vortrag hierzu vermag – seine Richtigkeit unterstellt - eine Schwächung der Klagemarke indes nicht zu begründen. Für die Frage der Schwächung durch Drittzeichen ist auf den Zeitpunkt der Priorität, also den Anmeldetag der Klagemarke, den 31.5.2006, abzustellen. Dass die angebliche Nutzung von L. in dem knappen Zeitraum von Anfang 2006 bis zum 31.5.2006 in einem Umfang geschehen wäre, durch den der Verkehr in relevantem Umfang auf diese Zeichennutzung aufmerksam geworden sein könnte, ergibt sich aus der Darstellung der Beklagten nicht. Ihre Behauptungen, sie habe das Zeichen auf Messen Ende 2005/Anfang 2006 bzw. Ende 2005 auf Produkteinlegern verwendet und ab Anfang 2006 seien alle von dem Zeugen T. bezogenen Tücher mit "L. " bezeichnet gewesen, genügen hierfür nicht, weil der Umfang der Lieferungen nicht mitgeteilt worden ist. 17

Dass weitere Drittzeichen benutzt worden seien, die eine Schwächung bewirkt haben könnten, tragen die Beklagten nicht vor.

bbb) Die Kennzeichnungskraft der Klagemarke war – was die Klägerin auch gar nicht in Anspruch nimmt – im Kollisionszeitpunkt auch nicht durch dafür hinreichende Benutzung gesteigert. 19

Die Tücher werden von der Klägerin – was unstreitig ist - in der aus der Anlage K 6 ersichtlichen Aufmachung vertrieben. Dort sind sie als "Vorreinigungstuch Ultra L. " bezeichnet und findet sich die Angabe "B. *D." getrennt von dieser Bezeichnung. Ob diese Ausstattung überhaupt eine Benutzung der eingetragenen Marke im Sinne des § 26 MarkenG darstellt, kann auf sich beruhen, weil die Benutzungsschonfrist noch nicht abgelaufen ist. Nimmt man eine rechtserhaltende Benutzung der Klagemarke an, so fehlt es für eine Steigerung der Kennzeichnungskraft an jeglichen Angaben zum Umfang dieser Nutzung bis zum Kollisionszeitpunkt. 20

Dem Umfang der Kennzeichnungskraft der Klagemarke kommt auch nicht zugute, dass die Klägerin bzw. die von ihr in den Vertrieb eingebundene C., wie aus der Anlage B 9 hervorgeht, auch die übrigen Produkte von Rositex in Ausstattungen mit der Angabe "B.* D.vertrieben. Eine Steigerung der Kennzeichnungskraft der Klagemarke setzt eine Bekanntheit gerade dieser Marke voraus und aus einem etwaigen Serienzeichen "B.* D." geht die Klägerin nicht vor. 21

b) Es besteht hinsichtlich des Unterlassungsantrags zu I 1) zumindest eine sehr hohe Warenähnlichkeit und hinsichtlich des Antrags zu I 2) sogar Warenidentität: 22

Die Klagemarke ist eingetragen für ein "*Microfasertuch in diversen Farben zur Reinigung aller glatten Oberflächen in trockener oder feuchter bis nasser Anwendung*". 23

Der Antrag zu I 1) betrifft "Reinigungstücher", nämlich – durch die Einbeziehung der konkreten Verletzungsformen - ein "Spezial Fasertuch" und ein "Spültuch". Es dürfte sich bei beiden Tüchern – nicht zuletzt ausweislich der Abbildungen – um Microfasertücher handeln. Sollte das nicht so sein, sind sie beide, auch das Spültuch, jedenfalls "Fasertücher" und damit den geschützten Reinigungstüchern höchstgradig ähnlich. Der Antrag zu I 2) betrifft ausdrücklich die abgebildeten "Mikrofasertücher", wobei sowohl das Spültuch, als auch das Fenstertuch, als auch das Universaltuch zur Reinigung von glatten Oberflächen in trockener oder feuchter bis nasser Anwendung dienen, weswegen Identität besteht. 24

c) Zwischen den Zeichen besteht eine schon durchschnittliche Ähnlichkeit. 25

aa) Es stehen sich mit B. D. L. ein älteres Mehrwortzeichen als Klagemarke und das jüngere aus dem einen Wort "L. " bestehende Zeichen gegenüber. Bei der Ähnlichkeitsprüfung ist nach der dargestellten Rechtsprechung von dem Gesamteindruck beider Zeichen, also auch der Klagemarke B. D. L. in ihrer Gesamtheit, auszugehen. Deren Gesamteindruck wird – das ist den Beklagten einzuräumen - von allen drei Bestandteilen und nicht allein von "L. " geprägt. Weder handelt es sich bei den Bestandteilen B. D. um rein beschreibende Angaben, noch führt eine Bekanntheit von "L. " zu einer selbständig kennzeichnenden Stellung innerhalb des Mehrwortzeichens B. D. L., noch sieht der Verkehr dessen Zeichenbestandteile B. D. ausschließlich als Unternehmenshinweis oder Serienmarke an. Schließlich führen auch die Bezeichnungsgewohnheiten in der Branche nicht zu einer Reduzierung des Gesamteindrucks auf "L. ". Die vorstehenden Fragen hat der Senat unabhängig von der Rechtsauffassung der Parteien zu beurteilen. Daher kommt es nicht darauf an, dass der 26

erstinstanzliche Vortrag der Beklagten entgegen der Auffassung des Landgerichts (Urteil S. 13) nicht dahingehend zu verstehen war, die "eigentliche" Namensfunktion komme ausschließlich L. zu.

(1) Eine aus mehreren Teilen zusammengesetzte Marke kann dann von einem ihrer Bestandteile geprägt werden, wenn die übrigen Teile zumindest weitgehend in den Hintergrund treten (vgl. BGH GRUR 08, 258 Rz 25 – "Interconnect/T- Interconnect"). Das kann dann der Fall sein, wenn die übrigen Zeichenbestandteile rein beschreibend sind. Die Zeichenbestandteile B. und D. sind indes nicht rein beschreibend. Vielmehr handelt es sich lediglich um beschreibende Anklänge, weil die Tücher – allerdings nicht bei trockener Anwendung, wie sie ausdrücklich auch im Warenverzeichnis aufgeführt ist – mit Wasser verwendet werden und eine Reinigung bewirken sollen. Dass es sich bei den mit Wasser zu verwendenden Produkten zur Reinigung um Tücher handelt, ergibt sich aus den Begriffen nicht.

27

(2) Eine Prägung von B. D. L. durch L. kann auch nicht mit Rücksicht auf eine Bekanntheit von L. in Alleinstellung angenommen werden.

28

Zwar hat der BGH in den Entscheidungen "City-Plus" (GRUR 03, 880), "Euro Telekom" (GRUR 07, 888) und "Malteserkreuz" (GRUR 06, 859) entschieden, dass der Verkehr einem Zeichen, das durch seine isolierte Verwendung eine zunehmend herkunftshinweisende Funktion erhalten hat, auch dann einen stärkeren Herkunftshinweis entnimmt, wenn ihm das Zeichen als Bestandteil eines anderen Zeichens begegnet; so liegt der Fall hier aber nicht:

29

In den Sachverhaltsgestaltungen, die den vorstehend zitierten Entscheidungen zugrunde lagen, fand sich ein isoliert verwendetes älteres Zeichen als Bestandteil in einem mehrgliedrigen jüngeren Zeichen wieder. Demgegenüber liegt dem vorliegenden Rechtsstreit die umgekehrte Konstellation zugrunde, in der das angegriffene jüngere Zeichen aus einem Bestandteil der zusammengesetzten älteren Klagemarke besteht. Dass in dieser Konstellation entsprechend der vorstehend dargestellten Rechtsprechung eine Prägung der Klagemarke auf L. in Betracht kommen könnte, erscheint zweifelhaft, kann aber dahinstehen. Denn jedenfalls würde dies voraussetzen, dass L. in Alleinstellung im Kollisionszeitpunkt bereits über eine gewisse Bekanntheit als Herkunftshinweis verfügt hat. Daran fehlt es. Die Klägerin hat die Bezeichnung "L. " nach ihrer Darstellung allerdings seit Anfang 2006 wie aus der Anlage K 6 ersichtlich für ein Vorreinigungstuch verwendet. Dass sich dadurch im Kollisionszeitpunkt am 31.5.2006 bei den angesprochenen Verbrauchern eine für die Annahme einer Prägung der Gesamtbezeichnung hinreichende Bekanntheit von L. in Alleinstellung entwickelt habe, ergibt sich aus ihrem Vortrag mangels jeglicher Angaben über den Umfang der Verwendung aber nicht.

30

(3) Die Klagemarke wird auch nicht deswegen von "L. " geprägt, weil die weiteren Zeichenbestandteile B. und D. , wie die Klägerin meint, lediglich einen Hinweis auf das Unternehmen der Herstellerin darstellen. Nach der Rechtsprechung des BGH kann Markenbestandteilen, die Firmennamen darstellen, bei der Beurteilung der Prägung des Gesamtzeichens eine nur untergeordnete Bedeutung zukommen (BGH GRUR 1996, 404 f - "Blendax Pep"; WRP 01, 165 – "Wintergarten"; "City Plus", a.a.O. S. 882). Erkennt der Verkehr, dass es sich bei jenem Bestandteil um die Bezeichnung etwa des Herstellerunternehmens handelt, so wird das Zeichen nicht von diesem Bestandteil geprägt. Anhaltspunkte dafür, dass der Verkehr B. D. als Bezeichnung des Herstellers auffassen könnte, bestehen indes nicht. Die Wortfolge tritt dem Verbraucher – wie aus der Anlage B 9 im einzelnen ersichtlich ist - in der für eine Herstellerangabe völlig unüblichen Form B. * D. entgegen, zudem firmiert die Herstellerin nicht als B. D. , sondern unter S. GmbH.

31

- (4) Eine Prägung der Klagemarke allein durch L. kann auch nicht aus den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen hergeleitet werden, wonach der Verkehr im Allgemeinen die eigentliche Produktkennzeichnung in dem Bestandteil des Zeichens erblickt, der neben einem als solchen erkennbaren Serienkennzeichen in dem Gesamtzeichen vorhanden ist (vgl. BGH GRUR 1996, 977 – "DRANO/P3-drano"; GRUR 99, 583, 585 – "Lora Di Recoaro"; GRUR 2002, 342, 344 – "ASTRA/ ESTRA-PUREN"). Denn der Verkehr nimmt die Angabe B. D. nicht als solches Serienzeichen war. Die Kennzeichnungspraxis der Herstellerin S. GmbH, wie sie aus den Produktabbildungen der Anlage B 9 hervorgeht, zeigt nämlich, dass diese für ihre unterschiedlichen Produkte als weitere Bezeichnungselemente weitgehend rein beschreibende Angaben wie "Zauberglanz", "Besenmopp" "Geschirrtuch" oder "microfaser Fuss-Matte" verwendet. Kommt danach als kennzeichnungskräftiger Teil der Zeichen – jedenfalls bei einem erheblichen Teil der Produkte – nur B. D. in Betracht, kann nicht davon ausgegangen werden, der Verkehr sehe mit Blick auf die Verwendung dieser Angabe für alle Produkte der Rositex diesen Bestandteil nicht als produktidentifizierend an. Denn es würde dann an einer Kennzeichnung der Produkte ganz fehlen. 32
- Es kommt danach nicht einmal darauf an, dass – worauf die Beklagten in der mündlichen Verhandlung zutreffend hingewiesen haben – der Verkehr die Vorstellung eines Serienzeichens in der kurzen Zeit zwischen dem Marktzutritt der Klägerin und dem Kollisionszeitpunkt am 31.5.2006 entwickelt haben müsste, wofür es schon am Vortrag der Klägerin über den hierfür erforderlichen Umfang der Bewerbung der Produkte oder sonstigen Bekanntmachung ihrer Bezeichnungen fehlt. 33
- Liegt danach ein Serienzeichen B. D. nicht vor, so kommt eine Prägung der Klagemarke auch für B. D. L. nicht in Betracht, obwohl in dieser Bezeichnung das verbleibende Element L. nicht beschreibend ist. 34
- (5) Schließlich führt auch der von der Klägerin noch angeführte Umstand, dass andere Anbieter (z.B. Vileda) für ihre Produkte auf individualisierende Zusätze ganz verzichten, nicht dazu, dass der Verkehr bei B. D. L. besonders auf "L. " hingewiesen wird und deswegen nur in dieser Angabe einen Herkunftshinweis sieht: Ob das der Fall sein könnte, wenn Rositex bzw. die Klägerin ebenfalls alle Produkte außer mit B. D. mit einem ausschließlich beschreibenden Zusatz versehen würde, kann offenbleiben. Angesichts der unter (4) beschriebenen Praxis, wonach die von der S. GmbH verwendeten zusammengesetzten Bezeichnungen neben B. D. einen weiteren Bestandteil enthalten, der in einigen Fällen kennzeichnungskräftig und in anderen Fällen rein beschreibend ist, sind alle drei Teile der Gesamtbezeichnung B. D. L. in die Ähnlichkeitsprüfung einzubeziehen. 35
- bb) Die Gegenüberstellung von B. D. L. in seiner Gesamtheit und L. für Reinigungstücher ergibt – was in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich angesprochen ist - eine Ähnlichkeit der Bezeichnungen, die schon als durchschnittlich anzusehen ist. 36
- Eine Ähnlichkeit der Zeichen kommt in klanglicher und (schrift-)bildlicher Hinsicht sowie nach dem Sinngehalt der Bezeichnungen in Betracht. Dabei reicht für die Bejahung einer Zeichenähnlichkeit nach gefestigter Rechtsprechung des BGH (vgl. GRUR 06, 60, Rz 17 – "coccodrillo" m.w.N.; GRUR 08, 719 Rz 35 – "idw Informationsdienst Wissenschaft") eine Ähnlichkeit in einem dieser Wahrnehmungsbereiche aus. Es liegt eine durchschnittliche Ähnlichkeit der Zeichen nach ihrem Sinngehalt vor. Auch bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Klagemarke kann nicht übersehen werden, dass der Verkehr die stark beschreibenden Anklänge der Bestandteile B. D. wahrnimmt. Der durchschnittlich unterrichtete Verbraucher verbindet auch ohne lateinische Schulkenntnisse mit dem Wort "b." die Vorstellung von Wasser, weil ihm Begriffe wie Aquarium, Aquarell und Aquaplaning 37

geläufig sind. Das Wort "d." hat in der Umgangssprache eine selbständige Bedeutung nach einem erfolgreichen Entzug und steht in diesem Zusammenhang für "sauber" und "rein". Der Verbraucher wird sich daher bei der Klagemarke in erster Linie an L. orientieren. Er wird, wenn ihm für zumindest nahezu dieselben Produkte nunmehr die Bezeichnung L. begegnet, zwar erkennen, dass es sich nicht identisch um die Klagemarke handelt, aber wegen der Identität von L. doch eine Ähnlichkeit zwischen beiden Zeichen wahrnehmen. Diese Ähnlichkeit nach dem – bei beiden Zeichen dem Durchschnittsverbraucher unbekannten – Sinngehalt ist auch bei der gebotenen Mitberücksichtigung von B. D. bereits als durchschnittlich anzusehen, weil L. als in der deutschen Sprache unbekannter Begriff die Aufmerksamkeit auf sich zieht und dieser Zeichenteil unverändert übernommen worden ist.

d) Danach ist eine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG begründet. Die Klagemarke ist von mittlerer Kennzeichnungskraft und die Warennähe ist hoch, teilweise liegt sogar Identität der Waren vor. Angesichts dessen genügt die festgestellte, schon den durchschnittlichen Bereich erreichende Ähnlichkeit der Zeichen, um eine Verwechslungsgefahr im Rechtssinne zu begründen. Dabei mögen die Unterschiede der Zeichen genügen, um eine unmittelbare Verwechslung der Zeichen im Regelfall zu verhindern, der Verkehr wird aber insbesondere angesichts der Blassheit der Begriffe B. und D. annehmen, der Inhaber der Marke B. D. L. habe den Beklagten die Verwendung des Zeichens L. für die (nahezu) identischen Produkte gestattet, und so zumindest einer Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne unterliegen. 38

2.) Trotz des Bestehens dieser Verwechslungsgefahr wären die geltend gemachten Unterlassungsansprüche unbegründet, wenn – wie der BGH u.a. in der Entscheidung "Cordarone" (GRUR 08, 160) formuliert hat - auf Seiten des Markeninhabers Umstände vorlägen, die die Geltendmachung des markenrechtlichen Schutzes als sittenwidrig i.S. des § 826 BGB oder als unlauter i.S. des § 3 UWG erscheinen lassen (st. Rspr. vgl. BGH, GRUR 2005, 414, 417 – "Russisches Schaumgebäck"). Solche Umstände können insbesondere darin liegen, dass der Zeicheninhaber in Kenntnis eines schutzwürdigen Besitzstands des Vorbenutzers ohne hinreichenden sachlichen Grund für gleiche oder gleichartige Waren die gleiche oder eine zum Verwechseln ähnliche Bezeichnung mit dem Ziel der Störung des Besitzstands des Vorbenutzers als Kennzeichen hat eintragen lassen (vgl. BGH, GRUR 1998, 1034, 1036 f – "Makalu"; GRUR 2000, 1032, 1034 – "EQUI 2000"). Das gem. §§ 3, 4 Nr. 10 UWG wettbewerbsrechtlich Unlautere kann auch darin liegen, dass ein Zeichenanmelder die mit der Eintragung des Zeichens kraft Zeichenrechts entstehende und wettbewerbsrechtlich an sich unbedenkliche Sperrwirkung zweckfremd als Mittel des Wettbewerbskampfes einsetzen will (vgl. BGH, GRUR 1980, 110 f - TORCH; GRUR 1998, 412, 414 – "Analgin"; GRUR 2005, 581 f – "The Colour of Élégance"; a.a.O. "Cordarone"; GRUR 08, 621, 624 – "Akademiks"). 39

Die Beklagten berufen sich hierzu auf eine Vorbenutzung von L. seit Anfang 2006 und meinen insbesondere, die Markenmeldung der Klägerin sei vorrangig mit dem Ziel erfolgt, eine Sperrwirkung (auch) für L. zu erzielen. Indes kann das Vorgehen der Klägerin nicht als im vorstehenden Sinne missbräuchlich angesehen werden: 40

a) Dass die Beklagten im Zeitpunkt der Markenmeldung am 31.5.2006 über einen schützenswerten Besitzstand an der Bezeichnung L. verfügt hätten, ergibt sich aus ihrem Vortrag nicht. Hierauf berufen sich die Beklagten, wie sie in der Berufungsverhandlung ausdrücklich klargestellt haben, auch nicht. 41

b) Es kann auch nicht festgestellt werden, dass die Anmeldung vorrangig mit dem Ziel erfolgt wäre, das Zeichen für die Beklagten oder andere Wettbewerber zu sperren. Die bloße 42

Vorbenutzung einer Kennzeichnung durch Dritte als solche begründet den Missbrauchsvorwurf nicht (vgl. Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 8 Rz 435), die S. GmbH war daher nicht schon deswegen an dem Eintragungsantrag – aus § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG – gehindert, weil die Beklagte das ungeschützte Zeichen L. verwendete. Die Schwelle der als bloße Folge des Wettbewerbs hinzunehmenden Behinderung ist erst überschritten, wenn das betreffende Verhalten bei objektiver Würdigung der Umstände in erster Linie auf die Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltung des Mitbewerbers und nicht auf die Förderung des eigenen Wettbewerbs gerichtet ist (BGH GRUR 08, 621, 624 – "Akademiks"; GRUR 07, 800 – "Außendienstmitarbeiter"; GRUR 05, 581 f – "The Colour of Élégance"). Soweit eine Benutzungsabsicht vorliegt, dient die Markenmeldung grundsätzlich auch dem eigenen Produktabsatz. Die Absicht, die Marke zweckfremd als Mittel des Wettbewerbskampfes einzusetzen, braucht jedoch nicht der einzige Beweggrund zu sein; vielmehr reicht es aus, wenn diese Absicht das wesentliche Motiv ist (BGH, GRUR 2000, 1032, 1034 - EQUI 2000). Das kann hier nicht festgestellt werden. Die Begründung einer wettbewerbswidrigen Sperrwirkung kann nur dann vorrangiges Motiv für die Markenmeldung am 31.5.2006 gewesen sein, wenn eine Nutzung von L. durch die Beklagten bereits in nennenswertem Umfang erfolgt war und die Klägerin hiervon wusste. Beides kann dem Vortrag der Beklagten nicht entnommen werden.

Der Vortrag der Beklagten ergibt einen Vertrieb von L. -Tüchern durch die Beklagte zu 1) erst ab Januar 2006: Es heißt zwar auf S. 55 der Berufungsbegründung, solche Tücher seien "ab etwa Oktober 2005" mit der Bezeichnung "L. " vertrieben worden; das soll aber durch die E. E. geschehen sein. Überdies findet sich in derselben Berufungsbegründung auf S. 7 die Darstellung, E. E. habe "etwa ab Anfang 2006" die Bezeichnung L. für die Tücher verwendet. Nach dem Vortrag der Beklagten in erster Instanz ist das Zeichen "auf Messen Ende 2005/Anfang 2006" bzw. "Ende 2005 auf Produkteinlegern" verwendet worden. Ein konkreter Anfangstermin ergibt sich mit der "Grünen Woche" in Berlin im Januar 2006, auf die sich die Beklagten in der Berufungsbegründung berufen haben. Legt man diesen zugrunde, so kann schon nicht festgestellt werden, dass die Beklagten in den verbleibenden ca. vier Monaten bis zur Markenmeldung das Zeichen L. in nennenswertem Umfang genutzt hätte. 43

Die Beklagten haben in erster Instanz vorgetragen, sie hätten "vom 1.1.07 bis 1.9.07 an 23 unterschiedlichen Messen in ganz Deutschland" teilgenommen. Dieser nach der Markenmeldung liegende Zeitraum ist indes nicht maßgeblich. In zweiter Instanz behaupten die Beklagten, sie hätten im Anschluss an die Grüne Woche im Januar 2006 "auch bei allen mehr als zwanzig weiteren Messen der Folgemonate" die Produkte unter der Bezeichnung "L. " ausgestellt. Es bestehen insoweit bereits Zweifel, ob die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO für eine Zulassung dieses Vortrags bestehen. Das kann aber dahinstehen, weil sich aus diesem neuen Vortrag nicht ergibt, dass überhaupt eine jener Anschlussmessen in den nur etwa vier Monaten zwischen der "Grünen Woche" und der Markenmeldung stattgefunden hat. Auch der – ebenfalls neue - Vortrag, ab Anfang 2006 seien alle von dem Zeugen T. bezogenen Tücher mit "L. " bezeichnet gewesen, vermag einen hinreichenden Umfang der Zeichennutzung nicht zu belegen. Allein der Umstand, dass der Abnehmer "W. "-Produkte vertreibt, besagt über den Umfang des Absatzes nichts. 44

Es kommt hinzu, dass auch nicht zugrundegelegt werden könnte, dass die Klägerin von der Zeichnungspraxis der Beklagten zu 1) bzw. der E. E. wusste. Der bestrittene Vortrag der Beklagten hierzu ab S. 57 der Berufungsbegründung ist neu und Gründe dafür, dass dies nicht auf ihrer Nachlässigkeit beruht, sind nicht erkennbar. Im übrigen ergibt sich aus dem Vortrag auch allenfalls, dass der Geschäftsführer der S. GmbH von der Verwendung des Zeichens L. durch die E. überhaupt wusste, was indes allein den Vorwurf der sittenwidrigen 45

Sperrwirkung nicht begründen kann. Eine bloße Vorbenutzung, durch die ein schützenswerter Besitzstand noch nicht erreicht worden ist, kann auch bei Kenntnis des Markenanmelders nicht den Vorwurf rechtfertigen, dieser handele in erster Linie zu dem Zweck, den Wettbewerber durch Sperrung des Zeichens an seiner Entfaltung zu hindern.

3. Die Klägerin ist zur Durchsetzung der Unterlassungsansprüche aktivlegitimiert. Die Klägerin ist Lizenznehmerin der S. GmbH. Das haben die Beklagten erstinstanzlich nicht bestritten. Ihre Formulierung auf S. 6 der Klageerwiderung, wonach "bestritten wird, dass die Klägerin exklusive Vertriebspartnerin und Lizenznehmerin der S. GmbH sein soll" ist im dortigen Kontext eindeutig und bezieht sich nur auf die Exklusivität der Stellung der Klägerin als Vertriebspartnerin und Lizenznehmerin, da im nachfolgenden Satz hervorgehoben wird, dass es im Internet eine Reihe weiterer Anbieter von "B. D. " – Produkten gebe. 46

Die Klägerin kann als Lizenznehmerin Ansprüche wegen der Verletzung der Marke gem. § 30 Abs. 3 MarkenG (nur) mit Zustimmung der Markeninhaberin geltend machen. Das Gesetz räumt ihr damit die Möglichkeit ein, das fremde Recht im eigenen Namen durchzusetzen (näher Hacker a.a.O. § 30 Rz 65). Angesichts dessen ist die "Vollmachtserklärung" vom 23.4.07 als Ermächtigung in diesem Sinne aufzufassen: Wer als Markeninhaber eine Vollmacht zur Wahrnehmung der Rechte aus der Marke erteilt, ist mit der Geltendmachung der Ansprüche einverstanden. 47

4. Die Beklagten zu 1) bis 3) sind auch sämtlich passivlegitimiert: 48

a) Beklagte zu 1) ist entgegen der Schlussformulierung in der Berufungsbegründung nach dem eindeutigen Wortlaut des Rubrums der Klageschrift und des Urteils nicht die E. E. GmbH, sondern die E. GmbH, die nach Umfirmierung heute E. J. Vertriebs GmbH heißt. Gegen diese sind die Ansprüche auch begründet. 49

Die Beklagte zu 1) ist allerdings erst am 21.12.2006 gegründet worden. Sie hat aber nach dem unwidersprochenen Vortrag der Klägerin die Geschäfte der E. E. übernommen. Die Beklagte zu 1) hat auch nicht in Abrede gestellt, dass sie (inzwischen) die Tücher vertreibt. Überdies belegt der Vollstreckungsschutzantrag, dass die Beklagte zu 1) sich durch das Verbot in ihrer geschäftlichen Tätigkeit gestört sieht, weswegen zumindest Erstbegehungsgefahr besteht. 50

b) Damit ist auch die Beklagte zu 2) als Geschäftsführerin der Beklagten zu 1) passivlegitimiert. 51

c) Das gilt auch für den Beklagten zu 3). Es ist der Entscheidung zugrunde zu legen, dass dieser im Februar 2007 auf der Messe in O. aufgetreten ist und Abnehmer der Klägerin aufgefordert hat, die L. Tücher künftig über ihn zu beziehen. Darin liegt eine nach Eintragung der Klagemarke am 26.7.2006 erfolgte Verletzungshandlung, die bezüglich des Beklagten zu 3) die Wiederholungsgefahr begründet. 52

Die Klägerin hat diese Verletzungshandlung in der Klageschrift hinreichend konkret beschrieben. Es heißt dort (auf S. 27) zwar nur "... auf der Messe in O. ...", dass damit aber konkret die Messe aus dem Jahre 2007 gemeint war, ergibt sich aus dem Umstand, das zwei Absätze vorher von Fotografien die Rede ist, die "am 28.2. 2007 auf der Messe in O. ... gefertigt worden sind". Die Beklagten haben diesen Vortrag in erster Instanz nicht bestritten. Ihre schon in erster Instanz geäußerte und mit der Berufungsbegründung wiederholte Kritik, es fehle an der Angabe einer Verletzungshandlung, die in die Zeit nach Anmeldung der Klagemarke falle, geht daher fehl. 53

Soweit die Beklagten diesen Vortrag nunmehr bestreiten, liegen Gründe für eine Zulassung dieses Vorbringens, die den Anforderungen des § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO genügen können, nicht vor.	54
5. Die Unterlassungsanträge sind damit begründet. Der Klägerin stehen die Unterlassungsansprüche gegen die Beklagten in der nunmehr tenorierten Fassung zu. Soweit damit den Bedenken der Beklagten gegen die Antragsfassung nicht Rechnung getragen ist, sind diese unbegründet. Den Beklagten ist auch die Rückgabe der markierten Tücher an den Lieferanten gem. § 14 Abs. 4 Nr. 2 MarkenG zu untersagen, weil dadurch die Gefahr ihres neuerlichen Inverkehrbringens besteht (vgl. Ingerl/Rohnke MarkenG § 14 Rz 190).	55
II	56
<u>Annexanträge</u>	57
1.) Die Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung von Auskünften folgt auf der Grundlage der von der Verwendung des Zeichens L. ausgehenden Verwechslungsgefahr aus § 242 BGB.	58
Die Verurteilung zur Auskunftserteilung ist in der nunmehr tenorierten Fassung, nämlich ohne den von dem Landgericht in der fünften Zeile verwendeten Begriff "insbesondere", entgegen der Zweifel der Beklagten nicht deswegen zu unbestimmt gefasst, weil die Vorlage "entsprechender" Belege gefordert wird. Der Gesamtzusammenhang zeigt, welche Auskünfte erteilt werden müssen, und die Formulierung gibt den Beklagten eindeutig auf, dass diese so belegt werden müssen, wie das der einzelnen Auskunft entspricht, also z.B. durch eine Auflistung der Lieferanten und der Abnehmer einerseits und eine Umsatzberechnung andererseits.	59
2.) Ohne Erfolg wenden die Beklagten ein, der Beginn der Auskunftspflicht sei mit zwei Wochen nach Bekanntgabe der Markeneintragung ab dem Einsetzen der schuldhaften Verletzung der Klagemarke zu früh angesetzt worden. Das landgerichtliche Urteil orientiert sich hierzu an der von den Beklagten zutreffend zitierten Entscheidung "Windsor Estate" des BGH (GRUR 07, 877 Rz 21), in der gleichfalls von zwei Wochen ausgegangen worden ist. Gründe dafür, den Beklagten im vorliegenden Verfahren eine längere Frist einzuräumen, sind nicht ersichtlich.	60
3.) Der Einwand, der Schadensersatzanspruch könne der Klägerin als Lizenznehmerin nicht zustehen, greift schließlich ebenfalls nicht durch.	61
Den Beklagten ist einzuräumen, dass der Klägerin als bloßer Lizenznehmerin ein originärer Schadensersatzanspruch nicht zustehen kann. Nach der Rechtsprechung des BGH (a.a.O. "Windsor Estate", Rz 32) ist es aber dem Markeninhaber gestattet, den Schaden des Lizenznehmers geltend zu machen. Es liegt damit ein Fall der Drittschadensliquidation vor. Dieser Anspruch ist indes abtretbar (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 67. Aufl., vor § 249 Rz 114) und hier an die Klägerin abgetreten.	62
C	63
<u>Löschungsantrag</u>	64
Bezüglich des Löschungsantrags ist die Berufung teilweise begründet.	65
	66

I. Zu Unrecht bezweifeln die Beklagten die Aktivlegitimation der Klägerin als bloße Lizenznehmerin. Der BGH hat in der Entscheidung "MacDog" (WRP 98, 1181, 1183 linke Spalte oben) im Interesse eines Gleichklanges mit den Unterlassungsansprüchen eine Klage durch den nach § 30 Abs. 3 MarkenG ermächtigten Lizenznehmer für möglich gehalten. Dem schließt sich der Senat an.	
II. Der Löschungsantrag ist gem. §§ 51 Abs.1, 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG auf eine Verletzung älterer Rechte gestützt. Eine solche liegt aber nach den obigen Ausführungen indes nur vor, soweit zumindest nahezu Warenidentität besteht. Eine derartige Warennähe kann nur für die in Klasse 21 enthaltenen Putztücher aus Gewebe und Gewirke mit Natur- oder Kunstfasern aller Art, Schwämme und Bürsten bejaht werden.	67
D	68
<u>Vorgerichtliche Kosten</u>	69
Zu Recht hat das Landgericht die Beklagten, die hierzu unter dem Gesichtspunkt der GoA verpflichtet sind, schließlich zur Zahlung der vorgerichtliche Kosten verurteilt.	70
Die hiergegen vorgebrachten Einwände, es liege keine Markenverletzung und keine Verletzungshandlung durch den Bekl. zu 3) vor, sind aus den dargestellten Gründen erfolglos.	71
Auch in der Sache ist der Anspruch ungeachtet der Frage, ob die Beklagten die Teilnahme von RA Petry an dem vorgerichtlichen Einigungsversuch gutgeheißen haben, begründet, weil er auf diese Weise die Interessen der Klägerin in deren Auftrag außergerichtlich wahrgenommen hat.	72
Schließlich bleibt der Einwand, die Klägerin habe die Kosten an ihre Anwälte noch nicht gezahlt, ohne Erfolg. Die Klägerin kann nach den unstreitigen Umständen Zahlung der erforderlichen Anwaltskosten an sich verlangen.	73
Der Anspruch auf Ersatz der durch eine Abmahnung verursachten Anwaltskosten mag gemäß dem Prinzip der Naturalherstellung (§ 249 Abs. 1 BGB; für den Aufwendungsersatz gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 UWG, §§ 683 S. 1, 670 BGB ergibt sich dieses Prinzip aus § 257 S. 1 BGB, vgl. Staudinger/Bittner, BGB 2004, § 257, Rn. 7) vor Bezahlung der Kosten durch die Partei zunächst auf Befreiung (Freistellung) von der (Honorar-) Verbindlichkeit gerichtet sein (LG Karlsruhe, NJW 2006, 1526; Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 250, Rn. 2; offengelassen für § 12 Abs. 2 S. 2 UWG von OLG München, OLGR 2007, 66 f). Damit der Befreiungsanspruch in einen Zahlungsanspruch übergeht, genügt es aber, wenn die Inanspruchnahme des Befreiungsgläubigers (der Partei) durch den Dritten (den Rechtsanwalt) mit Sicherheit zu erwarten ist (RGZ 78, 26, 34; Staudinger/Bittner, a.a.O., Rn. 8; MünchKomm / Krüger, BGB, 5. Aufl., § 257, Rn. 5). Auch kann der Befreiungsgläubiger sogleich und nicht erst im Vollstreckungsverfahren über § 887 Abs. 2 ZPO die Zahlung des erforderlichen Geldbetrages an sich verlangen, wenn er dem Ersatzpflichtigen erfolglos eine Frist zur Freistellung nach § 250 BGB gesetzt hat (Palandt/Heinrichs, a.a.O., Vorb v § 249, Rn. 46; Bamberger/Roth/Grüneberg, BGB, 2003, § 249, Rn. 5; MünchKomm/Oetker, § 250, Rn. 3, 13). Dem steht es gleich, wenn der Ersatzpflichtige die geforderte Herstellung oder überhaupt jeden Schadensersatz ernsthaft und endgültig verweigert (st. Rspr.: BGH NJW 2004, 1868 f. m.w.N.). So liegt es hier, denn dass die Beklagte den Kostenerstattungsanspruch der Klägerin keinesfalls erfüllen will, zeigt sich durch ihr Verhalten im Prozess.	74

C	75
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 2, 97 Abs.1 ZPO.	76
Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO.	77
Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die der Entscheidung zugrundeliegenden Rechtsfragen sind 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).	78
Streitwert für das Berufungsverfahren: 200.000 €.	79
