
Datum: 12.11.2014
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 187/14
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2014:1112:6U187.14.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 84 O 81/14
Normen: MarkenG § 14 Abs. 2 Nr. 2

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 12. 11. 2014 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 84 O 81/14 – wird in der Hauptsache zurückgewiesen.

Die Kostenentscheidung des landgerichtlichen Urteils wird dahingehend teilweise abgeändert, dass die Kosten des Rechtsstreits zu 60 % von der Klägerin und zu 40 % von den Beklagten getragen werden.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.

Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts (unter Berücksichtigung der vorstehenden Abänderung) sind vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht der Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit leistet. Die Höhe der Sicherheit beträgt hinsichtlich der Unterlassung 50.000 EUR und im Übrigen für den jeweiligen Vollstreckungsschuldner 110 % des aufgrund der Urteile vollstreckbaren Betrages, für den Vollstreckungsgläubiger 110 % des zu vollstreckenden Betrages.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

(anstelle von Tatbestand und Entscheidungsgründen gemäß § 540 Abs. 1 ZPO)

I.

Die Klägerin ist Herstellerin von Damenschuhen, die sie auf dem deutschen Markt vertreibt. Von ihr vertriebene Modelle sind mit einem Emblem gekennzeichnet, das sie als „pg-Herz mit Flammen“ bezeichnet, wie es nachstehend an dem Modell „PAUL GREEN 1157“ beispielhaft wiedergegeben ist:





Der Beklagte zu 2) ist Inhaber der deutschen Bildmarke DE 302013005032, die unter anderem mit Priorität ab dem 22. 7. 2013 für Schuhwaren Schutz beansprucht:

7



8

Die Beklagte zu 1) ist Inhaberin der deutschen Wortbildmarke DE 302008044540 (= IR 1090669), die unter anderem mit Priorität ab dem 9. 7. 2008 für Schuhe Schutz beansprucht:

9

Candice Cooper



10

Wegen der Einzelheiten der Markeneintragungen wird auf die Registerunterlagen, Anlage rop 2 (Bl. 15 ff. Anlagenheft) verwiesen. Der Beklagte zu 2) vertreibt unter der Bezeichnung „Candice Cooper“ seit dem Jahr 2008 ebenfalls Damenschuhe. Die Schuhe werden, ebenso wie Verpackungs- und Werbematerialien, entsprechend der Marke DE 302008044540

11

gekennzeichnet.

Die Beklagte zu 1) ließ mit anwaltlichen Schreiben Einzelhändler, die die Schuhe der Klägerin vertrieben haben, wegen Verletzung der oben wiedergegebenen Marken verwarnen und auf Unterlassung, Schadensersatz, Auskunft und Kostenerstattung in Anspruch nehmen. Die Beklagte zu 1) handelte dabei aufgrund einer Ermächtigung, die ihr der Beklagte zu 2) als Inhaber der Marke DE 302013005032 erteilt hat. Wegen der Einzelheiten wird auf das beispielhaft vorgelegte Abmahnschreiben der Beklagten vom 18. 3. 2014 (Anlage rop 1, Bl. 1 ff. Anlagenheft) verwiesen. 12

Die Klägerin, die die Abnehmervernachlässigungen für unberechtigt hält, hat die Beklagte zu 1) dafür ihrerseits mit Schreiben vom 17. 2. 2014 erfolglos abgemahnt. 13

Die Klägerin hat behauptet, sie habe allein von ihrem Modell „PAUL GREEN 1157“ seit 2008 mehr als 430.000 Paar in Deutschland verkauft. Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die einander gegenüberstehenden Kennzeichen seien nicht verwechslungsfähig. Insbesondere sei dabei zu berücksichtigen, dass das Herzsymbol verbraucht und nicht kennzeichnungskräftig sei. Ferner hat sie vertreten, sie könne sich auf die gutgläubige Benutzung ihres Zeichens seit 2008 berufen. Die Beklagte habe bei der Eintragung der Bildmarke DE 302013005032 bösgläubig gehandelt. 14

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, Abnehmer (Wiederverkäufer), die Schuhe der Klägerin bewerben und vertreiben, welche mit den aus den oben wiedergegebenen Abbildungen ersichtlichen Zeichen („pg-Herz mit Flammen“) versehen seien, aus den Marken DE 302008044540 „Candice Cooper + Herz mit Flügelchen“, IR 1090669 „Candice Cooper + Herz mit Flügelchen“ und/oder DE 302013005032 „Herz mit Schwingen“ abzumahnern, wie dies im Schreiben vom 18. 3. 2014 geschehen sei. Sie hat ferner beantragt, die Beklagten zur Auskunft über die von ihnen abgemahnten Abnehmer sowie zur Erstattung von Abmahnkosten zu verurteilen, ferner hat sie die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten beantragt. 15

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen. 16

Die Beklagten haben behauptet, der Beklagte zu 2) habe mit der Marke DE 302008044540 versehene Schuhe erstmals auf einer Messe in Düsseldorf im September 2007 vorgestellt. Seit dem Jahr 2008 seien mehr als 360.000 Paar dieser Schuhe in Deutschland verkauft worden. 17

Das Landgericht hat unter Klageabweisung im Übrigen die Beklagten verurteilt, es zu unterlassen, Abnehmer der Klägerin wegen Verletzungen der Marken DE 302008044540 und/oder IR 1090669 abzumahnern, wenn dies wie in dem – in den Tenor eingeblendeten – Abmahnschreiben vom 18. 3. 2014 geschehe. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Verwendung des Zeichens „pg-Herz mit Flammen“ stelle zwar keine Verletzung der Wortbildmarken DE 302008044540 und IR 1090669 dar, wohl aber der Bildmarke DE 302013005032. Die Annexansprüche seien unbegründet, da sich ein Verschulden der Beklagten nicht feststellen lasse. Da die Abmahnung aus der Bildmarke gerechtfertigt gewesen seien, scheide sowohl eine Feststellung der Schadensersatzpflicht wie auch die Erstattung von Abmahnkosten aus. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Urteil des Landgerichts verwiesen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). 18

Mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Klageziel weiter, soweit das Landgericht der Klage nicht stattgegeben 19

hat. Sie meint nach wie vor, auch hinsichtlich der Bildmarke sei die Abmahnung unberechtigt gewesen. Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihr erstinstanzliches Vorbringen. Ergänzend trägt sie vor, das Landgericht habe zu Unrecht angenommen, dass ihr Zeichen bei ihren Schuhen markenmäßig eingesetzt werde. Die Anbringung eines Zeichens außen am Schuhe sei ungewöhnlich, Herkunftskennzeichen würden vielmehr im Innenbereich des Schuhs angebracht. Weiter wiederholt sie ihren Vortrag, das Herzsymbold sei allgegenwärtig, abgegriffen und allgemein verbraucht, wozu sie eine umfangreiche Zusammenstellung von grafischen Darstellungen vorlegt (Anlagen rop 12a, Bl. 222 ff. d. A.) Im Hinblick auf ihren Einwand, dass sie ihr Zeichen gutgläubig vor Eintragung der Bildmarke der Beklagten zu 1) benutzt habe, regt sie eine Vorlage an den EuGH an.

Die Klägerin beantragt,	20
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts in Ziffer II. des Tenors	21
I. die Beklagten zu verurteilen,	22
1. es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Falle mehrfacher Zuwiderhandlung bis zu insgesamt zwei Jahren, zu unterlassen,	23
Abnehmer (Wiederverkäufer), die Schuhe der Klägerin bewerben und vertreiben, welche mit dem aus den nachstehenden Abbildungen ersichtlichen Zeichen („Herz mit Flammen“) versehen sind,	24





aus der Marke DE 3020130055032 „Herz mit Schwingen“ abzumahnen, wenn dies wie mit dem Schreiben ihrer Rechtsanwälte X & T vom 18. 3. 2014 (Az. 537/14 CD32-D16/628-14) geschieht (Anlage rop 1); 27

2. der Klägerin unter Vorlage eines einheitlichen, geordneten Verzeichnisses vollständig Auskunft zu erteilen über die Namen und Anschriften der Abnehmer (Wiederverkäufer) der Klägerin, die die Beklagten wegen der Werbung und des Vertriebs von Schuhen der Klägerin, welche mit dem aus den vorstehend eingeblendeten Abbildungen ersichtlichen Zeichen („Herz mit Flammen“) versehen sind, aus den Marken DE 303008044540 „Candice Cooper + Herz mit Flügelchen“, IR 1090669 „Candice Cooper + Herz mit Flügelchen“ und/oder DE 3020130055032 „Herz mit Schwingen“ mit Schreiben wie dem Schreiben ihrer Rechtsanwälte X & T vom 18. 3. 2014 (Az. 537/14 CD32-D16/628-14) abgemahnt haben (Anlage rop 1); 28

II. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der dieser durch die unter Ziffer I.2 bezeichneten Handlungen entstanden ist und noch entsteht; 29

III. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin 1.752,90 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klageerhebung zu zahlen. 30

Die Beklagten beantragen, 31

die Berufung zurückzuweisen. 32

33

Die Beklagten verteidigen das Urteil des Landgerichts, soweit es die Klage abgewiesen hat. Sie wiederholen und vertiefen ihren erstinstanzlichen Vortrag. Zur Frage der markenmäßigen Benutzung des Zeichens der Klägerin verweisen sie darauf, dass die Klägerin selber davon ausgegangen sei, ihr Emblem werde als Herkunftshinweis verstanden. Dies stehe im Übrigen auch im Einklang mit der gängigen Praxis zur Kennzeichnung von Schuhen, wonach Markenzeichen regelmäßig auf der „Zunge“ oder der Außenseite des Schuhs selber aufgebracht würden.

II.

34

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg. Das erstinstanzliche Urteil, soweit es Gegenstand der Überprüfung in der Berufungsinstanz ist, erweist sich als zutreffend. Das Landgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die Abmahnung der Abnehmer der Klägerin wegen der Verletzung der Bildmarke DE 302013005032 berechtigt war. Indem die Klägerin die von ihr vertriebenen Schuhe mit dem Zeichen „pg-Herz mit Flammen“ versehen hat, hat sie gegen § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG verstoßen.

35

1. Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass das Emblem der Klägerin kennzeichenmäßig benutzt wird. Es ist dem Senat aus eigener Anschauung bekannt, dass Herkunftskennzeichen von Schuhen häufig auf der „Zunge“ oder der Außenseite des Schuhs angebracht werden. Neben den von der Beklagten vorgelegten Beispielen kann auch noch auf Hersteller wie Adidas, Puma oder Nike verwiesen werden, die ihre Marken regelmäßig an der Außenseite der Schuhe anbringen. Grundsätzlich stellt selbst die ornamentale Verwendung eines Zeichens – etwa auf einem T-Shirt – einen zeichenmäßigen Gebrauch dar (BGH, GRUR 2013, 1161 Tz. 37 – Hard Rock Café; Hacker, in Ströbele/Hacker, MarkenG, 11. Aufl. 2015, § 14 Rn. 205). Dies gilt insbesondere bei „Bildzeichen, wie sie vielfach von Unternehmen zur Kennzeichnung von Bekleidungsstücken außen auf der Kleidung verwandt werden“ (BGH, GRUR 2010, 838 Tz. 20 – DDR-Logo). Lediglich für ein Zeichen, das dem Publikum in einem anderen Zusammenhang, nämlich als Staatswappen, bekannt geworden ist, hat der Bundesgerichtshof in der zuletzt zitierten Entscheidung eine Ausnahme von diesem Grundsatz angenommen. Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass zwar Kleidungsstücke wie T-Shirts als Träger einer „Aussage“ verwendet werden können. Bei einem Schuh gilt dies nicht, insbesondere dann nicht, wenn das Zeichen in einer so zurückhaltenden Form angebracht worden ist wie im vorliegenden Fall, so dass es nur bei genauer Betrachtung des Schuhs aus der Nähe in Einzelheiten erkannt werden kann. Auch in der konkreten Ausgestaltung des hier zu beurteilenden Zeichens wirkt es nicht als reines Dekor, sondern als Hinweis auf den Hersteller der Schuhe. Dies hat ersichtlich auch die Klägerin so gesehen, die das Zeichen in gleicher Weise auf der Zunge (wo es üblicherweise nicht wahrgenommen werden und daher auch nicht dekorativ wirken kann) und an der Seite verwendet hat.

36

2. Zwischen dem von der Klägerin verwendeten Zeichen und der Bildmarke DE 302013005032 des Beklagten zu 2) besteht Verwechslungsgefahr.

37

a) Die Frage der Verwechslungsgefahr im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist unter Heranziehung aller relevanten Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht zu ziehenden Faktoren, so der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke sowie der Identität oder der Ähnlichkeit der sich gegenüber stehenden Zeichen und der Identität oder der Ähnlichkeit der mit ihnen gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen, so dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Zeichen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen oder durch eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann

38

und umgekehrt. Bei dieser umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist auf den durch die Zeichen hervorgerufenen Gesamteindruck abzustellen, wobei insbesondere ihre unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind (EuGH, GRUR 1998, 922 Tz. 17 f. – Canon; GRUR Int. 2009, 911 Tz. 31 – Waterford Wedgwood; BGH, GRUR 2011, 826 Tz. 11 – Enzymax/Enzymix; GRUR 2012, 1040 Tz. 25 – pjur/pure; GRUR 2013, 833 Tz. 30 – Culinaria/Villa Culinaria; Senat, GRUR-RR 2012, 336, 337 – SUPERTOTO).

b) Die Frage einer rechtserhaltende Benutzung der Marke stellt sich nicht, da die Frist des § 25 MarkenG für die im Jahr 2013 eingetragene Marke noch nicht abgelaufen ist. 39

c) Entgegen der Ansicht der Klägerin kommt der Marke durchschnittliche Kennzeichnungskraft zu. Der Senat ist als Verletzungsgericht grundsätzlich an die Eintragung der Marke gebunden (BGH, GRUR 2009, 672 Tz. 17 – OSTSEE-POST). Daraus folgt allerdings zunächst nur, dass der Marke nicht jeglicher Schutz versagt werden darf, während der Grad der Kennzeichnungskraft vom Verletzungsgericht selbstständig zu bestimmen ist (BGH, GRUR 2005, 414, 416 – Russisches Schaumgebäck; BGHZ 171, 89 = GRUR 2007, 780 Tz. 24 – Pralinenform; GRUR 2008, 905 Tz. 20 – Pantohexal; GRUR 2010, 1071 = WRP 2007, 1461 Tz. 24 – Kinder II). 40

Die Verwendung des Symbols „Herz mit Flügeln“ hat für Schuhe keinerlei beschreibenden Anklang, anders als dies etwa bei einer Verwendung für ein Medikament für die Therapie von Herzkrankheiten der Fall sein könnte (vgl. BGH, GRUR 1989, 425, 427 – Herzsymbol). Die Assoziation zu den geflügelten Schuhen des „Götterboten“ Hermes/Merkur ist selbst bei dem Teil des Publikums, dem dieses klassische Attribut geläufig ist, allenfalls schwach ausgeprägt und führt daher ebenfalls nicht dazu, dass ein geflügeltes Herz in Verbindung mit Schuhen als beschreibend verstanden wird. 41

Zutreffend ist zwar, dass allgemein in gewerblichen Kennzeichnungen oder für bestimmte Produkte häufig verwendete, abgegriffene Bildsymbole von Haus aus als kennzeichnungsschwach anzusehen sind (Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Aufl. 2010, § 14 Rn. 592 m. w. N.) Die Klägerin ist allerdings den Nachweis schuldig geblieben, dass das Symbol „Herz mit Flügeln“ allgemein als gewerbliches Kennzeichen oder als Zeichen für bestimmte Produkte verwendet wird. Bereits das Landgericht hat darauf hingewiesen, dass die Klägerin kein einziges Beispiel dafür vortragen konnte, dass dieses Symbol als Kennzeichen für Schuhe verwendet wird. Auch in der Berufungsinstanz konnte die Klägerin eine solche Verwendung des Zeichens nicht aufzeigen. Auch der von ihr vorgelegten umfangreichen Zusammenstellung von Herzsymbolen (Anlage rop 12a) lässt sich kein einziges Beispiel entnehmen, bei dem das Symbol in Verbindung mit Schuhen markenmäßig eingesetzt worden ist. 42

Für die Beurteilung der Kennzeichnungskraft ist auf die Waren abzustellen, für die das betreffende Zeichen eingetragen ist (vgl. BGH, GRUR 2004, 594, 597 – Ferrari-Pferd). Stellt sich aber die Benutzung eines durchaus gängigen Zeichens (wie eines Pfotenabdrucks) als Bezeichnung bestimmter Produkte als originell dar, kann einer solchen Marke ohne weiteres durchschnittliche Kennzeichnungskraft zukommen (OLG Hamburg, GRUR-RR 2003, 211, 212 – Jack Wolfskin). Hiervon ist auch im vorliegenden Fall auszugehen. Die Verwendung des Symbols „Herz mit Flügeln“ zur Kennzeichnung von Schuhen ist als einmalig anzusehen. 43

d) Unstreitig besteht Warenidentität. 44

e) Es besteht eine hohe Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Zeichen. Bei der Beurteilung dieser Frage sind die sich gegenüberstehenden Kennzeichen jeweils als Ganzes zu betrachten und in ihrem Gesamteindruck miteinander zu vergleichen. Dies schließt es nicht aus, dass unter Umständen ein oder mehrere Bestandteile eines komplexen Zeichens für den durch das Kennzeichen hervorgerufenen Gesamteindruck prägend sein können (BGH, GRUR 2013, 833 Tz. 45 – Culinaria/Villa Culinaria m. w. N.). Ein Bestandteil tritt dann völlig in den Hintergrund, wenn er vom Verkehr als rein beschreibend oder als bloßes Beiwerk verstanden wird (BGH, GRUR 2007, 877 Tz. 49 – Windsor Estate; Senat, Urt. v. 17. 1. 2014 – 6 U 179/10 – juris Tz. 12).

Das Landgericht hat zutreffend darauf abgestellt, dass beide Zeichen aus einem stilisierten Herzen bestehen, an das zu beiden Seiten Flügel angesetzt sind. Die grafische Darstellung dieser Flügel mag im Detail unterschiedlich sein, gemeinsam ist jedoch die unruhige (von den Beklagten als „verschnörkelt-verspielt“ bezeichnete) Umrisslinie, die an einzelne Federn denken lässt. Dass es sich bei den seitlichen Ansätzen bei dem Zeichen der Klägerin um Flammen handeln soll, ist nicht eindeutig erkennbar. Gerade vor dem von der Klägerin selber hervorgehobenen Umstand, dass das Symbol „Herz mit Flügeln“ ein verbreitetes Liebessymbol ist, liegt es nahe, dass der Verkehr auch das Zeichen der Klägerin in diesem Sinn versteht. Dass einzelne – in der Diktion der Klägerin – „Flammen“ ihres Zeichens nach unten zeigen, findet seine Entsprechung in den teilweise nach unten gerichteten Flügelfedern der Bildmarke. 46

Soweit die Klägerin darauf hinweist, dass bei ihrem Zeichen die Darstellung in Umrisslinien wiedergegeben ist, während sie bei der Marke des Beklagten zu 1) aus ausgefüllten Flächen besteht, so kommt diesem Umstand keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Bei einer – wie hier – schwarzweiß eingetragenen Marke ist offen, in welcher Farbgestaltung sie in Erscheinung treten soll. Sie genießt daher grundsätzlich Schutz gegen Wiedergaben auch in abweichenden Farbgestaltungen (Hacker, in: Ströbele/Hacker, MarkenG, 11. Aufl. 2015, § 9 Rn. 228). Bei der Form, in der die Verwendung des Zeichens durch die Beklagten beanstandet wird, handelt es sich einerseits um eine Einprägung in das Material, aus dem die Schuhe hergestellt sind. Der linienhafte Charakter der Darstellung des Zeichens der Klägerin tritt bei dieser Verwendungsweise in den Hintergrund, wie die oben eingeblendeten Abbildungen deutlich zeigen. Das gilt auch für das Zeichen, soweit es auf der Zunge angebracht ist. Auch wenn es sich hierbei nicht um eine Einprägung handelt, so ist auch bei dieser nahezu monochromen Darstellung die Linienstruktur nicht prägend. Auf der Gegenseite wird auch das Zeichen der Beklagten nicht durch Kontraste geprägt. Während die Flügel schwarz ausgefüllt sind, ist die Ausfüllung des Herzens dunkelgrau, so dass insoweit kein markanter Gegensatz besteht. 47

Bei diesen Verwendungsformen des Zeichens beeinflussen auch die Buchstaben „pg“ in der Mitte des Zeichens der Klägerin nicht dessen Gesamteindruck. Sie sind einer geschwungenen, schreibschriftähnlichen Schrift entnommen und auf dem Zeichen ineinander verschlungen angebracht. Dass es sich bei diesen Linien überhaupt um Buchstaben handelt, ist bei der kontrastarmen Darstellung auf dem Material der Schuhe nur bei genauer Betrachtung zu erkennen. Selbst wenn sie erkannt werden, ist bei dieser Gestaltung nur schwer auszumachen, um welche Buchstaben es sich handelt; die Zeichen lassen sich fast ebenso gut als ein zusammengeschriebenes „HB“ interpretieren. Bei der Wahrnehmung des gesamten Zeichens erscheinen sie daher lediglich als dekoratives Beiwerk und können im Rahmen des Zeichenvergleichs vernachlässigt werden. 48

Entgegen der Ansicht der Klägerin stellt es auch keinen Wertungswiderspruch dar, wenn das Landgericht im Fall der Bildmarke die Verwechslungsgefahr bejaht hat, sie jedoch hinsichtlich der Wortbildmarken verneint hat. Bei diesen hat das Landgericht primär – und zutreffend im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung – darauf abgestellt, dass sich der Verkehr an dem Wortbestandteil und damit der einfachsten Möglichkeit der Benennung der Marke orientieren wird. Bei dem reinen Bildzeichen entfällt diese Möglichkeit

f) Im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung ist daher zu berücksichtigen, dass durchschnittliche Kennzeichnungskraft, hohe Zeichenähnlichkeit und Warenidentität gegeben sind. Vor diesem Hintergrund geht der Senat mit dem Landgericht von bestehender Verwechslungsgefahr aus. 50

3. Entgegen der Ansicht der Klägerin lässt sich aus der Entscheidung des EuGH De Vries/Red Bull (GRUR 2014, 280) nicht entnehmen, dass im Rahmen des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG die Vorbenutzung eines verletzenden Zeichens rechtfertigend wirken kann. Die Entscheidung des EuGH betraf die Auslegung des Art. 5 Abs. 2 der ersten Markenrechtsrichtlinie (89/104/EG). In diesem Zusammenhang hat der EuGH ausgeführt, dass ein „rechtfertigender Grund“ im Sinn dieser Bestimmung gegeben sein kann, wenn ein Dritter ein der bekannten Marke ähnliches Zeichen für identische Waren benutzt, wenn feststeht, dass dieses Zeichen vor Hinterlegung der Marke benutzt wurde und dass seine Benutzung im guten Glauben erfolgt ist (a. a. O. Tz. 60). 51

Da der Tatbestand des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG – anders als § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG und Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 89/104/EG – nicht voraussetzt, dass die Verletzungshandlung „ohne rechtfertigenden Grund“ erfolgt, folgt bereits aus dem eindeutigen Wortlaut der Bestimmungen, dass eine Vorbenutzung auch im guten Glauben im Rahmen dieser Vorschrift unerheblich ist; ein Vorbenutzungsrecht gibt es im Rahmen des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG nicht (BGH, GRUR 2002, 544, 546 – BANK 24). Dies ist auch sachlich gerechtfertigt: Durch § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG wird der Schutzbereich für bekannte Marken ausgedehnt, und es ist sachgerecht, wenn diese Ausdehnung durch zusätzliche Merkmale eingeschränkt wird, um ein Gleichgewicht zwischen den Interessen des Inhabers der bekannten Marke und denen anderer Wirtschaftsteilnehmer herzustellen (EuGH, a. a. O. Tz. 40 f.) Anders, als die Klägerin meint, führt dies nicht dazu, dass der Schutz der bekannten Marke weniger weit reicht als der anderer Marken. Auch die bekannte Marke genießt den uneingeschränkten Schutz gegen Verwechslungsgefahr nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG (vgl. Hacker, in: Ströbele/Hacker, MarkenG, 11. Aufl. 2015, § 14 Rn. 364); die Einschränkung „ohne rechtfertigenden Grund“ greift nur im Rahmen des erweiterten Schutzbereiches der Nr. 3. Einer Vorlage an den europäischen Gerichtshof bedarf es bei dieser klaren und unzweifelhaften Rechtslage nicht. 52

4. Auch der seitens der Klägerin erhobene Einwand des Rechtsmissbrauchs ist nicht begründet. Es lässt sich nicht feststellen, dass die Beklagte ihre Zeichen bösgläubig angemeldet hat. Selbst der Umstand, dass der Anmelder bei Anmeldung seiner Marke weiß, dass ein Dritter ein der angemeldeten Marke ähnliches Zeichen bereits langjährig benutzt, rechtfertigt für sich allein nicht die Annahme einer bösgläubigen Markenanmeldung. Hinzu kommen müssen weitere Umstände, wie beispielsweise die Eintragung einer Marke ohne Benutzungsabsicht, allein um den Marktzutritt eines Dritten zu verhindern (EuGH, GRUR 2009, 763 Tz. 40, 44 – Lindt & Sprüngli/Franz Hauswirth; BGH, GRUR 2009, 992 Tz. 16 – Schuhverzierung). Derartige Umstände lassen sich im vorliegenden Fall nicht feststellen. Vielmehr weisen die Beklagten zutreffend darauf hin, dass die zu Gunsten des Beklagten zu 2) eingetragene Bildmarke lediglich die Fortentwicklung des Bildbestandteils der bereits im 53

Jahr 2008 eingetragenen Wortbildmarken darstellt. Unabhängig von der Kenntnis der Beklagten von der Kennzeichnungspraxis der Klägerin stellt sich die Anmeldung der Bildmarke daher nicht als rechtsmissbräuchlich dar. Sonstige Anzeichen für ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen der Beklagten sind nicht ersichtlich.

5. Die Annexansprüche der Klägerin hat das Landgericht mit der Begründung abgelehnt, die Ansicht der Beklagten, dass das von der Klägerin verwendeten Zeichen auch die Rechte aus den Wortbildmarken verletze, sei vertretbar gewesen. Ferner fehle es an einem Schaden, da die Abmahnungen jedenfalls wegen der Verletzung der Bildmarke berechtigt gewesen seien. Gegen diese Ausführungen wendet sich die Klägerin in der Berufung mit der Begründung, die unberechtigte Abnehmervernachlässigung stelle einen fahrlässigen schuldhaften Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Geschäftsbetrieb des Herstellers dar. Aus den eigenen Ausführungen des Landgerichts folge, dass die Annahme einer Verwechslungsgefahr nicht vertretbar gewesen sei. 54

Die Klägerin setzt sich dabei jedoch nicht mit der weiteren Begründung des Landgerichts auseinander, wonach es an einem ersatzfähigen Schaden fehlt, da die Abmahnungen jedenfalls wegen der Verletzung der Bildmarke berechtigt gewesen seien. Vor diesem Hintergrund sind Schadensersatzansprüche der Klägerin tatsächlich nicht erkennbar; damit entfällt auch der Auskunftsanspruch. 55

6. Lediglich die Kostenentscheidung des Landgerichts, das der Klägerin 40 % der Kosten auferlegt hat, war von Amts wegen zu korrigieren, was auch zu Lasten des Berufungsführers möglich ist (§ 308 Abs. 2 ZPO; vgl. Zöller/Heßler, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 528 Rn. 35). Die Wortbildmarken einerseits und die Bildmarke andererseits stellen sich vom Gewicht her als vergleichbar dar. Zwar werden im Antrag zwei Wortbildmarken genannt, die IR-Marke ist jedoch nur die internationale Registrierung der deutschen Wortbildmarke und damit die gleiche Marke. Dementsprechend sind im Antrag auch nur die Wortbildmarken und die Bildmarke mit „und/oder“ verbunden. Daher unterliegt die Klägerin hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs zur Hälfte, so dass auf der Grundlage der Streitwertangaben in der Klageschrift für das Verfahren erster Instanz eine Kostenquote von 60 % zu Lasten der Klägerin angemessen ist. Die Kostenentscheidung hinsichtlich des Berufungsverfahrens beruht auf § 97 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 56

Für die Zulassung der Revision besteht kein Anlass. Der Senat weicht mit seiner Entscheidung weder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs ab noch hat die Sache über die Rechtsanwendung auf den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die maßgeblichen Rechtsfragen sind in der obergerichtlichen Rechtsprechung außer Streit; dies gilt auch im Hinblick auf die Frage des von der Klägerin beanspruchten Vorbenutzungsrechts. Im Übrigen beruht die Entscheidung auf einer Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalles. 57