

Fundstelle

openJur 2012, 24033

Rkr:  AmtlSlg: 

## Tenor

- <sup>1</sup> Auf die Berufungen der Parteien wird das am 05.12.2001 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main teilweise abgeändert.
- <sup>2</sup> Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 13.369,57 EUR sowie weitere 4.815,14 EUR, jeweils nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 1 DÜG seit dem 20.06.2001, zu zahlen.
- <sup>3</sup> Im übrigen wird die Klage abgewiesen.
- <sup>4</sup> Die weitergehenden Berufungen werden zurückgewiesen.
- <sup>5</sup> Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 55% und die Beklagte 45% zu tragen.
- <sup>6</sup> Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beide Parteien können die Vollstreckung der jeweils anderen Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- <sup>7</sup> Beschwer der Klägerin: 22.420,97 EUR
- <sup>8</sup> Beschwer der Beklagten: 18.184,71 EUR

## Tatbestand

- <sup>9</sup> Die Parteien streiten nach Grund und Höhe über Schadensersatzansprüche wegen Markenverletzung und die Kostenerstattung für ein Abschlußschreiben.
- <sup>10</sup> Die Klägerin, eine der weltweit größten Sportartikelherstellerinnen, kennzeichnet die von ihr vertriebenen Sportschuhe und Sporttextilien seit Jahrzehnten mit ihrer Drei-Steifen-Kennzeichnung. An den Schuhen sind diese Streifen an beiden Seiten angebracht und verlaufen parallel zueinander von der Schnüröffnung schräg nach unten zur Schuhsohle.
- <sup>11</sup> Die Klägerin ist Inhaberin mehrerer eingetragener Marken. Die Bildmarke Nr. ... (Anlage K 3 / Bl. 18 ff. d.A.), eingetragen für Schuhwaren einschließlich Sport- und Freizeitschuhe, und die Bildmarke Nr. ... (Anlage K 1/ Bl. 16 d.A.), eingetragen für Sport- und Freizeitschuhe, zeigen die Anordnung von drei schrägen Streifen auf einem Sportschuh. Das Bildzeichen Nr. ... (Anlage K2 / Bl. 17 d. A., eingetragen für die Waren Sportschuhe und Sportbekleidungsstücke, zeigt gleichfalls drei schräge Streifen.
- <sup>12</sup> Die Beklagte vertrieb, wie sich durch einen Einkauf in ihrer ... Filiale am 15.09.2000 ergab, Sport- bzw. Freizeitschuhe, die an beiden Seiten jeweils vier von der Schnüröffnung schräg nach unten verlaufende Streifen aufwiesen. Wegen der Einzelheiten wird auf die in die Klageschrift, Seite 6, und in die Klageerwiderung, Seite 5 und 7, einbezogenen Abbildungen (Bl. 6, 61, 63 d.A.) Bezug genommen.

- <sup>13</sup> Die Klägerin mahnte die Beklagte daraufhin mit Anwaltsschreiben vom 02.10.2000 (Anlage K 17/ Bl. 308ff. d.A.) ab. Die Beklagte gab die geforderte Unterwerfungserklärung nicht ab. Sie bat die Klägerin stattdessen mit Anwaltsschreiben vom 12.10.2000 (Anlage K 18/Bl. 317 d.A.) um Mitteilung und Nachweis der Verkehrsgeltungszahlen, auf die sich die Klägerin berufen wolle. An dieser Bitte hielt die Beklagte auch nach der Entgegnung der Klägerin vom 17.10.2000 (Anlage K 19/Bl. 318 f. d.A.) mit ihrem Anwaltsschreiben vom 19.10.2000 (Anlage K 20/ Bl. 320 d.A.) fest. Unter dem 01.11.2000 erwirkte die – 4 -Klägerin eine einstweilige Verfügung des Landgerichts Frankfurt a.M. 2-6 O 721/00 — (Anlage K 8 / Bl. 32ff. d.A.), durch die der Beklagten untersagt wurde, Schuhe mit einer 4-Streifen-Kennzeichnung gemäß der dortigen Abbildung (Bl. 33 d.A.) anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu bewerben. Außerdem wurde der Beklagten aufgegeben, binnen einer Woche Auskunft über Herkunft, Vertriebsweg und Menge der betreffenden Waren zu erteilen. Mit Schreiben vom 03.11.2000 (Anlage K 10 / Bl. 38 d.A.), zugegangen am 06.11.2000, übersandte die Klägerin eine beglaubigte Kopie der einstweiligen Verfügung zum Zweck der Zustellung an die Rechtsanwälte, die in der Vorkorrespondenz für die Beklagte aufgetreten waren. Diese erklärten mit Schreiben vom 07.11.2000 (Anlage K 10 / Bl. 37 d.A.), nicht empfangsbevollmächtigt zu sein. Am 10.11.2000 wurde die einstweilige Verfügung der Beklagten unmittelbar zugestellt. Mit Anwaltsschreiben vom 21.11.2000 (Anlage K 9 / Bl. 35 d.A.), zugegangen am 22.11.2000, forderte die Klägerin die Beklagte zur Abgabe einer Abschlusserklärung auf. Mit Schreiben vom 08.12.2000 (Anlage K 11 / Bl. 39 d.A.) erkannte die Beklagte die einstweilige Verfügung als endgültige Regelung an. Unter dem 15.01.2001 erteilte die Beklagte schließlich die begehrte Auskunft (Anlage K 12 / Bl. 40 f. d.A.) und teilte hierbei mit, sie habe 736 Paar der fraglichen Schuhe abverkauft; insoweit hätten sich der Einkaufspreis auf insgesamt 86.953,00 DM und der Verkaufspreis auf insgesamt 217.696,00 DM belaufen.
- <sup>14</sup> Die Klägerin hat zum einen 70.000,- DM als Teil des von der Beklagten erzielten Gewinns zum Ausgleich des ihr entstandenen Schadens gemäß § 14 Abs. 6 MarkenG beansprucht:
- <sup>15</sup> Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Markenrechtsverletzung sei durch die mit der Abschlusserklärung als endgültig anerkannte Unterlassungsverfügung vom 01.11.2000 bereits bindend festgestellt und im übrigen von der Beklagten auch rechtsgeschäftlich anerkannt worden. Davon abgesehen stehe der — schuldhaft begangene — Markenrechtsverstoß auch materiellrechtlich außer Frage. Die Klägerin genieße Markenschutz aufgrund der vorgetragenen Eintragungen, aber auch wegen durch Benutzung erworbener Verkehrsgeltung ( 4 Nr. 2. MarkenG) und wegen notorischer Bekanntheit ( 4 Nr. 3. MarkenG) der Drei-Streifen-Kennzeichnung. Mit der von der Beklagten verwendeten Vier-Streifen-Kennzeichnung bestehe Verwechslungsgefahr angesichts der hohen Bekanntheit und Berühmtheit der Klagemarke, der Verwendung für identische Waren und der hinreichenden Zeichenähnlichkeit. Ferner sei ein Markenrechtsverstoß auch unter dem Gesichtspunkt der unlauteren Ausnutzung der Wertschätzung einer bekannten Marke (§ 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG) zu bejahen.
- <sup>16</sup> Der Berechnung des durch die Markenrechtsverletzung entstandenen Schadens hat die Klägerin den Rohgewinn der Beklagten i.H.v. 130.743, DM (21 7.696,- DM ./ 86.953,- DM) zugrunde gelegt. Der Verletzergewinn sei in vollem Umfang herauszugeben. Auch wenn man ihn nur zum Teil auf die Kennzeichenverletzung zurückführe und etwaige absetzbare Kosten abziehe, zu denen die Gemeinkosten allerdings nicht zählten, betrage der herauszugebende Anteil jedenfalls 70.000,- DM.
- <sup>17</sup> Weiter hat die Klägerin Erstattung der Kosten für das Abschlußschreiben vom 21.11.2000 begehrt, die sie mit 9.417,80 DM beziffert hat. Der Betrag ergebe sich aus dem Ansatz einer 7,5/10 Rechtsanwaltsgebühr und einer 7,5/10 Patentanwaltsgebühr aus einem Gegenstandswert von 1.000.000,- DM, jeweils zuzüglich der Auslagenpauschale.
- <sup>18</sup> Die Klägerin hat beantragt,
- <sup>19</sup> 1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin DM 70.000,- zuzüglich Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.09.2000 zu bezahlen,
- <sup>20</sup> 2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin weitere DM 9.417,80 zuzüglich Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.11.2000 zu bezahlen.
- <sup>21</sup> Die Beklagte hat beantragt,
- <sup>22</sup> die Klage abzuweisen.
- <sup>23</sup> Sie hat eingewandt, es fehle bereits an einer Markenrechtsverletzung. Die Klägerin könne aus den eingetragenen Marken nichts herleiten, zumal einige dieser Marken zweidimensionale Abbildungen von Schuhen zeigten und die Beklagte derartige Abbildungen nicht verwendet habe. Auch durch Benutzung oder Bekanntheit seien der Klägerin keine Markenrechte erwachsen. Eine Streifenkennzeichnung sei kein Synonym für „X“ und sie sei auch nicht bekannt oder berühmt, zumal die Klägerin Streifen in unterschiedlichen Gestaltungsformen verwende. Selbst wenn die Klägerin über eine Benutzungsmarke verfügen sollte, so wäre diese entscheidend durch die Verwendung von drei Streifen geprägt.

- <sup>24</sup> Weiter hat die Beklagte geltend gemacht, bei den von ihr vertriebenen Schuhen fehle es an der Benutzung von Streifen in einer kennzeichenmäßigen Funktion. Denn bei den vier „Streifen“ gehe es um aufgenähte Schnürsenkelhalterungen, deren Gestaltung der Erhöhung der Reißfestigkeit gedient habe und somit technisch bedingt gewesen sei. Selbst wenn eine kennzeichenmäßige Verwendung angenommen werde, bestehe aber jedenfalls, ausgehend vom Gesamteindruck der gegenüberstehenden Zeichen, keine Verwechslungsgefahr. Die Beklagte hat hierzu auf den Schriftzug „Y“ hingewiesen, der auf den von ihr vertriebenen Schuhen seitlich am Absatz angebracht und aus den Lichtbildern Bl. 61, 63 d.A. erkennbar ist. Die — berühmte — Bezeichnung „Y“ befinde sich in unmittelbarer Nähe der Schnürsenkelhalterungen und bilde daher mit diesen ein einheitliches Kennzeichen, welches sie maßgebend mittrage.
- <sup>25</sup> Zur Schadenshöhe hat die Beklagte eingewandt, der durch den Verkauf der Schuhe erzielte Gewinn sei in erster Linie auf die Bekanntheit und den guten Ruf der Marke „Y“ sowie auf die hohe Qualität und die Leichtigkeit der Schuhe zurückzuführen.
- <sup>26</sup> Schließlich hat die Beklagte dem Anspruch auf Kostenerstattung entgegengehalten, ihr sei nicht hinreichend Gelegenheit gegeben worden, die Abschlusserklärung von sich aus abzugeben. Ferner hat sie die Höhe der Rechnung bestritten.
- <sup>27</sup> Mit Urteil vom 05.12.2001 (Bl. 189ff. d.A.), auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Beklagte zur Zahlung von 43.581 ,-- DM nebst Zinsen seit dem 20.06.2001 verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Das Landgericht hat eine schuldhafte Markenrechtsverletzung bejaht und den der Klägerin hierdurch entstandenen Schaden auf ein Drittel des von der Beklagten erzielten Gewinns von 130.743,-- DM geschätzt ( § 287 ZPO). Hingegen hat das Landgericht einen Anspruch der Klägerin auf Erstattung der Kosten des Abschlußschreibens abgelehnt, da dieses verfrüht gewesen sei.
- <sup>28</sup> Gegen dieses Urteil wenden sich beide Parteien mit ihren Berufungen, mit denen sie ihr Begehren jeweils in vollem Umfang weiterverfolgen.
- <sup>29</sup> Die Beklagte beanstandet unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens, daß das Landgericht zu Unrecht eine Markenrechtsverletzung bejaht habe. Ergänzend trägt die Beklagte vor, daß zwischen den Sportschuhen der Klägerin und den von der Beklagten vertriebenen Freizeitschuhen keine Ähnlichkeit bestehe. Weiter behauptet die Beklagte, der größte Teil der im Streit stehenden Schuhe sei, wie die in die Klageerwidernung einbezogene Abbildung zeige, einfarbig gewesen, das heißt es habe kein Farbkontrast zwischen „Streifen“ und Untergrundmaterial bestanden. Insgesamt seien von den verkauften Schuhen 595 Paar Schuhe einfarbig und lediglich 53 Paar Schuhe, wie in der Klageschrift abgebildet, farblich kontrastierend gewesen, während bei weiteren 88 Paar Schuhen nur geringe Farbunterschiede bestanden hätten.
- <sup>30</sup> Außerdem führt die Beklagte aus, die als „Streifen“ bezeichneten Schnürsenkelhalterungen seien in Form und Gestaltung nur einer technischen Wirkung zuzuschreiben und könnten daher nach den Grundsätzen, die der EuGH in der Entscheidung Philips/Remington (WRP 2002, 924) entwickelt habe, nicht einem markenrechtlichen Verbot ausgesetzt werden.
- <sup>31</sup> Die Beklagte hält die vom Landgericht geschätzte Schadenssumme für übersetzt, da diese nicht mit üblichen Lizenzgebühren korrespondiere. Außerdem hätten die zwischen den (angeblichen) Streifen-Kennzeichnungen bestehenden Unterschiede und die Besonderheiten der von der Beklagten vertriebenen Schuhe, bei denen die bekannten Bezeichnungen „Y“ und „Z“, der relativ hohe Preis und die gute Qualität bei ungewohnt leichter Bauweise zu beachten seien, keine ausreichende Berücksichtigung gefunden. Die Beklagte hält auch daran fest, daß die Drei-Streifen-Kennzeichnung der Klägerin im Rechtssinne nicht bekannt sei.
- <sup>32</sup> Einen Anspruch wegen der Kosten des Abschlußschreibens hält die Beklagte in Übereinstimmung mit dem angefochtenen Urteil für nicht gegeben. Insbesondere fehle es hier an Besonderheiten, die Anlaß für eine Abkürzung der insoweit üblichen Wartefrist geben könnten.
- <sup>33</sup> Die Beklagte beantragt,
- <sup>34</sup> unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage vollständig abzuweisen und die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.
- <sup>35</sup> Die Klägerin beantragt,
- <sup>36</sup> unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin über den vom Landgericht zugesprochenen Betrag nebst Zinsen hinaus weitere EUR 18.323,06 (DM 35.836,79) zzgl. Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 1 DÜG aus EUR 13.507,82 seitdem 01.09.2000 sowie aus EUR 4.815,24 seit dem 22.11.2000 zu zahlen, und die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

- <sup>37</sup> Sie verteidigt das angefochtene Urteil, soweit das Landgericht eine Markenrechtsverletzung festgestellt hat, und bleibt im übrigen dabei, daß die Rechtsverletzung schon deshalb rechtskräftig feststehe, weil die Anerkennung der einstweiligen Verfügung insoweit Bindungswirkung entfalte.
- <sup>38</sup> Die Klägerin wendet sich gegen die Entscheidung des Landgerichts zur Schadenshöhe. Sie ist der Ansicht derjenige, der gewerbliche Immaterialgüterrechte verletze, habe auch dann grundsätzlich den gesamten Gewinn herauszugeben, wenn es sich nicht um die Verletzung eines Patentrechts oder ähnlicher Rechte, sondern um die Verletzung eines Kennzeichnungsrechts handle. Eine einschränkende Differenzierung danach, welcher Gewinnanteil gerade auf die Rechtsverletzung zurückgehe, sei nicht möglich und daher abzulehnen. Zumindest gehe der vom Landgericht vorgenommene Abschlag zu weit. Denn der von der Beklagten vertriebene Schuh habe als einzige Besonderheit die Streifenkennzeichnung aufgewiesen, die mit der berühmten und immens bekannten Marke der Klägerin verwechselbar sei.
- <sup>39</sup> Weiter ist die Klägerin der Auffassung, das Landgericht habe die Kostenerstattung für das Abschlußschreiben zu Unrecht abgelehnt. Eine „Wartefrist“ zwischen der Zustellung der einstweiligen Verfügung und der Zusendung des Abschlußschreibens sei — jedenfalls schadensersatzrechtlich — dogmatisch nicht begründbar und könne daher nicht angenommen werden. Aber selbst wenn man hier von einer „Wartefrist“ ausgehe, so sei sie nach den besonderen Umständen des vorliegenden Falles von der Klägerin eingehalten worden. Zudem habe die „Frist“ nicht mit der Zustellung der einstweiligen Verfügung an die Beklagte selbst, sondern bereits mit der Bekanntgabe der einstweiligen Verfügung an die Rechtsanwälte der Beklagten begonnen. Vorsorglich behauptet die Klägerin nunmehr, daß die Rechtsanwälte der Beklagten uneingeschränkt (empfang)bevollmächtigt gewesen seien.
- <sup>40</sup> Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen Bezug genommen.

#### Gründe

- <sup>41</sup> Die zulässigen Berufungen der Parteien haben in der Sache jeweils nur zu einem Teil Erfolg.
- <sup>42</sup> Der Klägerin steht zunächst ein an dem Verletzergewinn ausgerichteter Schadensersatzanspruch gemäß §14 Abs. 6 MarkenG zu, den der Senat allerdings abweichend von dem angefochtenen Urteil nicht auf ein Drittel, sondern lediglich auf 20% des von der Beklagten erzielten Gewinns schätzt.
- <sup>43</sup> Das Landgericht hat die anspruchsbegründende Markenrechtsverletzung der Beklagten zutreffend bejaht.
- <sup>44</sup> Entgegen der Ansicht der Klägerin ist der Rechtsverstoß der Beklagten nicht schon durch die einstweilige Verfügung des Landgerichts Frankfurt a.M vom 01.11.2000 mit vorgreiflicher Wirkung für den vorliegenden Rechtsstreit festgestellt worden. Zwar hat die Beklagte der einstweiligen Verfügung durch ihre Abschlusserklärung die Wirkungen eines Hauptsacheurteils zuerkannt, so daß Rechtskraftwirkungen in Betracht zu ziehen sind. Es mag auch zutreffen, daß mit der rechtskräftigen Entscheidung über einen gesetzlichen Unterlassungsanspruch zugleich rechtskräftig über die Unterlassungspflicht des Schuldners entschieden und damit eine Voraussetzung des Schadensersatzanspruches bindend festgestellt wird (vgl. BGH, [GRUR 1965, 327, 329 f.](#) — Gliedermaßstäbe — zum vertraglichen Unterlassungsanspruch; Teplitzky, GRUR 1998, 320, 323 f.). Einer Entscheidung bedarf diese Frage im vorliegenden Fall indessen nicht. Denn die Rechtskraftwirkung eines Unterlassungsurteils kann jedenfalls nur für den Zeitraum ab Erhebung der Unterlassungsklage (so BGH, [GRUR 1965, 327, 328](#)— Gliedermaßstäbe S.322; [GRUR 1984, 820; 821](#) — Intermarkt II) bzw. bei genauer Betrachtung sogar erst ab dem Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung im Unterlassungsprozeß (Teplitzky, GRUR 1998, 320, 323) gelten. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, daß eine etwaige Rechtskraftwirkung pur für den Zeitraum ab dem 31.10.2000 bzw. ab dem 01.11. 2000 bestehen kann. Der hier geltend gemachte Schadensersatzanspruch bezieht sich jedoch — zumindest ganz überwiegend — auf den Zeitraum davor.
- <sup>45</sup> Der Abschlusserklärung kann auch kein — über die Rechtskraftwirkungen eines der einstweiligen Verfügung entsprechenden Hauptsacheurteils hinausgehendes — Anerkenntnis der Beklagten entnommen werden (§133, 157 BGB). Dies folgt schon daraus, daß die Klägerin in ihrem Abschlußschreiben neben der Abgabe der Abschlusserklärung (und der Auskunftserteilung) verlangt hatte, die Beklagte solle die Schadensersatzverpflichtung dem Grunde nach anerkennen. Dieser Aufforderung hat die Beklagte nicht entsprochen. Auf diesem Hintergrund läßt sich ein solches Anerkenntnis nicht in die Abschlusserklärung hineinlesen.
- <sup>46</sup> Da die einstweilige Verfügung hier nicht vorgreiflich ist und es auch an einem Schuldanerkenntnis der Beklagten fehlt, bedarf der Vorwurf einer Markenrechtsverletzung der erneuten Überprüfung. Diese führt zudem Ergebnis, daß die Beklagte durch den Vertrieb der streitgegenständlichen Schuhe gegen § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG verstoßen hat, weil sie ein mit der Klagemarke verwechslungsfähiges Zeichen unbefugt verwendet hat.

- <sup>47</sup> Die Klägerin genießt für ihre Drei-Streifen-Kennzeichnung markenrechtlichen Schutz.
- <sup>48</sup> Zum einen verfügt die Klägerin über eine Benutzungsmarke gemäß § 4 Nr. 2 MarkenG. Die Klägerin benutzt die Drei-Streifen-Kennzeichnung seit Jahren und Jahrzehnten für Sportbekleidung und insbesondere für Sportschuhe. Bei diesen besteht die Kennzeichnung in drei parallel angeordneten; relativ breiten und in gleichem Abstand zueinander schräg verlaufenden Streifen. Der weit überwiegende Teil der beteiligten Verkehrskreise erkennt in dieser Kennzeichnung ohne weiteres einen Herkunftshinweis der Klägerin. Die Verkehrsgeltung der Drei-Streifen-Kennzeichnung als Marke für Sportschuhe steht danach außer Frage. Darüberhinaus verfügt die Klagemarke über eine sehr hohe Bekanntheit. Dies ist allgemeinkundig und bedarf daher gemäß § 291 ZPO keines Beweises (vgl. zur Anwendbarkeit des § 291 ZPO: Ingerl/ Rohnke, Markengesetz, § 14 Rdnr 186, 485 m.w.N.). Der Senat schließt sich den zutreffenden Ausführungen des angefochtenen Urteils zu diesem Punkt an und nimmt hierauf Bezug ( § 543 Abs. 1 ZPO a.F.). Die hohe Bekanntheit beruht auf der starken Präsenz der Drei-Streifen-Kennzeichnung gerade auch für Sportschuhe in der Werbung, in Medienberichten und insbesondere im Alltagsgeschehen. Ergänzend verweist der Senat auf die den Parteien bekannten Entscheidungen des OLG Köln vom 24.01.2003 (GRUR-RR 2003, 170) und — zu Sportbekleidung — des OLG München vom 26.07.2001 (GRUR-RR 2001, 303 — nach vorheriger Aufhebung und Zurückverweisung der Sache durch BGH, WRP 2001, 41 — Drei-Streifen- Kennzeichnung). Die hohe Bekanntheit der Klagemarke besteht seit langem (vgl. BGH, GRUR 1986, 24S—Sporthosen; GRUR 1986, 252—Sportschuhe; GRUR 1987, 364 Vier-Streifen-Schuh). Der Umstand, daß die Klägerin die Drei-Streifen-Kennzeichnung bei Sportschuhen in einer gewissen Variationsbreite nutzt und teilweise auch „gezackte“ Streifen verwendet, ändert nichts an dem charakteristischen Erscheinungsbild der Marke und ihrem damit verknüpften Wiedererkennungswert. Auf dieser Grundlage besteht neben einer Benutzungsmarke, die lediglich Verkehrsgeltung erfordert, auch ein Markenschutz kraft notorischer Bekanntheit ( § 4 Nr. 3 MarkenG).
- <sup>49</sup> Des weiteren ergibt sich der Markenrechtsschutz der Klägerin aus eingetragenen Bildmarken( § 4 Nr. 1 MarkenG), insbesondere aus der Bildmarke Nr. .... Die Relevanz dieser Marke im vorliegenden Fall wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß die Markeneintragung eine Abbildung beinhaltet, die nicht drei Streifen für sich, sondern einen Sportschuh mit drei Streifen zeigt. Auch wenn man deshalb die Markeneintragung nicht dahingehend versteht, daß allein die Drei-Streifen- Kennzeichnung auf einem beliebigen Sportschuh Schutzgegenstand sei, so ist doch die Drei-Streifen-Kennzeichnung innerhalb der Bildmarke jedenfalls prägend, weil sie den Gesamteindruck der Abbildung beherrscht (vgl. BGH, GRUR 1986, 248, 250— Sporthosen).
- <sup>50</sup> Zwischen der Marke der Klägerin und dem beanstandeten Merkmal der von der Beklagten vertriebenen Schuhe, nämlich vier von der Schnürung schräg nach unten verlaufenden Streifen, besteht unmittelbare — Verwechslungsgefahr im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Bei der Beurteilung der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr sind die Umstände des Einzelfalles umfassend zu berücksichtigen. Hierbei ist in erster Linie abzustellen auf die Kennzeichnungskraft der Klagemarke, den Grad der Zeichenähnlichkeit und den Grad der Warenähnlichkeit, wobei diese Faktoren insofern in einer Wechselbeziehung miteinander stehen, als die eher schwache Ausprägung eines Elementes durch die starke Ausprägung eines anderen Elementes ausgeglichen werden kann (vgl. BGH, WRP 2002, 534, 535 — BIG m.w.N).
- <sup>51</sup> Vorliegend besteht zunächst Warenidentität oder jedenfalls sehr hohe Warenähnlichkeit. Dem steht nicht entgegen, daß die Beklagte die im Streit stehenden Schuhe — in Abgrenzung von Sportschuhen — als Freizeitschuhe bezeichnet. Es ist seit langem üblich, Sportschuhe, insbesondere auch solche der Klägerin, in der Funktion von Freizeitschuhen zu nutzen. Die vorgelegten Abbildungen weisen für das beanstandete Schuhmodell eine sportliche Aufmachung aus. Es fügt sich dem äußeren Erscheinungsbild nach in das Segment der Sport- und Freizeitschuhe ein, deren Vertrieb das breite Publikum auch mit dem Namen der Klägerin verbindet. Im übrigen erfaßt das Warenverzeichnis der Marke Nr. ..., deren Benutzungsschonfrist noch nicht abgelaufen ist, auch Freizeitschuhe.
- <sup>52</sup> Die Klagemarke verfügt aufgrund ihrer, oben bereits erörterten, sehr hohen Bekanntheit über eine besonders starke Kennzeichnungskraft. Die Frage, ob es sich bei der Klagemarke außerdem um eine berühmte Marke handelt, kann im vorliegenden Fall offen bleiben.



- <sup>53</sup> Des weiteren sind die gegenüberstehenden Zeichen einander ähnlich. Die Zeichenähnlichkeit ist nicht gering und jedenfalls groß genug, um im Ergebnis — unter Einbeziehung der zuvor genannten anderen Faktoren — eine unmittelbare Verwechslungsgefahr zu bejahen. Wie das Landgericht bereits zutreffend ausgeführt hat, stimmen die beiden Kennzeichnungen in allen wesentlichen Punkten überein, lediglich die Anzahl der Streifen unterscheidet sich. Die Beifügung eines vierten Streifens reicht hier nicht aus, um die angegriffene Ausführungsform hinreichend deutlich von der geschützten Kennzeichnung der Klägerin abzusetzen. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher, auf den insoweit abzustellen ist, die kollidierenden Marken regelmäßig nicht nebeneinander sehen wird und er sich daher auf das unvollkommene Bild verlassen muß, das er von ihnen im Gedächtnis behalten hat. Zudem wird das angesprochene Publikum sehr bekannte Kennzeichnungen, an die es sich erinnert, eher in einer anderen Kennzeichnung wiederzuerkennen glauben (vgl. BGH, [WRP 2001, 41](#), 43 f. — Drei-Streifen-Kennzeichnung). Im übrigen ist der Unterschied zwischen einem Drei-Streifen- und einem Vier-Streifen-Muster eher noch unbedeutender als der Unterschied zwischen einer Drei-Streifen- und einer Zwei-Streifen-Kennzeichnung, wie er in der Entscheidung „Drei-Streifen-Kennzeichnung“ (BGH, [WRP 2001, 41](#); OLG München, [GRUR-RR 2001, 303](#)) zur Beurteilung stand.
- <sup>54</sup> Eine nicht unerhebliche Zeichenähnlichkeit besteht auch bei denjenigen Schuhen der Beklagten, die einen eher schwachen Farbkontrast zwischen den Streifen und ihrem Untergrund aufweisen, wie aus den Abbildungen in der Klageerwiderung (el. 61, 63 d.A.) ersichtlich ist. Auch bei Schuhen mit dieser Farbgebung hebt sich die Streifen-Kennzeichnung noch so deutlich ab, daß sie in zu Verwechslungen geeigneter Weise an die Klagemarke erinnert.
- <sup>55</sup> Schließlich kann der auf dem Absatz der beanstandeten Schuhe in kleiner Schrift an der Seite angebrachte Schriftzug „Y“ die zwischen den Streifen-Kennzeichnungen bestehende unmittelbare Verwechslungsgefahr nicht beseitigen. Denn dieser Schriftzug wird nicht zusammen mit dem Vier-Streifen-Muster wahrgenommen und bildet mit ihm kein Kombinationszeichen.
- <sup>56</sup> Auch die markenmäßige Verwendung der angegriffenen Vier-Streifen-Aufmachung durch die Beklagte — eine für die Anwendung von § 14 MarkenG notwendige Voraussetzung BGH, [WRP 2002, 982](#), 983 f. — FRÜHSTÜCKSDRINK I; [WRP 2002, 985](#), 987 — FRÜHSTÜCKSDRINK II; [WRP 2002, 987](#), 989 — Festspielhaus) — hat das Landgericht zu Recht bejaht. Der Verkehr ist angesichts der Kennzeichnungspraxis der Klägerin daran gewöhnt, in der hier in Rede stehenden Streifen-Ausstattung von Sport- bzw. Freizeitschuhen einen Herkunftshinweis zu sehen (vgl. BGH, [WRP 2001, 41](#), 44- Drei-Streifen-Kennzeichnung). Dem steht nicht entgegen, daß die Streifen bei dem beanstandeten Modell aus Aufsatzstücken bestehen, die oben eine Schlaufe bilden, durch welche die Schnürsenkel geführt werden. Trotz dieses funktionalen Zusammenhangs entsteht der optische Eindruck des für Schuhe der Klägerin typischen Streifenmusters, das wie ein Herkunftshinweis wirkt.
- <sup>57</sup> Die eben angesprochene Funktion als „Schnürsenkelhalterung“ hat entgegen der Ansicht der Beklagten nicht zur Folge, daß die von ihr verwendeten Streifen bzw. Aufsatzstücke nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG (Art. 3 Abs. 1 lit. e) 2. Spiegelstrich der Richtlinie 89/ 104 / EG) aus dem Schutzbereich der Klagemarke ausgenommen seien. Insbesondere läßt sich diese Konsequenz nicht aus der Entscheidung „Philips/Remington“ des EuGH ([WRP 2002, 924](#)) ableiten. Zwar ist zunächst richtig, daß in den Ähnlichkeitsbereich einer geschützten Marke keine Zeichen einbezogen werden können, die nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG freihaltebedürftig sind. Die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, der im übrigen nur für Formmarken gilt, sind hier indessen nicht erfüllt.
- <sup>58</sup> Das Eintragungshindernis aus § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG (Art. 3 Abs. 1 lit. e) 2. Spiegelstrich der Markenrechtsrichtlinie) wird nicht durch den Nachweis ausgeräumt, daß es andere Formen gibt, die die gleiche technische Wirkung ermöglichen (vgl. EuGH, [WRP 2002, 924](#), 931 f., Ziff. 81, 84 — Philips/Remington). Voraussetzung für das Eintragungshindernis ist jedoch, daß die wesentlichen funktionellen Merkmale nur der technischen Wirkung zuzuschreiben sind (EuGH, a.a.O., Ziff. 83). Im vorliegenden Fall geht es demgegenüber um die ästhetische Gestaltung einer Schnürsenkelführung mit Schlaufenbefestigung. Ein technisches Problem, das einer technischen Lösung bedürftig hätte, bestand nicht. Im übrigen könnte der Begriff der technischen Wirkung (im Sinne der genannten Vorschriften) nicht derart aufgliedert werden, daß jeder denkbaren Schnürsenkelführung ein technisch begründeter Freihaltebereich zugebilligt würde. Schließlich hat im vorliegenden Fall zumindest die farbliche Absetzung der Aufsatzstücke nichts mit der Erzielung einer technischen Wirkung zu tun.
- <sup>59</sup> Die Beklagte hat die Markenrechtsverletzung aus den vom Landgericht bereits dargelegten Gründen zumindest fahrlässig begangen. Sie ist demzufolge verpflichtet, der Klägerin den aus dem Rechtsverstöß entstandenen Schaden zu ersetzen (§ 14 Abs. 6 MarkenG).

- <sup>60</sup> Der diesbezügliche Schaden der Klägerin beläuft sich auf 13.369,57 EUR (26.148,60 DM), das sind 20% des von der Beklagten erzielten Gewinns.
- <sup>61</sup> Der Verletzte kann im Falle einer Schutzrechtsverletzung – auch bei der Markenrechtsverletzung – seinen Schaden auf der Grundlage des Verletzergewinns berechnen (vgl. BGH, [GRUR 1995, 50](#), 54 — Indorektal / Indohehexal; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 8. Aufl., Kap. 34, Rdnr. 22; Ingerl / Rohnke, Markengesetz, vor § 14 Rdnr. 65; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl. § 14 Rdnr. 523; Althammer / Stöbele/ Klaka, Markengesetz, § 14 Rdnr. 162).
- <sup>62</sup> Da der Verletzergewinn nur einen Maßstab zur Berechnung der Schadenshöhe, nicht aber einen eigenständigen Schadensgrund, darstellt, scheidet ein Anspruch auf (teilweise) Herausgabe des Verletzergewinns von vornherein aus, wenn dem Verletzten tatsächlich kein Schaden entstanden ist (BGH, [GRUR 1995, 349](#), 351 – Objektive Schadensberechnung). Der Schadenseintritt wird allerdings vermutet, wenn der Verletzer Gewinn erzielt hat. (BGH, a.a.O.) die Besonderheit der eben zitierten BGH-Entscheidung, auf die sich die Beklagte bei ihrer Rechtsverteidigung berufen hat, lag in dem Umstand, daß der Ersatzpflichtige Produkte des Gläubigers vertrieb. In einer solchen Konstellation führt der Gewinn des Verletzers dem hier zu entscheidenden Fall nichts gegen die aus dem Gewinn des Verletzers abgeleitete Vermutung eines Schadenseintritts. Diese Vermutung gründet sich auf die naheliegende Annahme, daß der Klägerin durch die Verkaufsgeschäfte der Beklagten Umsätze entgangen sind.
- <sup>63</sup> Den der Schadensberechnung zugrunde zu legenden Gewinn der Beklagten hat das Landgericht zutreffend mit 130.743,-- DM angenommen. Dieser Betrag entspricht der Differenz zwischen dem Einkaufspreis und dem Verkaufspreis der tatsächlich abverkauften 736 Paar Schuhe. Die Gemeinkosten der Beklagten sind nicht vorgetragen und im übrigen ohnehin nicht abzugsfähig (vgl. BGH, [WRP 2001, 276](#) — Gemeinkostenanteil; Teplitzky, a.a.O., Kap. 34, Rdnr. 33; Fezer, a.a.O., § 14 Rdnr 523). Variable Kosten hat die Beklagte, von dem gezahlten Einkaufspreis abgesehen, nicht vorgetragen.
- <sup>64</sup> Der in dieser Form erstmals im Berufungsverfahren erhobene Einwand der Beklagten, der weit überwiegende Teil der insgesamt 736 verkauften Paar Schuhe sei „einfarbig“ gewesen, greift im Ergebnis nicht durch. Dieser Vortrag widerspricht der vorgerichtlichen Auskunft der Beklagten, die die Klägerin ihrer Klage zugrundegelegt hat. Denn das Auskunftsverlangen und dementsprechend auch das Auskunftsschreiben bezogen sich auf Schuhe, wie sie in dem Beschluß — einstweilige Verfügung — des Landgerichts vom 01.11 .2000 abgebildet waren. Die dortige Abbildung (Bl. 33 d.A.), die der Abbildung in der hiesigen Klageschrift. entspricht, zeigte einen sehr deutlichen Farbkontrast zwischen den Streifen und dem Untergrund.
- <sup>65</sup> Die Beklagte ist an ihre Auskunft allerdings nicht unlösbar gebunden. Die Divergenz ihres jetzigen Vorbringens zu der vorprozessual erteilten Auskunft führt lediglich zu einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast zum Nachteil der Beklagten (vgl. BGH, [GRUR. 1993, 897, 899](#)— Mogul-Anlage). Gleichwohl bestand auf der Grundlage der Berufungsbegründung und der Berufungserwiderung der Beklagten kein Anlaß, eine Beweisaufnahme anzuordnen oder für den Senatstermin vorzubereiten (§ [273 ZPO](#)). Die Beklagte hat in ihrer Berufungsbegründung vom 07.03.2002 zur Umschreibung des Attributs „einfarbig“ auf die mit der Klageerwiderung überreichten Abbildungen verwiesen (Bl. 283 d.A.). Aus der Berufungserwiderung vom 14.10.2002, in der die Beklagte nochmals auf diesen Punkt zu sprechen kam, ergab sich kein hiervon abweichendes Verständnis des Begriffs „einfarbig“. Die in die Klageerwiderung einbezogenen Abbildungen (Bl. 61, 63 d.A.), auf die die Beklagte somit maßgebend abgestellt hat, zeigen einen hellblauen Schuh mit weißlichen Streifen. Ob man das Wort „einfarbig“ in großzügiger Erfassung seines Bedeutungsgehaltes auf diesen Sachverhalt beziehen kann, mag dahinstehen. Jedenfalls heben sich die aus den erwähnten Abbildungen ersichtlichen Streifen trotz des schwachen Farbkontrastes nach der Einschätzung des Senats noch so deutlich heraus, daß der optische Eindruck eines „X-Schuhs“ in heller Farbgebung nahegelegt wird. Diese Ausführungsform verletzt die Klagemarke ebenfalls. Darüberhinaus ist auch bei den so gestalteten Schuhen die Ähnlichkeit mit der geschützten Kennzeichnung noch so ausgeprägt, daß im Rahmen der Schadensschätzung kein Anlaß für eine je nach Farbgebung differenzierende Betrachtung gegeben ist.
- <sup>66</sup> Soweit die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 12.03.2003 unter der Beschreibung als „einfarbig“ neben der Farbe „Weiß“ weitere Farben (Camel, Bordeaux, Rot und Schwarz) aufgeführt hat, besteht ersichtlich kein unmittelbarer Bezug zu den Abbildungen auf Bl: 61 und 63 d.A. Es ist indes nicht dargetan, daß bei „einfarbigen“ Schuhen in den Farben Camel, Bordeaux und Rot das Streifenmuster weniger markant ausfiel, als bei den von der Beklagten als „einfarbig weiß“ bezeichneten Schuhen, zu denen die Abbildungen Bl. 61 und 63 d.A. vorliegen. Lediglich für 117 Paar der schwarzen Schuhe behauptet die Klägerin nunmehr, Schuhe und „Schnürsenkelhalterungen“ seien aus dem gleichen Ledermaterial, was ein optisch einheitliches Erscheinungsbild nahelegt.

- <sup>67</sup> Dem angesprochenen Vorbringen der Beklagten aus ihrem Schriftsatz vom 12.03.2003 war im übrigen nicht weiter nachzugehen, da es zu spät kam (§§ 527, 528 Abs. 2 ZPO a.F.). Die Beklagte war gehalten, Tatsachenvortrag, den die von ihr selbst vorgelegten Abbildungen nicht abdeckten, rechtzeitig in erster Instanz, spätestens aber bis zum Ablauf der Berufungsbegründungsfrist bzw. Berufungserwiderungsfrist vorzubringen. Die Zulassung des verspäteten Vorbringens hätte — seine Erheblichkeit unterstellt — zur Folge gehabt, daß nach der gebotenen Konkretisierung durch die Vorlage weiterer Lichtbilder und ergänzende Zahlenangaben, eine Beweisaufnahme notwendig geworden wäre. Die Erledigung des Rechtsstreits wäre hierdurch verzögert worden. Ein Auffangen der Verzögerung durch vorbereitende Maßnahmen war nicht möglich, da der (nachmittags per Telefax übersandte, nicht mit einem Eilt-Vermerk gekennzeichnete) Schriftsatz der Beklagten vom 12.03.2003 dem Senat erst am Terminstag vorlag und der Klägerin überdies vorab Gelegenheit zur Stellungnahme hätte gegeben werden müssen.
- <sup>68</sup> Von dem danach der weiter Schadensberechnung zugrunde zu legenden Gesamtgewinn in Höhe von 130.743,- DM kann die Klägerin lediglich einen Anteil von 20% beanspruchen.
- <sup>69</sup> Die Auffassung der Klägerin, bei einem Markenrechtsverstoß bestehe grundsätzlich Anspruch auf Herausgabe des gesamten Verletzergewinns, kann der Senat nicht teilen. Während ein Patent oder ein Gebrauchsmuster das Produkt und ein Geschmacksmuster immerhin das Design des Produkts schützen, handelt es sich bei der Marke lediglich um die Kennzeichnung eines Produkt, die auf die Herkunft hinweisen soll. Im übrigen muß sich der Rechtsinhabers selbst bei Geschmacksmusterverletzungen, wo ebenso wie bei Patent- und Urheberrechtsverletzungen — im Unterschied zu Markenrechtsverletzungen — ein Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist, Abzüge gefallen lassen, wenn die Verletzungsform keine identische Nachbildung darstellt oder sonst besondere, für den Absatzerfolg bedeutsame Eigenschaften aufweist (vgl. BGH, [WRP 2001, 276, 279](#) — Gemeinkostenanteil). Bei Markenrechtsverletzungen ist erst recht nur der Gewinn(anteil) zu ersetzen, den der Verletzer gerade aufgrund der widerrechtlichen Kennzeichnung erlangt hat (vgl. BGH, [GRUR 1961, 354, 355](#) — Vitasulfat; ferner BGH, [GRUR 1973, 375, 377](#) — Miss Petite; [WRP 1973, 520, 521](#) — Nebelscheinwerfer; Ingerl / Rohnke, a.a.O., vor § 14 Rdnr. 65; Fezer, a.a.O., § 14 Rdnr 523). Bei Kennzeichenrechtsverletzungen kann demzufolge — wie auch in Fällen wettbewerbswidriger Leistungsübernahme (vgl. BGH, [WRP 1992, 700](#) — Tchibo / Rolex II) — regelmäßig nicht der gesamte Gewinn auf die Rechtsverletzung zurückgeführt werden (Teplitzky, a.a.O., 34. Kap. Rdnr. 33; Ströbele / Klaka, a.a.O., § 14 Rdnr. 162).
- <sup>70</sup> Der auf die Verletzung des Kennzeichenrechts entfallende Anteil des Verletzergewinns kann nur geschätzt werden (BGH, [GRUR 1 995, 50, 54](#) — indorektal / indoheal; Ingerl/Rohnke, a.a.O., vor 14 Rdnr. 65). An die Voraussetzungen der gemäß § 287 ZPO vorzunehmenden Schadensschätzung sind nur geringe Anforderungen zu stellen (vgl. BGH, [WRP 1992, 700, 705](#) — Tchibo / Rolex II). Die Schätzung orientiert sich an der Frage, inwieweit die rechtswidrige Gestaltung ursächlich für die Kaufentschlüsse war.
- <sup>71</sup> Es ist wenigstens ein Mindestschaden zu ermitteln, sofern nicht ausnahmsweise auch hierfür jeglicher Ansatzpunkt fehlt (BGH, a.a.O.).
- <sup>72</sup> Die Einwände, die beide Parteien — mit entgegengesetzter Zielsetzung — gegen die eben skizzierte Rechtsprechung vorbringen, überzeugen nicht. Die Auffassung der Beklagten, der ersatzfähige Anteil des Verletzergewinns habe sich an einer angemessenen Lizenzgebühr zu orientieren, trifft nicht zu. Denn es geht um unterschiedliche Methoden der Schadensberechnung, die zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können (vgl. BGH, [WRP 1992, 700](#) — Tchibo / Rolex II).
- <sup>73</sup> Der Einwand der Klägerin, die Schätzung eines durch die Rechtsverletzung verursachten Anteils sei nicht möglich, stellt diese Methode der Schadensberechnung in Frage, kann aber nicht den Schluß rechtfertigen, der Anspruch müsse auf den Gesamtgewinn gehen. Davon abgesehen läßt sich der entsprechende Anteil in aller Regel zwar nicht rechnerisch ableiten, es läßt sich aber sehr wohl eine Schätzung nach Maßgabe der zuvor erwähnten Rechtsprechungsgrundsätze vornehmen. Dabei geht es nicht um die Feststellung einer äquivalenten oder adäquaten Kausalität im strengen Sinne, sondern um eine wertende Zurechnung, die sich im Rahmen einer auch auf Billigkeitserwägungen gegründeten, dogmatisch nicht zwingenden Schadensberechnungsart als angemessenes Korrektiv und nicht als Fremdkörper darstellt.



- <sup>74</sup> Bei der Schätzung des ersatzfähigen Gewinnanteils haben im wesentlichen die nachfolgend aufgeführten Gesichtspunkte Berücksichtigung gefunden. Die Klagemarke verfügt über eine sehr hohe Bekanntheit, verbunden mit Gütevorstellungen der angesprochenen Verkehrskreise, die den mit der Klagemarke gekennzeichneten Produkten Qualität und Solidität zuschreiben. Die Klagemarke wurde allerdings nicht identisch oder fast identisch übernommen. Andererseits ist die Ähnlichkeit zwischen der Klagemarke und dem Streifenmuster der beanstandeten Schuhe nicht gering. Auch fällt dieses Muster angesichts der ansonsten dezenten Aufmachung der im Streit stehenden Schuhe besonders auf. Demgegenüber bilden auch die „Leichtigkeit und hohe Qualität“, über die die beanstandeten Schuhe unstreitig verfügen, ein für die Kaufentscheidung wichtiges und von der Streifenkennzeichnung unabhängiges Kriterium, das mit dem Renommee der Klägerin („Z“) korrespondiert. Gerade bei dem Erwerb von Schuhen, insbesondere von solchen einer gehobenen Preisklasse, sind derartige Qualitätsmerkmale von Bedeutung, zumal Schuhe vor dem Kauf üblicherweise anprobiert und ihre Trageeigenschaften geprüft werden: Das Kennzeichen „Y“ ist auf den Schuhen relativ unauffällig angebracht. Wird es wahrgenommen, kann es die Kaufentscheidung aber durchaus beeinflussen, weil die Marke „Y“ ganz allgemein mit qualitativ hochwertiger Verarbeitung assoziiert wird. Die entsprechende Kennzeichnung auf den Schuhkartons ist hingegen unerheblich, weil der Kunde sich in aller Regel zum Kauf entschließt, bevor er den Karton zu Gesicht bekommt
- <sup>75</sup> Von besonderer Bedeutung im Rahmen der Schadensschätzung ist der relativ hohe Preis der von der Beklagten vertriebenen Schuhe, der rund 300,- DM betrug. Dies schließt zunächst die Annahme aus, daß einige Kunden die Schuhe bewußt als „X-Plagiat“ erworben haben könnten (vgl. zu diesem Gesichtspunkt: BGH, [WRP 1992, 700](#) —Tchibo / Rolex II), auch wenn einzelne Modelle der Klägerin noch teurer sein mögen. Der hohe Preis der beanstandeten Schuhe bedingt ferner, daß Kaufentscheidungen in der Regel nur nach sorgfältiger Prüfung getroffen werden, wodurch die Auswirkungen der Kennzeichenrechtsverletzung relativiert werden können. Insbesondere aber hat die Höhe des Preises wesentlich zu der (beachtlichen) Gewinnmarge der Beklagten beigetragen, wobei begleitend auch zu berücksichtigen war, daß die Parteien (ganz überwiegend) auf unterschiedlichen Handelsstufen tätig sind.
- <sup>76</sup> Nach zusammenfassender Würdigung der vorstehenden Erwägungen hält es der Senat für angemessen und ausreichend, den Schadensersatzanspruch der Klägerin mit 20% des von der Beklagten erzielten Gewinns zu bemessen (§ 287 ZPO). Daraus errechnet sich ein Anspruch in Höhe von 26.148,60DM bzw. 13.369,57 EUR.
- <sup>77</sup> Die Beklagte hat der Klägerin außerdem die Kosten des Abschlußschreibens zu ersetzen. Der Anspruch steht der Klägerin sowohl als Schadensersatzanspruch aus § 14 Abs. 6 MarkenG wie auch unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 670, 683 BGB) zu. Das Abschlußschreiben der Klägerin vom 21.11.2000 stellte nach den Umständen des vorliegenden Falles zu dem Zeitpunkt, an dem es versandt wurde, eine notwendige Maßnahme der Rechtsverfolgung dar (§ 249 BGB) und entsprach im übrigen auch dem mutmaßlichen Willen der Beklagten (§683 BGB).
- <sup>78</sup> Der Anspruch auf Kostenerstattung scheidet nicht daran, daß die Klägerin der Beklagten zu wenig Zeit für eine Abschlußerklärung aus eigenem Antrieb gelassen habe.
- <sup>79</sup> Es ist allerdings zutreffend, daß der Unterlassungsgläubiger, der nach einem Wettbewerbs- bzw. Markenrechtsverstoß eine einstweilige Verfügung erwirkt und zugestellt hat, vor der Versendung des Abschlußschreibens einige Zeit abzuwarten hat, um dem Schuldner Gelegenheit zu geben, von sich aus eine Abschlußerklärung abzugeben (vgl. nur Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 8. Aufl., Kap. 43 Rdnr 31; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., § 25 UWG Rdnr 105; Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl., § 25 Rdnr 73 - jeweils m.w.N.; a.A Großkommentar zum UWG / Schultz-Süchting, § 25 Rdnr. 307). Dagegen läßt sich nicht einwenden, eine solche Wartefrist sei allenfalls nach dem Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag, nicht aber nach schadensersatzrechtlichen Grundsätzen dogmatisch begründbar. Nach den allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatzrechts sind Kosten der Rechtsverfolgung, die laut eigenen Entschließungen des Verletzten beruhen, (nur) zu erstatten, wenn und soweit sie notwendig waren. Andernfalls fehlt es bereits an dem erforderlichen Zurechnungszusammenhang, zumindest aber steht dem Ersatzanspruch der Einwand des Mitverschuldens entgegen (§ 254 BGB). Für eine sofortige Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs nach dessen Sicherung durch eine einstweilige Verfügung besteht keine Notwendigkeit in dem eben angesprochenen Sinne. Es kann dem Unterlassungsgläubiger vielmehr zugemutet werden, im Interesse einer kostensparenden und damit wirtschaftlich vernünftigen Bereinigung der Streitigkeit nach dem Erlaß einer einstweiligen Verfügung zunächst eine gewisse Zeit zu warten, um dem Gegner Gelegenheit zum Einlenken zu geben.

- <sup>80</sup> Die Dauer dieser Wartefrist kann, wenn es den Umständen nach angemessen ist, zwei Wochen betragen (vgl. Teplitzky, a.a.O., Kap. 43 Rdnr 31; Köhler/Piper, a.a.O., § 25 Rdnr 73). Eine Frist von einem Monat, wie sie die Beklagte für angebracht hält, erscheint jedenfalls zu lang. Zwar ist die Länge der Berufungsfrist ein brauchbarer Anknüpfungspunkt, weil der Schuldner auch bei einer Abschlusserklärung vor der Frage steht, ob er eine Gerichtsentscheidung (gleichsam) rechtskräftig werden lassen will. Im Abschlußverfahren sind indessen zwei Fristen zu berücksichtigen, nämlich die Wartefrist vor der Versendung des Abschlußschreibens und die mit dem Abschlußschreiben zu setzende weitere Frist vor einer etwaigen Klagerhebung. Nur die Summe dieser beiden Fristen kann sich an der für Rechtsmittel üblichen Monatsfrist orientieren.
- <sup>81</sup> Bei dem danach als Wartefrist grundsätzlich plausiblen Zeitraum von zwei Wochen handelt es sich jedoch nicht um eine starre Zeitvorgabe, die unabhängig von der konkreten Lage des Falles stets unverändert Gültigkeit hätte. Auszugehen ist zunächst davon, daß der Gläubiger einerseits durch den Erlaß hier einstweiligen Verfügung bereits gesichert ist, er aber andererseits ein berechtigtes Interesse daran hat, bei der (endgültigen) Durchsetzung seiner Ansprüche sinnlosen Zeitverlust zu vermeiden. Hieran anknüpfend kann es dem Gläubiger im Einzelfall zuzumuten sein, noch länger als zwei Wochen zu warten, wenn der Schuldner beispielsweise die Bereitschaft zum Einlenken signalisiert hat und der Abschlusserklärung nur noch solche Hinderungsgründe entgegenstehen, mit deren alsbaldiger Behebung zuverlässig gerechnet werden kann. Andererseits kann die Versendung des Abschlußschreibens aber auch schon vor dem Ablauf von zwei Wochen zum Zweck der weiteren Rechtsverfolgung angemessen sein, wenn aufgrund besonderer Umstände, insbesondere wegen des bisherigen Verhaltens des Schuldners, mit der Abgabe einer Abschlusserklärung in absehbarer Zeit ohnehin nicht zu rechnen ist.
- <sup>82</sup> Im vorliegenden Fall war der zwischen der Zustellung der einstweiligen Verfügung an die Beklagte am 10.11.2000 und der Versendung des Abschlußschreibens am 21.11.2000 verstrichene Zeitraum, obwohl er nicht ganz zwei Wochen betrug, ausreichend. Denn aufgrund der hier gegebenen Besonderheiten war mit einer alsbaldigen, aus eigenem Antrieb abgegebenen Abschlusserklärung der Beklagten ohnehin nicht (mehr) ernsthaft zu rechnen. Die Beklagte war in einem frühen Stadium anwaltlich vertreten und die beauftragten Rechtsanwälte hatten schon vor Erwirkung der einstweiligen Verfügung miteinander korrespondiert. Dieser Schriftwechsel, in dem die Beklagte nähere Angaben und Nachweise zu der— allgemein bekannten — hohen Verkehrsgeltung der Klagemarke verlangt hatte, legte für die Klägerin die Einschätzung nahe, der Beklagten sei es nicht um eine rasche Beilegung der Angelegenheit, sondern um deren Verzögerung zu tun. In diesem Eindruck konnte sich die Klägerin durch den Umstand bestärkt sehen, daß der Zustellversuch bei den Anwälten der Beklagten wegen fehlender Empfangsvollmacht zurückgewiesen wurde.
- <sup>83</sup> Zu berücksichtigen ist auch, daß das Landgericht der Beklagten mit der einstweiligen Verfügung zugleich eine Auskunftsfrist von einer Woche gesetzt hatte. Damit war ein Zeitraum abgesteckt, innerhalb dessen wenigstens eine Reaktion der Beklagten auf den Erlaß der einstweiligen Verfügung erwartet werden konnte. Die Beklagte hat die Frist aber ohne Erklärung, Stellungnahme oder Bitte um Fristverlängerung verstreichen lassen, obwohl angesichts der frühzeitigen anwaltlichen Vertretung und Befassung mit der Streitigkeit die Voraussetzungen für eine zügige Meinungsbildung nach dem Erlaß der einstweiligen Verfügung vorlagen. Hätte die Beklagte erwogen, die einstweilige Verfügung zu akzeptieren, so hätte sie die Klägerin auf die damit bestehende — für die Klägerin in Anbetracht des bisherigen Verlaufs der Auseinandersetzung aber fernliegende — Möglichkeit eines baldigen Einlenkens hinweisen können. Tatsächlich hat die Beklagte die Abschlusserklärung dann erst mit Schreiben vom 08.12.2000 abgegeben.
- <sup>84</sup> Im übrigen ist für den Beginn der Wartefrist im vorliegenden Fall auf die Übersendung der einstweiligen Verfügung an die Anwälte der Beklagten abzustellen, bei denen sie am 06.11.2000 einging. Die Wartefrist beginnt zwar in der Regel mit der (ordnungsgemäßen) Zustellung der einstweiligen Verfügung, die mit der Unterrichtung des Unterlassungsschuldner über den Inhalt der einstweiligen Verfügung im Normalfall zusammentrifft. Die förmliche Zustellung ist aber keine unabdingbare Voraussetzung für den Fristbeginn. Bei der Wartefrist geht es nicht um eine förmliche Frist, sondern um die an Billigkeitserwägungen ausgerichtete Erwägung, der Schuldner solle vor der Entstehung weiterer Kosten die Gelegenheit haben, von sich aus zu reagieren und die Streitigkeit abzuschließen. Die Voraussetzungen hierfür sind schon dann geschaffen, wenn der Schuldner von der einstweiligen Verfügung Kenntnis hat oder problemlos haben kann. Auf § 166 BGB kommt es in diesem Zusammenhang nicht an, da es nicht um rechtsgeschäftliche Vorgänge geht. Begann die Wartefrist demgemäß mit der Unterrichtung der von der Beklagten eingeschalteten Rechtsanwälte, so war bis zur Absendung des Abschlußschreibens der hier auf jeden Fall ausreichende Zeitraum von zwei Wochen bereits abgelaufen.

- <sup>85</sup> Nach alldem war das Abschlußschreiben der Klägerin nicht verfrüht. Die Höhe der demzufolge zu erstattenden Anwaltskosten beläuft sich auf 9.417,60 DM; dies entspricht einem Betrag von 4.815,14 EUR. Der Gebührenberechnung liegt der Ansatz einer 7,5/10Anwaltsgebühr und einer 7,5/10 Patentanwaltsgebühr, jeweils aus einem Gegenstandswert von 1.000.000,-- DM und jeweils zuzüglich der Auslagenpauschale, zugrunde. Durchgreifende Bedenken gegen die Berechtigung der Gebührenberechnung bestehen nicht. Soweit die Beklagte im ersten Rechtszug pauschal die Höhe der Rechnung bestritten hat, fehlt es an der erforderlichen Substantiierung, da nicht erkennbar ist, welche Berechnungsposten in Frage gestellt werden sollen.
- <sup>86</sup> Die zugesprochenen Zinsen stehen der Klägerin zum Ersatz ihres Verzugsschadens zu (§§286 Abs. 1 Satz 2, 288 BGB). Aus den vom Landgericht bereits dargelegten Gründen besteht der Zinsanspruch erst ab Klageerhebung.
- <sup>87</sup> Die Kostenentscheidung folgt aus §92 Abs. 1 ZPO und berücksichtigt das Maß des wechselseitigen Obsiegens und Unterliegens. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, 711 ZPO.
- <sup>88</sup> Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erforderlich machen ( 543 Abs. 2 ZPO).
- <sup>89</sup> Maßgebend für die getroffene Entscheidung waren die konkreten Umstände des vorliegenden Einzelfalles, die das Gericht auf der Grundlage anerkannter Rechtsgrundsätze bewertet hat.