Gericht:	Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg 5. Zivilsenat
Entscheidungsname:	Zinkgelb
Entscheidungsdatum:	22.08.2024
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	5 U 32/23
ECLI:	ECLI:DE:OLGHH:2024:0822.5U32.23.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 242 BGB, § 14 Abs 2 S 1 Nr 1 MarkenG, § 14 Abs 2 S 1 Nr 2 MarkenG, § 14 Abs 2 S 1 Nr 3 MarkenG, § 14 Abs 6 MarkenG ... mehr

Verwendung einer abstrakten Farbmarke zur Kennzeichnung von Hochdruckreinigern - Zinkgelb

Orientierungssatz

1. Die Einrede der Nichtbenutzung greift nicht durch, wenn das klagende Unternehmen die Klagemarke rechtserhaltend i.S.v. §§ 25, 26 MarkenG benutzt hat.(Rn.145)

2. Im Fall einer Benutzung von abstrakten Farbmarken setzt die funktionsgemäße Benutzung voraus, dass der selbständige Markencharakter der Farbmarke so deutlich erkennbar bleibt, dass in der Farbe an sich ein eigenständiger betrieblicher Herkunftshinweis gesehen wird. Für eine markenmäßige Verwendung der Farbe innerhalb einer Gesamtaufmachung spricht vor allem ein festgestellter hoher Durchsetzungsgrad dieser Farbe. Bei abstrakten Farbmarken, die im Rechtssinne konturunabhängig sind, kommt es auf die Verkehrsdurchsetzung der Farbe an sich an. Falls ein erheblicher Teil der betroffenen Verkehrskreise die fragliche Farbe einem bestimmten Unternehmen zuordnen kann, so ist grundsätzlich von einem markenmäßigen Gebrauch und damit von einer relevanten Benutzung auszugehen.(Rn.146)

3. Sieht der Verkehr in einem auf Hochdruckreinigern verwendeten Gelb ein eigenständiges Kennzeichen, so folgt daraus, dass weitere Zeichenelemente beim Zeichenvergleich unberücksichtigt bleiben und allein auf den Farbvergleich abzustellen ist (Anschluss BGH, Urteil vom 23. September 2015 - I ZR 78/14).(Rn.168)

4. Im Hinblick auf einen Farbvergleich gilt, dass der angesprochene Verkehr die betreffenden Farbtöne lediglich aus seiner notwendigerweise unvollkommenen Erinnerung heraus miteinander vergleichen wird. Geringe Unterschiede sind aufgrund der sehr begrenzten menschlichen Farberinnerungs- und Farbunterscheidungsfähigkeit kaum feststellbar.(Rn.169)

5. Wer im Geschäftsverkehr mit gekennzeichneten Waren tätig ist, hat eine Überwachungs- und Erkundigungspflicht. Bei der Ingebrauchnahme einer neuen, eigenen Kennzeichnung ist eine sorgfältige Recherche nach möglicherweise entgegenstehenden Rechten Dritter geboten. Bei registrierten Marken kann im Hinblick auf die modernen elektronischen Recherchemöglichkeiten Kenntnis grundsätzlich ab dem Tag der Veröffentlichung erwartet werden, jedenfalls aber 14 Tage nach der Veröffentlichung (Anschluss OLG München, Urteil vom 15. März 2018 - 6 U 2797/17).(Rn.194)

Verfahrensgang

vorgehend LG Hamburg 16. Kammer für Handelssachen, 17. Februar 2023, 416 HKO 14/22

Tenor

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 17.02.2023, Az. 416 HKO 14/22, wird zurückgewiesen.

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

3. Das vorliegende Urteil ist hinsichtlich des Ausspruchs zu den Kosten und die angefochtene Entscheidung ist hinsichtlich der Aussprüche zu Ziff. I., III., IV., V., VI. und zu den Kosten vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten können die Vollstreckung wegen des Unterlassungsausspruchs nach Ziff. I. durch Sicherheitsleistung in Höhe von 550.000,- €, wegen des Auskunftsausspruchs nach Ziff. III. durch Sicherheitsleistung in Höhe von 70.000,- € und wegen des Rückrufausspruchs nach Ziff. IV. durch Sicherheitsleistung in Höhe von 70.000,- € abwenden, sofern nicht die Klägerin vor der Vollstreckung ihrerseits jeweils Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Wegen der Kostenaussprüche und wegen der landgerichtlichen Aussprüche zu Ziff. V. und VI. können die Beklagten die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des jeweiligen Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 800.000,00 € festgesetzt.

Gründe

I.

1 Die Klägerin wendet sich dagegen, dass die Beklagten die Farbe Gelb entsprechend den Abbildungen im Klageantrag zur Kennzeichnung von Hochdruckreinigern verwenden.

2 Die Klägerin stellt Hochdruckreiniger und Reinigungsprodukte für private und gewerbliche Anwender her. Die Beklagte zu 1) ist ein in Italien ansässiges Unternehmen, das Hochdruckreiniger und andere Reinigungsprodukte für private Endverbraucher und professionelle Anwender herstellt und vertreibt, und zwar in Deutschland und anderen europäischen Ländern. Die Beklagte zu 2) ist eine deutsche Vertriebspartnerin der Beklagten zu 1).

3 Die Klägerin ist Inhaberin der deutschen abstrakten Farbmarke DE 305255835 „Zinkgelb“ (RAL 1018):

4 ,

5 angemeldet am 29.04.2005 und eingetragen am 29.11.2005 in Klasse 7 für:

6 Motorisch betriebene Reinigungsgeräte, die mit einem Hochdruckwasserstrahl arbeiten; vorgenannte Geräte zur Verwendung außerhalb des Hauses.

7 Die Klägerin hat als Anlage K2 eine Farbkarte RAL 1018 „Zinkgelb“ im Format DIN A6 vorgelegt.

8 Die Beklagte zu 1) führt nicht nur gelb-schwarze bzw. gelb-graue, sondern auch anders-farbige Hochdruckreiniger (z.B. in Grün oder Grau).

9 Wegen eines Teils der gegenständlichen Produktangebote ließ die Klägerin die Beklagten mit Abmahnschreiben jeweils vom 03.02.2021 abmahnen (Anlagen K 10a und b).

10 Die Klägerin hat behauptet, sie sei weltweit führender Hersteller im Bereich Hochdruck-reiniger und Reinigungsprodukte. Sie benutze die Farbmarke „Zinkgelb“ für sämtliche von ihr hergestellten Hochdruckreiniger für private Endverbraucher. Sie erziele konstant Marktanteile von über 65% bezogen auf die verkauften Stückzahlen. Sie vermarkte ihre Hochdruckreiniger mit erheblichen Werbeanstrengungen, das durchschnittliche Werbe-volumen in Deutschland betrage über 1 Mio. Euro pro Jahr.

11 Die Beklagte zu 2) habe die mit dem Klageantrag zu Ziff. I.1.a) bis f) angegriffenen Hoch-druckreiniger über die Webseite www.lavor.info beworben, angeboten und vertrieben (Anlagen K8, K21). Der mit dem Klageantrag zu Ziff. I.1.g) angegriffene Hochdruckreini-ger sei über den Marktplatz www.real.de von einem Händler bezogen worden, der diesen von der Beklagten zu 2) geliefert bekommen habe (vgl. Anlage K22). Die mit der Klage-

erweiterung angegriffenen Hochdruckreiniger gemäß Ziff. I.1.h) bis z) seien über den Onlineshop www.voelkner.de angeboten worden, das dahinterstehende Unternehmen Re-In R. bzw. das mit diesem verbundene Unternehmen C. habe die angegriffenen Hochdruckreiniger über die Beklagte zu 2) bezogen (vgl. Anlagen K12a bis K12s).

12 Die Klägerin hat Verkehrsbefragungen der Pflüger Rechtsforschung GmbH zur Kennzeichnungskraft der Farbe RAL 1018 Zinkgelb im Zusammenhang mit Hochdruck-Reinigungsgeräten aus dem Jahr 2018 (Anlage K6) und aus August/September 2022 (Anlage K29) vorgelegt. Zur Verkehrsdurchsetzung der Farbe „Gelb“ im Zusammenhang mit Hochdruck-Reinigungsgeräten im Jahr 2005 hat die Klägerin zudem ein Gutachten der TNS Infratest GmbH aus dem Mai/Juni 2005 (Anlage K23) vorgelegt. Sie hat geltend gemacht, der Durchsetzungsgrad und der Zuordnungsgrad der Klagemarke für Hochdruckreiniger sei seit der Markeneintragung im Jahr 2005 nochmals deutlich gestiegen (Durchsetzungsgrad 83% in 2018 gegenüber 73,2% in 2005; Zuordnungsgrad 79,7% in 2018 gegenüber 68,4% in 2005). Im Jahr 2022 habe der bereinigte Kennzeichnungsgrad der Farbe Zinkgelb im Zusammenhang mit Hochdruck-Reinigungsgeräten beim Verkehrskreis „Besitzer / Nutzer von Hochdruck-Reinigungsgeräten“ bei 83%, beim Verkehrskreis „(Potentielle) Besitzer / Nutzer von Hochdruck-Reinigungsgeräten“ bei 76% und bei der Gesamtbevölkerung bei 54,6% gelegen (Anlagen K29).

13 Die Klägerin hat vorgetragen, sie habe erhebliche Schwierigkeiten gehabt, überhaupt Exemplare der streitgegenständlichen Hochdruckreiniger in Deutschland zu erwerben. Die Beklagte zu 1) sei in Deutschland bisher überwiegend in der Farbe Grau aufgetreten.

14 Alle anderen Wettbewerber verwendeten andere Farben.

15 Die Klägerin hat gemeint, es liege ein Verstoß gegen § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG vor. Zudem stehe ihr ein Unterlassungsanspruch gem. § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 MarkenG zu. Hilfsweise hat sich die Klägerin auf einen Anspruch aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz gem. § 4 Nr. 3 lit. a) und lit b) UWG berufen.

16 Die Klägerin hat in erster Instanz zuletzt beantragt:

17 I. Die Beklagten werden verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu € 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall bis zu zwei Jahren, zu vollziehen an ihren jeweiligen gesetzlichen Vertretern, zu unterlassen,

18 im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in der Bundesrepublik Deutschland

19 1. die Farbe Gelb zur Kennzeichnung von Hochdruckreinigern zu benutzen oder benutzen zu lassen, insbesondere die Farbe Gelb auf Hochruckreinigern anzubringen, unter diesem Zeichen Hochdruckreiniger einzuführen, anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu diesen Zwecken zu besitzen, zu bewerben und/oder die vorgenannten Handlungen durch Dritte vornehmen zu lassen, wenn dies geschieht

20 a) wie auf dem Produkt „SKIPPER JUNIOR 130“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



und/oder

b) wie auf dem Produkt „TEMPESTA 24“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



und/oder

c) wie auf dem Produkt „TEMPORALE 19“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



und/oder

d) wie auf dem Produkt „TORMENTA 28“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



und/oder

e) wie auf dem Produkt „ADVANCED“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



29 und/oder

30 f) wie auf dem Produkt „XTR 1007“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



und/oder

g) wie auf dem Produkt „ONE“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



und/oder

h) wie auf dem Produkt „LVR4 PLUS 160 DIGIT“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



35 und/oder

36 i) wie auf dem Produkt „One Extra 135“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



und/oder

j) wie auf dem Produkt „Ninja Plus 130“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



und/oder

k) wie auf dem Produkt „STM 160 KIT 2“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



41 und/oder

42 l) wie auf dem Produkt „LVR3 140“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



und/oder

m) wie auf dem Produkt „Predator 140“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



und/oder

n) wie auf dem Produkt „Predator 150“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



47 und/oder

48 o) wie auf dem Produkt „Predator 160“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



49 und/oder

50 p) wie auf dem Produkt „Galaxy 150“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



51 und/oder

52 q) wie auf dem Produkt „LVR4 150 DIGIT“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



53 und/oder

54 r) wie auf dem Produkt „GALAXY 160 KIT“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



und/oder

s) wie auf dem Produkt „Ikon 160 Plus“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



57 und/oder

58 t) wie auf dem Produkt „Fast Plus 130“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



und/oder

u) wie auf dem Produkt „Ikon 140“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



und/oder

v) wie auf dem Produkt „Vertigo 22“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



63 und/oder

64 w) wie auf dem Produkt „Vertigo 28“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



und/oder

x) wie auf dem Produkt „Rio 1108“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



67 und/oder

68 y) wie auf dem Produkt „MISSISSIPPI 1310 XP“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



69 und/oder

70 z) wie auf dem Produkt „NPX 1813 XP“ gemäß der nachfolgenden Abbildung



71 hilfsweise zu dem Antrag I.1.:

72 2. Hochdruckreiniger zu bewerben, anzubieten und/oder in den Verkehr zu bringen und/oder die vorgenannten Handlungen durch Dritte vornehmen zu lassen, die wie in Ziffer I. lit a) bis lit z) abgebildet gestaltet sind.

73 II. Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin jeglichen Schaden zu ersetzen, der der Klägerin aus Handlungen der Beklagten gemäß dem Klageantrag zu Ziffer I. bereits entstanden ist und/oder zukünftig noch entstehen wird,

74 hilfsweise:

75 es wird festgestellt, dass die Beklagten verpflichtet sind, der Klägerin Wertersatz für das durch die ungerechtfertigte Bereicherung im Rahmen der jeweiligen Handlungen gemäß dem Klageantrag zu Ziffer I. Erlangte zu leisten.

76 III. Die Beklagten werden verurteilt, der Klägerin im Hinblick auf die Handlungen gemäß dem Klageantrag zu Ziffer I. Auskunft zu erteilen und unter Vorlage eines geordneten,

elektronischen Verzeichnisses Rechnung zu legen, und zwar für jede Ware gesondert, und zwar unter Angabe

77 a) des Namens und der Adresse des Herstellers,

78 b) des Namens und der Adresse des Lieferanten,

79 c) der Namen und Adressen sonstiger Vorbesitzer,

80 d) der Menge der hergestellten, bestellten, erhaltenen und ausgelieferten Erzeugnisse,

81 e) der einzelnen Lieferungen, aufgeschlüsselt nach Liefermengen, -zeiten und -preisen (und gegebenenfalls Artikelbezeichnungen oder -codes),

82 f) der Verkaufsmengen, Verkaufszeiten und Verkaufspreise,

83 g) der Namen und Adressen der gewerblichen Abnehmer, einschließlich der Verkaufsstellen, für welche die Erzeugnisse bestimmt waren,

84 h) der einzelnen Angebote, aufgeschlüsselt nach Angebotsmengen, -zeiten und -preisen (und gegebenenfalls Artikelbezeichnungen oder -codes) sowie der Namen und Anschriften der Angebotsempfänger,

85 i) des erzielten Umsatzes, abzüglich der jeweils geltenden gesetzlichen Mehrwertsteuer,

86 j) der nach den einzelnen Kostenfaktoren aufgeschlüsselten Gestehungskosten und des erzielten Gewinns,

87 k) der Art und des Umfangs der betriebenen Werbung, aufgeschlüsselt nach Werbeträgern, deren Auflagehöhe, Verbreitungszeitraum und Verbreitungsgebiet,

88 dies alles unter Vorlage gut lesbarer Kopien der jeweils relevanten Belege.

89 IV. Die Beklagten werden verurteilt, die gemäß dem Klageantrag zu Ziffer I. bezeichneten, im Besitz Dritter befindlichen Hochdruckreiniger gegenüber den gewerblichen Abnehmern aus den Vertriebswegen zurückzurufen, indem diejenigen Dritten, denen durch die Beklagten oder mit deren Zustimmung Besitz an den Produkten eingeräumt wurde, unter Hinweis darauf, dass die Kammer mit dem hiesigen Urteil auf eine Markenverletzung erkannt hat, ernsthaft aufgefordert werden, die Produkte an die Beklagten zurückzugeben, und den Dritten für den Fall der Rückgabe der Produkte eine Rückzahlung des gegebenenfalls bereits gezahlten Kaufpreises sowie die Übernahme der Kosten der Rückgabe zugesagt wird.

90 V. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, an die Klägerin € 2.904,70 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zahlen.

91 VI. Die Beklagte zu 2) wird verurteilt, an die Klägerin € 2.904,70 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

92 Die Beklagten haben beantragt,

93 die Klage abzuweisen.

94 Die Beklagte zu 1) hat behauptet, sie sei im Jahre 2008 durch eine Verschmelzung der L. s.r.l. auf eine L. SpA sowie deren Verschmelzung auf die Beklagte zu 1) entstanden. Unter Berücksichtigung der Tätigkeiten ihrer Rechtsvorgängerinnen vertreibe sie seit 1975 Hochdruck-Reinigungsgeräte. Sie verfüge über keine deutschsprachige Webseite. Die Beklagte zu 2) biete die streitgegenständlichen Hochdruckreiniger nicht in deutscher Sprache über www.lavor.info an; von dort erfolge eine sofortige Weiterleitung auf die von der Beklagten zu 1) betriebene italienischsprachige Webseite.

95 Die Beklagten haben die Einrede der Nichtbenutzung der Klagemarke aus § 25 Abs. 2 MarkenG erhoben. Die Klägerin habe stets die Kombination Schwarz/Gelb verwendet, nicht aber das isolierte Zinkgelb.

96 Die Beklagten haben weiter geltend gemacht, der Markt für Hochdruckreiniger sei nicht dadurch geprägt, dass die Hauptwettbewerber auf diesem Markt bestimmte Farben/Farbkombinationen für ihre Produkte verwendeten. Es handele sich bei den Farben immer um dekorative Gestaltungselemente. Die Beklagte zu 1) hat insoweit auf die Anlagen B10 – B16 verwiesen. Konkurrenten verwendeten weitere Farben und Farbkombinationen, so Orange bei Black + Decker sowie WORX und Stihl, Rot bei Einhell, Walter etc. Die Vielfalt der verwendeten Farben habe sich bereits im Jahr 2012 gezeigt; insoweit haben die Beklagten auf die Anlage B20 verwiesen. Die eingereichten Anlagen belegten, dass die Herstellerzuordnung über Wortmarken und Logos erfolge und nicht über Farben.

97 Es fehle an einer markenmäßigen Benutzung durch sie, die Beklagten. Die Beklagte zu 1) verwende verschiedene Farben für ihre Hochdruckreiniger, und zwar stets in Kombination mit Schwarz und/oder Grau und dem Logo bzw. Zeichen „Lavor“ wie aus der Anlage B22 ersichtlich. Die Herkunftsfunktion komme dem Schriftzug „Lavor“ zu, mit dem die Produkte der Beklagten zu 1) prägnant auf der Vorderseite bzw. seitlich gekennzeichnet seien.

98 Jedenfalls fehle es an der Verwechslungsgefahr. Das Gesamtzeichen werde durch die Bezeichnung „Lavor“ geprägt.

99 Zudem stehe der Beklagten zu 1) hilfsweise ein Gegenrecht mit gegenüber der Klagemarke besserem Zeitrang in Gestalt einer Verkehrsgeltungsmarke bzw. eines Geschäftsabzeichens zu. Die Beklagte zu 1) habe in den Jahren vor Anmeldung der Klagemarke im Jahre 2005 den gelben Farbton umfangreich auf dem deutschen Markt eingesetzt; dies ergebe sich aus den Anlagen B2, B4, B22, B25. Auch wenn sich eine Verkehrsgeltung angesichts des Zeitablaufs von rund 20 Jahren heute nicht mehr durch ein Verkehrsbefragungsgutachten nachweisen lasse, sei davon auszugehen, dass ein nicht unerheblicher Teil der deutschen Verkehrskreise seinerzeit eine Verbindung zwischen der Produktaufmachung der Lavor-Produkte und der Beklagten zu 1) hergestellt habe.

100 Hilfsweise haben sich die Beklagten auf eine Verwirkung der klägerischen Ansprüche berufen. Der Klägerin sei seit fast 30 Jahren bekannt, dass die Beklagte zu 1) die Farbe Gelb bei ihren Hochdruckreinigern verwende, vorwiegend in Kombination mit Schwarz. Auch nach Anmeldung der Klagemarke im Jahr 2005 habe die Klägerin den gelben Farbton nie beanstandet. Die Beklagte zu 1) habe aus dieser Untätigkeit nur schließen können, dass die Klägerin gegen die Benutzung des gelben Farbtons keine Einwände habe oder diese nicht geltend mache.

101 Ansprüche aus Bekanntheitsschutz stünden der Klägerin nicht zu. Die Beklagte zu 1) habe die Wertschätzung und/oder die Unterscheidungskraft der Klagemarke nicht ausgenutzt. Die Beklagte zu 1) habe sich nicht in die Sogwirkung der Marke der Klägerin begeben. Die Beklagte zu 1) habe im Jahr der Anmeldung der Klagemarke den gelben Farbton bereits seit Jahren verwendet.

102 In Bezug auf die Ansprüche auf Schadensersatzfeststellung, Auskunft und Rechnungslegung sowie Rückruf aus den Vertriebswegen hat die Beklagte zu 1) die Einrede der Verjährung erhoben.

103 Das Landgericht hat mit Urteil vom 17.02.2023 der Klage nach dem Hauptbegehren in vollem Umfang stattgegeben. Es hat gemeint, der Klägerin stehe nach § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gegen beide Beklagte zu. Die Aufmachung der von den Beklagten vertriebenen Reinigungsgeräte mit der aus dem Tenor ersichtlichen Farbe Gelb sei verwechslungsfähig mit der für die Klägerin eingetragene Farbmarke „Zinkgelb“. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das angegriffene Urteil Bezug genommen.

104 Hiergegen wenden sich die Beklagten mit ihren Berufungen, mit denen sie ihr auf Klageabweisung gerichtetes Begehren weiterverfolgen.

105 Die Beklagten rügen eine fehlerhafte Tatsachenfeststellung durch das Landgericht sowie die Rechtsanwendung des Landgerichts.

106 Das Landgericht habe es versäumt, tatbestandliche Feststellungen zu den einzelnen angeblichen „Verletzungsformen“ zu treffen, die die Annahme einer markenmäßigen Benutzung oder einer Verwechslungsgefahr rechtfertigten.

107 Die Beklagten meinen, entgegen der Ansicht des Landgerichts verletze der Vertrieb der im Tenor des landgerichtlichen Urteils abgebildeten Hochdruckreiniger keine Markenrechte der Klägerin in Deutschland.

108 Die Beklagten machen wiederholend geltend, dass auf sämtlichen angegriffenen Verletzungsformen die seit 2002 zugunsten der Beklagten zu 1) eingetragene Unionswortbild-



marke Nr. 002313492: zu sehen sei.

109 Es fehle an einer markenmäßigen Benutzung der Farbe Gelb durch sie, die Beklagten. Das Landgericht hätte für jede Ausführungsform prüfen müssen, ob die Voraussetzungen einer markenmäßigen Benutzung vorlägen. Dies sei bei der Mehrzahl der beanstandeten Ausführungsformen nicht der Fall. Eine herkunftshinweisende Verwendung bei den Verletzungsformen könne nicht festgestellt werden. Es spreche deutlich mehr für eine dekorative Verwendung. Der Verbraucher orientiere sich vorwiegend an der Herstellerbezeichnung. Er finde am Markt Hochdruckreiniger verschiedener Hersteller vor, die mit einer Farbkombination aus Gelb und einer weiteren Farbe (z.B. Schwarz oder Grau) aus-

gestattet seien. Die Farbgebung lasse aus Sicht der Verbraucher keinen Schluss auf die Herkunft des Produkts zu.

110 Zudem liege keine Verwechslungsgefahr vor. Der gelbe Farbanteil bei den im Tenor gezeigten Ausführungsformen trete jeweils derart in den Hintergrund, dass sich der angesprochene Verkehr bei der Frage, aus welchem Unternehmen die Produkte stammten, ausschließlich an dem herkömmlichen Herkunftshinweis, nämlich der Marke der Beklagten zu 1), orientiere. Das Zeichen „Lavor“ habe bei der Prüfung der Zeichenähnlichkeit nicht außer Betracht zu bleiben. Die vom Landgericht herangezogenen, auf komplexe Kennzeichen grundsätzlich anwendbaren Kategorien der Prägung und der selbständig kennzeichnenden Stellung passten auf abstrakte Farbmarken nur bedingt. Es gebe auch i.R.v. § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 MarkenG Konstellationen, in denen es ungeachtet einer Zeichen- und Warenähnlichkeit nicht zu einer Verwechslungsgefahr komme. Der Verbraucher, der sich in der konkreten Kaufsituation für ein Produkt von ihnen, den Beklagten, entscheide, werde dieses u.a. aufgrund der eindeutigen und unübersehbaren Herstellerbezeichnung „Lavor“ nicht mit einem Produkt der Klägerin verwechseln. Auch für die Annahme, zwischen der Klägerin und den Beklagten bestünden unternehmerische Verbindungen, ergäben sich keinerlei Anhaltspunkte.

111 Das Landgericht habe auch zu Unrecht Verwirkung verneint. Jedenfalls Schadensersatzansprüche und darauf bezogene Auskunftsansprüche sowie Rückrufansprüche seien verwirkt. Das Landgericht habe überhöhte Anforderungen gestellt und den Sachverhalt nicht hinreichend ausgewertet. Die Beklagte zu 1) macht zum Verwirkungseinwand weitere Ausführungen. Bei korrekter Anwendung der Grundsätze der EuGH-Entscheidung „HEITEC“ seien auch die klägerischen Ansprüche auf Unterlassung und Drittauskunft verwirkt. Denn der Klägerin seien die im Jahr 2021 erstmals beanstandeten Benutzungshandlungen der Beklagten zu 1) bzw. ihrer Vorgängergesellschaften spätestens seit den 1990er Jahren bekannt. Gerade mit ihrer partiellen Rechtsverfolgung habe die Klägerin einen ihr zurechenbaren Duldungsanschein gesetzt. Aufgrund der anzunehmenden Verwirkung bestehe auch kein Anspruch auf Erstattung von Rechtsverfolgungskosten.

112 Die Beklagte zu 1) und die Beklagte zu 2) beantragen jeweils,

113 das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 17.02.2023, Az. 416 HKO 14/22, abzuändern und die Klage abzuweisen,

114 hilfsweise,

115 das Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.

116 hilfsweise,

117 die Revision zuzulassen.

118 Die Klägerin beantragt,

119 die Berufungen der Beklagten zu 1) und zu 2) zurückzuweisen.

120 Die Klägerin verteidigt das landgerichtliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vorbringens.

121 Die Klägerin meint, die Berufung der Beklagten zu 2) sei bereits unzulässig, weil es der Berufungsbegründung an den inhaltlich zwingenden Anforderungen des § 520 Abs. 3 ZPO fehle. Insbesondere im Hinblick auf die Verwirkung werde für die Beklagte zu 2) ein Verwirkungstatbestand noch nicht einmal schlüssig vorgetragen. Die formelhaften Wendungen und die Bezugnahme auf das Vorbringen der Beklagten zu 1) genügten nicht den Anforderungen des § 520 Abs. 3 ZPO.

122 Die Berufungen seien auch unbegründet. Zu Recht habe das Landgericht eine Markenverletzung durch die angegriffenen Verletzungsformen bejaht.

123 Eine markenmäßige Benutzung liege vor. Das Landgericht sei zutreffend davon ausgegangen, dass der Markt für den Verkauf von Hochdruck-Reinigungsgeräten an Privatkunden dadurch geprägt werde, dass es ihr, der Klägerin, gelungen sei, Herkunftsvorstellungen des Verkehrs in Bezug auf die Farbe „Zinkgelb“ mit ihrem Unternehmen zu verknüpfen. Über 80% der angesprochenen Verkehrskreise verbänden Hochdruckreiniger, die mit der Farbe „Zinkgelb“ ausgestattet seien, mit ihr, der Klägerin. Das Warensegment der Hochdruckreiniger zeichne sich durch besondere Kennzeichnungsgewohnheiten aus, aufgrund derer der Verkehr an die Verwendung von Farben als Kennzeichnungsmittel gewöhnt sei. Es liege ein spezifischer, eng abgrenzbarer Markt vor, so dass sich eine entsprechende Verkehrsgewöhnung habe entwickeln können. Es treffe nicht zu, dass „sämtliche Hersteller“ ihre Hochdruckreiniger nahezu ausschließlich mit ihren Herstellermarken kennzeichneten, da (nahezu) sämtliche Hersteller ihre Hochdruckreiniger auch mit Farben kennzeichneten.

124 Der von der Beklagten zu 1) für ihre Hochdruckreiniger benutzte Farbton Gelb trete im Rahmen aller sonstigen Elemente bei sämtlichen angegriffenen Hochdruckreinigern – ebenso wie bei den Hochdruckreinigern der Klägerin – in einer Weise hervor, dass er als eigenständiges Produktkennzeichen verstanden werde. Aufgrund der identischen Benutzung der Farbe Gelb wie auf ihren, der Klägerin, Hochdruckreinigern werde der Verkehr auch bei den Hochdruckreinigern der Beklagten zu 1) von einer markenmäßigen Benutzung der Farbe Gelb ausgehen. Das Zeichen „Lavor“ auf den Hochdruckreinigern der Beklagten zu 1) stehe der Annahme einer markenmäßigen Benutzung der zur Klagemarke identischen Farbe auf den Hochdruckreinigern der Beklagten zu 1) nicht entgegen. Eine Differenzierung zwischen den angegriffenen Hochdruckreinigern würde zu keinen unterschiedlichen Ergebnissen führen.

125 Es liege eine Markenverletzung gem. § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG vor. Entgegen der Ansicht des Landgerichts sei nicht nur von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft, sondern von einer hohen, wenn nicht sogar sehr hohen Kennzeichnungskraft der Klagemarke auszugehen. Unstreitig liege Warenidentität vor. Zudem bestehe Zeichenidentität bzw. hochgradige Zeichenähnlichkeit. Unter Berücksichtigung eines undeutlichen Erinnerungseindrucks des Verkehrs sei von Identität auszugehen. Das Zinkgelb der Klagemarke und der von den Beklagten verwendete Gelbton lägen in der Wahrnehmung des Verkehrs unter Berücksichtigung des relevanten Erinnerungsvermögens in an Identität grenzender Weise im unmittelbaren Ähnlichkeitsbereich. Das Landgericht habe zu Recht angenommen, dass der Verkehr die Farbe „Gelb“ jeweils als selbständiges Kennzeichen ansehe. Bei der Überprüfung der Zeichenähnlichkeit im Hinblick auf die Klagemarke habe die Marke „Lavor“ dann außer Betracht zu bleiben.

126 Hilfsweise beruft sich die Klägerin auf eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne.

127 Zudem liege neben dem Verstoß gegen § 14 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG auch ein Verstoß der Beklagten gegen § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG vor. Hilfsweise stützt die Klägerin ihre Ansprüche weiter auf ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz.

128 Im Ergebnis rechtsfehlerfrei habe das Landgericht zudem festgestellt, dass im Streitfall keine Verwirkung der klägerischen Ansprüche gem. § 21 Abs. 4 MarkenG i.V.m. § 242 BGB vorliege.

129 Ansprüche auf Unterlassung und Rückruf seien nicht verwirkt. Es fehle bereits am Zeitmoment nach der Honda-Grauimport-Rechtsprechung des BGH. Auch im Hinblick auf den erforderlichen Duldungsanschein trage die Beklagte zu 1) bezüglich der 26 konkret angegriffenen Hochdruckreiniger im maßgeblichen Gebiet der Bundesrepublik Deutschland schon nicht substantiiert vor. Ihr, der Klägerin, seien die gemäß Anlage B43 dargetanen und bestrittenen geringen Umsätze und Stückzahlen mit mutmaßlich anderen Modellen in Deutschland nicht aufgefallen und hätten ihr auch nicht auffallen müssen. Sie, die Klägerin, habe nennenswerte Aktivitäten der Beklagten auf dem deutschen Markt nicht feststellen können.

130 Entgegen der Ansicht der Beklagten seien auch Ansprüche auf Auskunft und Schadensersatz nicht verwirkt. Auch hierzu macht die Klägerin weitere Ausführungen. Die Rechtsnachfolge im Hinblick auf die Beklagte zu 1) bleibe bestritten, sie sei aber auch irrelevant. Die von der Beklagten zu 1) im Zusammenhang mit dem Verwirkungseinwand behaupteten Vorgänge lägen in den Jahren 1996 bis 2004 und damit vor Eintragung der Klagemarke im Jahr 2005. Auch inhaltlich seien andere Sachverhalte betroffen gewesen (Patentverletzung in Italien, unlautere Übernahme eines Werbeclaims). Auch angebliche Vertriebshandlungen der Rechtsvorgängerin der Beklagten zu 1) in den Jahren 2000 bis 2004 seien nicht relevant. Der nicht substantiierte Beklagtenvortrag zu Vertriebshandlungen bleibe bestritten. Die mit Anlage B44 behauptete einmalige Aktion der Beklagten zu 1), Hochdruckreiniger an die Lidl Warenhaus GmbH geliefert zu haben, bleibe bestritten. Zudem sei ein Modell „Superwash 160“ nicht Gegenstand der hiesigen Klage.

131 Wegen des weiteren Vortrags der Parteien wird auf die eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsprotokolle Bezug genommen.

II.

132 1. Die zulässigen Berufungen der Beklagten bleiben in der Sache ohne Erfolg.

133 a. Es liegen zulässige Berufungen der Beklagten zu 1) und zu 2) vor. Insbesondere ist auch die Berufung der Beklagten zu 2) entgegen der Ansicht der Klägerin zulässig. Die Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO sind gewahrt.

134 aa. Nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO muss die Berufungsbegründung die Umstände bezeichnen, aus denen sich nach Ansicht des Berufungsklägers die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergeben; nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO muss sie konkrete Anhaltspunkte bezeichnen, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen in dem angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Dazu gehört eine aus sich heraus verständliche Angabe, welche bestimmten Punkte des angefochtenen Urteils der Be-

rufungskläger bekämpft und welche tatsächlichen oder rechtlichen Gründe er ihnen im Einzelnen entgegensetzt. Die Berufungsbegründung muss auf den konkreten Streitfall zugeschnitten sein. Es reicht nicht aus, die Auffassung des Erstgerichts mit formularmäßigen Sätzen oder allgemeinen Redewendungen zu rügen oder lediglich auf das Vorbringen erster Instanz zu verweisen (stRspr; BGH NJW-RR 2020, 1187 Rn. 10).

135 bb. Die Beklagte zu 2) hat zur Begründung ihrer Berufung vollumfänglich auf die Ausführungen der Beklagten zu 1) in deren Berufungsbegründung vom 22.05.2023 verwiesen und sich diese zu Eigen gemacht. Die Beklagte zu 1) hat im Wesentlichen drei Berufungsangriffe vorgebracht: Es fehle an einer markenmäßigen Benutzung, an Verwechslungsgefahr i.S.v. § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 MarkenG und es sei Verwirkung gegeben. Die (tatsächlichen und rechtlichen) Ausführungen zur markenmäßigen Benutzung und zur Verwechslungsgefahr konnte sich die Beklagte zu 2) zu Eigen machen. Dies führt bereits zur Annahme der Zulässigkeit der Berufung auch der Beklagten zu 2).

136 b. Die Berufungen der Beklagten zu 1) und zu 2) sind jedoch nicht begründet. Denn die Klage ist - wie das Landgericht zu Recht angenommen hat - aus ihrem Hauptbegehren zulässig und begründet. Zutreffend hat das Landgericht im Streitfall eine Verletzung der Klagemarke durch das Angebot der angegriffenen Verletzungsformen in Deutschland gem. § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 MarkenG bejaht. Auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens ist eine markenmäßige Benutzung und eine Verwechslungsgefahr i.S.v. § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 MarkenG zu bejahen. Eine Verwirkung der gegenständlichen klägerischen Ansprüche ist nicht festzustellen.

137 aa. Die Klage ist zulässig, insbesondere sind die Klageanträge hinreichend bestimmt i.S.v. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

138 Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Unterlassungsantrag – und nach § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO eine darauf beruhende Verurteilung – nicht derart undeutlich gefasst sein, dass der Streitgegenstand und der Umfang der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis des Gerichts nicht klar umrissen sind, der Beklagte sich deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und im Ergebnis dem Vollstreckungsgericht die Entscheidung darüber überlassen bleibt, was dem Beklagten verboten ist (st. Rspr.; BGH NJW 2021, 3125 Rn. 12 – Vertragsdokumentengenerator). Durch die Bezugnahme auf die konkreten Verletzungshandlungen lässt sich eine hinreichende Bestimmtheit – wie hier – herbeiführen.

139 Die Klägerin hat die verschiedenen Streitgegenstände (Klagemarke und UWG) auch in eine Reihenfolge gebracht.

140 bb. Die Klage ist - wie das Landgericht zu Recht angenommen hat - auch vollen Umfangs begründet.

141 aaa. Es besteht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagten aus § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Abs. 5 Satz 1 MarkenG. Die Klägerin kann von den Beklagten verlangen, dass diese es - dem Antrag folgend - unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in der Bundesrepublik Deutschland die Farbe Gelb zur Kennzeichnung von Hochdruckreinigern zu benutzen oder benutzen zu lassen, insbesondere die Farbe Gelb auf Hochruckreinigern anzubringen, unter diesem Zeichen Hochdruckreiniger einzuführen, anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu diesen Zwecken zu besitzen, zu bewerben und/oder die vorgenannten Handlungen durch Dritte vornehmen zu lassen, wenn dies geschieht wie im Tenor des landgerichtlichen

Urteils unter Ziff. I. a) bis z) abgebildet. Ob sogar ein Anspruch wegen Doppelidentität gem. § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 5 Satz 1 MarkenG gegeben ist, kann im Streitfall offenbleiben. Jedenfalls ist der Anspruch - wie vom Landgericht zutreffend angenommen - aus dem Gesichtspunkt einer Verwechslungsgefahr gem. § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Abs. 5 Satz 1 MarkenG zu bejahen.

142 (1) Die Voraussetzungen gem. § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Abs. 5 Satz 1 MarkenG liegen auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens vor. Durch die angegriffene, ohne Zustimmung der Klägerin erfolgte Verwendung der Farbe Gelb im geschäftlichen Verkehr innerhalb der Bundesrepublik Deutschland zur Kennzeichnung von Hochdruckreinigern haben die Beklagten die Rechte der Klägerin an der abstrakten deutschen Farbmarke DE 305255835 „Zinkgelb“ (RAL 1018), auf die die Klägerin ihre Ansprüche vorrangig stützt, verletzt.

143 (2) Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 MarkenG ist es Dritten untersagt, ohne Zustimmung des Inhabers der Marke im geschäftlichen Verkehr in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen ein Zeichen zu benutzen, wenn das Zeichen mit einer Marke identisch oder ihr ähnlich ist und für Waren oder Dienstleistungen benutzt wird, die mit denjenigen identisch oder ihnen ähnlich sind, die von der Marke erfasst werden, und für das Publikum die Gefahr einer Verwechslung besteht, die die Gefahr einschließt, dass das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird. Diese Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs sind hier gegeben.

144 (a) Die Klägerin ist Inhaberin der abstrakten deutschen Farbmarke DE 305255835 „Zinkgelb“ (RAL 1018), angemeldet am 29.04.2005 und eingetragen am 29.11.2005 in Klasse 7 für: Motorisch betriebene Reinigungsgeräte, die mit einem Hochdruckwasserstrahl arbeiten; vorgenannte Geräte zur Verwendung außerhalb des Hauses.

145 (b) Die Klagemarke steht in Kraft. Das Verletzungsgericht ist an die Eintragung der Klagemarke gebunden (BGH GRUR 2010, 1103, 1104 Rn. 19 – Pralinenform II; Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 14 Rn. 19). Die von den Beklagten in erster Instanz erhobene Einrede der Nichtbenutzung greift - wie vom Landgericht zutreffend angenommen - nicht durch. Die Klägerin hat die Klagemarke rechtserhaltend i.S.v. §§ 25, 26 MarkenG benutzt.

146 (aa) Das Landgericht hat zu Recht angenommen, dass bei der Benutzung von abstrakten Farbmarken die funktionsgemäße Benutzung voraussetzt, dass der selbständige Markencharakter der Farbmarke so deutlich erkennbar bleibt, dass in der Farbe an sich ein eigenständiger betrieblicher Herkunftshinweis gesehen wird (Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 26 Rn. 109). Für eine markenmäßige Verwendung der Farbe innerhalb einer Gesamtaufmachung spricht vor allem ein festgestellter hoher Durchsetzungsgrad dieser Farbe (Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 26 Rn. 113). Bei abstrakten Farbmarken, die im Rechtssinne konturunabhängig sind, ist die Verkehrsdurchsetzung der Farbe an sich maßgeblich (Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 8 Rn. 739). Wenn ein erheblicher Teil der betroffenen Verkehrskreise die fragliche Farbe einem bestimmten Unternehmen zuordnen kann, ist grundsätzlich von einem markenmäßigen Gebrauch und damit von einer relevanten Benutzung auszugehen (Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 26 Rn. 113; vgl. auch BGH GRUR 2021, 1199 Rn. 35 – Goldhase III).

147 (bb) Die Klägerin hat zur Verkehrsgeltung und der Kennzeichnungskraft der Klagemarke „Zinkgelb“ drei Verkehrsbefragungen aus den Jahren 2005, 2018 und 2022 vorgelegt (Anlagen K23, K6 und K29). Nach dem Ergebnis der Befragungen ist der Durchsetzungsgrad und der Zuordnungsgrad der Klagemarke für Hochdruckreiniger seit der Eintragung im Jahr 2005 nochmals deutlich gestiegen (Durchsetzungsgrad 83% in 2018 gegenüber 73,2% in 2005; Zuordnungsgrad 79,7% in 2018 gegenüber 68,4% in 2005). Im Jahr 2022 hat der bereinigte Kennzeichnungsgrad der Farbe „Zinkgelb“ im Zusammenhang mit Hochdruck-Reinigungsgeräten beim Verkehrskreis „Besitzer / Nutzer von Hochdruckreinigungsgeräten“ bei 83%, beim Verkehrskreis „(Potentielle) Besitzer / Nutzer von Hochdruckreinigungsgeräten“ bei 76% und bei der Gesamtbevölkerung bei 54,6% gelegen (Anlagen K29). Der sich daraus ergebende Zuordnungsgrad übersteigt die Schwelle von 50 % deutlich, die für die Verkehrsdurchsetzung von Farbmarken gefordert wird, und ist für die Verkehrsgeltung einer abstrakten Farbmarke ausreichend (vgl. BGH GRUR 2021, 1199 Rn. 38 – Goldhase III).

148 (cc) Soweit die Beklagte zu 1) in erster Instanz zur Einrede der Nichtbenutzung geltend gemacht hat, die Klägerin verwende Gelb und Schwarz, was einer rechtserhaltenden Benutzung der Klagemarke entgegenstehe, so hat das Landgericht zu Recht diesen Einwand als nicht begründet angesehen. Korpusteile, die in den typischen Grundfarben Grau, Anthrazit oder Schwarz gehalten sind, spielen vorliegend für die Zuordnung des entsprechenden Produkts zu einem bestimmten Hersteller keine Rolle. Auch dies ergibt sich aus den vorgelegten Verkehrsbefragungen.

149 (dd) Die Beklagten haben daher zu Recht im Berufungsverfahren die Einrede der Nichtbenutzung nicht wiederholt bzw. keine Einwendungen gegen die diesbezügliche Bewertung durch das Landgericht vorgebracht.

150 (c) Die Verwendung der Farbe Gelb durch die Beklagten beim Vertrieb der Reinigungsgeräte, wie sie aus dem Klageantrag und dem Urteilstenor des Landgerichts ersichtlich sind, verletzt die Klägerin in ihren Rechten an ihrer eingetragenen Farbmarke „Zinkgelb“.

151 (aa) Die Beklagten verwenden – wie das Landgericht zutreffend angenommen hat – die Farbe Gelb in sämtlichen vorliegend angegriffenen Verletzungsformen markenmäßig. Das hiergegen gerichtete Berufungsvorbringen bleibt ohne Erfolg.

152 (aaa) Eine Markenverletzung nach § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 MarkenG kann grundsätzlich nur angenommen werden, wenn eine markenmäßige Verwendung der beanstandeten Kennzeichen vorliegt. Bei der Verwendung einer Farbe auf einer Ware kann eine markenmäßige Verwendung vorliegen, wenn der Verkehr auf Grund von Kennzeichnungsgewohnheiten auf dem in Rede stehenden Warengebiet an die Verwendung von Farben als Kennzeichnungsmittel gewöhnt ist oder wenn die Farbe im Rahmen aller sonstigen Elemente in einer Weise hervortritt, dass die angesprochenen Verkehrskreise sie als Produktkennzeichen verstehen (BGH GRUR 2021, 1199 Rn. 58 – Goldhase III).

153 Der Bundesgerichtshof hat im Fall von dreidimensionalen Marken bei einem 50% übersteigenden Durchsetzungsgrad, was dem Zuordnungsgrad entspricht, eine markenmäßige Benutzung angenommen und diese Grundsätze auf abstrakte Farbmarken übertragen (vgl. BGH GRUR 2021, 1199 Rn. 59 – Goldhase III). Aus dem Umstand, dass ein erheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise die Farbe Gelb im Zusammenhang

mit Hochdruck-Reinigungsgeräten dem Unternehmen der Klägerin zuordnet, kann grundsätzlich auf die Bekanntheit dieser Farbe im Bereich von Hochdruck-Reinigungsgeräten auch als Herkunftshinweis geschlossen werden (vgl. hierzu auch BGH GRUR 2021, 1199 Rn. 59 – Goldhase III). Die maßgeblichen Kennzeichnungsgewohnheiten bei Hochdruck-Reinigungsgeräten im hier relevanten deutschen Markt ergeben sich letztlich aus der nachgewiesenen Verkehrsgeltung, die das Ergebnis der Gewöhnung des Verkehrs ist, bei Waren der in Rede stehenden Art – hier: Hochdruck-Reinigungsgeräte – in der von der Klägerin beanspruchten abstrakten Farbmarke einen Herkunftshinweis zu sehen (vgl. BGH GRUR 2021, 1199 Rn. 59 – Goldhase III).

154 Auf ein entsprechendes Verständnis mit Blick auf die markenmäßige Benutzung des angegriffenen Kennzeichens kann allerdings nur geschlossen werden, wenn in den herkunftshinweisenden Merkmalen Übereinstimmungen oder hinreichende Ähnlichkeiten bestehen (BGH GRUR 2021, 1199 Rn. 60 – Goldhase III). Die Farbe muss auch in der angegriffenen Verwendungsform ein wesentliches, durch herkömmliche Herkunftshinweise nicht in den Hintergrund gedrängtes Gestaltungsmittel sein (BGH GRUR 2021, 1199 Rn. 60 – Goldhase III).

155 (bbb) Im Streitfall liegt eine Wahrnehmung der Farbe Gelb als eigenständiges Produktkennzeichen auch bei sämtlichen angegriffenen Hochdruckreinigern vor. Es besteht eine hochgradige Zeichenähnlichkeit und die Farbe Gelb ist in sämtlichen angegriffenen Ausführungsformen ein wesentliches Gestaltungsmittel der Produkte der Beklagten zu 1).

156 Aufgrund der von der Klägerin vorgelegten Verkehrsbefragungen lässt sich feststellen, dass der angesprochene Verkehr aufgrund der langjährigen Kennzeichnungsgewohnheiten bei Hochdruckreinigern und insbesondere bei denen der Klägerin daran gewohnt ist, die Farbe Zinkgelb im Bereich der Hochdruckreiniger der Klägerin zuzuordnen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist auf eine markenmäßige Benutzung des angegriffenen Kennzeichens zu schließen, wenn in den herkunftshinweisenden Merkmalen Übereinstimmungen oder hinreichende Ähnlichkeiten bestehen (BGH GRUR 2021, 1199 Rn. 60 – Goldhase III). Ein Vergleich der angegriffenen Hochdruckreiniger mit denen der Klägerin ergibt, dass auf den angegriffenen Hochdruckreinigern der streitige gelbe Farbton in hochgradig ähnlicher Weise eingesetzt wird, wie dies bei den klägerischen Modellen gemäß der vorgelegten Hauptkataloge aus den Jahren 2017 bis 2022 (Anlagen K4 und K16 bis K19) der Fall ist. Es ist dabei – ebenso wie bei der Benutzung durch die Klägerin – nicht erheblich, dass bei den angegriffenen Hochdruckreinigern in unterschiedlichem Umfang auch Schwarz, Dunkelgrau oder Hellgrau insbesondere für Korpusteile verwendet wird, da es sich bei diesen Farben um die typische Grundfarbe von Hochdruckreinigern handelt, die nahezu von sämtlichen Herstellern verwendet wird und der daher keinerlei kennzeichnende Bedeutung zukommt. Eine Einzelfarbmarke muss für die Annahme einer herkunftshinweisenden Verwendung nicht in Alleinstellung eingesetzt werden (BGH GRUR 2015, 581 Rn. 24 – Langenscheidt-Gelb; vgl. auch BGH GRUR 2021, 1199 Rn. 43 – Goldhase III m.w.N.). Es können neben der geschützten Farbe auch noch andere Farben in Erscheinung treten, soweit die geschützte in einer Form verwendet wird, die als kennzeichnend verstanden wird. Das ist vorliegend der Fall. Die Beklagten benutzen – ebenso wie die Klägerin – den gelben Farbton als einzige zentrale Farbe neben dem „neutralen“, für Hochdruckreiniger typischen Schwarz- oder Anthrazit- bzw. Grauton, wobei die prägnante gelbe Farbe die Gestaltung sämtlicher angegriffener Hochdruckreiniger maßgeblich bestimmt.

157 Dies gilt auch für die vorliegend angegriffenen „Grenzfälle“ gemäß langgerichtlichem Tenor zu Ziff. I. t), v) und w) (Produkte „Fast Plus 130“, „Vertigo 22“ und „Vertigo 28“). Die Farbe Gelb wird auch dort jeweils auf dem Gerätekörper großflächig und vor allem insgesamt in ähnlicher Weise zu den Geräten der Klägerin benutzt. Beispielhaft wird auf die klägerische Gestaltung eines Hochdruckreinigers „K 5 Compact“ gemäß Anlage K 17 verwiesen:



158 Das angegriffene Produkt t) zeigt übereinstimmend die Verwendung der Farbe Gelb zusätzlich in den großen Rädern. Die angegriffenen Produkte v) und w) zeigen übereinstimmend die Verwendung der Farbe Gelb zusätzlich an der Innenseite des Griffs. Neben Gelb werden in den angegriffenen Verletzungsformen - wie bei den Produkten der Kläge-

rin - allein die Grundfarben Schwarz und Grau verwendet, denen der Verkehr im Bereich der Hochdruckreiniger bei Verwendung von großflächigem Gelb - wie sich aus den Verkehrsbefragungen ergibt - keinen Herkunftshinweis entnimmt. Auf einen prozentualen Gelbanteil kommt es entgegen der Ansicht der Beklagten - wie das vorgenannte Produkt der Klägerin zeigt - nicht an. Entscheidend ist, dass die Beklagten ein hochgradig ähnliches Gelb auf Hochdruckreinigern in ähnlicher Weise verwenden, wie es die Klägerin tut.

159 Nach dem Vorgenannten erfolgt in sämtlichen angegriffenen Verletzungsformen die Verwendung der Farbe Gelb markenmäßig, so dass entgegen der Ansicht der Beklagten eine Differenzierung nicht angezeigt ist. Der Verkehr verbindet jeden der angegriffenen Hochdruckreiniger, der neben „neutralen“ Farben wie Schwarz oder Grau allein mit der Farbe Gelb großflächig versehen ist, mit der Klägerin, ohne dass es auf den exakten Gelbanteil ankäme.

160 Ist dem Verkehr eine bestimmte Farbe bereits als Herkunftszeichen bekannt, wird er diese Herkunftsvorstellung auch auf die von einem Dritten verwendete identische oder weitgehend identische Farbe übertragen (Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 14 Rn. 168 m.w.N.). Zwar genügt bloß durchschnittliche Kennzeichnungskraft bei im Übrigen geringer Bekanntheit grundsätzlich nicht. Jedoch gilt etwas anderes, wenn die betreffende Farbe ihre durchschnittliche Kennzeichnungskraft im Wege der Verkehrsdurchsetzung erlangt hat (Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 14 Rn. 168 m.w.N.). Solch ein Fall liegt hier vor. Die nationale Klagemarke ist im Jahr 2005 aufgrund von Verkehrsdurchsetzung eingetragen worden (vgl. Gutachten zur Verkehrsdurchsetzung aus dem Jahr 2005 als Anlage K23). Der Zuordnungsgrad hat sich seitdem – wie die Anlage K29 zeigt – weiter gesteigert.

161 Es ist eine schematische Betrachtungsweise zu vermeiden und es kommt immer darauf an, wie bekannt das Klagefarbzeichen ist und wie sich andererseits dieses oder ein ähnliches Zeichen in der angegriffenen Gestaltung insgesamt ausnimmt. In diesem Zusammenhang kann es auch darauf ankommen, ob die Verletzungsform daneben weitere kennzeichnungskräftige Herkunftshinweise aufweist oder ob dem Verkehr allein oder zumindest auch die Farbe als Unterscheidungsmittel dargeboten wird (Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 14 Rn. 169 m.w.N.). Vorliegend wird dem Verkehr die Farbe Gelb in sämtlichen angegriffenen Verletzungsformen auch als Unterscheidungsmittel dargeboten. Zwar ist auf den angegriffenen Verletzungsformen zusätzlich das Zeichen „Lavor“ verwendet worden. Jedoch wird hierdurch die Farbe Gelb auf den angegriffenen Hochdruckreinigern nicht in den Hintergrund gedrängt. Der Verkehr geht aufgrund der durch Benutzung gestärkten, verkehrsdurchgesetzten und dem Verkehr im Inland bekannten Klagemarke bei der Verwendung der gelben Farbe auf den angegriffenen Hochdruckreinigern – wie bei den Produktgestaltungen der Klägerin – von einem eigenständigen betrieblichen Herkunftshinweis im Sinne eines Zweitkennzeichens aus. Ein solches ist ohne weiteres herkunftshinweisend (vgl. A. Nordemann in: Ingerl/Rohnke/Nordemann, MarkenG, 4. Aufl., § 14 MarkenG, Rn. 198). Die Annahme eines selbständigen Zweitkennzeichens kommt in Betracht, wenn der Verkehr auf Grund der Bekanntheit eines Zeichens oder entsprechender Kennzeichnungsgewohnheiten auf dem entsprechenden Warensektor daran gewöhnt ist, in einem bestimmten Gestaltungselement – wie vorliegend in einer Farbe – einen Herkunftshinweis zu sehen. In einem solchen Fall ist der Verkehr regelmäßig auch daran gewöhnt, dass für die betreffenden Waren neben der Farbe zusätzlich andere Kennzeichen wie insbesondere Wortzeichen verwendet werden. Er wird diese Kennzeichnungsmittel deshalb regelmäßig auch dann, wenn sie ihm als Be-

standteile eines einheitlichen Zeichens entgegentreten, als solche erkennen und ihnen jeweils eine eigenständige Kennzeichnungsfunktion beimessen (BGH GRUR 2015, 1201 Rn. 97 - Sparkassen-Rot/Santander-Rot). So liegt der Fall auch hier. Der Verkehr wird in dem verwendeten Gelb als einer der Klagemarke jedenfalls hochgradig ähnlichen Farbe bei auch sonst ähnlicher Verwendung auf den angegriffenen Hochdruckreinigern einen selbständigen Herkunftshinweis sehen. Dies folgt aus den vorgelegten Verkehrsbefragungen. Es ist – wie die Klägerin zu Recht geltend macht – im Streitfall keine weitergehende Differenzierung zwischen den angegriffenen Hochdruckreinigern erforderlich.

162 (bb) Zwischen den kollidierenden Zeichen, der abstrakten Farbmarke DE 305255835 „Zinkgelb“ (RAL 1018) und dem von den Beklagten verwendeten Gelb, besteht Verwechslungsgefahr bei Warenidentität zwischen den Waren, für die die Klagemarke eingetragen ist und rechtserhaltend benutzt wird, und den angegriffenen Hochdruckreinigern der Beklagten.

163 (aaa) Die Frage, ob Verwechslungsgefahr i.S.v. § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 MarkenG vorliegt, ist unter Heranziehung aller Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen. Dabei ist von einer Wechselwirkung zwischen der Identität oder der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen, dem Grad der Ähnlichkeit der Marken und der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke in der Weise auszugehen, dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken oder durch eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (st. Rspr., vgl. z.B. BGH GRUR 2016, 382, 384 Rn. 19 – BioGourmet).

164 (bbb) Die Klagemarke verfügt für die eingetragenen Waren: „Motorisch betriebene Reinigungsgeräte, die mit einem Hochdruckwasserstrahl arbeiten; vorgenannte Geräte zur Verwendung außerhalb des Hauses“ über – wie das Landgericht angenommen hat – jedenfalls durchschnittliche Kennzeichnungskraft. Ob - wie die Klägerin im Berufungsverfahren geltend macht - die Kennzeichnungskraft der Klagemarke gesteigert, also hoch, ist, kann im Streitfall offenbleiben.

165 (ccc) Es besteht Warenidentität zwischen den Waren, für die die Klagemarke Schutz beansprucht, und den angegriffenen Waren.

166 (ddd) Beim Zeichenvergleich besteht hochgradige Zeichenähnlichkeit, wenn nicht sogar -identität.

167 (i) Bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit ist auf den durch die Zeichen hervorgerufenen Gesamteindruck abzustellen, wobei insbesondere ihre unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind. Es ist der Erfahrungssatz zu berücksichtigen, dass der Verkehr die jeweiligen Zeichen regelmäßig nicht gleichzeitig wahrnimmt und miteinander vergleicht und die übereinstimmenden Merkmale in einem undeutlichen Erinnerungseindruck häufig stärker ins Gewicht fallen als die Unterschiede (BGH GRUR 2015, 1004, 1006 Rn. 23 – IPS/ISP, m.w.N.).

168 (ii) Nach dem Vorgenannten sieht der Verkehr in dem auf den angegriffenen Hochdruckreinigern verwendeten Gelb ein eigenständiges Kennzeichen. Daraus folgt, dass weitere Zeichenelemente beim Zeichenvergleich unberücksichtigt bleiben und allein auf den Farbvergleich abzustellen ist (vgl. BGH GRUR 2015, 1201, 1213 Rn. 100 – Sparkassen-Rot/Santander-Rot). Insbesondere „Lavor“ nimmt der Verkehr als weiteres Zeichen wahr.

169 (iii) Im Hinblick auf den Farbvergleich gilt, dass der angesprochene Verkehr die betreffenden Farbtöne lediglich aus seiner notwendigerweise unvollkommenen Erinnerung heraus miteinander vergleichen wird (BGH GRUR 2004, 151, 154 – Farbmarkenverletzung I; BGH GRUR 2004, 154, 156 – Farbmarkenverletzung II; BGH GRUR 2005, 427, 429 – Lila-Schokolade; BGH GRUR 2014, 1101, 1106 Rn. 56 – Gelbe Wörterbücher), wobei geringe Unterschiede aufgrund der sehr begrenzten menschlichen Farberinnerungs- und Farbunterscheidungsfähigkeit kaum feststellbar sind (BGH GRUR 2004, 154, 156 – Farbmarkenverletzung II; BGH GRUR 2005, 427, 429 – Lila-Schokolade; BGH GRUR 2014, 1101, 1106 Rn. 56 – Gelbe Wörterbücher). Nur wenn die sich gegenüberstehenden Farbtöne deutlich und unübersehbar voneinander unterscheiden, besteht ein Anhaltspunkt dafür, dass der Durchschnittsverbraucher die Unterschiede erinnert (vgl. BGH GRUR 2015, 1201, 1208 Rn. 66 – Sparkassen-Rot/Santander-Rot).

170 (iv) Die von den Beklagten verwendete Farbe Gelb ist mit der Klagemarke nahezu identisch, jedenfalls hochgradig ähnlich.

171 Es sind Verletzungsmuster zur Akte gereicht worden (Produkte gemäß Antrag zu I. g) „ONE“, t) „Fast Plus 130“ und w) „Vertigo 28“), die im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat in Augenschein genommen worden sind. Zudem liegt gemäß Anlage K2 die Farbkarte RAL 1018 „Zinkgelb“ vor. Der Senat konnte daher die gegenüberstehenden Farbzeichen vergleichen.

172 (v) Die vorstehenden Wertungen kann der Senat jeweils in eigener Einschätzung vornehmen, da seine Mitglieder zum angesprochenen Verkehrskreis zählen.

173 (eee) Die Zeichen der Beklagten halten unter Berücksichtigung der Wechselwirkungslehre nicht den gebotenen Abstand ein, so dass eine unmittelbare Verwechslungsgefahr i.S.v.§ 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 MarkenG zu bejahen ist.

174 (3) Die Passivlegitimation der Beklagten hat das Landgericht zu Recht angenommen. Diese zutreffende Bewertung wird von den Beklagten mit der Berufung auch nicht angegriffen.

175 (4) Die Beklagte zu 1) verfügt über kein prioritätsälteres Gegenrecht. Das Landgericht hat zu Recht angenommen, dass die Beklagte zu 1) die Voraussetzungen eines solchen Gegenrechts schon nicht hinreichend dargelegt hat. Gegen diese zutreffende Bewertung wenden sich die Berufungen der Beklagten ebenfalls nicht.

176 (5) Das Landgericht hat auch zutreffend angenommen, dass der gegenständliche markenrechtliche Unterlassungsanspruch der Klägerin nicht verwirkt ist. Auch das hiergegen gerichtete Berufungsvorbringen bleibt ohne Erfolg.

177 (a) Eine Verwirkung gem. § 21 Abs. 1 und Abs. 2 MarkenG kommt vorliegend – wie das Landgericht zu Recht angenommen hat – nicht in Betracht, weil es an einem Recht der Beklagten i.S.v. §§ 4 Nr. 2, 5 Abs. 2 MarkenG fehlt. Eine Verkehrsgeltung ihres „Gelb“ im hier maßgeblichen Gebiet der Bundesrepublik Deutschland können die Beklagten nicht beanspruchen. Gegen diese zutreffende Bewertung bringen die Berufungen der Beklagten auch nichts vor.

178 (b) Eine Verwirkung gem. § 21 Abs. 4 MarkenG, § 242 BGB nach allgemeinen Grundsätzen ist ebenfalls nicht festzustellen. Die Voraussetzungen sind von den Beklagten – wie

das Landgericht zu Recht angenommen hat – schon nicht schlüssig dargetan. Auch das Berufungsvorbringen rechtfertigt insoweit keine abweichende Bewertung.

179 (aa) Im Ausgangspunkt gelten für die Verwirkung von Unterlassungsansprüchen und von Schadensersatz-/Bereicherungsansprüchen unterschiedliche Maßstäbe (Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 21 Rn. 62).

180 (bb) Für die Verwirkung eines kennzeichenrechtlichen Anspruchs nach allgemeinen Grundsätzen (§ 21 Abs. 4 MarkenG iVm § 242 BGB) kommt es darauf an, ob durch eine längerdauernde redliche und ungestörte Benutzung eines Kennzeichens ein Zustand geschaffen worden ist, der für den Benutzer einen beachtlichen Wert hat, der ihm nach Treu und Glauben erhalten bleiben muss und den auch der Verletzte ihm nicht streitig machen kann, wenn er durch sein Verhalten diesen Zustand erst ermöglicht hat. Eine feste zeitliche Grenze der Benutzungsdauer besteht nicht. Maßgeblich sind vielmehr die Umstände des Einzelfalls, da die einzelnen Voraussetzungen des Verwirkungseinwands in enger Wechselwirkung zueinanderstehen (BGH GRUR 2016, 705 Rn. 50 – ConText). Eine Kenntnis von der Verletzung ist nicht erforderlich. Den Zeicheninhaber trifft eine Marktbeobachtungspflicht (BGH GRUR 2016, 705 Rn. 50 – ConText). Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Kennzeicheninhabers von der Verletzung können sich bei der Bestimmung der für eine Verwirkung angemessenen Zeitdauer der Benutzung zu Gunsten des Verletzers auswirken. Die zwischen den einzelnen Voraussetzungen der Verwirkung bestehende Wechselwirkung führt dazu, dass an den Umfang und die Bedeutung eines Besitzstands umso geringere Anforderungen zu stellen sind, je schutzwürdiger das Vertrauen des Verletzers in seine Berechtigung ist (BGH GRUR 2016, 705 Rn. 50 – ConText).

181 Bei der Frage, wann die für das Zeitmoment maßgebliche Frist zu laufen beginnt, ist zwischen Einzel- und Dauerhandlungen zu differenzieren. Wiederholte gleichartige Verletzungshandlungen, die zeitlich unterbrochen auftreten können, lösen jeweils einen neuen Unterlassungsanspruch aus und lassen daher die für die Beurteilung des Zeitmoments maßgebliche Frist jeweils neu beginnen (BGH GRUR 2012, 928 Rn. 22 – Honda-Grauimport). Hingegen ist bei Dauerhandlungen – etwa der Nutzung einer Bezeichnung als Name eines Unternehmens oder einer Internet-Domain – auf den Beginn der erstmaligen Benutzung abzustellen (BGH GRUR 2016, 705 Rn. 50 – ConText).

182 Einzelhandlungen als eigenständige, zeitlich nacheinander liegende Verletzungshandlungen sind etwa die Anbringung eines rechtsverletzenden Zeichens auf der Ware, deren Bewerbung und Angebot sowie deren Vertrieb als jeweils unterschiedliche Verletzungshandlungen. Einzelhandlungen sind auch wiederholte gleichartige Verletzungshandlungen wie etwa jeweils einzelne Verkäufe rechtswidrig markierter Waren (BGH GRUR 2013, 1161 Rn. 21 – Hard Rock Cafe; GRUR 2012, 928 Rn. 22 f. – Honda-Grauimport).

183 Die rechtsvernichtende Wirkung der allgemeinen Verwirkung beschränkt sich darauf, dass der Rechtsinhaber seine Rechte im Hinblick auf bestimmte konkrete bereits begangene oder noch andauernde Rechtsverletzungen nicht mehr durchzusetzen vermag (Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 21 Rn. 94). Sie beschränkt sich also auf die konkrete Art und den konkreten Gegenstand der Benutzung, für welche die Voraussetzungen der Verwirkung vorliegen. Die allgemeine Verwirkung führt nicht dazu, zusätzliche Rechtspositionen des Verletzers neu zu schaffen und damit die Rechtslage des nach Treu und Glauben nur ausnahmsweise und in bestimmten Grenzen schutzwürdigen Verletzers über diese Grenzen hinaus zu erweitern (Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 21 Rn. 94). Es obliegt dem Beklagten, entsprechen-

de Tatsachen zur Verwirkung vorzutragen und ggf. zu beweisen (Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 21 Rn. 93).

184 (cc) Im Streitfall geht es jeweils um Einzelhandlungen, nämlich den Vertrieb konkreter rechtsverletzender Ware. Jedes Angebot einer konkreten Produktgestaltung lässt die für die Beurteilung des Zeitmoments der Verwirkung maßgebliche Frist jeweils neu beginnen. Es fehlt hiernach vorliegend bereits am Zeitmoment für das Eingreifen des Verwirkungstatbestandes. Die insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten haben bereits nicht dargetan, wann die konkret gegenständlichen Produkte im hier maßgeblichen Gebiet der Bundesrepublik Deutschland angeboten worden sind. Es kommt - wie ausgeführt - auf jedes einzelne Produktangebot an.

185 (dd) Die Verwirkung von Unterlassungsansprüchen setzt neben dem Zeitablauf und dem berechtigten Vertrauen des Verletzers (Umstandsmoment) auch voraus, dass der Verletzer einen wertvollen Besitzstand erworben hat (stRspr, vgl. BGH GRUR 2019, 165 Rn. 38 – keine-vorwerk-vertretung.de). Auch diesbezüglich fehlt es an hinreichenden Darlegungen der Beklagten zu 1). Darlegungen der Beklagten zu 2) zu einem schutzwürdigen Besitzstand fehlen gänzlich.

186 (aaa) Das Vorliegen eines schutzwürdigen Besitzstands ist nach seiner objektiven Bedeutung für den Verletzer zu bestimmen (BGH GRUR 2019, 165 Rn. 41 – keine-vorwerk-vertretung.de).

187 Die Annahme eines schutzwürdigen Besitzstands setzt substantiierte Darlegungen des Verletzers zum Grad der Bekanntheit, zu dem unter Verwendung des beanstandeten Zeichens erzielten Umsatz sowie gegebenenfalls zu entsprechendem Werbeaufwand voraus (BGH GRUR 2019, 165 Rn. 43 - keine-vorwerk-vertretung). Weiter ergibt sich der Besitzstand aus der Dauer der Benutzung und der Bedeutung der vorgenannten Größen für das Unternehmen des Verletzers (Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 21 Rn. 86). Insoweit kommt es im Streitfall auf das Kollisionsgebiet Deutschland an (vgl. hierzu Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 21 Rn. 90). An den Umfang und die Bedeutung eines Besitzstands sind jedoch umso geringere Anforderungen zu stellen, je schutzwürdiger das Vertrauen des Verletzers in seine Berechtigung ist (BGH GRUR 2019, 165 Rn. 37 - keine-vorwerk-vertretung).

188 Auch insoweit ist die Verwirkung hinsichtlich der Waren auf diejenigen beschränkt, hinsichtlich der eine Benutzung erfolgt ist und geduldet wurde.

189 (bbb) Es geht vorliegend um Einzelhandlungen, nämlich 26 verschiedene Produktangebote. Diesbezüglich fehlt es an Beklagtenvortrag, inwieweit hierauf bezogen ein schutzwürdiger Besitzstand in der Bundesrepublik Deutschland entstanden sein könnte. Die Umsatzzahlen in Deutschland sind selbst nach den bestrittenen Zahlen gem. Anlage B43 ab 2006 bzw. ab 2010 im Verhältnis zum Gesamtumsatz der Beklagten zu 1) äußerst gering. Vor allem aber ergibt sich aus der Anlage B43 kein Bezug zu den gegenständlich angegriffenen Produkten. Dort ist abstrakt die Anzahl gelber Hochdruck-Reiniger, die in Deutschland verkauft worden seien, benannt. Da die Verwirkung - wie ausgeführt - als Ausnahmefall begrenzt ist, genügt dieser pauschale Vortrag nicht.

190 bbb. Ob daneben der markenrechtliche Unterlassungsanspruch noch aus § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 3 MarkenG begründet ist, kann vorliegend dahinstehen.

191 ccc. Ob Unterlassung auch aus dem Gesichtspunkt ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes beansprucht werden kann, braucht nicht entschieden zu werden. Insoweit handelt es sich um ein Hilfsbegehren.

192 ddd. Der Schadensersatzfeststellungsantrag gem. Ziff. II rechtfertigt sich - wie das Landgericht zutreffend angenommen hat - aus § 14 Abs. 6 MarkenG. Die Ansprüche der Klägerin bestehen - wie klarzustellen ist - ab Eintragung der Klagemarke im Jahr 2005. Etwas anderes ist von der Klägerin auch nicht geltend gemacht worden.

193 (1) Insoweit ist den Beklagten ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen.

194 (a) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (§ 276 Abs. 2 BGB). Die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht sind hoch (st. Rspr., vgl. BGH GRUR 2009, 515 Rn. 34 - Motorradreiniger). Wer im Geschäftsverkehr mit gekennzeichneten Waren tätig ist, hat eine Überwachungs- und Erkundigungspflicht (Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 14 Rn. 766). Bei der Ingebrauchnahme einer neuen, eigenen Kennzeichnung ist eine sorgfältige Recherche nach möglicherweise entgegenstehenden Rechten Dritter geboten (Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 14 Rn. 766). Bei - wie hier - registrierten Marken kann im Hinblick auf die modernen elektronischen Recherchemöglichkeiten Kenntnis grundsätzlich ab dem Tag der Veröffentlichung erwartet werden, jedenfalls aber 14 Tage nach der Veröffentlichung (vgl. OLG München GRUR-RS 2018, 49914 Rn. 43 - Project X).

195 (b) Vorliegend ist die Klagemarke seit 29.11.2005 eingetragen. Nicht erheblich ist, ob die Beklagten - wie sie im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat behauptet haben - bis zum Erhalt der Abmahnung keine Kenntnis von der Klagemarke hatten. Denn die Beklagten traf als Wettbewerber im Segment der Hochdruck-Reiniger eine Überwachungs- und Erkundigungspflicht. Dass die Klägerin in der Bundesrepublik Deutschland im Segment der Hochdruckreiniger unter Verwendung der abstrakten Farbmarke „Zinkgelb“ in äußerst erheblichem Umfang bereits im Jahr 2005 tätig gewesen ist, kann den Beklagten nicht entgangen sein. Die Beklagten nehmen für sich auch nicht in Anspruch, eine Markenrecherche durchgeführt zu haben. Es fehlt zudem an spezifizierten Darlegungen der Beklagten, wann die gegenständlichen Produkte in der Bundesrepublik Deutschland erstmals angeboten und in Verkehr gebracht worden sind. Soweit die Anlage B43 mit ihren bestrittenen Zahlen Verkäufe ab dem Jahr 2000 ausweist, so sind die diesbezüglichen Produktgestaltungen unklar. Dass die Beklagten den strengen Anforderungen an die Sorgfaltspflicht zur Durchführung einer Markenrecherche auf dem deutschen Markt genügt hätten, ist vorliegend weder dargetan noch ersichtlich.

196 (2) Schadensersatzansprüche der Klägerin bezogen auf die gegenständlichen konkreten Produktangebote sind ebenfalls nicht verwirkt.

197 (a) Zwar ist bei der Verwirkung von Schadensersatz- und Bereicherungsansprüchen keine Differenzierung zwischen Einzel- und Dauerhandlungen vorzunehmen (Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 21 Rn. 102). Anders als bei der Verwirkung von Unterlassungsansprüchen ist zur Verwirkung von Schadensersatz- und (vorbereitenden) Auskunftsansprüchen auch kein wertvoller, schutzwürdiger Besitzstand des Anspruchsgegners erforderlich (Senat GRUR-RS 2020, 40736 Rn. 80 – M.P.; Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 21 Rn. 103). Erforderlich ist aber (wiederum) ein vom Anspruchsteller gesetzter „Duldungsanschein“ (Senat GRUR-RS 2020,

40736 Rn. 80 – M.P.). Voraussetzung ist, dass der Schuldner auf Grund eines hinreichend lange dauernden Duldungsverhaltens des Rechtsinhabers darauf vertrauen durfte, dieser werde nicht mehr mit Zahlungsansprüchen wegen solcher Handlungen an ihn herantreten, die er auf Grund des geweckten Duldungsanscheins vorgenommen hat. Statt eines Besitzstands im Sinne der sachlich-wirtschaftlichen Basis für die künftige wirtschaftliche Betätigung des Verletzers, wie er für den in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch entscheidend ist, genügt es, wenn der Schuldner sich bei seinen wirtschaftlichen Dispositionen darauf eingerichtet hat und einrichten durfte, keine Zahlung an den Gläubiger (mehr) leisten zu müssen (BGH GRUR 2014, 363 Rn. 46 – Peter Fechter).

198 (b) Wie ausgeführt, beschränkt sich die rechtsvernichtende Wirkung der allgemeinen Verwirkung darauf, dass der Rechtsinhaber seine Rechte im Hinblick auf bestimmte konkrete bereits begangene oder noch andauernde Rechtsverletzungen nicht mehr durchzusetzen vermag. Sie beschränkt sich also auf die konkrete Art und den konkreten Gegenstand der Benutzung, für welche die Voraussetzungen der Verwirkung vorliegen (Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 21, Rn. 94). Die Beklagte zu 1) hat zu den einzelnen gegenständlichen Geräten bereits keinen spezifizierten Vortrag in Bezug auf deren Angebot auf dem deutschen Markt geleistet. Im Hinblick auf die Verurteilung der Beklagten zu 2) liegt zudem hinsichtlich der Verwirkung schon kein hinreichender Berufungsangriff i.S.v. § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO der Beklagten zu 2) vor.

199 (3) Die gegenständlichen Schadensersatzansprüche sind auch nicht verjährt. Das Übergehen der Verjährungseinrede in der angegriffenen Entscheidung hätte im Berufungsverfahren gerügt werden müssen. Insoweit liegt jedoch kein Berufungsangriff der Beklagten vor.

200 eee. Der Auskunftsanspruch zu Ziff. III ist aus §§ 19 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 MarkenG sowie § 242 BGB begründet. Hiergegen bringt die Berufung auch spezifiziert nichts vor. Im Hinblick auf das anzunehmende Verschulden der Beklagten und die nicht gegebene Verwirkung wird auf die Ausführungen beim Schadensersatzanspruch verwiesen.

201 fff. Der Rückrufanspruch gem. Ziff. IV. folgt aus § 18 Abs. 2 MarkenG. Zur nicht gegebenen Verwirkung wird insoweit auf die Ausführungen beim Unterlassungsanspruch vollumfänglich Bezug genommen.

202 ggg. Der Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten folgt aus §§ 670, 677, 683 BGB sowie aus § 14 Abs. 6 MarkenG.

203 Das Landgericht hat – wie beantragt, § 308 Abs. 1 ZPO – die Netto-Rechtsanwaltskosten nach einem Streitwert von 200.000 € jeweils zugesprochen. Die Abmahnung bezog sich auf weniger Verletzungsmuster. Der Gegenstandswert ist angemessen. Es ist - zutreffend - eine 1,3 Geschäftsgebühr in Ansatz gebracht worden (vgl. Anlage K10a).

204 Der Zinsanspruch folgt aus §§ 288, 291 BGB.

205 2. Die Voraussetzungen für eine Zurückverweisung gem. § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO liegen nicht vor.

206 3. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 100 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

207 4. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Es handelt sich vorliegend um eine Einzelfallentscheidung, die auf der Anwendung bereits bestehender höchstrichterlicher Rechtsprechung beruht.