

10

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

WZG §§ 4 Abs. 3, 24

- Sporthosen -

- a) Zum Gegenstand eines kraft Verkehrsdurchsetzung eingetragenen Wortzeichens und zu dessen Schutzzumfang gegenüber bildlichen Gestaltungen, die vom Sinn des Zeichenwortes erfaßt werden.
- b) Sportschuhe und Sporthosen sind zeichenrechtlich gleichartig.
- c) Zur Frage der persönlichen Störer-Haftung des alleinigen gesetzlichen Vertreters einer GmbH für Warenzeichenverletzungen, die in seinem Unternehmen begangen wurden, ohne daß er davon wußte und ohne daß er die Möglichkeit hatte, sie abzuwenden.

BGH, Urt. v. 26. September 1985 - I ZR 86/83 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

10

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 86/83

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
26. September 1985
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1. M. SB-Großmärkte GmbH & Co. KG, gesetzlich vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin, die Firma M. SB-Großmärkte GmbH, diese gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer Dr. H., E.-I.-park, In Straße, Mü.,

Beklagte zu 1 und Revisions-
klägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und

2. Otto B., rue du C. Ch., N. s.
Se., F.,

Beklagter zu 2 und Revisions-
beklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und

g e g e n

Firma a Sportschuhfabriken, Adi D. KG, gesetzlich vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin Käthe D., He.,

Klägerin, Revisionsbeklagte und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. und Dr. -

- 2 -

10

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. September 1985 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Merkel, Dr. Erdmann, Dr. Teplitzky und Dr. Mees

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten zu 1 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision der Klägerin wird unter deren Zurückweisung im übrigen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München - 6 U 2100/82 - vom 24. März 1983 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es auf die Berufung des Beklagten zu 2 dessen Verurteilung im Ausspruch II aufgehoben und die Klage insoweit abgewiesen hat.

Die Berufung des Beklagten zu 2 gegen das Urteil des Landgerichts München I, 1. Kammer für Handelssachen, vom 10. Februar 1982 - 1 HKO 11213/81 - wird insoweit zurückgewiesen, als sie sich gegen die Verurteilung unter II richtet.

Von den Gerichtskosten tragen die Klägerin und die Beklagte zu 1 je 1/6, der Beklagte zu 2 2/3. Von den außergerichtlichen Kosten trägt die Klägerin die des Beklagten zu 2 zu 1/5 und



1/6 der eigenen. Die Beklagte zu 1 trägt die eigenen und 1/6 der der Klägerin erwachsenen Kosten. Der Beklagte zu 2 trägt 4/5 der eigenen und 2/3 der der Klägerin erwachsenen Kosten.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin stellt Sportschuhe und Sportbekleidung her, die sie mit drei Streifen versieht. An den Schuhen sind diese Streifen an beiden Seiten angebracht und verlaufen parallel zueinander von der Schnüröffnung schräg nach unten zur Schuhsohle. Bei Sporthosen und sonstiger von ihr hergestellter Sportbekleidung sind die drei parallelen Streifen in Längsrichtung entlang den Seitennähten angebracht. Die Farbe der Streifen steht meist im Kontrast zum Untermaterial.

Die Klägerin ist Inhaberin mehrerer Warenzeichen. Das Bildzeichen Nr.  , eingetragen für Sport- und Freizeitschuhe, zeigt die Anordnung der drei schrägen Streifen auf einem Sportschuh. Das Bildzeichen Nr.  , eingetragen für die Waren Sportschuhe und Sportbekleidungsstücke, hat die beschriebenen drei schrägen Streifen zum Inhalt. Ferner ist die Klägerin Inhaberin des Wortzeichens Nr.   "Die Weltmarke mit den drei Streifen" und des

Kombinationszeichens Nr. ■■■■■■■■, bestehend aus denselben Worten und der Darstellung von drei senkrechten Streifen. Die beiden letztgenannten Zeichen sind für Sport- und Freizeitbekleidungsstücke, das erstgenannte auch für Sport- und Freizeitschuhe als durchgesetzte Zeichen gemäß § 4 Abs. 3 WZG eingetragen worden.

Die Beklagte zu 1 betreibt als Handelsunternehmen in der Rechtsform der GmbH & Co. KG einen Großhandelsmarkt. Sie hat Jogging-Hosen (Shorts) vertrieben, die ein Drei-Streifen-Muster tragen. Die Streifen verlaufen - in Breite und Abstand den von der Klägerin benutzten Streifen vergleichbar - parallel zueinander von den Mitten der beiden Hosenseitennähte schräg nach unten zur Mitte der vorderen Säume der Beinöffnungen; sie stehen in farblichem Kontrast zur Grundfarbe der Hose. Die gleichen Hosen wurden auch von anderen M■■■■■-Großmärkten vertrieben.

Der Beklagte zu 2 war Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Beklagten zu 1 und hat diese Stellung bei 32 weiteren M■■■■■-SB-Großmärkten inne.

Die Klägerin hat die Beklagten auf Unterlassung, Auskunft und Schadensersatz mit der Begründung in Anspruch genommen, die so gemusterten Hosen verletzen sowohl ihre Drei-Streifen-Kennzeichnung bei Schuhen, die eine berühmte Marke sei, als auch ihre für Sportbekleidung geschützten Zeichenrechte. Der Drei-Streifen-Kennzeichnung komme Ausstattungsschutz zu. Bei der Olympiade 1980 hätten 80 %

der Teilnehmer ihre damit versehenen Sporttextilien getragen. Die Streifenkennzeichnung der von der Beklagten vertriebenen Hosen verletze insbesondere auch das Wortzeichen Nr. ■■■■■. Die Verwechslungsgefahr werde durch die Schrägführung der angegriffenen Streifenmusterung nicht behoben. Die Beklagten verstießen auch gegen die §§ 1 und 3 UWG, da die Kennzeichnung der Jogging-Hosen nicht den möglichen und zumutbaren Abstand von den Zeichenrechten der Klägerin einhalte.

Der Beklagte zu 2 sei als Organ der Beklagten zu 1 und der übrigen M■■■■-SB-Großmärkte für deren Verhalten aus eigenem Verschulden persönlich haftbar. Durch seine Aufgabenhäufung habe er es sich unmöglich gemacht, seine Pflicht zur Verhinderung von wettbewerbswidrigen Handlungen und von Schutzrechtsverletzungen bei den einzelnen SB-Märkten zu erfüllen. Sein Hinweis auf von ihm erteilte allgemeine Anweisungen könne ihn nicht entlasten.

Die Klägerin hat beantragt, der Beklagten zu 1 bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verbieten, die im Klageantrag abgebildeten Sporthosen feilzuhalten oder in den Verkehr zu bringen, und dem Beklagten zu 2 zu verbieten, diese Handlungen zu dulden und zwar auch in allen anderen M■■■■-Großmärkten, bei denen er Geschäftsführer des persönlich haftenden Gesellschafters ist. Die Klägerin hat ferner beantragt, die Beklagten zur Auskunftserteilung darüber zu verurteilen, in welchem Umfang im Betrieb der Beklagten zu 1 bzw. in den M■■■■-Betrieben, in denen der

Beklagte zu 2 Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ist, die von den Verbotsanträgen erfaßten Handlungen begangen worden seien und festzustellen, daß die Beklagten zum Schadensersatz für die durch die Verbotsanträge erfaßten Handlungen verpflichtet seien.

Die Beklagten haben Klagabweisung beantragt. Das Bestehen eines Ausstattungsschutzes im Sinne des § 25 WZG haben sie für Textilien bestritten. Es fehle, wie für Trainingsanzüge vom Bundesgerichtshof bereits festgestellt, an der Ausstattungsschutzzfähigkeit der Drei-Streifen-Musterrung bei Textilien. Die Klägerin selbst kennzeichne die von ihr vertriebenen Jogging-Hosen - im Gegensatz zu Sporthosen und Trainingsanzügen - nicht mit drei Streifen. Das von der Klägerin angegriffene Streifenmuster werde vom Verkehr auch lediglich als Zierat und nicht als herkunftshinweisende Kennzeichnung oder Ausstattung aufgefaßt. Es fehle auch an der Verkehrsdurchsetzung. Zudem bestehe keine Verwechslungsgefahr, weil die Streifen an ihrer Ware, anders als an der der Klägerin, nicht senkrecht, sondern schräg verliefen. Aus den Zeichenrechten für Schuhe komme der Klägerin kein Abwehrrecht zu, da keine Warengleichartigkeit zwischen Schuhen und Textilien bestehe und der Verkehr auch Streifen auf Textilien als reine Verzierung ansehe. Das Wortzeichen Nr. ■■■■■ "Die Weltmarke mit den drei Streifen" gewähre keinen Schutz gegen die Verwendung eines Streifenmusters, da das Wortzeichen die Farben des Streifenmusters nicht wiedergebe. Auf das Wortbildzeichen Nr. ■■■■■ könne sich die Klägerin nicht berufen, weil dieses in seinem Wortbestand-

teil nicht benutzt und sein Bildbestandteil nicht als Herkunftshinweis durchgesetzt sei.

Eine Haftung des Beklagten zu 2 komme auch dann nicht in Betracht, wenn man eine Kennzeichenverletzung bejahen wolle. Denn er selbst habe eine solche nicht begangen. Der Ein- und Verkauf der fraglichen Waren sei im Rahmen des normalen Geschäftsbetriebes von den von ihm dazu bestellten Angestellten besorgt worden. Er habe davon auch keine Kenntnis gehabt. Schließlich treffe ihn auch kein Organisationsverschulden. Der Geschäftsbetrieb der Beklagten zu 1 sei dahingehend organisiert, daß die einzelnen Sachbereiche mit zuverlässigen fachkundigen Einkäufern und Disponenten besetzt seien, die angewiesen seien, sich in auftretenden wettbewerbs- und warenzeichenrechtlichen Fragen extern und intern beraten zu lassen. Seine Einkäufer hätten die betriebsinterne Anweisung, bei Einkäufen darauf zu achten, daß Kennzeichnungsrechte Dritter nicht verletzt würden.

Das Landgericht hat die Beklagten wegen Verletzung eines der Klägerin zustehenden Ausstattungsrechts im Sinne des § 25 WZG antragsgemäß verurteilt und dabei auch die persönliche Haftung des Beklagten zu 2 bejaht. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zu 1 zurückgewiesen. Die Verurteilung des Beklagten zu 2 hat es aufgehoben und die gegen diesen gerichtete Klage abgewiesen.

Die Beklagte zu 1 verfolgt mit ihrer Revision ihren Klagabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, diese

Revision zurückzuweisen. Mit ihrer eigenen Revision verfolgt sie ihre gegen den Beklagten zu 2 gerichteten Klaganträge weiter. Der Beklagte zu 2 beantragt, die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat dahingestellt gelassen, ob die Klageansprüche auf § 25 WZG gestützt werden könnten. Es hat die Verurteilung der Beklagten zu 1 (nachfolgend: Die Beklagte) auf das Wortzeichen Nr.  ("Die Weltmarke mit den drei Streifen") gestützt, das als durchgesetztes Zeichen auch für Sportbekleidungsstücke eingetragen worden ist. Es hat die warenzeichenmäßige Benutzung der Drei-Streifen-Aufmachung durch die Beklagte bejaht und deren Einwand, es handele sich nicht um eine Kennzeichnung, sondern lediglich um eine Verzierung, mit dem Hinweis auf die Eintragung auf Grund der Verkehrsdurchsetzung zurückgewiesen. Der Annahme einer Verwechslungsgefahr stehe nicht entgegen, daß das Klagezeichen ein Wortzeichen sei und das Muster der Beklagten eine bildliche Darstellung zum Gegenstand habe. Denn die von der Beklagten verwandten Streifen entsprächen den im Wortzeichen benannten drei Streifen. Auf die farbliche Gestaltung komme es nicht an, ebenso stehe die Schrägführung der Streifen auf den Sporthosen der Annahme der Verwechslungsgefahr nicht entgegen. Hinsichtlich einer etwaigen Schwächung des Klagezeichens habe es die Beklagte an zureichendem Sachvortrag fehlen lassen. Neben dem

Unterlassungsanspruch seien auch der Auskunft- und der Schadensfeststellungsanspruch begründet, weil die Beklagte zumindest fahrlässig gehandelt habe.

II. Die dagegen gerichtete Revision der Beklagten zu 1 hat im Ergebnis keinen Erfolg.

1. Allerdings können die zeichenrechtlichen Ansprüche der Klägerin nicht auf die Wortmarke Nr. ■■■■■ ("Die Weltmarke mit den drei Streifen") gestützt werden. Dem steht zwar nicht entgegen, daß das Klagezeichen eine Wortmarke und die von der Beklagten vertriebene Form - als Streifen - eine bildliche Darstellung ist. Wie das Berufungsgericht im Hinblick auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zutreffend ausgeführt hat, kann eine Verwechslungsgefahr zwischen einer Bilddarstellung und einem Wortzeichen in Betracht kommen, wenn ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs den Wortbegriff im Bild wiederfindet und beim Anblick des Bildes an das Wort erinnert wird (BGH GRUR 1967, 355, 358 - Rabe), bzw. wenn das Wort die naheliegende ungewollene und erschöpfende Benennung des Bildes ist (GRUR 1971, 251, 252 - Oldtimer; ebenso GRUR 1979, 853, 854 - Lila). Der Anwendung dieses Grundsatzes steht auch im Streitfall nicht ohne weiteres entgegen, daß, worauf sich die Revision beruft, die bildliche Darstellung dreier Streifen in den verschiedensten Formen denkbar ist. Daß nämlich auch das Bild die erschöpfende, im Sinne der einzigen, Darstellung des durch das Wortzeichen angesprochenen Sinnes sein müßte, kann dieser Rechtsprechung nicht entnommen

werden. Sie geht davon aus, daß das Wortzeichen - wie etwa Rabe oder Oldtimer - auch durch unterschiedliche Bildgestaltungen verletzt werden kann, wenn nur das Wort die erschöpfende Benennung der jeweiligen Gestaltung darstellt, was auch bei abweichenden bildlichen Darstellungen z.B. von Raben oder von als Oldtimer geltenden Kraftwagen ohne weiteres möglich erscheint.

Der Streitfall weist jedoch die Besonderheit auf, daß das Wortzeichen auf Grund der Durchsetzung im Verkehr gemäß § 4 Abs. 3 WZG eingetragen worden ist. In einem solchen Fall kann, unbeschadet der Frage der Verwechslungsgefahr, jedenfalls dann nicht ohne weiteres jede bildliche Gestaltung, die vom Wortsinn zwanglos erfaßt wird, als Verletzung des Zeichens angesehen werden, wenn die Durchsetzung des Wortes nur auf der Grundlage einer bestimmten bildlichen Darstellung - hier einer ganz bestimmten Streifenform - erfolgt ist. Anderenfalls könnte auch jede andere vom Wortsinn erschöpfend beschriebene Bilddarstellung monopolisiert werden, ohne daß insoweit eine Verkehrsdurchsetzung festgestellt worden ist. Gegenstand eines durchgesetzten Wortzeichens, das ein Bild benennt, kann daher, auch wenn der Wortsinn weitergeht, regelmäßig nur die Gestaltung sein, in der sich das benannte Bild selbst im Verkehr durchgesetzt hat.

Insofern geht das Berufungsgericht offenbar davon aus, daß die Eintragung des Wortzeichens Nr.   auf der Durchsetzung der Wortbildung "Die Weltmarke mit den drei

Streifen" in dem Sinne beruhte, daß der Verkehr in jedweder denkbaren Gestaltungsform von drei Streifen an Schuhen und Sportbekleidung einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft von der Klägerin sieht. Insoweit bestehen angesichts der nach den Feststellungen der Vorinstanzen vorwiegend in einer ganz bestimmten Bildform gebrauchten Verwendung des Drei-Streifen-Musters auf Sportschuhen und Sportbekleidung (vgl. auch BGH GRUR 1959, 423 - Fußballstiefel und GRUR 1972, 546 - Trainingsanzug) jedenfalls Bedenken. Sie werden bestärkt durch die Gestaltung des Warenzeichens Nr. [REDACTED], das neben den Worten "Die Weltmarke mit den drei Streifen" die Abbildung von drei parallel geführten, gleichbreiten und gleichlangen Streifen mit gleichem Abstand zeigt. Es läßt sich nicht ausschließen, daß damit der Bildumfang aufgezeigt worden ist, den die Klägerin auch mit der Wortbildung "drei Streifen" in dem hier in Rede stehenden reinen Wortzeichen Nr. [REDACTED] nur in Anspruch nehmen konnte. Da andererseits die Klägerin in der Revisionsbegründung vortragen läßt, der Wortsinn dieses Zeichens decke nach dem Verkehrsverständnis alle Gestaltungen ab, die der Verkehr bei ungezwungener Betrachtungsweise als "drei Streifen" benenne, kann für das Revisionsverfahren der Gegenstand dieses Zeichens nicht mit hinlänglicher Sicherheit festgestellt werden. Damit kann auch sein Schutzzumfang im Hinblick auf die von der Beklagten vertriebene Form und damit auch die Frage der Verwechslungsgefahr nicht abschließend beurteilt werden. Es bedürfte vielmehr der zusätzlichen Aufklärung, auf welcher Grundlage im patentamtlichen Eintragungsverfahren die Feststellung der

Verkehrsdurchsetzung der Worte "Die Weltmarke mit den drei Streifen" beruhte.

Das gilt auch für die Frage des Gegenstandes des Kombinationszeichens [REDACTED] [REDACTED]. Es ist ebenfalls auf Grund Verkehrsdurchsetzung im Wege des § 4 Abs. 3 WZG eingetragen worden; die Beurteilung der Verwechslungsgefahr unterliegt damit den gleichen Bedenken, die auch durch die Streifen-darstellung in diesem Zeichen nicht abschließend behoben werden. Eine Verwechslungsgefahr lediglich in bildlicher Hinsicht besteht nicht, weil die Beklagte dieses Zeichen, insbesondere mit seinem den Gesamteindruck jedenfalls mit-prägenden Wortbestandteil, nicht verwendet hat.

2. Es bedarf jedoch keiner Zurückverweisung der Sache, weil die Beklagte mit dem Drei-Streifen-Muster auf den Jogging-Hosen das Warenzeichen Nr. [REDACTED] [REDACTED] (Abbildung eines Sportschuhes mit drei Streifen) verletzt hat.

Die Waren Sportschuhe und Sporthosen sind nach den von den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen als gleichartig im warenzeichenrechtlichen Sinne anzusehen. Zwar ist anerkannt, daß ungeachtet der ab 1. Oktober 1968 geltenden Neu-fassung der Warenklasseneinteilung, nach der in die Klasse 25 "Bekleidungsstücke, einschließlich Stiefel, Schuhe und Hausschuhe" fallen, die Warengleichartigkeit zwischen Textilien und Schuhen weiterhin grundsätzlich zu verneinen ist (vgl. BPatGE 15, 85, 87). Für Sportschuhe und Sporthosen hat sich aber, wie sich aus dem unstreitigen Sachvortrag,

den Feststellungen der Vorinstanzen und der Lebenserfahrung ergibt, im Hinblick auf den gemeinsamen Verwendungszweck als Sportbekleidung und auf den gemeinsamen Vertrieb in Sportfachgeschäften und in den Sportabteilungen der Kaufhäuser eine abweichende Verkehrsauffassung herausgebildet. Zumindest für einen rechtserheblichen Teil der als Nachfrager in Betracht kommenden Verkehrskreise wird dadurch nahegelegt, Sportschuhe und Sporthosen stammten, wenn sie unter demselben Warenzeichen vertrieben werden, auch aus derselben Herkunftsstätte. Wenn auch das Angebot von Sportschuhen im Schuheinzelhandel oder von Sporthosen in Textilgeschäften weiterhin beträchtlich sein mag, so ist der Verkehr doch damit vertraut, daß beide Waren auch und in großem Umfange in Sportfachgeschäften angeboten werden. Dieser Verkehrsauffassung steht auch nicht entgegen, daß der Verkehr, soweit er sich nähere Vorstellungen bildet, für diese Waren unterschiedliche Fabrikationsstätten, also Schuhfabriken einerseits und Textilfabriken andererseits, in Rechnung stellen mag. Denn daraus wird nicht mehr allgemein der Schluß gezogen, es müsse sich, unbeschadet des bei beiden Warengruppen identischen Warenzeichens, um verschiedene Unternehmen handeln. Vielmehr ist für den Bereich der Sportartikelbranche ausreichend bekannt, daß die führenden Unternehmen nicht selten ihren Produktbereich entsprechend dem Verwendungszweck auf mehrere an sich unterschiedliche Herstellungsbereiche im Sinne eines möglichst vollständigen Sortiments ausgeweitet haben, sei es durch Angliederung anderer Betriebe, sei es durch Vergabe von Auftragsfertigungen an andere Branchen, die dann vom Auftraggeber unter

seiner für alle derartigen Waren einheitlichen Marke vertrieben werden. Die in dieser Richtung getroffenen Feststellungen der Vorinstanzen, daß solche Voraussetzungen nicht nur in Einzelfällen vorliegen und angesichts der besonderen Marktverhältnisse verkehrsbekannt sind, können aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden, so daß die Annahme der Warengleichartigkeit von Sportschuhen und Sporthosen unbeschadet der sonst fortbestehenden Ungleichartigkeit von Schuhen und Textilien keinen rechtlichen Bedenken begegnet.

Auch die Verwechslungsgefahr ist zu bejahen. Der Gesamteindruck des Warenzeichens Nr.   wird von der Drei-Streifen-Musterung beherrscht. Diese gibt der im übrigen nicht unterscheidungskräftigen Abbildung eines Sportschuhes ein eigentümliches Gepräge, und zwar durch die Form dreier parallel geführter, gleich breiter und gleich langer Streifen mit untereinander gleichem Abstand an einer charakteristischen Stelle. In dieser Weise hat der Bundesgerichtshof bereits früher den Gesamteindruck der Drei-Streifen-Musterung bei Fußballstiefeln beurteilt (BGH GRUR, 1959, 423), auch ihre Verkehrsdurchsetzung anerkannt. Daß darin keine Änderung eingetreten ist, hat das Landgericht festgestellt. Dem Berufungsurteil ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Dem Bild der drei Streifen ist daher ein erheblicher Schutzzumfang zuzubilligen, der jedenfalls Drei-Streifen-Darstellungen, die ebenfalls parallel geführte Streifen von gleicher Breite, unter sich gleicher Länge und gleichem Abstand aufweisen, umfaßt, wie sie die Verwendungs-

10

form der Beklagten zeigt. Deren Einwand, es fehle bei ihrer Form die warenzeichenmäßige Benutzung, hat das Berufungsgericht in anderem rechtlichen Zusammenhang zurückgewiesen. Das kann aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Zwar hat der Senat in der Trainingsanzug-Entscheidung (GRUR 1972, 546) unter dem Gesichtspunkt der Ausstattungsfähigkeit i.S. des § 25 WZG die dort getroffene Feststellung des Berufungsgerichts, bei Trainingsanzügen seien Streifenmuster weit verbreitet und würden vom Verkehr im allgemeinen als modisches Merkmal, als Zierat, angesehen, als rechtsfehlerfrei beurteilt und zur Grundlage der Verneinung der Ausstattungsschutzfähigkeit gemacht. Ob damit die hier vom Berufungsgericht angenommene warenzeichenmäßige Benutzung der Drei-Streifen-Musterung auf Sporthosen vereinbar ist, kann dahingestellt bleiben, denn auch wenn man das verneinen wollte, kann die jetzige Feststellung nicht als rechtsfehlerhaft angesehen werden, weil zwischen den beiden Feststellungen ein Zeitraum von etwa 15 Jahren lag, in dessen Verlauf sich die Verkehrsauffassung im Hinblick auf die vom Berufungsgericht festgestellte weitere Durchsetzung des Drei-Streifen-Warenzeichens auch auf dem Warengbiet der Sporthosen gewandelt haben kann. Da auch die Wiederholungsgefahr vom Berufungsgericht zu Recht angenommen worden ist, ist der Unterlassungsanspruch wegen Verletzung des Warenzeichens Nr. [REDACTED] begründet.

3. Ohne Rechtsfehler ist es im Ergebnis auch, wenn das Berufungsgericht den Auskunfts- und den Schadensersatzanspruch für begründet erachtet hat. Das gilt auch, soweit

die Fahrlässigkeit des Verletzungshandelns bejaht worden ist. Die Revision der Beklagten zu 1 war danach zurückzuweisen.

III. Die Revision der Klägerin ist hinsichtlich des gegen den Beklagten zu 2 geltend gemachten Unterlassungsanspruchs begründet. Im übrigen war diese Revision zurückzuweisen.

1. Soweit der Unterlassungsanspruch die Gefahr künftiger Rechtsverletzungen voraussetzt, kann diese allerdings nicht aus dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr begründet werden. Denn für die vor Beginn des Rechtsstreits begangenen Kennzeichenverletzungen muß der Beklagte zu 2 vor Erlangung der Kenntnis nicht eintreten.

Eine persönliche Haftung des gesetzlichen Vertreters einer GmbH für Wettbewerbsverstöße oder für Verletzungen von Warenzeichen oder anderen Immaterialgüterrechten ist weder in den einschlägigen Sondergesetzen, noch im GmbH-Gesetz oder in anderen gesetzlichen Vorschriften ausdrücklich angeordnet worden. Es besteht jedoch in Rechtsprechung und Literatur weitgehend Einigkeit darin, daß auch der gesetzliche Vertreter einer GmbH einer solchen Haftung ausgesetzt ist, wenn er als Störer für die Rechtsverletzung ursächlich ist (vgl. RG GRUR 1929, 354, 356 - Kruschensalz; GRUR 1935, 99, 101 - Viskoselösung; GRUR 1936, 1084, 1088 - Standard-Lampen; BGH GRUR 1957, 342, 347 - Underberg; GRUR 1959, 428, 429 - Michaelismesse; GRUR 1964, 88, 89 - Verona-Gerät; NJW

1975, 1969, 1970 - Flammkaschierverfahren; GRUR 1980, 242, 244 - Denkkzettel-Aktion; Baumbach/Hefermehl Wettbewerbsrecht 14. Aufl. UWG Einl. Rdn. 284, 285; Schönherr ÖBl. 1979, 33, jeweils m.w.N.). Ebenfalls wird ganz überwiegend angenommen, daß Störer in diesem Sinne jedenfalls derjenige ist, der durch eine eigene Handlung eine derartige Rechtsverletzung verursacht. Nicht zweifelsfrei geklärt ist dagegen die Frage, ob der Geschäftsführer einer GmbH im Hinblick auf seine allgemeine Verantwortlichkeit für den Geschäftsbetrieb des Unternehmens auch dann in Anspruch genommen werden kann, wenn er selbst, wie im Streitfall unstreitig der Beklagte zu 2, an der rechtsverletzenden Handlung nicht teilgenommen hat, auch nichts von dieser wußte. Die dies bejahende Meinung stützt sich in erster Linie auf eine Passage im Standard-Lampen-Urteil des Reichsgerichts (aaO. S. 1088), wonach es gleichgültig sei, ob der eine oder andere Geschäftsführer sich an der Geschäftsführung beteilige; er sei jedenfalls verpflichtet, Gesetzwidrigkeiten des Mitgeschäftsführers zu verhindern; tue er das nicht, so mache er sich diese zu eigen (auf diese Stelle berufen sich insbesondere BGH GRUR 1957, 342, 347 - Underberg; Baumbach/Hefermehl aaO. für den Fall der fahrlässigen Unkenntnis des Verstoßes, diesem zustimmend OLG Nürnberg WRP 1980, 580).

Es erscheint aber fraglich, ob das Reichsgericht im Standard-Lampen-Urteil auch auf einen Fall abheben wollte, in dem der gesetzliche Vertreter an der Rechtsverletzung nicht teilgenommen und auch nichts von ihr gewußt hat. Denn in jenem Falle hatten nach den vom Reichsgericht zu-

grunde gelegten Feststellungen des Kammergerichts die beklagten Geschäftsführer "in bewußtem und gewollten Zusammenhang mit verteilten Rollen" gehandelt, so daß sich die Frage der Verantwortlichkeit eines Geschäftsführers, der an der Rechtsverletzung weder teilgenommen, noch von ihr gewußt hatte, gar nicht stellen konnte. Das Reichsgericht hat denn auch die genannte Passage ohne eigene Stellungnahme lediglich als Ausführung des Kammergerichts, die die Revision nicht bemängelt habe, referiert, so daß diese Ausführungen nicht zu Unrecht als ein obiter dictum bezeichnet worden sind (Schönherr aaO.). Auch im Underberg-Urteil des Bundesgerichtshofs, das sich auf diese Entscheidung beruft, handelte es sich nicht darum, daß die beklagten Geschäftsführer an den Rechtsverletzungen nicht teilgenommen und nichts von diesen gewußt hätten. Vielmehr wurde für die Frage der Haftung jeweils auf die Mitwirkung und die Möglichkeit der Einflußnahme (aaO. S. 347) abgestellt, so daß auch diesem Urteil für die hier zu entscheidende Frage letztlich nichts zu entnehmen ist. Soweit Hefermehl (aaO. Rdn. 285) die Störerhaftung des gesetzlichen Vertreters auch dann eingreifen lassen will, wenn dieser den Wettbewerbsverstoß trotz fahrlässiger Unkenntnis des Verstoßes nicht verhindert habe, obwohl er dazu in der Lage gewesen sei, beruft er sich wiederum in erster Linie auf die erwähnte Stelle im Standard-Lampen-Urteil des Reichsgerichts. Auch die von der Revision für ihren Standpunkt in Anspruch genommenen Urteile betreffen Fälle, in denen der verurteilte gesetzliche Vertreter jeweils von der Rechtsverletzung wußte und sie verhindern konnte, wenn er nicht selbst Handelnder war. So

heißt es im Urteil Viskoselösung an der von der Revision in Anspruch genommenen Stelle (RG aaO. S. 101 Abs. 3), "mit unter der Leitung" des beklagten Vorstandsmitgliedes seien die Patentverletzungen vorgekommen. Im Fall Michaelismesse (GRUR 1959, 428), auf den sich die Revision weiter beruft, heißt es ausdrücklich, daß der Beklagte, der Bürgermeister einer Stadtgemeinde als deren gesetzlicher Vertreter, als Handelnder hafte (aaO. S. 429). Auch auf das Urteil des Patentsenats des Bundesgerichtshofs vom 5. Juni 1975 (NJW 1975, 1969 - Flammkaschierverfahren) beruft sich die Revision zu Unrecht. Dort heißt es ausdrücklich (aaO. S. 1970 li. Sp. Abs. 2) das Patent sei mit Wissen und Willen des beklagten gesetzlichen Vertreters verletzt worden. Danach läßt sich feststellen, daß ungeachtet einzelner weitergehender Formulierungen die Rechtspraxis die persönliche Haftung des gesetzlichen Vertreters einer GmbH oder AG bisher nur dann angenommen hat, wenn dieser selbst die Rechtsverletzung begangen hat oder wenn er wenigstens von ihr Kenntnis hatte und die Möglichkeit, sie zu verhindern. In diesem Sinne heißt es im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19. Juni 1963 (GRUR 1964, 88 - Verona-Gerät) ausdrücklich, daß der gesetzliche Vertreter unter der Voraussetzung hafte, daß er die Verletzungshandlung begangen habe; und weiter im Urteil des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs vom 13. November 1979 (GRUR 1980, 242 - Denketzel-Aktion), daß der beklagte kaufmännische Geschäftsführer des Verlages jedenfalls von vornherein über die Aktion unterrichtet gewesen sei (aaO. S. 245) und sie nicht kritiklos hätte hinnehmen dürfen.

Der Senat sieht jedenfalls für einen Fall, wie er hier vorliegt, keinen zureichenden Grund, von diesem Rechtsstand abzuweichen, und den gesetzlichen Vertreter einer GmbH auch dann als Störer persönlich haftbar zu machen, wenn er an der Rechtsverletzung nicht teilgenommen hat und nichts von ihr wußte, wie dies hier beim Beklagten zu 2 unstreitig der Fall war. Der Einwand der Revision, damit könne sich der gesetzliche Vertreter der Verantwortung entziehen, mag einen rechtspolitisch vertretbaren Kern enthalten, trägt aber zur Auslegung des Störerbegriffs nach geltendem Recht nichts bei. Es darf in diesem Zusammenhang auch nicht außer Betracht bleiben, daß eine allgemeine Durchführung des von der Revision vertretenen Standpunkts die Tätigkeit des gesetzlichen Vertreters mit einem hohen Risiko belasten würde, das gerade bei Warenzeichenkonflikten, deren Beurteilung vielfach - vertretbaren - Zweifeln unterliegt, kaum kalkulierbar wäre. Schließlich kann auch die Besonderheit, daß der Beklagte zu 2 bei zahlreichen weiteren Gesellschaften als deren gesetzlicher Vertreter fungiert, im vorliegenden Zusammenhang keine andere Beurteilung rechtfertigen.

Die Gefahr künftiger Rechtsverletzung kann danach, weil der Beklagte zu 2 für die von der Beklagten zu 1 vor Prozeßbeginn begangenen Warenzeichenverletzungen nicht persönlich haftet, nicht unmittelbar auf den Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr gestützt werden.

2. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht dagegen die Gefahr künftiger Rechtsverletzungen unter dem Aspekt der

Erstbegehungsgefahr verneint.

Maßgebend für die Beurteilung dieser Gefahr ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht. Das gilt, wie der Senat bereits früher entschieden hat, auch für die Frage, ob die zur Begründung des Anspruchs erforderlichen subjektiven Voraussetzungen vorliegen (GRUR 1973, 203, 205, 206 - Badische Rundschau). Dort ging es um die Frage der Kenntnis der Rechtswidrigkeit einer an sich bekannten Handlung, die für den Zeitpunkt der Begehung der Handlung verneint, für den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung aber bejaht wurde und deshalb ein künftiges gleichartiges Handeln als rechtswidrig erscheinen ließ. Demgegenüber geht es im Streitfall darum, ob eine rechtswidrige Handlung anderer, die dem Beklagten zu 2 bei Begehung nicht, wohl aber im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bekannt war, von ihm zu unterbinden ist und ob die Gefahr besteht, daß der Beklagte dieser Pflicht künftig nicht nachkommen wird. Es bestehen jedoch keine Bedenken, die Grundsätze jenes Urteils auch im Streitfall, und zwar dahin, anzuwenden, daß für die Prüfung der künftigen Rechtsverletzung davon auszugehen ist, daß der Beklagte zu 2 nunmehr die Möglichkeit erneuter gleichartiger Handlungen seiner Angestellten kennt und für sein eigenes Verhalten, insbesondere für seine Verpflichtung zur Störungsbeseitigung, in Rechnung stellen muß. Auf Grund dieser Kenntnis muß er sich nunmehr auch die Handlungen der Beklagten zu 1 zurechnen lassen, die für diese, wie festgestellt, die Wiederholungsgefahr begründen.

Auf dieser Grundlage muß im Hinblick auf die Vorgeschichte und das Verhalten der Beklagten im Prozeß die Gefahr künftiger Zuwiderhandlungen bejaht werden. Die Beklagte zu 1 hat den Vertrieb der genannten Sporthosen nur auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingestellt. Diese Verfügung haben die Beklagten nicht als endgültig anerkannt. Im vorliegenden Verfahren haben sie den Rechtsstandpunkt vertreten, sie hätten die Kennzeichnungsrechte der Klägerin nicht verletzt. Sie haben auch nicht erkennen lassen, daß sie sich dem Endurteil beugen werden, wozu sie etwa eine strafgesicherte Unterlassungsverpflichtung unter der in einem solchen Sonderfall möglichen Bedingung hätten abgeben können, daß das Verbot endgültigen Bestand habe (vgl. BGH GRUR 1973, 208, 210 m.w.N. - Neues aus der Medizin). Es kommt hinzu, daß der Beklagte zu 2 auch darauf verklagt worden ist, die gleichen zeichenverletzenden Handlungen in den weiteren Gesellschaften zu unterbinden, in denen er gesetzlicher Vertreter ist. Insoweit hat er Einwendungen erhoben, die seine Verantwortlichkeit schlechthin leugnen. Demgegenüber kann der Einwand der Revisionserwiderung, der Beklagte wolle die Entscheidung im vorliegenden Verfahren abwarten, und es müsse dem Beklagten das Recht zustehen, vor Abgabe weiterer Erklärungen diese Entscheidung abzuwarten, im Hinblick auf die genannte Rechtsprechung nicht als ausreichend angesehen werden, um die Begehungsgefahr verneinen zu können.

Auch die übrigen Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs können nach den getroffenen Feststellungen nicht

verneint werden. Daß das Berufungsgericht den Vertrieb der genannten Sporthosen im Ergebnis mit Recht als Verstoß gegen Kennzeichnungsrechte der Klägerin beurteilt hat, ist bereits dargelegt worden. Daß der Beklagte zu 2 dafür einstehen muß, wenn die Beklagte künftig solche Handlungen begehen sollte, folgt aus der vorstehenden Erörterung über die Voraussetzungen, unter denen der gesetzliche Vertreter einer GmbH persönlich für Rechtsverletzungen auf dem Gebiet des Warenzeichenrechts haftet. Denn da der Beklagte zu 2 zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung von den früheren beanstandeten Vertriebsmaßnahmen wußte, könnte er sich bei weiteren Zuwiderhandlungen nicht mehr auf mangelnde Kenntnis und mangelnde Möglichkeiten zum Eingriff berufen.

Wenn die Revisionserwiderung demgegenüber vorbringt, der gesetzliche Vertreter einer GmbH sei nur der Gesellschaft, nicht aber dem Mitbewerber gegenüber zur Respektierung der fremden Rechte verpflichtet, dann berücksichtigt sie nicht hinreichend, daß der Beklagte zu 2 dann haftet, wenn er Störer ist. Als Störer wird derjenige angesehen, der die Rechtsverletzung verursacht. Hat der Beklagte zu 2, wie auch er anerkennt, gegenüber seinem Dienstherrn, der GmbH, die Verpflichtung, fremde absolute Rechte zur Vermeidung von Schadensersatzansprüchen und dergleichen zu respektieren, so verursacht er die Rechtsverletzung, wenn er pflichtwidrig sein Weisungsrecht nicht ausübt, ist also Störer.

Es bestehen auch keine Bedenken, dem Beklagten zu 2 entsprechend dem Klageantrag zu verbieten, das Feilhalten

und Vertreiben der genannten Sporthosen in Werbeprospekten für M■■■■-Großmärkte, bei denen er Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschaft ist, zu dulden. Wenn der Beklagte persönlich verantwortlich ist, so hat er das beanstandete Verhalten überall dort zu unterlassen, wo er unter vergleichbaren Voraussetzungen tätig werden muß, um nicht als Störer zu gelten. Das ist, wie erörtert, überall der Fall, wo er zum Einschreiten dienstvertraglich verpflichtet ist. Damit ist auch der Einwand des Beklagten beschieden, er sei nicht mehr Geschäftsführer der Beklagten zu 1.

3. Hinsichtlich des Schadensfeststellungs- und des Auskunftsanspruchs hat die Revision der Klägerin keinen Erfolg. Wie ausgeführt, ist der Beklagte zu 2 für die von

der Beklagten vor Prozeßbeginn begangenen Rechtsverletzungen nicht persönlich verantwortlich. Damit ist für die genannten Ansprüche kein Raum.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO.

v. Gamm

Merkel

Erdmann

Teplitzky

Mees