



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 201/20

Verkündet am:
16. Dezember 2021
Braucher
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

ÖKO-TEST III

Verordnung (EG) Nr. 207/2009 aF Art. 9 Abs. 1 Satz 2 Buchst. c, Art. 101 Abs. 2, Art. 102 Abs. 1 Satz 1; Verordnung (EU) 2017/1001 Art. 9 Abs. 2 Buchst. c, Art. 130 Abs. 1 Satz 1; MarkenG § 14 Abs. 6, § 19 Abs. 1 und 3; MarkenG aF § 125b Nr. 2

- a) Die Verwendung einer bekannten Marke, die ein Testlogo darstellt, zur Bewerbung eines getesteten Produkts mit dem um das Testergebnis und die Fundstelle ergänzten Testlogo stellt eine unlautere Ausnutzung der Wertschätzung der Marke dar, wenn für die getestete Produktgruppe ein neuerer Test mit veränderten Testkriterien vorliegt.
- b) Der Markeninhaber kann seinen durch eine Markenverletzung entstandenen Schaden nicht nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie berechnen, wenn er in ständiger Lizenzierungspraxis ausschließlich unentgeltliche Lizenzen an der verletzten Marke erteilt.
- c) Der Markeninhaber kann seinen durch eine Markenverletzung entstandenen Schaden nach den Grundsätzen der Herausgabe des Verletzergewinns berechnen, auch wenn er seine Marke selbst nicht kommerziell vermarktet.

BGH, Urteil vom 16. Dezember 2021 - I ZR 201/20 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. September 2021 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, den Richter Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schmaltz, den Richter Odörfer und die Richterin Wille

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin und unter Zurückweisung der Anschlussrevision der Beklagten wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 19. November 2020 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als hinsichtlich des Auskunftsantrags (Ziffer I.2.) und des Antrags auf Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten (Ziffer II.) zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 2 a. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 7. Dezember 2016 mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass das landgerichtliche Urteil insgesamt wie folgt neu gefasst wird:

Das Versäumnisurteil vom 15. Juni 2016 wird aufgehoben, soweit der Unterlassungstenor (Ziffer I.1.) "insbesondere" auf die Anlage K 13 bezogen sowie die Beklagte zum Rückruf (Ziffer I.3.) und zur Vernichtung (Ziffer I.4.) verurteilt worden ist. Die Klageanträge zu Ziffer I.3. und Ziffer I.4. werden abgewiesen. Im Übrigen wird das Versäumnisurteil vom 15. Juni 2016 mit der Maßgabe aufrechterhalten, dass es wie folgt neu gefasst wird:

I. Die Beklagte wird verurteilt,

1. unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgelds bis zu 250.000 €, ersatzweise von Ordnungshaft, oder von Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollstrecken an ihrem Geschäftsführer, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland ohne Zustimmung der Klägerin das folgende Kennzeichen



für Produkte der Serie "A. " zu verwenden und/oder verwenden zu lassen, wenn dies wie in Anlage K 13 dargestellt geschieht;

2. der Klägerin Auskunft zu erteilen über den Umfang der Handlungen, wie unter Ziffer I.1. beschrieben, nach dem 31. August 2012, und zwar durch Vorlage eines chronologisch geordneten und nach Monaten aufgeschlüsselten Verzeichnisses, aus dem sich ergeben müssen: Menge und Zeitpunkt der hergestellten und ausgelieferten Produkte, Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer der Produkte, Abgabepreis sowie erzielter Umsatz und Gewinn.

II. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch die Handlungen, wie unter Ziffer I.1. beschrieben, nach dem 31. August 2012 entstanden ist und/oder entstehen wird.

Die Beklagte trägt die Kosten ihrer Säumnis. Die übrigen Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens tragen die Klägerin zu 1/6 und die Beklagte zu 5/6. Die Beklagte trägt die Kosten der Rechtsmittelverfahren.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin gibt das Magazin "ÖKO-TEST" heraus, in dem von ihr durchgeführte Waren- und Dienstleistungstests veröffentlicht werden. Sie ist Inhaberin der nachfolgend abgebildeten, am 21. März 2012 angemeldeten und am 31. August 2012 für die Dienstleistungen der Klasse 35

Verbraucherinformation und -beratung bei der Auswahl von Waren und Dienstleistungen, insbesondere unter Verwendung von Test- und Untersuchungsergebnissen sowie mittels Qualitätsurteilen; Werbung mit Test- und Untersuchungsergebnissen sowie mittels Qualitätsurteilen

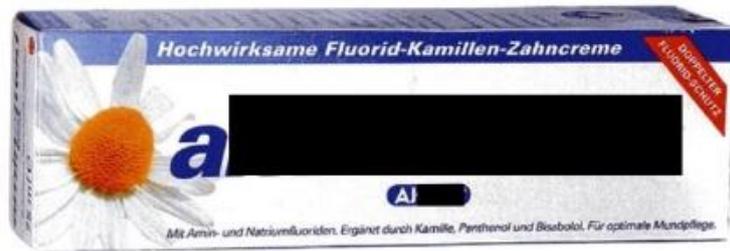
eingetragenen Unionsbildmarke Nr. 010745529 (Klagemarke 1):



- 2 Die Klägerin ist ferner Inhaberin der nachfolgend abgebildeten, am 5. Januar 2012 angemeldeten und am 23. April 2012 eingetragenen deutschen Wort-Bild-Marke Nr. 302012000566 (Klagemarke 2), die Schutz für die Dienstleistungen "Verbraucherberatung und Verbraucherinformation bei der Auswahl von Waren und Dienstleistungen" der Klasse 35 beansprucht:



- 3 Die Klägerin gestattet den Herstellern der von ihr getesteten Produkte die Werbung mit dem "ÖKO-TEST"-Zeichen, wenn diese mit ihr einen unentgeltlichen Lizenzvertrag abschließen, der die Nutzungsbedingungen regelt. Hierzu stellt sie den Herstellern nach Vertragsschluss eine Datei mit der von ihr jeweils aktuell verwendeten Wort-Bild-Marke zur Verfügung, in die die Hersteller das getestete Produkt, das Testergebnis und die Fundstelle des Tests eintragen.
- 4 Die Beklagte stellt Zahncremes her. Zu ihrem Sortiment zählt das Produkt "A. ". In einem im Jahrbuch Kosmetik 2005 veröffentlichten Test von Zahncremes bewertete die Klägerin das Produkt "A. Fluorid-Kamillen-Zahncreme" mit dem Gesamturteil "sehr gut". Die Zahncreme wurde mit der Bezeichnung "AJ. " in der nachfolgend abgebildeten Verpackung vertrieben, die die Aufschriften "Hochwirksame Fluorid-Kamillen-Zahncreme", "Doppelter Fluorid-Schutz" sowie "Mit Amin- und Natriumfluoriden. Ergänzt durch Kamille, Panthenol und Bisabolol. Für optimale Mundpflege." trug:



- 5 Zur Bewerbung des Produkts mit dem Testergebnis schloss die Beklagte mit der Klägerin am 15./18. August 2005 einen Gestattungsvertrag über die unentgeltliche Nutzung der von der Klägerin damals verwendeten Wort-Bild-Marke "ÖKO-TEST". In dem Vertragsformular finden sich folgende Regelungen:

§ 1
Leistungen durch ÖKO-TEST

(...)

ÖKO-TEST stellt dem Nutzer das ÖKO-TEST Label - bestehend aus der Wort-bildmarke ÖKO-TEST verbunden mit der graphischen Gestaltung eines Labels - druckfähig als EPS Datei zur Verfügung. Es ist wie folgt gestaltet:



Dem Nutzer ist nicht gestattet, das ihm von ÖKO-TEST zur Verfügung gestellte Label zu verändern. (...)

(...)

§ 3
Dauer der Gestattung
Beendigung

Die Gestattung ist grundsätzlich zeitlich unbeschränkt, soweit der Nutzer das mit dem ÖKO-TEST Label versehene Produkt nach diesem Vertrag zulässiger Weise in den Verkehr gebracht hat.

Das Inverkehrbringen oder die mündliche oder audiovisuelle Benutzung der Marke und/oder des Labels durch den Nutzer ist nicht mehr gestattet, sobald

- der Test, der sich auf das Produkt des Nutzers bezieht, durch einen zeitlich neueren Test überholt ist,
 - Beschaffenheit oder Merkmale des Produktes, auf die sich der Test bezieht, geändert worden sind,
- (...)

6 Mit E-Mail vom 4. Oktober 2007 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie habe das "ÖKO-TEST"-Label überarbeitet, und stellte ihr auf der Grundlage des Gestattungsvertrags einen elektronischen Verweis (Link) zum Download des aktuellen Zeichens zur Verfügung. Ob es sich um das von der Beklagten nachfolgend verwendete "ÖKO-TEST"-Zeichen handelte, steht zwischen den Parteien im Streit.

7 Im "ÖKO-TEST"-Magazin 1/2008 veröffentlichte die Klägerin nach eigenen Angaben erneut einen Test von Zahncremes, bei dem aufgrund neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse nunmehr Duftstoffe zur Abwertung um zwei Noten statt wie noch im Jahr 2005 um eine Note führten und das Fehlen von Fluorid als neuer Testparameter hinzutrat. Die Zahncreme der Beklagten war nicht in den Test einbezogen worden.

8 Im Oktober 2014 erfuhr die Klägerin, dass im Internet die Zahncreme "A. Fluorid-Kamillen-Zahncreme" ohne die Bezeichnung "AJ. " angeboten wurde. Auf der nachfolgend abgebildeten Verpackung fand sich eine Abbildung des "ÖKO-TEST"-Zeichens, das unter dem Schriftzug "ÖKO-TEST" in kleinerer Schrift den Zusatz "RICHTIG GUT LEBEN" trug und mit dem Testergebnis "sehr gut" und der Fundstelle "Jahrbuch Kosmetik 2005" versehen war. Die Verpackung trug die Aufschriften "Medizinische Aminfluorid-Kamillen-Zahncreme", "Doppel-Fluorid-System" sowie "Kräftigt das Zahnfleisch und härtet den Zahnschmelz":



9 Die Beklagte hatte die Anbieter weder beliefert noch ihnen Produktabbildungen überlassen.

10 Die Klägerin sieht in dem Vertrieb der Zahncreme "A. " in der vorstehend wiedergegebenen Verpackung eine Verletzung ihrer Markenrechte. Sie hat geltend gemacht, der Lizenzvertrag berechtige die Beklagte nicht zur Benutzung des auf der Verpackung angebrachten "ÖKO-TEST"-Zeichens, weil sich der Vertrag auf ein anders gestaltetes Zeichen beziehe, die Bezeichnung und die Beschreibung des vertriebenen Produkts mit denjenigen des getesteten Produkts nicht identisch seien und der angegebene Test aufgrund des im Jahr 2008 veröffentlichten Tests überholt sei.

11 Mit der vorliegenden Klage hat die Klägerin die Beklagte in erster Linie aus der Klagemarke 1 und hilfsweise aus der Klagemarke 2 auf Unterlassung und Auskunft in Anspruch genommen sowie die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten begehrt. Ferner hat sie den Rückruf und die Vernichtung der mit dem "ÖKO-TEST"-Zeichen versehenen Produkte verlangt.

12 Das Landgericht hat antragsgemäß ein Versäumnisurteil gegen die Beklagte erlassen, das es auf ihren Einspruch nach der Beschränkung des Unterlassungsantrags auf die konkrete Verletzungsform - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - mit der Maßgabe aufrechterhalten hat (LG Düsseldorf, Urteil vom 7. Dezember 2016 - 2a O 197/15, juris), dass

- I. die Beklagte verurteilt wird,
 1. es bei Meidung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr das folgende Kennzeichen für Produkte der Serie "A. " zur Werbung mit Test- und Untersuchungsergebnissen sowie zur Verbraucherinformation und -beratung bei der Auswahl von Waren und Dienstleistungen, insbesondere unter Verwendung von Test- und Untersuchungsergebnissen sowie Qualitätsurteilen zu verwenden und/oder verwenden zu lassen, wenn dies wie in Anlage K 13 dargestellt geschieht;
 2. der Klägerin Auskunft zu erteilen über den Umfang der Handlungen, wie unter Ziffer 1. beschrieben, und zwar durch Vorlage eines chronologisch geordneten und nach Monaten aufgeschlüsselten Verzeichnisses, aus dem sich ergeben müssen: Menge und Zeitpunkt der hergestellten und ausgelieferten Produkte, Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer der Produkte, Abgabepreis sowie erzielter Umsatz und Gewinn;
- II. festgestellt wird, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch die Handlungen, wie unter Ziffer I.1. beschrieben, bisher entstanden ist und/oder entstehen wird.

13 Dagegen hat die Beklagte Berufung eingelegt. Die Klägerin hat Anschlussberufung eingelegt, die sie auf eine äußerst hilfsweise geltend gemachte Benutzungsmarke (Klagemarke 3) gestützt hat. Sie hat klargestellt, dass sich die geltend gemachten Ansprüche auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beziehen und für die Zeit nach dem 31. August 2012 geltend gemacht werden.

14 Das Berufungsgericht hat dem Gerichtshof der Europäischen Union Fragen zur Auslegung von Art. 9 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b und c der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 über die Gemeinschaftsmarke (GMV), Art. 9 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung (EU) 2017/1001 über die Unionsmarke (UMV) und Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a und Abs. 2 der Richtlinie 2008/95/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken zur Vorabentscheidung vorgelegt (OLG Düsseldorf, GRUR 2018, 617). Der Gerichtshof der Europäischen Union hat die Fragen beantwortet (EuGH, Urteil vom 11. April 2019 - C-690/17, GRUR 2019, 621 = WRP 2019, 863 - ÖKO-Test Verlag [ÖKO-TEST]).

15 Alsdann hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen, soweit die Beklagte zur Erteilung von Auskunft über den erzielten Umsatz und Gewinn, zum Rückruf und zur Vernichtung verurteilt sowie ihre Schadensersatzpflicht festgestellt worden ist (OLG Düsseldorf, WRP 2021, 215). Hinsichtlich des Unterlassungsantrags und des Auskunftsantrags im Übrigen hat es die Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass

I. die Beklagte verurteilt wird,

1. es bei Meidung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland ohne Zustimmung der Klägerin das folgende Kennzeichen für Produkte der Serie "A. " zu verwenden und/oder verwenden zu lassen, wenn dies wie in Anlage K 13 dargestellt geschieht:



2. der Klägerin Auskunft zu erteilen über den Umfang der Handlungen, wie unter Ziffer 1 beschrieben, nach dem 31. August 2012, und zwar durch Vorlage eines chronologisch geordneten und nach Monaten aufgeschlüsselten Verzeichnisses, aus dem sich ergeben müssen: Menge und Zeitpunkt der hergestellten und ausgelieferten Produkte sowie Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer der Produkte.

16 Mit ihrer vom Berufungsgericht insoweit zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, soweit die Beklagte zur Erteilung von Auskunft über den erzielten Umsatz und Gewinn verurteilt sowie ihre Schadensersatzpflicht festgestellt worden ist. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen. Mit ihrer Anschlussrevision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

- 17 A. Das Berufungsgericht hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - angenommen, der Unterlassungsanspruch sei wegen unlauterer Ausnutzung der Wertschätzung der bekannten Klagemarke 1 begründet. Die Beklagte habe noch nach der Eintragung der Klagemarke 1 am 31. August 2012 Zahncremes in der streitgegenständlichen Aufmachung in den Verkehr gebracht, bevor sie die Nutzung des "ÖKO-TEST"-Zeichens im Jahr 2012 eingestellt habe. Die Klagemarke 1 sei in der Union bekannt. Aufgrund der hochgradigen Ähnlichkeit des auf der Verpackung angebrachten Test-Labels mit der Klagemarke 1 stelle der Verkehr eine gedankliche Verknüpfung in der Weise her, dass er annehme, die Klägerin habe das mit dem Testsiegel versehene Produkt getestet. Die Beklagte habe den guten Ruf der Klagemarke 1 ausgenutzt, um in unlauterer Weise auf die Qualität ihres Produkts hinzuweisen. Es könne dahinstehen, ob das beworbene Produkt mit dem im Jahr 2005 getesteten Produkt trotz der stark veränderten Beschreibung identisch sei. Jedenfalls sei das ausgewiesene Testergebnis wegen des im Jahr 2008 veröffentlichten, erheblich veränderte Kriterien beinhaltenden Tests überholt. Die Werbung mit einem überholten Testergebnis sei irreführend und geeignet, das Vertrauen der Verbraucher in die Zuverlässigkeit der Tests der Klägerin zu beeinträchtigen. Deshalb könne sich die Beklagte auch nicht mehr auf den Gestattungsvertrag berufen.
- 18 Der Klägerin stehe allerdings kein Schadensersatzanspruch zu, weil sie keine Vermögenseinbuße erlitten habe. Da sie für alle denkbaren Nutzungen des "ÖKO-TEST"-Zeichens eine unentgeltliche Lizenzierung angeboten und auf eine kommerzielle Verwertung ihres Ausschließlichkeitsrechts verzichtet habe, sei ihr nach keiner der möglichen Berechnungsmethoden (konkreter Schaden, Lizenzanalogie, Herausgabe des Verletzergewinns) ein Schaden entstanden. Ihr stünden deshalb die begehrten Auskünfte nur insoweit zu, als sie nicht - wie Umsatz und Gewinn - der Schadensberechnung dienen.

19 B. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Klägerin hat Erfolg.
Dagegen bleibt die Anschlussrevision der Beklagten erfolglos.

20 I. Die Anschlussrevision wendet sich vergeblich gegen die Verurteilung der
Beklagten nach dem Unterlassungsantrag.

21 1. Der Unterlassungsantrag ist im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hin-
reichend bestimmt. Die Bestimmtheit des Klageantrags ist auch im Revisionsver-
fahren von Amts wegen zu prüfen (BGH, Urteil vom 27. Mai 2021 - I ZR 55/20,
GRUR 2021, 1191 Rn. 16 = WRP 2021, 170 - Hyundai-Grauimport, mwN). Die
Klägerin hat durch die Bezugnahme auf die in der Anlage K 13 wiedergegebene
konkrete Verletzungsform und ihre Ausführungen in der Klageschrift verdeutlicht,
dass sie sich dagegen wendet, dass die Beklagte das "ÖKO-TEST"-Zeichen auf
der Verpackung der Zahncreme "A. " in der in den Online-Angeboten ge-
zeigten Gestaltung mit den Angaben zum Test aus dem Jahr 2005 anbringt. Da-
bei hat sie klargestellt, dass sie hierin in erster Linie eine Verletzung der Klage-
marke 1, nachrangig eine Verletzung der Klagemarke 2 und letztendlich eine Ver-
letzung der Klagemarke 3 sieht. Mit Blick darauf steht die Aufnahme der Klage-
marken 1 und 2 in den Unterlassungsantrag seiner Bestimmtheit nicht entgegen
(vgl. BGH, Urteil vom 12. Dezember 2019 - I ZR 173/16, GRUR 2020, 401 Rn. 13
= WRP 2020, 465 - ÖKO-TEST I).

22 2. Der Urteilstenor des Berufungsurteils genügt den Bestimmtheitsanfor-
derungen des § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO.

23 a) Der Inhalt eines Urteils ist in erster Linie der Urteilsformel zu entneh-
men. Reicht die Urteilsformel allein für die Bestimmung des Inhalts nicht aus, sind
zu ihrer Auslegung der Tatbestand und die Entscheidungsgründe, erforderlichen-
falls auch das Parteivorbringen, heranzuziehen. Der Urteilsausspruch muss
äußerlich in einer Art und Weise festgelegt werden, dass er auch nach Verkün-
dung bestimmbar bleibt, weil andernfalls nach Rechtskraft der Entscheidung und

insbesondere bei der Zwangsvollstreckung Unsicherheiten entstehen können. Zur Gewährleistung der Bestimmbarkeit ist daher grundsätzlich der Urteilsinhalt in einer einheitlichen Urkunde festzulegen. Ein Mangel in der Urteilsformel ist allerdings unschädlich, wenn deren Sinn anhand des Inhalts der zur Auslegung heranzuziehenden Gerichtsakten ausreichend deutlich zu erkennen ist (BGH, Urteil vom 28. Mai 2020 - I ZR 7/16, GRUR 2020, 891 Rn. 21 f. = WRP 2020, 1009 - Cookie-Einwilligung II, mwN).

24 b) So verhält es sich im Streitfall. Soweit das Berufungsgericht in den Unterlassungstenor die beiden registrierten Klagemarken aufgenommen hat, ergibt sich aus den Urteilsgründen unmissverständlich, dass es die Verurteilung der Beklagten auf die in erster Linie angeführte Klagemarke 1 und nicht auch auf die hilfsweise geltend gemachte Klagemarke 2 gestützt hat. Die im Unterlassungstenor angeführte Anlage K 13 ist zwar nicht Bestandteil der Urteilsformel. Weder für die Parteien des Rechtsstreits noch für das im Rahmen der Vollstreckung des Unterlassungsgebots gemäß § 890 Abs. 1 Satz 1 ZPO zuständige Prozessgericht erster Instanz können jedoch Zweifel daran bestehen, dass mit der Anlage K 13 die im Tatbestand des angefochtenen Urteils so bezeichneten und zur Gerichtsakte gereichten Online-Angebote gemeint sind, aus denen das streitgegenständliche "ÖKO-TEST"-Zeichen auf den Verpackungen der Zahncremeprodukte der Beklagten ersichtlich ist.

25 3. Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen für einen Unterlassungsanspruch der Klägerin aus Art. 102 Abs. 1 Satz 1, Art. 9 Abs. 1 Satz 2 Buchst. c GMV, Art. 130 Abs. 1 Satz 1, Art. 9 Abs. 2 Buchst. c UMV wegen Verletzung der Klagemarke 1 rechtsfehlerfrei als gegeben erachtet.

26 a) Der auf Wiederholungsgefahr gestützte und in die Zukunft gerichtete Unterlassungsanspruch besteht nur, wenn das beanstandete Verhalten der Beklagten sowohl zum Zeitpunkt seiner Vornahme rechtswidrig war als auch zum

Zeitpunkt der Revisionsentscheidung rechtswidrig ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 - I ZR 163/19, GRUR 2021, 1395 Rn. 10 = WRP 2021, 1450 - Hohenloher Landschwein, mwN). An die Stelle der im Zeitpunkt der beanstandeten Handlungen im Jahr 2012 geltenden Vorschriften der Art. 102 Abs. 1 Satz 1 und Art. 9 Abs. 1 Satz 2 Buchst. c GMV sind mit Wirkung vom 1. Oktober 2017 die Bestimmungen der Art. 130 Abs. 1 Satz 1 und Art. 9 Abs. 2 Buchst. c UMV getreten. Eine für die Beurteilung des Unterlassungsanspruchs erhebliche Änderung der Rechtslage ist dadurch nicht eingetreten.

27 Die Vorschrift des Art. 102 Abs. 1 Satz 1 GMV sah vor, dass ein Gemeinschaftsmarkengericht, das die Verletzung einer Gemeinschaftsmarke seitens des Beklagten feststellt, dem Beklagten die Fortsetzung der Verletzungshandlungen verbietet, sofern dem nicht besondere Gründe entgegenstehen. Nach Art. 9 Abs. 1 Satz 2 Buchst. c GMV hatte der Inhaber einer Gemeinschaftsmarke das Recht, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr das Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, wenn das Zeichen mit der Gemeinschaftsmarke identisch oder ihr ähnlich ist, die Gemeinschaftsmarke in der Gemeinschaft bekannt ist und die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Gemeinschaftsmarke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt. Dabei genoss die bekannte Gemeinschaftsmarke Schutz auch gegen die Benutzung eines Zeichens für unähnliche Waren oder Dienstleistungen (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2009 - C-301/07, Slg. 2009, I-9429 = GRUR 2009, 1158 Rn. 18 f. - Pago International [Pago]).

28 Inhaltsgleiche Regelungen finden sich nunmehr in Art. 130 Abs. 1 Satz 1 UMV und Art. 9 Abs. 2 Buchst. c UMV für die Unionsmarke. In der Neufassung des Art. 9 Abs. 2 Buchst. c UMV ist nunmehr ausdrücklich klargestellt, dass der Bekanntheitsschutz unabhängig davon gilt, ob die mit dem Zeichen versehenen

Waren oder Dienstleistungen mit denjenigen identisch sind oder denjenigen ähnlich oder nicht ähnlich sind, für die die Unionsmarke eingetragen ist.

29 b) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klagemarke 1 sei in der Europäischen Union bekannt. Die Klägerin gestatte den Herstellern der getesteten Produkte seit dem Jahr 2004, das "ÖKO-TEST"-Label auf den getesteten Waren anzubringen. Seitdem trete das Label angesichts der großen Anzahl durchgeführter Tests den Verbrauchern auf einer Vielzahl von Produkten entgegen. Da Warentests bei der Kaufentscheidung der Verbraucher eine bedeutende Rolle spielten, brächten diese dem Testlabel eine entsprechende Aufmerksamkeit entgegen.

30 Diese tatgerichtliche Beurteilung nimmt die Anschlussrevision hin; sie lässt auch keinen Rechtsfehler erkennen. Auch nach dem Vortrag der Beklagten hat die Klägerin das "ÖKO-TEST"-Zeichen jedenfalls seit dem Jahr 2007 in einer Gestaltung verwendet und den Lizenznehmern zur Verfügung gestellt, die mit der Klagemarke 1 - bis auf den vom Berufungsgericht als nicht prägend angesehenen Zusatz "RICHTIG GUT LEBEN" - übereinstimmt. Für die Bekanntheit einer Unionsmarke reicht es aus, dass ein bedeutender Teil des maßgeblichen Publikums in Deutschland das Zeichen kennt, ohne dass ihm dessen Eintragung als Marke bekannt sein muss (EuGH, GRUR 2019, 621 Rn. 49 bis 51 - ÖKO-Test Verlag [ÖKO-TEST]).

31 c) Das Berufungsgericht hat eine die Klagemarke 1 verletzende Benutzungshandlung der Beklagten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Satz 2 Buchst. c GMV, Art. 9 Abs. 2 Buchst. c UMV zu Recht bejaht.

32 aa) Die Anschlussrevision wendet sich erfolglos gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe das angegriffene "ÖKO-TEST"-Zeichen noch nach der Eintragung der Klagemarke 1 verwendet.

- 33 (1) Eine Verletzungshandlung setzt voraus, dass das in Rede stehende Zeichen zum Zeitpunkt der beanstandeten Handlung Schutz als Marke genießt. Für eine nach Eintragung der Marke begangene Benutzungshandlung ist der Markeninhaber darlegungs- und beweispflichtig (vgl. BGH, Urteil vom 10. Januar 2008 - I ZR 38/05, GRUR 2008, 621 Rn. 41 = WRP 2008, 785 - AKADEMIKS).
- 34 (2) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte habe nach dem 31. August 2012 Zahncremes in Verpackungen in den Verkehr gebracht, auf denen das streitgegenständliche Testlabel angebracht gewesen sei. Da noch im Jahr 2014 derartig aufgemachte Zahncremes auf dem Markt gewesen seien und es sich um verderbliche Produkte handele, hätte die Beklagte näher vortragen müssen, zu welchem Zeitpunkt im Jahr 2012 sie den Vertrieb von Waren in der streitgegenständlichen Aufmachung eingestellt habe. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.
- 35 (3) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin sich auf den Vortrag beschränken durfte, die Beklagte habe die im Oktober 2014 angebotenen Zahncremeprodukte nach der Eintragung der Klagemarke 1 am 31. August 2012 in den Verkehr gebracht. Eine weitergehende zeitliche Präzisierung war für die Annahme einer Verletzungshandlung ohne Bedeutung und daher nicht erforderlich, zumal die Klägerin mangels Einblicks in die Produktions- und Geschäftsabläufe der Beklagten keine sichere Kenntnis vom Zeitpunkt des Inverkehrbringens der Produkte in der angegriffenen Verpackungsgestaltung hatte (vgl. BGH, Urteil vom 11. Juni 1985 - VI ZR 265/83, NJW-RR 1986, 60 [juris Rn. 16]; Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, NJW 2020, 1740 Rn. 8; Urteil vom 16. September 2021 - VII ZR 190/20, WM 2021, 2108 Rn. 21 f.). Im Übrigen hat das Berufungsgericht in dem bis zum Auffinden der Produkte verstrichenen Zeitraum und ihrer begrenzten Haltbarkeit tatsächliche Anknüpfungspunkte für die von der Klägerin vorgetragene Benutzungshandlung nach dem

31. August 2012 gesehen. Diese tatgerichtliche Beurteilung wird von der Anschlussrevision nicht angegriffen und lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

36 (4) Die Anschlussrevision wendet sich ohne Erfolg dagegen, dass das Berufungsgericht mangels substantiierten Gegenvortrags der Beklagten es als unstrittig angesehen hat, dass diese nach dem 31. August 2012 Zahncremeprodukte in der streitgegenständlichen Aufmachung in den Verkehr gebracht hat.

37 Die Beklagte hat vorgebracht, die Klägerin habe keine Zeichenbenutzung durch sie dargelegt, die nach der Eintragung der Klagemarken erfolgt sei. Sie könne den genauen Zeitpunkt der Einstellung der Verwendung des Zeichens nicht mehr festmachen. Die mit den vorgelegten Screenshots dokumentierten Benutzungshandlungen datierten jedenfalls vor Eintragung der Klagemarken. Hierdurch hat die Beklagte in Abrede gestellt, dass sie die von der Klägerin aufgefundenen Produkte nach dem 31. August 2012 in den Verkehr gebracht habe. Das Berufungsgericht hat ein solches einfaches Bestreiten zu Recht als unzureichend erachtet.

38 Nach den Regeln der gestuften Darlegungslast, die daran anknüpft, dass sich jede Partei über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären hat (§ 138 Abs. 2 ZPO), hängen die Anforderungen an die Substantiierungslast des Bestreitenden davon ab, wie substantiiert der darlegungspflichtige Gegner vorgetragen hat. Ob und inwieweit die nicht darlegungsbelastete Partei ihren Sachvortrag substantiiieren muss, lässt sich nur aus dem Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag bestimmen (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 36 mwN; Urteil vom 22. Juli 2021 - I ZR 123/20, GRUR 2021, 1422 Rn. 22 = WRP 2021, 1441 - Vorstandsabteilung). Liegt ein substantiiertes Vortrag der darlegungspflichtigen Partei vor, kann sich die nicht darlegungsbelastete Partei nicht auf ein substanzloses Bestreiten

zurückziehen, wenn ihr nach Lage der Dinge ein substantiiertes Bestreiten möglich und zumutbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar 2018 - II ZR 272/16, BGHZ 217, 327 Rn. 20; Urteil vom 15. August 2019 - III ZR 205/17, NZG 2019, 1267 Rn. 23; BGH, GRUR 2021, 1422 Rn. 22 - Vorstandsabteilung).

39 Die Klägerin hat tatsächliche Anknüpfungspunkte dafür vorgebracht, dass die Beklagte erst nach dem 31. August 2012 die mehr als zwei Jahre später aufgefundenen und nur eine begrenzte Zeit haltbaren Zahncremeprodukte in den Verkehr gebracht hat. Mit Blick darauf hätte die Beklagte konkretisieren müssen, zu welcher vor September 2012 liegenden Zeit sie die Zahncreme nicht mehr in mit dem streitgegenständlichen "ÖKO-TEST"-Zeichen versehenen Verpackungen in den Verkehr gebracht hat. Eine solche Angabe wäre ihr möglich und zumutbar gewesen. Die Anschlussrevision macht nicht geltend, die Beklagte habe vorgetragen, sie sei auch unter Zuhilfenahme ihrer Geschäftsunterlagen zu einer zeitlichen Präzisierung außerstande.

40 bb) Das Berufungsgericht hat die - für eine rechtsverletzende Benutzung nach Art. 9 Abs. 1 Satz 2 Buchst. c GMV, Art. 9 Abs. 2 Buchst. c UMV erforderliche (BGH, GRUR 2020, 401 Rn. 28 - ÖKO-TEST I; BGH, Urteil vom 12. Dezember 2019 - I ZR 117/17, GRUR 2020, 405 Rn. 49 = WRP 2020, 470 - ÖKO-TEST II) - gedankliche Verknüpfung des auf der Verpackung der Zahncremeprodukte der Beklagten angebrachten "ÖKO-TEST"-Zeichens mit der Klagemarke 1 bejaht. Es hat angenommen, das von der Beklagten benutzte Testlabel sei der Klagemarke 1 hochgradig ähnlich. In beiden Zeichen dominiere der große Schriftzug "ÖKO-TEST" auf rotem Grund, wobei der Bindestrich durch ein Blatt ersetzt sei. Der in dem angegriffenen Zeichen in deutlich kleinerer Schrift angefügte Satz "RICHTIG GUT LEBEN" sowie die eingefügte Testnote und die angegebene Fundstelle träten dahinter zurück. Die Benutzung sei zwar nicht für Waren oder Dienstleistungen erfolgt, die mit denen identisch oder ähnlich seien, für die die Klagemarke 1 Schutz genieße. Das auf der Verpackung angebrachte

Testsiegel habe aber dazu gedient, die Aufmerksamkeit der Verbraucher auf die Qualität der Zahncremeprodukte zu lenken und deren Verkauf zu fördern. Der Verkehr nehme an, die Klägerin habe die mit dem Testsiegel versehene Ware getestet, und stelle auf diese Weise eine gedankliche Verknüpfung mit der Klage-
marken 1 her.

41 Diese Beurteilung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Beklagte hat dem Verkehr mithilfe des angebrachten "ÖKO-TEST"-Zeichens eine Information über die Qualität ihrer Produkte vermittelt und sich hierzu auf die unter der bekannten Marke der Klägerin erbrachte Dienstleistung des Warentests bezogen. Im Rahmen der Gesamtbetrachtung wiegen die Bekanntheit der Klage-
marken 1 und die hohe Zeichenähnlichkeit so schwer, dass die Unähnlichkeit der betroffenen Waren und Dienstleistungen der Annahme einer gedanklichen Verknüpfung nicht entgegensteht (vgl. BGH, GRUR 2020, 401 Rn. 38 - ÖKO-
TEST I; GRUR 2020, 405 Rn. 54 - ÖKO-TEST II).

42 d) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die angegriffene Benutzung des "ÖKO-TEST"-Zeichens die Wertschätzung der Klage-
marken 1 in unlauterer Weise ausnutzt.

43 aa) Bei der Prüfung, ob die Benutzung eines Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Marke in unlauterer Weise ausnutzt, ist eine umfassende Beurteilung aller relevanten Umstände des konkreten Falls vorzunehmen, insbesondere des Ausmaßes der Bekanntheit und des Grads der Unterscheidungskraft der Marke, des Grads der Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Zeichen sowie der Art der betroffenen Waren oder Dienstleistungen und des Grads ihrer Nähe. Eine Ausnutzung liegt umso eher vor, je größer die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Marke ist. Je unmittelbarer und stärker die Marke von dem Zeichen in Erinnerung gerufen wird, desto größer ist die Gefahr, dass die gegenwärtige oder künftige Benutzung des Zeichens die

Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Marke in unlauterer Weise ausnutzt (vgl. EuGH, Urteil vom 18. Juni 2009 - C-487/07, Slg. 2009, I-5185 = GRUR 2009, 756 Rn. 44 - L'Oréal u.a.; BGH, GRUR 2020, 401 Rn. 41 - ÖKO-TEST I; GRUR 2020, 405 Rn. 57 - ÖKO-TEST II).

44 Versucht ein Dritter, sich durch die Verwendung eines mit einer bekannten Marke identischen oder ihr ähnlichen Zeichens in den Bereich der Sogwirkung dieser Marke zu begeben, um von ihrer Anziehungskraft, ihrem Ruf und ihrem Ansehen zu profitieren und, ohne jede finanzielle Gegenleistung und ohne dafür eigene Anstrengungen machen zu müssen, die wirtschaftlichen Anstrengungen des Markeninhabers zur Schaffung und Aufrechterhaltung des Images dieser Marke auszunutzen, so ist der sich aus dieser Verwendung ergebende Vorteil als eine unlautere Ausnutzung der Unterscheidungskraft oder der Wertschätzung der Marke anzusehen (EuGH, GRUR 2009, 756 Rn. 49 - L'Oréal u.a.; EuGH, Urteil vom 6. Februar 2014 - C-65/12, GRUR 2014, 280 Rn. 52 - Leidseplein Beheer und De Vries [Bull Dog/Red Bull]; BGH, GRUR 2020, 401 Rn. 42 - ÖKO-TEST I; GRUR 2020, 405 Rn. 58 - ÖKO-TEST II).

45 bb) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagte knüpfte an den guten Ruf der bekannten Klagemarke 1 an, um auf die Qualität ihres Produkts hinzuweisen. Dies sei unlauter. Zwar habe die Klägerin die Zahncreme der Beklagten im Jahr 2005 getestet. Nach ihrem durch die vorgelegten Testpublikationen untermauerten Vortrag, dem die Beklagte nicht substantiiert entgegengetreten sei, habe sie aber im Jahr 2008 einen neuen Test mit erheblich veränderten Testkriterien veröffentlicht. Danach hätten aufgrund neuerer wissenschaftlicher Erkenntnisse nunmehr Duftstoffe zur Abwertung um zwei Noten statt wie im Jahr 2005 um eine Note und das Fehlen von Fluorid als neuem Testparameter zur Abwertung um eine Note geführt. Die Werbung mit einem älteren Testergebnis sei irreführend, wenn für solche Waren neuere Prüfungsergebnisse vorlägen. Die Klägerin habe ein berechtigtes Interesse daran, dass ihr bekanntes Zeichen nicht

für eine Werbung mit einem überholten Testergebnis verwendet werde, um das Vertrauen der Verbraucher in die Verlässlichkeit ihrer Tests nicht zu beeinträchtigen. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

46 cc) Die Anschlussrevision wendet vergeblich ein, die Werbung mit einem älteren Testergebnis sei nicht nach § 5 UWG irreführend und daher nicht unlauter, wenn - wie die Zahncreme der Beklagten - das seinerzeit getestete Produkt nicht Gegenstand des neueren Tests ist und das seinerzeitige Testergebnis nicht durch zwischenzeitliche technische Entwicklungen, wissenschaftliche Erkenntnisse oder wesentlich geänderte Testkriterien überholt ist.

47 (1) In der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum wird teilweise - wie vom Berufungsgericht - die Auffassung vertreten, eine geschäftlich relevante Irreführung des Verbrauchers liege vor, wenn für die Gruppe des mit einem älteren Testergebnis beworbenen Produkts neue Testergebnisse auf der Grundlage geänderter Prüfkriterien vorliegen, aufgrund derer die Richtigkeit des früheren Testergebnisses zweifelhaft ist, ohne dass das beworbene Produkt erneut getestet worden sein müsse (OLG Frankfurt, NJWE-WettbR 1996, 54, 55 [juris Rn. 6]; OLG Stuttgart, GRUR 2007, 435, 436 [juris Rn. 25]; OLG Hamm, Urteil vom 15. Februar 2007 - 4 U 165/06, juris Rn. 23; OLG Hamburg, Beschluss vom 10. Oktober 2008 - 3 W 134/08, juris Rn. 7 f.; tendenziell OLG Zweibrücken, WRP 2012, 1136 Rn. 7 [juris Rn. 8]; Großkomm.UWG/Toussaint, 3. Aufl., § 5 Rn. 596; MünchKomm.UWG/Busche, 3. Aufl., § 5 Rn. 420; differenzierend Weidert in Harte/Henning, UWG, 5. Aufl., § 5 Rn. 686).

48 (2) Nach anderer Ansicht ist eine geschäftlich relevante Irreführung erst gegeben, wenn das mit einem älteren Testergebnis beworbene Produkt selbst einer neuen vergleichbaren Prüfung unterzogen worden ist, die zu einem anderen Ergebnis führt (BeckOK.UWG/Rehart/Ruhl/Isele, 13. Edition [Stand 1. August 2021], § 5 Rn. 468; differenzierend OLG Frankfurt, GRUR-RR 2003, 344,

345; vgl. auch BGH, Urteil vom 2. Mai 1985 - I ZR 200/83, GRUR 1985, 932, 933 [juris Rn. 16] = WRP 1985, 486 - Veralteter Test; Beschluss vom 15. August 2013 - I ZR 197/12, WRP 2014, 67 Rn. 8).

49 (3) Im Streitfall kann offenbleiben, unter welchen Voraussetzungen die Werbung mit einem älteren Testergebnis wettbewerbsrechtlich unlauter ist. Die Anknüpfung an die Wertschätzung der bekannten Klagemarke 1 durch den Vertrieb eines Zahncremeprodukts, auf dem das "ÖKO-TEST"-Zeichen mit dem im Jahr 2005 erzielten Testergebnis angebracht war, ist mit Blick auf den späteren Test von Zahncremes jedenfalls unlauter im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Satz 2 Buchst. c GMV, Art. 9 Abs. 2 Buchst. c UMV. Die Klägerin hat auf die Produktgruppe der Zahncremes im Jahr 2008 andere Testparameter und Bewertungsmaßstäbe als im Jahr 2005 angewendet. Mangels Prüfung der Zahncreme der Beklagten anhand der neueren Testkriterien hat sie für die fortdauernde Aussagekraft des früheren Testergebnisses keine Gewähr übernommen. Die Klägerin hat indessen ein Interesse daran, die Werbung mit ihrer Marke darauf zu kontrollieren, ob sie auch ihren neuen testbezogenen Maßstäben genügt (vgl. BGH, GRUR 2020, 401 Rn. 45 - ÖKO-TEST I; GRUR 2020, 405 Rn. 59 - ÖKO-TEST II). Ihr muss deshalb die Entscheidung darüber vorbehalten bleiben, ob bei einem neueren Test der Produktgruppe mit veränderten Testkriterien das einem früheren Test unterzogene Produkt durch die Verwendung ihrer Marke weiter als von ihr getestet dargestellt werden darf (vgl. BGH, GRUR 2020, 401 Rn. 40 - ÖKO-TEST I).

50 e) Das Berufungsgericht hat einen rechtfertigenden Grund für die unlautere Ausnutzung der Wertschätzung der Klagemarke 1 zu Recht verneint.

- 51 aa) Ein rechtfertigender Grund liegt vor, wenn die in Rede stehende Benutzung der bekannten Marke aufgrund einer Vereinbarung mit dem Markeninhaber erlaubt ist (vgl. Haensell/Hildebrandt in Hildebrandt/Sosnitza, UMV, Art. 8 Rn. 345).
- 52 bb) Das Berufungsgericht hat angenommen, nach dem Gestattungsvertrag sei der Beklagten wegen des neueren Tests mit erheblich veränderten Prüfkriterien die Benutzung des "ÖKO-TEST"-Zeichens nicht mehr erlaubt. Die Klausel in § 3, wonach die Berechtigung zur Zeichennutzung endet, wenn der Test, der sich auf das Produkt des Nutzers bezieht, durch einen neueren Test überholt ist, benachteilige die Beklagte nicht unangemessen. Sie könne kein berechtigtes Interesse daran haben, mit einem überholten Test zu werben. Demgegenüber habe die Klägerin ein erhebliches Interesse, eine unlautere Verwendung ihrer Marke zu verhindern. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.
- 53 cc) Die Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch das Berufungsgericht ist revisionsrechtlich in vollem Umfang überprüfbar (BGH, Urteil vom 12. Januar 2017 - I ZR 253/14, GRUR 2017, 397 Rn. 65 = WRP 2017, 434 - World of Warcraft II; Urteil vom 20. Dezember 2018 - I ZR 104/17, GRUR 2019, 284 Rn. 41 = WRP 2019, 458 - Museumsfotos; Urteil vom 23. Juli 2020 - I ZR 119/19, BGHZ 226, 262 Rn. 30; Urteil vom 29. April 2021 - I ZR 193/20, GRUR 2021, 1290 Rn. 17 = WRP 2021, 1461 - Zugangsrecht des Architekten). Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie ein verständiger und redlicher Vertragspartner sie unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise versteht, wobei nicht die Verständnismöglichkeiten des konkreten, sondern die des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind. Ausgangspunkt ist in erster Linie der Wortlaut der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Ist dieser nicht eindeutig, kommt es auf das Ver-

verständnis des Vertragstexts seitens der typischerweise beteiligten redlichen Verkehrskreise unter Berücksichtigung ihrer Interessen an (BGH, GRUR 2019, 284 Rn. 41 - Museumsfotos; BGHZ 226, 262 Rn. 30; BGH, GRUR 2021, 1290 Rn. 17 - Zugangsrecht des Architekten). Verbleiben nach Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten Zweifel und sind zumindest zwei Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar, geht die Unklarheit nach § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders (vgl. BGH, GRUR 2017, 397 Rn. 65 - World of Warcraft II; GRUR 2019, 284 Rn. 43 - Museumsfotos; BGHZ 226, 262 Rn. 30; BGH, GRUR 2021, 1290 Rn. 17 - Zugangsrecht des Architekten).

54 dd) Das Berufungsgericht hat die Regelung in § 3 des Gestattungsvertrags als Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB angesehen. Diese Beurteilung wird von der Anschlussrevisionserwiderung nicht in Zweifel gezogen und ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat die Klausel rechtsfehlerfrei dahin ausgelegt, dass die Lizenz zur Benutzung des "ÖKO-TEST"-Zeichens endet, wenn der zur Lizenzierung des Produkts führende Test wegen abweichender Kriterien eines späteren Tests der Produktgruppe nicht mehr aktuell und daher überholt ist. Entgegen der Ansicht der Anschlussrevision kann die Klausel nicht dahin ausgelegt werden, dass der sich auf das Produkt des Nutzers beziehende Test nur durch einen sich abermals auf dieses Produkt beziehenden Test überholt ist.

55 (1) Der Wortlaut der Regelung lässt allerdings beide Deutungen zu. Danach knüpft die Überholung an den sich auf das Produkt des Nutzers beziehenden Test an. Diese Formulierung lässt das Verständnis zu, dass der zeitlich neuere Test ebenfalls das Produkt des Nutzers betreffen muss, wenngleich ein solcher Bezug nicht ausdrücklich hergestellt wird.

- 56 (2) Es entspricht jedoch unzweifelhaft der typischen Interessenlage der am Gestattungsvertrag beteiligten redlichen Parteien, dass eine die Lizenz beendende Überholung bei einem neueren Test derselben Produktgruppe nach abweichenden Prüfkriterien unabhängig davon eintritt, ob das seinerzeit getestete Produkt in den neueren Test einbezogen worden ist.
- 57 Der Klägerin ist erkennbar daran gelegen, dem Verbraucher mithilfe des lizenzierten Testzeichens aktuelle und aussagekräftige Informationen über die aufgrund des Tests ermittelte Qualität des Produkts zur Verfügung zu stellen. Eine gleichbleibende Aussagekraft der aus dem Testzeichen ersichtlichen Produktinformation ist nicht mehr gewährleistet, wenn die Klägerin die betreffende Produktgruppe einem weiteren Test unterzogen hat, bei dem aufgrund neuerer wissenschaftlicher Erkenntnisse für die Beurteilung der Produktqualität andere Testkriterien als bei dem früheren Test herangezogen worden sind. In einem solchen Fall kann ein redlicher Lizenznehmer nicht erwarten, dass die Klägerin mit dem Testzeichen weiterhin die Gewähr für die Aktualität des im Testzeichen verbrieften Prüfergebnisses und die fortdauernd gesicherte Qualität des vormals getesteten Produkts übernimmt. Die an ein Prüfzeichen geknüpfte Güteerwartung des Verkehrs ist regelmäßig nicht auf den Zeitpunkt der Vornahme der Prüfung beschränkt, sondern erstreckt sich auf die Fortdauer der bescheinigten Produktqualität (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 2019 - I ZR 161/18, GRUR 2020, 299 Rn. 26 = WRP 2020, 317 - IVD-Gütesiegel).
- 58 Dem berechtigten Interesse der Klägerin stehen keine schutzwürdigen Belange des redlichen Lizenznehmers gegenüber. Sein Interesse, den Verbraucher auf die früher erzielte gute Bewertung seines Produkts hinzuweisen, ist wegen der durch den neuen Test entwerteten Aussagekraft dieser Information nicht als erheblich anzusehen. Da er sich die Werbewirkung der bekannten Klagemarke 1 ohne finanzielle Gegenleistung zunutze macht, ist es ihm auch zumutbar zu be-

obachten, ob die Klägerin die Warengruppe, der sein getestetes Produkt unterfällt, einem neueren Test unterzogen hat und ihm die Nutzung des "ÖKO-TEST"-Zeichens daher nicht mehr gestattet ist (vgl. BGH, GRUR 2020, 401 Rn. 45 - ÖKO-TEST I).

59 ee) Aus Rechtsgründen ebenfalls nicht zu beanstanden ist die Annahme des Berufungsgerichts, die Regelung in § 3 des Gestattungsvertrags, dass die Berechtigung zur Nutzung des "ÖKO-TEST"-Zeichens bei Vorliegen eines neueren Tests der betreffenden Warengruppe mit erheblich veränderten Testkriterien endet, benachteilige den Lizenznehmer nicht unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.

60 Die Anschlussrevision macht erfolglos geltend, nach der vom Berufungsgericht gewählten Auslegung ende die Gestattung auch dann, wenn die veränderten Testkriterien keine Überholung des Testergebnisses zur Folge hätten, sondern ihre Heranziehung - wie bei der keine Duftstoffe, aber Fluorid enthaltenden Zahncreme der Beklagten - zu demselben Gesamturteil geführt hätten. Die Benachteiligung einer Vertragspartei ist nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessen, wenn der Verwender durch die einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (BGH, GRUR 2019, 284 Rn. 49 - Museumsfotos; GRUR 2021, 1290 Rn. 15 - Zugangsrecht des Architekten). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Klägerin hat ein berechtigtes Interesse daran, die Benutzung ihres Testzeichens nicht für ein Produkt zu erlauben, bei dem sie nicht aufgrund einer eigenen Prüfung anhand der geänderten Testkriterien und Bewertungsmaßstäbe sichergestellt hat, dass es dem im Testsiegel ausgewiesenen Qualitätsurteil nach wie vor gerecht wird. Das Interesse des Lizenznehmers, dem Verbraucher das vormals erzielte gute Testergebnis

seines Produkts mitzuteilen, tritt dahinter wegen des durch den neuen Test entwerteten Informationsgehalts der Angabe und der Unentgeltlichkeit der Zeichennutzung zurück.

61 f) Die Beklagte hat die Klagemarke 1 im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Satz 2 GMV, Art. 9 Abs. 2 UMGV ohne Zustimmung der Klägerin benutzt. Das Tatbestandsmerkmal "ohne Zustimmung" bringt zum Ausdruck, dass der Eingriff in das Markenrecht widerrechtlich erfolgt sein muss (zu § 14 Abs. 2 MarkenG vgl. BGH, Beschluss vom 11. Mai 2000 - I ZR 193/97, GRUR 2000, 879, 880 [juris Rn. 22] = WRP 2000, 1280 - stüssy I; Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl., § 14 Rn. 298). Da die streitgegenständliche Verwendung des "ÖKO-TEST"-Zeichens nicht durch die vertragliche Gestattung der Klägerin gedeckt war, ist die Benutzungshandlung der Beklagten rechtswidrig.

62 II. Die Anschlussrevision bleibt auch insoweit erfolglos, als sie sich gegen die Verurteilung der Beklagten zur Erteilung von Auskunft über die Menge und den Zeitpunkt der hergestellten und ausgelieferten Produkte, über die Namen und die Anschriften der gewerblichen Abnehmer der Produkte sowie über den Abgabepreis wendet. Das Berufungsgericht hat insoweit einen Auskunftsanspruch aus § 125b Nr. 2 MarkenG aF, § 19 Abs. 1 und 3 MarkenG zu Recht bejaht.

63 1. Für die geltend gemachten Folgeansprüche auf Auskunftserteilung und Schadensersatz kommt es auf das zur Zeit der Verletzungshandlung im Jahr 2012 geltende Recht an (vgl. BGH, GRUR 2017, 397 Rn. 102 - World of Warcraft II; BGH, Urteil vom 15. Oktober 2020 - I ZR 135/19, GRUR 2021, 724 Rn. 25 = WRP 2021, 627 - PEARL/PURE PEARL; jeweils mwN). Die Verpflichtung zur Auskunftserteilung und zum Ersatz des durch eine Verletzungshandlung entstandenen Schadens stellen keine Sanktionen im Sinne von Art. 102 GMV dar. Auf

solche Ansprüche ist daher nach Art. 101 Abs. 2 GMV das nationale Recht anzuwenden (vgl. BGH, GRUR 2017, 397 Rn. 104 f. - World of Warcraft II; BGH, Urteil vom 7. März 2019 - I ZR 61/18, GRUR 2019, 953 Rn. 13 = WRP 2019, 1186 - Kühlergrill; BGH, GRUR 2021, 724 Rn. 25 - PEARL/PURE PEARL). Maßgeblich ist danach das Markengesetz in der bis zum 13. Januar 2019 geltenden Fassung (aF). Nach § 125b Nr. 2 MarkenG aF stehen dem Inhaber einer eingetragenen Gemeinschaftsmarke zusätzlich zu den Ansprüchen nach den Artikeln 9 bis 11 GMV die gleichen Ansprüche auf Schadensersatz (§ 14 Abs. 6 und 7 MarkenG) und Auskunft (§ 19 MarkenG) wie dem Inhaber einer nach diesem Gesetz eingetragenen Marke zu.

64 2. Gemäß § 19 Abs. 1 MarkenG kann der Inhaber einer Marke den Verletzer auf unverzügliche Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg von widerrechtlich gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen in Anspruch nehmen. Nach § 19 Abs. 3 MarkenG hat der zur Auskunft Verpflichtete Angaben zu machen über Namen und Anschrift der Hersteller, Lieferanten und anderer Vorbesitzer der Waren oder Dienstleistungen sowie der gewerblichen Abnehmer und Verkaufsstellen, für die sie bestimmt waren (Nr. 1), und über die Menge der hergestellten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Waren sowie über die Preise, die für die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bezahlt wurden (Nr. 2).

65 3. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Klägerin als Inhaberin der verletzten Klagemarke 1 Auskunft über die Menge und - als Kontrolltatsache (vgl. Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering aaO § 19 Rn. 51) - über den Zeitpunkt der hergestellten und ausgelieferten Produkte, über die Namen und die Anschriften der gewerblichen Abnehmer sowie über den Abgabepreis der Produkte verlangen kann. Soweit es in den neu gefassten Auskunftstenor den Abgabepreis nicht aufgenommen hat, handelt es sich um eine offenbare Unrichtigkeit im Sinne von § 319 Abs. 1 ZPO, die im Rechtsmittelverfahren vom Amts wegen zu berichtigen ist (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juli 2017

- V ZR 72/16, NZM 2017, 853 Rn. 17 mwN). Das Berufungsgericht hat die landgerichtliche Verurteilung zur Auskunftserteilung nur hinsichtlich des erzielten Umsatzes und Gewinns abgeändert. Hierzu hat es in den Urteilsgründen ausgeführt, der Klägerin stehe ein Auskunftsanspruch aus § 19 Abs. 1 und 3 MarkenG zu, allerdings nicht betreffend den allein zur Schadensberechnung dienenden Umsatz und Gewinn. Daraus ergibt sich zweifelsfrei, dass das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin auf Auskunftserteilung über den Abgabepreis für begründet erachtet hat, ohne dies indessen im Tenor zum Ausdruck zu bringen.

66 III. Die gegen die Abweisung des Antrags auf Schadensersatzfeststellung gerichtete Revision hat Erfolg. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts steht der Klägerin gegen die Beklagte aus Art. 101 Abs. 2 GMV, § 125b Nr. 2 MarkenG aF, § 14 Abs. 6 MarkenG ein Anspruch auf Schadensersatz wegen des Vertriebs der mit dem "ÖKO-TEST"-Zeichen versehenen und nach dem 31. August 2012 in Verkehr gebrachten Zahncremeprodukte zu.

67 1. Nach Art. 101 Abs. 2 GMV, § 125b Nr. 2 MarkenG aF, § 14 Abs. 6 Satz 1 MarkenG ist derjenige, der die Verletzungshandlung vorsätzlich oder fahrlässig begeht, dem Inhaber der Marke zum Ersatz des durch die Verletzungshandlung entstandenen Schadens verpflichtet.

68 2. Das Berufungsgericht hat zum Verschulden der Beklagten keine eigenen Feststellungen getroffen, sondern seiner Beurteilung ersichtlich die Einschätzung des Landgerichts zugrunde gelegt. Das Landgericht hat angenommen, die Beklagte habe die Verletzungshandlungen zumindest fahrlässig begangen. Sie habe die Regelung zur Dauer der Gestattung in § 3 des Lizenzvertrags sorgfaltswidrig missachtet. Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Für die Annahme eines zumindest fahrlässigen Verhaltens reicht es aus, dass sich der Verletzer erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt und

deshalb eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit seines Verhaltens jedenfalls in Betracht ziehen muss (BGH, Urteil vom 18. Juni 2020 - I ZR 171/19, GRUR 2020, 1297 Rn. 38 = WRP 2020, 1573 - Rundfunkübertragung in Ferienwohnungen, mwN). Die Beklagte musste damit rechnen, dass sich der Test aus dem Jahr 2005 durch einen von der Klägerin später durchgeführten Test anderer Zahncremeprodukte unter abweichenden Testbedingungen überholt und dadurch die vertragliche Gestattung zur Nutzung des "ÖKO-TEST"-Zeichens geendet hatte.

69 3. Die Revision wendet sich erfolgreich gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Klägerin sei durch die in Rede stehende Nutzung des "ÖKO-TEST"-Zeichens seitens der Beklagten kein ersatzfähiger Schaden entstanden.

70 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, es fehle an einem materiellen Schaden der Klägerin. Da sie für alle denkbaren Nutzungen eine unentgeltliche Lizenzierung angeboten und damit auf eine monetäre Verwertung ihres Ausschließlichkeitsrechts vollständig verzichtet habe, habe sie keine Vermögenseinbuße erlitten. Für einen konkreten Schaden sei nichts ersichtlich. Eine Vermögenseinbuße sei auch nicht nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie begründet. Der objektive Wert der Benutzungsberechtigung sei wegen des Verzichts der Klägerin auf jegliche kommerzielle Nutzung ihres Ausschließlichkeitsrechts mit Null anzusetzen. Eine mit einer Lizenz einhergehende Befreiung der Beklagten von den - ausschließlich eine wettbewerbsrechtlich einwandfreie Zeichennutzung absichernden - Lizenzbedingungen sei für diese objektiv wertlos, weil sie schon lauterkeitsrechtlich verpflichtet sei, die Werbung mit einem überholten Testergebnis zu unterlassen, und ihr die vertragliche Befreiung daher nichts nütze. Eine Schadensberechnung unter dem Gesichtspunkt der Herausgabe des Verletzergewinns komme ebenfalls nicht in Betracht, weil die Klägerin einen von der Beklagten durch die Zeichennutzung erzielten Gewinn wegen ihres Verzichts auf

die kommerzielle Verwertung ihres Ausschließlichkeitsrechts nicht realisiert hätte. Diese Beurteilung des Berufungsgerichts steht mit den Rechtsgrundsätzen zum Eintritt und zur Berechnung eines Schadens bei einer Markenverletzung nicht in allen Punkten in Einklang.

71 b) Anders als das Berufungsgericht meint, folgt ein Schaden bereits aus dem Eingriff in das Markenrecht als vermögenswertes Recht und der damit verbundenen, allein dem Markeninhaber zugewiesenen Nutzungsmöglichkeit (vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 2006 - I ZR 272/02, BGHZ 166, 253 Rn. 45 - Markenparfümverkäufe; Urteil vom 18. Dezember 2008 - I ZR 63/06, GRUR 2009, 515 Rn. 29 = WRP 2009, 445 - Motorradreiniger; Urteil vom 29. Juli 2009 - I ZR 169/07, GRUR 2010, 239 Rn. 23 = WRP 2010, 384 - BTK; zum Urheberrecht vgl. BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 - I ZR 98/06, BGHZ 181, 98 Rn. 69 - Tripp-Trapp-Stuhl; Urteil vom 20. Mai 2009 - I ZR 239/06, GRUR 2009, 864 Rn. 29 = WRP 2009, 1143 - CAD-Software; zum Patentrecht vgl. Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, BT-Drucks. 16/5048, S. 37; BGH, Urteil vom 24. Juli 2012 - X ZR 51/11, BGHZ 194, 194 Rn. 15 - Flaschenträger).

72 c) Der zum Ausgleich dieses Schadens erforderliche und angemessene Betrag kann anhand des dem Markeninhaber entstandenen konkreten Schadens einschließlich des ihm entgangenen Gewinns (§§ 249 ff. BGB) ermittelt werden. Bei der Bemessung des Schadensersatzes kann auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden (§ 14 Abs. 6 Satz 2 MarkenG). Der Schadensersatzanspruch kann auch auf der Grundlage des Betrags berechnet werden, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung der Marke eingeholt hätte (§ 14 Abs. 6 Satz 3 MarkenG). Die von der Rechtsprechung ent-

wickelten Grundsätze zur Schadensberechnung nach den Grundsätzen der Herausgabe des Verletzergewinns und der Lizenzanalogie gelten insofern weiter (BT-Drucks. 16/5048, S. 33).

- 73 Bei den drei Möglichkeiten der Schadensbemessung handelt es sich um Variationen bei der Ermittlung des gleichen einheitlichen Schadens, zwischen denen der Markeninhaber grundsätzlich frei wählen kann (zum lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz vgl. BGH, Urteil vom 17. Juni 1992 - I ZR 107/90, BGHZ 119, 20, 23 [juris Rn. 23] - Tchibo/Rolex II; zum Patentrecht vgl. BGH, Urteil vom 25. September 2007 - X ZR 60/06, BGHZ 173, 374 Rn. 7 - Zerkleinerungsvorrichtung; BGHZ 194, 194 Rn. 16 - Flaschenträger). Die Berechnung des Schadens nach einer bestimmten Methode scheidet nur dann aus, wenn sie nicht zu einem interessengerechten Ausgleich des vom Markeninhaber erlittenen Vermögensnachteils geeignet ist (vgl. BGH, Urteil vom 12. Februar 1987 - I ZR 70/85, GRUR 1987, 364, 365 [juris Rn. 22] = WRP, 1987, 466 - Vier-Streifen-Schuh; zum lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz vgl. BGH, Urteil vom 2. Februar 1995 - I ZR 16/93, GRUR 1995, 349, 352 [juris Rn. 35] = WRP 1995, 393 - Objektive Schadensberechnung; BeckOK.UWG/Eichelberger aaO § 9 Rn. 89).
- 74 d) Nach diesen Maßstäben kann die Ersatzfähigkeit des Schadens, den die Klägerin durch die Verletzung ihres ausschließlichen Rechts zur Nutzung des "ÖKO-TEST"-Zeichens seitens der Beklagten erlitten hat, nicht verneint werden.
- 75 aa) Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass sich der Schaden der Klägerin nicht konkret ermitteln lässt. Sie hat nicht dargelegt, dass ihr durch die in Rede stehende Benutzung des Testzeichens ein bestimmter Gewinn entgangen oder sie eine andere bestimmte Vermögenseinbuße erlitten hat. Das macht auch die Revision nicht geltend.

- 76 bb) Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin könne ihren Schaden nicht nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie berechnen, hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis ebenfalls stand.
- 77 (1) Die Grundsätze der Lizenzanalogie dienen der Ermittlung des objektiven Werts der Berechtigung zur Nutzung eines Ausschließlichkeitsrechts in der betreffenden Form (BGH, GRUR 2010, 239 Rn. 36 - BTK; BGH, Urteil vom 16. August 2012 - I ZR 96/09, ZUM 2013, 406 Rn. 30; Urteil vom 18. Juni 2020 - I ZR 93/19, GRUR 2020, 990 Rn. 12 = WRP 2020, 1189 - Nachlizenzierung). Hierzu wird ein Lizenzvertrag der im Verkehr üblichen Art fingiert (vgl. BGH, Urteil vom 22. März 1990 - I ZR 59/88, GRUR 1990, 1008, 1009 [juris Rn. 17] - Lizenzanalogie; BGH, GRUR 2010, 239 Rn. 36 - BTK). Die Schadensberechnung anhand einer fiktiven Lizenz ist zulässig, wenn die Überlassung eines Ausschließlichkeitsrechts der in Rede stehenden Art zur entgeltlichen Benutzung durch Dritte rechtlich möglich und verkehrsüblich ist. Entscheidend ist, dass der Verletzte die Nutzung üblicherweise nicht ohne Gegenleistung gestattet hätte (BGH, GRUR 1995, 349, 351 [juris Rn. 25 und 28] - Objektive Schadensberechnung; BGH, Urteil vom 23. Juni 2005 - I ZR 263/02, GRUR 2006, 143, 145 [juris Rn. 22] = WRP 2006, 117 - Catwalk; BGH, GRUR 2010, 239 Rn. 23 - BTK).
- 78 Der Schadensermittlung nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie liegt die Überlegung zugrunde, dass derjenige, der durch die unerlaubte Nutzung des Ausschließlichkeitsrechts eines anderen einen geldwerten Vermögensvorteil erlangt hat, nicht besser dastehen soll, als wenn er dieses Recht erlaubtermaßen benutzt hätte (BGH, GRUR 1990, 1008, 1009 [juris Rn. 16] - Lizenzanalogie; BGH, Urteil vom 11. Juni 2015 - I ZR 7/14, GRUR 2016, 184 Rn. 42 = WRP 2016, 66 - Tauschbörse II). Da der Verletzer in einem solchen Fall die Gestattung des Rechtsinhabers hätte einholen müssen, die dieser üblicherweise nur gegen Zahlung einer Lizenzgebühr erteilt hätte, ist der Verletzer so zu behandeln, als sei

durch seinen rechtswidrigen Eingriff dem Rechtsinhaber diese angemessene Lizenzgebühr entgangen (BGH, Urteil vom 24. Juni 1993 - I ZR 148/91, GRUR 1993, 899, 901 [juris Rn. 17] - Dia-Duplikate). Insoweit ist mit Blick auf die normative Zielrichtung der Schadensberechnungsmethode eine abstrakte Betrachtungsweise geboten. Es ist deshalb unerheblich, ob es bei korrektem Verhalten des Verletzers im konkreten Fall tatsächlich zum Abschluss eines Lizenzvertrags gekommen wäre (BGH, GRUR 2006, 143, 145 [juris Rn. 22] - Catwalk; GRUR 2010, 239 Rn. 36 und 49 - BTK; BGH, Urteil vom 10. Juni 2010 - I ZR 45/09, juris Rn. 18; BGH, ZUM 2013, 406 Rn. 30).

79 Für die Bemessung der als Schadensersatz zu zahlenden angemessenen Lizenzgebühr müssen hingegen die gesamten relevanten Umstände des Einzelfalls in Betracht gezogen und umfassend gewürdigt werden (vgl. BGH, Urteil vom 2. Oktober 2008 - I ZR 6/06, GRUR 2009, 407 Rn. 25 = WRP 2009, 319 - Whistling for a train; BGH, ZUM 2013, 406 Rn. 30; BGH, Urteil vom 13. September 2018 - I ZR 187/17, GRUR 2019, 292 Rn. 18 = WRP 2019, 209 - Sportwagenfoto). Bei der Bestimmung des fiktiven Lizenzentgelts sind alle Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die auch bei freien Lizenzverhandlungen Einfluss auf die Höhe der Vergütung gehabt hätten (BGH, GRUR 2006, 143, 146 [juris Rn. 28] - Catwalk; GRUR 2010, 239 Rn. 49 - BTK). Maßgebliche Bedeutung kommt dabei einer zur Zeit der Verletzungshandlung am Markt durchgesetzten eigenen Lizenzierungspraxis des Rechtsinhabers zu (BGH, GRUR 2019, 292 Rn. 19 - Sportwagenfoto; GRUR 2020, 990 Rn. 15 - Nachlizenzierung). Insofern kommt es nicht darauf an, ob die vom Rechtsinhaber geforderten Lizenzgebühren allgemein üblich und objektiv angemessen sind. Soweit der Rechtsinhaber die von ihm vorgesehenen Lizenzgebühren verlangt und auch erhält, rechtfertigt dieser Umstand die Feststellung, dass vernünftige Vertragsparteien bei Einräumung einer vertraglichen Lizenz eine entsprechende Vergütung vereinbart hätten (BGH,

Urteil vom 26. März 2009 - I ZR 44/06, GRUR 2009, 660 Rn. 32 = WRP 2009, 847 - Resellervertrag; BGH, GRUR 2020, 990 Rn. 15 - Nachlizenzierung).

80 (2) Nach diesen Grundsätzen kann der Schaden, der der Klägerin durch die streitgegenständliche Nutzung des "ÖKO-TEST"-Zeichens seitens der Beklagten entstanden ist, nicht anhand einer fiktiven Lizenzgebühr bemessen werden.

81 Entgegen der Beurteilung des Berufungsgerichts weist die Berechtigung zur Benutzung der Klagemarke 1 allerdings einen objektiven Vermögenswert auf, der einer Berechnung anhand einer Lizenzgebühr grundsätzlich zugänglich ist. Dass bei einer Marke die Erteilung von entgeltlichen Lizenzen rechtlich möglich (vgl. Art. 22 Abs. 1 GMV, Art. 25 Abs. 1 UMV, § 30 Abs. 1 MarkenG) und verkehrsüblich ist, zieht die Revisionserwiderung nicht in Zweifel. Ihr Einwand, die Klägerin habe nicht dargetan, dass eine entgeltliche Lizenz für die Verwendung von Testsiegeln wie dem "ÖKO-TEST"-Zeichen verkehrsüblich sei, ist rechtlich ohne Belang. Für die Beurteilung der Verkehrsüblichkeit einer Lizenzierung kommt es bei der insoweit gebotenen abstrakten Betrachtung nicht auf die Üblichkeit der Zeichenlizenzierung in der konkret in Rede stehenden Branche an, sondern darauf, ob bei einem Ausschließlichkeitsrecht dieser Art - vorliegend einer Marke - ganz allgemein die Erteilung von Lizenzen im Verkehr üblich ist (BGH, Urteil vom 16. Februar 1973 - I ZR 74/71, BGHZ 60, 206, 211 [juris Rn. 14] - Miss Petite; BGH, GRUR 2006, 143, 145 [juris Rn. 23] - Catwalk; GRUR 2010, 239 Rn. 49 - BTK). Dass die Klägerin davon abgesehen hat, sich den wirtschaftlichen Wert der Klagemarke 1 durch die Erteilung entgeltlicher Lizenzen tatsächlich zunutze zu machen, ist für die Annahme eines objektiven Werts der Marke innewohnenden Nutzungsberechtigung ohne Bedeutung.

- 82 Mit Blick auf die Lizenzierungspraxis der Klägerin kann jedoch nicht angenommen werden, dass sie sich diesen Wert im Wege einer von der Beklagten zu zahlenden Lizenzgebühr zunutze gemacht hätte (für die Praxis unentgeltlicher Lizenzen vgl. auch OLG Köln, GRUR 2015, 167, 173 [juris Rn. 98]; WRP 2018, 873 Rn. 19 und 21 [juris Rn. 33 und 35]; OLG Hamm, GRUR-RR 2017, 421 Rn. 65 [juris Rn. 168]). Sofern die Klägerin den Herstellern der getesteten Produkte die Benutzung des "ÖKO-TEST"-Zeichens zur Bewerbung der Waren gestattet, geschieht dies stets unentgeltlich; so ist sie auch gegenüber der Beklagten verfahren. Daran muss sich die Klägerin festhalten lassen.
- 83 Die vom Rechtsinhaber geforderten und auf dem Markt durchgesetzten Lizenzsätze für die in Rede stehende Benutzungshandlung sind für die Bemessung der als Schadensersatz zu zahlenden Lizenzgebühr maßgeblich, auch wenn sie über dem Durchschnitt vergleichbarer Vergütungen liegen (BGH, GRUR 2009, 660 Rn. 32 - Resellervertrag; GRUR 2020, 990 Rn. 15 - Nachlizenzierung). Nichts Anderes kann gelten, wenn der Rechtsinhaber durchweg eine unter der angemessenen und üblichen Lizenzgebühr liegende Vergütung verlangt oder - wie vorliegend die Klägerin - die Nutzung seines Ausschließlichkeitsrechts ausnahmslos unentgeltlich gestattet.
- 84 In solchen Fällen kann nicht davon ausgegangen werden, dass vernünftige Vertragsparteien ein von der Lizenzierungspraxis des Rechtsinhabers abweichendes Entgelt vereinbart hätten, wenn der Verletzer die Erlaubnis des Rechtsinhabers zur Nutzung seines Ausschließlichkeitsrechts eingeholt hätte. Bei der Berechnung des Schadens im Wege der Lizenzanalogie soll der Verletzer nicht schlechter, aber auch nicht besser als ein vertraglicher Lizenznehmer gestellt werden (BGHZ 119, 20, 27 [juris Rn. 32] - Tchibo/Rolex II). Es würde der Funktion des Schadensersatzrechts, den durch eine Rechtsverletzung erlittenen Vermögensnachteil auszugleichen, und dem schadensrechtlichen Bereicherungsverbot (vgl. dazu BGH, Urteil vom 4. April 2014 - V ZR 275/12, NJW 2015,

468 Rn. 20 [insoweit nicht in BGHZ 200, 350 abgedruckt]) zuwiderlaufen, wenn dem Rechtsinhaber im Wege des Schadensersatzes eine Lizenzgebühr zugebilligt würde, die er bei einer erlaubten Nutzung seines Ausschließlichkeitsrechts niemals erzielt hätte (vgl. OLG Köln, WRP 2018, 873 Rn. 25 f. [juris Rn. 40 f.]; vgl. auch BGH, GRUR 1995, 349, 352 [juris Rn. 35] - Objektive Schadensberechnung). Ansonsten würde der Ersatzanspruch in die Nähe eines dem deutschen Recht fremden Strafschadensersatzes gerückt (vgl. dazu BT-Drucks. 16/5048, S. 37 und 62; BGH, Urteil vom 28. Juni 2011 - KZR 75/10, BGHZ 190, 145 Rn. 62 - ORWI; BGHZ 225, 316 Rn. 67; BGH, GRUR 2020, 990 Rn. 26 - Nachlizenzierung).

85 Der Umstand, dass die Klägerin die Nutzung des "ÖKO-TEST"-Zeichens zur Bewerbung der getesteten Produkte nur unter bestimmten - im Streitfall von der Beklagten nicht eingehaltenen - Nutzungsbedingungen unentgeltlich gestattet, gibt zu einer abweichenden Beurteilung keinen Anlass (vgl. OLG Köln, WRP 2018, 873 Rn. 19 [juris Rn. 33]; aA OLG Frankfurt, ZUM-RD 2020, 443, 445 [juris Rn. 41]; LG München I, ZUM 2015, 827, 831 [juris Rn. 79]; Schaefer, MMR 2015, 470; Koreng, K&R 2015, 99, 102; BeckOK.Markenrecht/Goldmann, 27. Edition [Stand 1. Oktober 2021], § 14 MarkenG Rn. 725.1a). Die fehlende Beachtung von lizenzvertraglichen Vorgaben zur Nutzung eines Ausschließlichkeitsrechts kann bei der Bemessung einer zu zahlenden fiktiven Lizenzgebühr - etwa mit Blick auf einen dadurch eintretenden Marktverwirrungsschaden - Berücksichtigung finden (vgl. BGHZ 119, 20, 27 [juris Rn. 31] - Tchibo/Rolax II; BGH, GRUR 2010, 239 Rn. 29 - BTK; BGH, Urteil vom 22. September 2021 - I ZR 20/21, juris Rn. 30 - Layher) oder dazu führen, dass der Verletzer einen daraus resultierenden konkreten Schaden des Rechtsinhabers auszugleichen hat (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 1966 - Ib ZR 5/64, BGHZ 44, 372, 382 [juris Rn. 26] - Meßmer-Tee; BGH, GRUR 1973, 375, 378 - Miss Petite [insoweit nicht in BGHZ 60, 206

abgedruckt]; GRUR 2010, 239 Rn. 29 - BTK). Sie rechtfertigt aber nicht die Annahme, dass ein Rechtsinhaber, der sein Ausschließlichkeitsrecht - wie die Klägerin das "ÖKO-TEST"-Zeichen - stets unentgeltlich lizenziert, für die betreffende Benutzungshandlung abweichend von seiner Lizenzierungspraxis eine Vergütung verlangt hätte.

86 cc) Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts kann die Klägerin ihren Schaden jedoch anhand des Gewinns berechnen, den die Beklagte aufgrund des Vertriebs von nach dem 31. August 2012 in Verkehr gebrachten Zahncremeprodukten mit dem streitgegenständlichen "ÖKO-TEST"-Zeichen erzielt hat.

87 (1) Die Berechnung des Schadens anhand des Verletzergewinns dient der Ermittlung des wirtschaftlichen Werts des Ausschließlichkeitsrechts in Form der darin verkörperten Marktchance auf einen mit der Nutzung erzielbaren Gewinn (vgl. BGHZ 194, 194 Rn. 16 - Flaschenträger; Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering aaO § 14 Rn. 707). Der Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns ist kein Anspruch auf Ersatz des konkret entstandenen Schadens, sondern zielt in anderer Weise auf einen billigen Ausgleich des Vermögensnachteils, den der verletzte Rechtsinhaber durch die Verletzung seines Ausschließlichkeitsrechts erlitten hat (BGH, Urteil vom 2. November 2000 - I ZR 246/98, BGHZ 145, 366, 371 [juris Rn. 24] - Gemeinkostenanteil). Es wäre unbillig, dem Verletzer einen Gewinn zu belassen, der auf der unbefugten Benutzung des Ausschließlichkeitsrechts beruht. Die Abschöpfung des Verletzergewinns dient zudem der Prävention gegen eine Verletzung der besonders schutzbedürftigen Ausschließlichkeitsrechte (BGHZ 145, 366, 372 [juris Rn. 24] - Gemeinkostenanteil; BGHZ 181, 98 Rn. 76 - Tripp-Trapp-Stuhl; BGH, ZUM 2013, 406 Rn. 27; BGH, Urteil vom 26. März 2019 - X ZR 109/16, BGHZ 221, 342 Rn. 20 - Spannungsversorgungsvorrichtung).

- 88 Um dem Ausgleichsgedanken Rechnung zu tragen, wird bei der Berechnung des Schadens nach dem Verletzergewinn fingiert, dass der Rechtsinhaber ohne die Rechtsverletzung durch die Verwertung seines Ausschließlichkeitsrechts den gleichen Gewinn wie der Verletzer erzielt hätte (BGHZ 145, 366, 372 [juris Rn. 24] - Gemeinkostenanteil; BGHZ 181, 98 Rn. 74 - Tripp-Trapp-Stuhl; BGH, Urteil vom 29. Juli 2009 - I ZR 87/07, GRUR 2010, 237 Rn. 18 = WRP 2010, 390 - Zoladex; Urteil vom 10. Juni 2010 - I ZR 45/09, juris Rn. 15; BGHZ 221, 342 Rn. 22 - Spannungsversorgungsvorrichtung). Dabei ist es im Fall einer Markenverletzung unerheblich, ob der Rechtsinhaber auf dem Markt des Verletzers tätig ist (vgl. Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering aaO § 14 Rn. 707) und den vom Verletzer erzielten Gewinn selbst hätte erwirtschaften können (zum Geschmacksmusterrecht vgl. BGHZ 145, 366, 375 [juris Rn. 30] - Gemeinkostenanteil; zum Urheberrecht vgl. BGHZ 181, 98 Rn. 77 - Tripp-Trapp-Stuhl).
- 89 (2) Anhand dieser Maßstäbe ist es entgegen der Annahme des Berufungsgerichts für die Schadensberechnung nach dem Verletzergewinn ohne Bedeutung, dass die Klägerin das "ÖKO-TEST"-Zeichen nicht selbst in der in Rede stehenden Weise kommerziell verwertet hat. Der wirtschaftliche Wert einer Marke, sie im geschäftlichen Verkehr gewinnbringend nutzen zu können, wohnt ihr unabhängig davon inne, ob der Markeninhaber von der Möglichkeit zur Vermarktung seines Zeichens Gebrauch gemacht hat. Außerdem ist es auch in einem solchen Fall nach dem Sinn und Zweck der Herausgabe des Verletzergewinns angezeigt, den Verletzer - vorliegend die Beklagte - durch die Abschöpfung des mit der Markennutzung erzielten Gewinns von einer weiteren Verletzung der Markenrechte der Klägerin als Rechtsinhaberin abzuhalten.
- 90 IV. Die Revision hat auch insoweit Erfolg, als sie sich dagegen wendet, dass das Berufungsgericht die Beklagte nicht für verpflichtet gehalten hat, Auskunft über den Umsatz und den Gewinn zu erteilen, den sie mit den mit dem

"ÖKO-TEST"-Zeichen versehenen und nach dem 31. August 2012 in Verkehr gebrachten Zahncremeprodukten erzielt hat.

91 1. Das Berufungsgericht hat angenommen, Auskünfte der Beklagten über den Umsatz und Gewinn seien nach § 125b Nr. 2 MarkenG aF, § 19 Abs. 4 MarkenG unverhältnismäßig, weil sie allein der Schadensberechnung dienen und der Klägerin kein Schadensersatzanspruch zustehe. Diese Beurteilung ist rechtsfehlerhaft.

92 2. Der Inhaber einer verletzten Marke hat nach § 242 BGB einen unselbständigen Auskunftsanspruch zur Vorbereitung und Durchsetzung des gegen den Verletzer gerichteten Schadensersatzanspruchs, der insbesondere der Berechnung des ersatzfähigen Schadens dient und neben dem selbständigen Auskunftsanspruch aus § 19 MarkenG gegeben ist (vgl. BGH, GRUR 2017, 397 Rn. 107 - World of Warcraft II; Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering aaO § 14 Rn. 764 und § 19d Rn. 2). Als akzessorischer Hilfsanspruch setzt er das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs voraus, zu dessen Berechnung die begehrten Auskünfte erforderlich sind (vgl. BGH, GRUR 1987, 364, 365 [juris Rn. 21] - Vier-Streifen-Schuh; zum lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz vgl. BGH, GRUR 1995, 349, 352 [juris Rn. 37] - Objektive Schadensberechnung; zum Urheberrecht vgl. BGH, ZUM 2013, 406 Rn. 20). Er ist ebenso wie der Schadensersatzanspruch, dessen Durchsetzung er dient, nicht auf den Zeitraum seit der ersten nachgewiesenen Verletzungshandlung beschränkt (BGH, Urteil vom 19. Juli 2007 - I ZR 93/04, BGHZ 173, 269 Rn. 24 f., 56 und 60 - Windsor Estate).

93 3. Nach diesen Kriterien kann die Klägerin Auskunft über den Umsatz und den Gewinn verlangen, die die Beklagte mit dem Vertrieb von nach der Eintragung der Klagemarke 1 in den Verkehr gebrachten und mit dem streitgegenständlichen "ÖKO-TEST"-Zeichen versehenen Zahncremeprodukten erzielt hat.

Sie benötigt diese Angaben für die Berechnung ihres Schadensersatzanspruchs nach dem Grundsatz der Herausgabe des Verletzergewinns.

94

C. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - 283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 21 = NJW 1983, 1257 - Cilfit u.a.; Urteil vom 1. Oktober 2015 - C-452/14, GRUR Int. 2015, 1152 Rn. 43 - Doc Generici; Urteil vom 6. Oktober 2021 - C-561/19, NJW 2021, 3303 Rn. 32 f. - Consorzio Italian Management u.a.). Im Streitfall stellt sich keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts, die nicht bereits durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs geklärt oder nicht zweifelsfrei zu beantworten ist. Insbesondere bedarf es keiner Klärung, ob die durch § 14 Abs. 6 MarkenG umgesetzte Bestimmung des Art. 13 der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums es gebietet, dem Inhaber einer verletzten Marke in allen Fällen die Schadensermittlung anhand einer fiktiven Lizenzgebühr zu ermöglichen. Die Frage ist vorliegend nicht entscheidungserheblich, weil die Klageanträge auf Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten und auf Auskunftserteilung über Umsatz und Gewinn schon mit Blick auf die mögliche Schadensberechnung anhand des Verletzergewinns begründet sind. Im Übrigen sieht die Richtlinie 2004/48/EG unzweifelhaft nicht vor, dass der Inhaber einer verletzten Marke seinen Schaden stets anhand eines fiktiven Lizenzentgelts berechnen kann. Nach Art. 13 Abs. 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie stellt die Schadensbemessung anhand der bei Einholung einer Nutzungserlaubnis zu entrichtenden Vergütung (Buchst. b) für die Gerichte in geeigneten Fällen eine weitere Möglichkeit der Schadensberechnung neben der Schadensbemessung anhand der zu Unrecht erzielten Gewinne des Verletzers (Buchst. a) dar. Dabei bezweckt auch die Richtlinie 2004/48/EG nicht die Einführung einer Verpflichtung zu einem als Strafe an-

gelegten Schadensersatz, sondern einen Ausgleich des vom Rechtsinhaber wegen der Rechtsverletzung erlittenen objektiven Schadens (Art. 13 Abs. 1 und Erwägungsgrund 26 Satz 3 der Richtlinie).

95 D. Danach ist auf die Revision der Klägerin das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben, als hinsichtlich des Antrags auf Auskunft über den erzielten Umsatz und Gewinn sowie auf Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf den festgestellten Sachverhalt erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Im Umfang der Aufhebung ist die Berufung der Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil zurückzuweisen. Die Anschlussrevision der Beklagten ist zurückzuweisen.

96 Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1, § 92 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1, § 97 Abs. 1, § 269 Abs. 3 Satz 2, § 344 ZPO.

Koch

Löffler

Schmaltz

Odörfer

Wille

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 07.12.2016 - 2a O 197/15 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 19.11.2020 - I-20 U 152/16 -