

<b>Gericht</b>	OLG Hamburg
<b>Aktenzeichen</b>	3 U 146/06
<b>Datum</b>	27.11.2008
<b>Vorinstanzen</b>	LG Hamburg, 23.05.2006, Az: 312 O 671/05 nachfolgend BGH, Az: I ZR 3/09
<b>Rechtsgebiet</b>	Vertriebsrecht, Handelsvertreterrecht
<b>Schlagworte</b>	Markenlizenz, Handelsvertreter, Ausgleich nach § 89b HGB
<b>Leitsätze</b>	Die funktionalen Unterschiede zwischen einer vertriebsrechtlichen Kundenstammübertragung und dem Vertrieb eines fremden Produkts durch einen Absatzmittler auf der einen Seite und den lizenzrechtlichen Besonderheiten der Nutzungsüberlassung einer Marke zur Kennzeichnung von Produkten des Lizenznehmers auf der anderen Seite sind zu groß, um darauf § 89b HGB in irgendeiner Weise anwenden zu können. Es besteht daher in solchen Fällen kein Anspruch auf einen Handelsvertreterausgleich.  (redaktioneller Leitsatz)

## Kein Handelsvertreterausgleichsanspruch bei Beendigung eines Markenlizenzvertrages

### 1. Zusammenfassung

Bei Beendigung des Vertragsverhältnisses verliert ein Handelsvertreter den von ihm aufgebauten Kundenstamm an den Unternehmer, ohne dass er für neu abgeschlossene Geschäfte eine Provision erhält. Als Ausgleich für die im Aufbau eines Kundenstamms liegende Leistung des Handelsvertreters, die nach Vertragsbeendigung zugunsten des Unternehmers weiterwirkt, sieht § 89b HGB eine zusätzliche Vergütung als Ausgleich vor.

Das OLG Hamburg hatte darüber zu entscheiden, ob ein solcher Ausgleichsanspruch auch bei reinen Markenlizenzverträgen entsteht. Die Klägerin in dem Fall war Markeninhaberin und Lizenzgeberin, produzierte selbst aber keine Waren. Die Beklagte war Lizenznehmerin und vertrieb Waren unter der lizenzierten Marke. Die Klägerin verlangte nach der Vertragsbeendigung von der Beklagten noch ausstehende Lizenzgebühren. Die Beklagte verweigerte die Zahlung und wollte mit Ansprüchen als Handelsvertreter nach Beendigung des Markenlizenzvertrages aufrechnen.

Das OLG Hamburg stellte zunächst fest, dass die Beklagte nicht als Handelsvertreter tätig gewesen war. Die Rechtsprechung hat den Anwendungsbereich des Ausgleichsanspruchs allerdings auch auf Kommissionsagenten, Vertragshändler und Franchiseverträge ausgeweitet.

Aber auch darunter kann eine Tätigkeit eines reinen Markenlizenznehmers nicht gefasst werden: Der Markenlizenznehmer wurde nicht als Absatzmittler tätig, da er keine Produkte des Lizenzgebers, sondern eigene Produkte vertrieb. In einer solchen Situation fehlt es auch an einer absatzorganisatorischen Eingliederung mit handelsvertreterähnlichem Aufgabenkreis. Außerdem wird vertriebsrechtlich auch kein Kundenstamm übertragen, der für den Ausgleichsanspruch unverzichtbar ist. Die vom Lizenznehmer belieferten Händler mögen das Produkt zwar dem Lizenzgeber und Markeninhaber wirtschaftlich zurechnen, ihr Vertragspartner ist aber der Lizenznehmer. Die Händler sind also seine Kunden.

Im Ergebnis sind die funktionalen Unterschiede zwischen der vertriebsrechtlichen Kundenstammübertragung und der Beziehungen der Beteiligten (Vertrieb eines fremden Produkts durch einen Absatzmittler) auf der einen und den lizenzrechtlichen Besonderheiten der Nutzungsüberlassung einer Marke zur Kennzeichnung der Produkte des Lizenznehmers auf der anderen Seite zu groß, um darauf § 89b HGB in irgendeiner Weise anwenden zu können. Das OLG Hamburg verneinte damit einen Ausgleichsanspruch. Die Revision beim BGH ist unter dem Az. I ZR 3/09 anhängig.

Fazit: Wer als Lizenznehmer bei einem Markenlizenzvertrag nach dessen Beendigung einen Ausgleich für die eigene Tätigkeit beanspruchen möchte, muss diesen Anspruch vertraglich regeln.

## 2. Volltext der Entscheidung

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 12, vom 23.5.2006 (312 O 671/05), im Kostenauspruch wie folgt abgeändert:

Die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Klägerin erster Instanz werden den Beklagten als Gesamtschuldner zu 4 % und im Übrigen der Beklagten zu 1) auferlegt. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

II. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

III. Für die Berufungsinstanz werden die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Klägerin den Beklagten als Gesamtschuldner zu 4,5 % und im Übrigen der Beklagten zu 1) auferlegt. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten dürfen die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Beschluss:

I. In Abänderung des Beschlusses des Landgerichts vom 23.5.2006 wird der Streitwert für die erste Instanz wie folgt festgesetzt:

Klageantrag zu 1): € 104.649,24

Hilfsaufrechnung:	€ 104.649,24
Feststellungsantrag:	€ 2.228.432,00
Eventual-Widerklage:	€ 100.000,00
Insgesamt:	€ 2.537.730,48

II. Der Streitwert für die Berufungsinstanz wird wie folgt festgesetzt:

Klageantrag zu 1):	€ 104.649,24
Hilfsaufrechnung:	€ 104.649,24
Feststellungsantrag:	€ 2.023.782,76
Eventual-Widerklage:	€ 100.000,--
Insgesamt:	€ 2.333.081,24

Gründe

A.

Die Klägerin verlangt von den Beklagten restliche Lizenzgebühren aus einem Markenlizenzvertrag.

Die Klägerin ist 1987 vom Modeschöpfer Wolfgang Joop gegründet worden. Die Klägerin ist Inhaberin der Marke „JOOP!“. Die Klägerin vergibt Markenlizenzen an ausgewählte herstellende Unternehmen der Bekleidungsindustrie, und zwar u.a. für Strumpfwaren. Sie selbst produziert keine Waren.

Die Beklagte zu 1) vertrieb Socken, Strümpfe und Strumpfhosen. Die Beklagte zu 2) ist die Komplementärin der Beklagten zu 1), der Beklagte zu 3) ist Geschäftsführer der Beklagten zu 2) und ehemaliger persönlich haftender Gesellschafter der Beklagten zu 1) (Anlage K 27). Der Sohn des Beklagten zu 3), Herr C., war Geschäftsführer der Beklagten zu 2). Sein Ausscheiden als Geschäftsführer ist am 22.7.2004 ins Handelsregister eingetragen worden (Anlage K 25).

Die Klägerin und die Beklagte zu 1), damals noch unter der Firma „C. Creazioni KG“ handelnd, schlossen am 19.10.1995 die aus der Anlage K 1 ersichtliche Vereinbarung. Dort wurde der Beklagten zu 1) als „Lizenznehmerin“ von der Klägerin („Lizenzgeber“) die Lizenz zur Benutzung des Warenzeichens „JOOP!“ für die Herstellung, den Vertrieb und die „Werbung von und für Vertragswaren“ eingeräumt (§ 2.1). Als Vertragswaren waren in Anlage 1, Ziff. 3 des Vertrages „Herrenstrümpfe/Knickerstrümpfe/Kinderstrumpfhosen“ vereinbart. Die Beklagte zu 1) hatte als Lizenznehmerin gem. § 6 („Lizenzgebühr, Kostenerstattung“) der Vereinbarung u.a. eine „umsatzorientierte Vergütung“ zu entrichten. Gem. § 10 der Vereinbarung („Vertragsbeendigung“) durften „Restbestände an Vertragswaren mit dem Warenzeichen JOOP! ... bis zum Ablauf von 6 Monaten nach Vertragsbeendigung vom Lizenznehmer im normalen Geschäftsgang ohne Verramschung weiter vertrieben werden“. Es heißt dort weiter: „Die umsatzorientierte Vergütung gem. § 6 ist bis zur endgültigen Verwertung sämtlicher Vertragswaren zu zahlen.“ Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten der Vereinbarung wird auf die Anlage K 1 Bezug genommen.

Mit der Lizenzvergabe an die Beklagte zu 1) ist die Marke „JOOP!“ erstmalig für Herrenstrumpfwaren lizenziert worden. Für Damenstrumpfwaren gab es bereits einen

Lizenzvertrag mit einem dritten Unternehmen (Firma F. ). Ob insoweit nennenswerter Umsatz erzielt wurde, ist von den Beklagten bestritten worden.

Die Beklagte zu 1) vertrieb auf der Grundlage dieses Vertrages Herrensocken unter der Marke „JOOP!“. Die Ware bezog sie von dritter Seite, jedenfalls teilweise von dem von der Tochter des Beklagten zu 3) geleiteten italienischen Produktionsbetrieb C. Italiana SPA. Die Klägerin selbst stellt keine Socken her. Die Klägerin bzw. mit ihr vertraglich verbundene Drittunternehmen haben auch keine Ware an die Beklagten bzw. mit diesen verbundene Unternehmen geliefert. Die Beklagte zu 1) vertrieb in der Folgezeit Socken jedenfalls auch unter einer anderen Marke, nämlich der Marke „C.“.

Am 10.11.2000 wurde zwischen der Klägerin als „Lizenzgeberin“ sowie der Beklagten und der C.C. GmbH (nachfolgend CC GmbH), beide bezeichnet als „Lizenznehmer“, die aus der Anlage K 13 ersichtliche Vereinbarung „über die Ergänzung und Verlängerung des Lizenzvertrages vom 19.10.95 ... sowie den Beitritt des Lizenznehmers zu 2“ geschlossen. In der Vereinbarung hieß es u.a.:

„Die Parteien vereinbaren den Beitritt des Lizenznehmers zu 2. zu dem zwischen dem Lizenzgeber und dem Lizenznehmer zu 1. bestehenden Lizenzvertrag sowie die Verlängerung des Lizenzvertrages bis zum 31.12.2003 mit der Maßgabe, dass

1. die Lizenznehmer die Lizenz nur noch bis zur Kollektion Herbst/Winter 2003 einschließlich ausüben,
2. die Exklusivität zur Herstellung und zum Vertrieb der Vertragswaren am 30.06.2003 endet und Dritte ab dem 01.07.2003 Vertragswaren herstellen und vertreiben dürften, die jedoch nicht vor dem 31.12.2003 ausgeliefert werden sollen,
3. der Vertrag am 31.12.2003 endet, ohne dass es einer Kündigung bedarf,
4. der § 4 Textziffer 7 des Vertrages für den Verlängerungszeitraum wie folgt neu gefasst wird:

„Werbung, Verkaufsförderung und PR

7.1 Der Lizenznehmer wird das JOOP! Markenimage und den Absatz der Vertragswaren durch geeignete Werbe-, Verkaufsförderungs- und PR-Maßnahmen (nachfolgend zusammengefasst „Werbe-Maßnahmen“ genannt) nach besten Kräften fördern. ...“

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage K 13 Bezug genommen.

Im Juli 2002 kam es auf Lizenznehmerseite zu Veränderungen in der Organisation. Der bislang von der Beklagten zu 1) betriebene Großhandel mit Socken und Strumpfwaren sollte von der CC GmbH weitergeführt werden (Anlage K 4, S. 1). So brachte am 15.7.2002 die Beklagte zu 1) ihr Lizenzgeschäft einschließlich Waren- und Auftragsbestand, Werbemittel, Personal und Kundenstamm aufgrund eines Kooperationsvertrages vom selben Tag (Anlage K 5) in die CC GmbH ein und räumte dieser die Nutzung der Marke „C.“ für einen Zeitraum von drei Jahren gegen eine

Lizenzgebühr ein (Anlage K 4). In einem an die Klägerin gerichteten Schreiben vom gleichen Tag (Anlage K 3), dessen Briefkopf die Bezeichnung „C. creazioni“ und dessen Fußzeile die Bezeichnung „C. KG“ enthielt und welches unter beiden Bezeichnungen „C. reazioni“ und „C. KG“ von dem Beklagten zu 3) und seiner Ehefrau Rosemarie C. unterzeichnet war, hieß es:

„ Sehr geehrte Damen und Herren,  
Rosemarie C. und Carl-Heinz C. haben entschieden, sich vom Tagesgeschäft zurückzuziehen!

Aus diesem Grunde wurde für das Marken- und Lizenzgeschäft eine neue Vertriebsgesellschaft, die C.C. C. creazioni G.m.b.H. ... mit dem Geschäftsführer Cay C. gegründet. Das Unternehmen beginnt seine Tätigkeit am 15. Juli 2002. Die C. italiana s.p.a., Torbole Casaglia (BS), der Produktionsbetrieb, wird von Corina C. geleitet. Wir wissen, daß diese Aufgabe eine große Herausforderung ist, und wir wünschen ein gutes Gelingen! Wir hoffen sehr, dass Sie mit unseren Junioren genauso zusammenarbeiten wie bisher mit uns! ... “

Mit Schreiben vom 5.8.2002 (Anlage K 14), unterzeichnet von Cay C., wandte sich die CC GmbH wie folgt an die Klägerin:

„... Die C.C. C. creazioni GmbH ist als selbständiges, finanziell gut ausgestattetes Unternehmen eine 100prozentige Tochter der C. italiana spa, unserem Produktions- und Mutterunternehmen in Brescia. Die Trennung der Unternehmen war notwendig, da meine Eltern in Deutschland ausschließlich in der KG, jetzt GmbH & Co KG als Geschäftsführer tätig sind. Im Dezember 2000 haben wir die Joop! GmbH gebeten, die C.C. C. creazione GmbH in den Lizenzvertrag mit aufzunehmen, da wir planten, die Lizenz über die GmbH auszuüben. Diesem Wunsch unsererseits haben sie stattgegeben. Wir gingen davon aus jetzt die C.C. C. creazioni GmbH mit dem Vertrieb und Marketing für Joop! Socks, C. creazioni und unserer neuen Lizenz Tommy Hilfiger ... auszustatten. Wir wären Ihnen sehr dankbar, wenn Sie die C.C. C. creazioni GmbH zukünftig als ihr Lizenzpartner anerkennen würden und veranlassen könnten, dass Rechnungen aus Ihrem Haus an die GmbH fakturiert werden. ...“.

Die Klägerin antwortete mit einem an die „C. KG Frau R und Herrn C. C. “ sowie an die CC GmbH gerichteten Schreiben vom 6.8.2002 (Anlage K 15/K 16) wie folgt:

„ die Überprüfung unserer Unterlagen hat ergeben, daß seinerzeit bei der Verlängerung des Lizenzvertrages vom 20.12.2000 die C. C. C. creazioni GmbH dem Lizenzvertrag beigetreten ist. Neben der C. KG. Insofern ist es Ihnen, sehr geehrter Herr ... C. , unbenommen, die Lizenz auszuüben, solange dies im Rahmen des Lizenzvertrages geschieht. Als Vertragspartner und Schuldner sehen wir gleichwohl auch die C. KG an, an die wir auch weiter fakturieren werden. Ohne das hierin eine Änderung des Vertrages im übrigen zu sehen ist, insbesondere keine Entlassung der C. KG aus dem Lizenzvertrag, würden wir dann direkt an die C. C. C. creazioni GmbH fakturieren, wenn Sie sehr geehrte Frau C. , und Sie, sehr geehrter Herr C. C. , uns bestätigen, neben der C. C. C. creazione GmbH für die Verbindlichkeiten aus dem Lizenzvertrag zu haften. Uns genügt als Erklärung, wenn Sie Ihr Einverständnis auf die beigefügte Kopie dieses Schreibens setzen und nach hier zurückfaxen. ... „



Der Beklagte zu 3) versah eine Kopie dieses Schreibens mit der Bemerkung „einverstanden“ und seiner Unterschrift und sandte die Kopie per Telefax (vgl. Bl. 139) zurück. Auf die Anlage K 16 wird Bezug genommen.

In der Folgezeit führte die CC GmbH das Geschäft mit Markenlizenzwaren und vertrieb neben den mit der Marke „JOOP!“ versehenen Strumpfwaren auch solche der Marken „Tommy Hilfiger“ und „C.“ (Bl. 168 d.A.), und zwar auch während des für die vorliegende Klageforderung maßgebenden 2. Quartals 2004 (Bl. 378 d.A.).

Unter dem 2.9.2002 wurde das Ausscheiden des Beklagten zu 3) als persönlich haftender Gesellschafter der Beklagten zu 1) sowie dessen Nachfolge durch die Beklagte zu 2) in das Handelsregister eingetragen (Anlage K 27).

Am 5.2.2003 wurde im Hinblick auf die CC GmbH das Ausscheiden des Beklagten zu 3) als Geschäftsführer und die Bestellung Cay C. als Geschäftsführer in das Handelsregister eingetragen (Anlage K 6).

Mit Schreiben vom 13.1.2004 wandten sich die Beklagten zu 1) und die CC GmbH gemeinsam auf dem Briefpapier der Beklagten zu 1) in einer den vorliegenden Lizenzvertrag betreffenden Angelegenheit an die Klägerin. Auf die Anlage K 26 wird hinsichtlich der weiteren Einzelheiten Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 31.7.2004 übersandte die CC GmbH der Klägerin die aus der Anlage K 2 ersichtliche „Quartalsabrechnung JOOP! Socks 2. Quartal 2004“, in der die „Joop-Umsätze 01.04-30.06.04“ aufgelistet und ein Lizenzbetrag von € 104.649,24,-, der hiesigen Klagesumme, ausgewiesen wurde. Dieser Betrag wurde jedoch nicht an die Klägerin bezahlt. Die Klägerin forderte die CC GmbH mit Mahnschreiben vom 14.9.2004 (Anlage B 1) mit Fristsetzung bis zum 24.9.2004 erfolglos zur Zahlung auf. Unter dem 27.9.2004 schrieben die CC GmbH und die Beklagte zu 1) unter Bezugnahme auf die Mahnung vom 14.9.2004 gemeinsam an die Klägerin (Anlage K 9). Sie übersandten der Klägerin ein Rechtsgutachten des Beklagtenvertreters. Weiter hieß es in dem Schreiben:

„... Aus diesem Rechtsgutachten ergibt sich, dass wir nach dem Ende des zwischen uns bestehenden Vertrages einen Anspruch auf Zahlung eines Ausgleichsanspruchs in Höhe von rund 914.992,72 € haben dürften. Mit diesem Ausgleichsanspruch rechnen wir gegen die von Ihnen geltend gemachten Lizenzforderung in Höhe von € 104.649,24 auf. Deshalb bleibt zu unseren Gunsten ein von Ihnen zu zahlender Saldo in Höhe von € 810.343,48. Diesen bitten wir höflich bei nächster Gelegenheit auszugleichen.“

Am 18.1.2005 wurde die Bestellung des Beklagten zu 3) als einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer der CC GmbH ins Handelsregister eingetragen (Anlage K 6).

Mit Beschluss des Amtsgerichts Hamburg vom 27.4.2005 wurde über das Vermögen der CC GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet (Anlage K 6). Die Klägerin hat ihre Forderung zur Insolvenztabelle angemeldet. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Klägerin als Insolvenzgläubigerin vollständig ausfallen wird. Die CC GmbH ist mittlerweile aufgelöst worden (Bl. 323 d.A. sowie Anlage K 6).

Mit Schreiben vom 27.5.2005 mahnte die Klägerin gegenüber der Beklagten zu 1) die Zahlung der Klagesumme nebst Zinsen an und forderte sie auf, rechtsverbindlich zu erklären, dass der mit Schreiben vom 27. September 2004 behauptete Ausgleichsanspruch nicht aufrecht erhalten werde (Anlage K 21). Die Beklagte zu 1) ließ mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 2.6.2005 die Klageforderung zurückweisen, wiederholte die Aufrechnung mit einem Ausgleichsanspruch in Höhe von 914.992,72 € und schloss das Schreiben wie folgt (Anlage K 22):

„Ich kündige schon jetzt Widerklage auf Zahlung des Ausgleichsanspruchs an.“

Mit Schreiben vom 16.6.2005 forderte die Klägerin die Beklagte zu 1) erneut zur Zahlung und zur Erklärung auf, die den behaupteten Ausgleichsanspruch nicht aufrecht zu erhalten (Anlage K 23). Die Beklagte ließ mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 24.6.2005 u.a. wie folgt antworten (Anlage K 24):

„... Im Ergebnis ist festzuhalten: Ihr Haus hat einen Vertriebsvertrag mit meiner Mandantin geschlossen. Rechtsfolge eines solchen Vertriebsvertrages ist ein Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB. Dies gilt im Handelsvertreterrecht und für alle sonstigen einer Vertriebspflicht unterliegenden Vereinbarungen. Unstrittig hat Ihr Haus meine Mandantin zum Vertrieb der Vertragswaren verpflichtet. Dann muss Ihr Haus dafür zu leistende Vergütung für den Aufbau des Kundenstammes zahlen, ebenso wie bei allen Vertriebsverträgen. ... „

Unter dem 24.8.2005 reichte die Klägerin die vorliegende Klage ein. Die Beklagte zu 1) erhob mit der Klageerwiderung vom 28.10.05 Eventualwiderklage, die auf den geltend gemachten Ausgleichsanspruch gestützt war. In diesem Schriftsatz errechnete sie die Summe von € 2.228.432 brutto und bezeichnete diese als den „geschuldeten Ausgleich analog § 89b HGB“ (Bl 61 d.A.). Mit der Eventualwiderklage forderte die Beklagte zu 1) zunächst nur einen „erstrangigen Betrag in Höhe von EUR 25.000,- brutto des vorstehend berechneten Ausgleichsanspruchs“ (Bl. 63 d.A.). Die Klägerin hat ihre Klage sodann mit Schriftsatz vom 16.1.2006 auf die Beklagten zu 2) und 3) erweitert und außerdem einen negativen Feststellungsantrag in Bezug auf den behaupteten Ausgleichsanspruch gestellt. Die Beklagte zu 1) hat ihre Eventualwiderklage mit Schriftsatz vom 6.3.2006 auf den Betrag von 100.000,- € erhöht (Bl. 107 d.A.).

Die Klägerin hat geltend gemacht:

Die Klageforderung rechtfertige sich aus den §§ 4, 30 MarkenG, § 6 Ziff. 3 i.V.m. § 7 Ziff. 2 des Lizenzvertrages i.V. mit der Lizenzgebührenabrechnung vom 31.7.2004.

Die Beklagte sei als Vertragspartnerin der Lizenzvereinbarung sowie aufgrund der Erklärung vom 6. August 2002 (Anlage K 16) zur Zahlung der Lizenzgebühr verpflichtet. Ihr, der Klägerin, sei es gleichgültig gewesen, ob der Beklagte zu 3) als seinerzeit persönlich haftender Gesellschafter, oder seine mit Einzelprokura ausgestattete Ehefrau allein oder gemeinsam die Erklärung unterzeichne. Eine persönliche Verpflichtung der Eheleute sei nicht gewollt gewesen.

Die Beklagten zu 2) hafte als persönlich haftende Gesellschafterin der Beklagten zu 1), der Beklagte zu 3) sei als ehemaliger persönlich haftender Gesellschafter der Be-



klagen zu 1) unter dem Gesichtspunkt der gesetzlichen Nachhaftung bei Dauer-schuldverhältnissen zur Zahlung verpflichtet.

Die Höhe der Klagesumme ergebe sich aus der zutreffenden Gebührenabrechnung der CC GmbH gem. Anlage K 2. Die Richtigkeit dieser Abrechnung könne von den Beklagten nicht mit Nichtwissen bestritten werden.

Die Hilfsaufrechnung sowie die Eventualwiderklage der Beklagten seien unbegrün-det, da ein Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB nicht gegeben sei. Zudem habe die Beklagte zu 1) die Höhe des angeblichen Ausgleichsanspruchs unzutreffend er-mittelt.

Es sei unrichtig, dass der Name „JOOP!“ vor der Vertriebsaktivität der Beklagten in Strumpfläden unbekannt gewesen sei. Vielmehr habe – was zwischen den Parteien unstreitig ist - die Firma F. aufgrund einer Lizenzvereinbarung mit der Klägerin seit 1991 und auch während des hier relevanten Laufzeit des Vertrages zwischen den Parteien Strumpfläden mit Damensocken der Marke „JOOP!“ beliefert.

Die Beklagte zu 1) könne einen angeblichen Ausgleichsanspruch außerdem nicht ohne Mitwirkung der CC GmbH geltend machen. Die Beklagte zu 1) habe bei Ver-tragsbeendigung keinen Kundenstamm mehr gehabt. Dieser sei zum 15.7.2002 auf die CC GmbH übertragen worden. Die Beklagte zu 1) habe auch keine Provisionen infolge der Vertragsbeendigung verloren, da sie nach eigenem Vorbringen kein Li-zenzgeschäft mehr betrieben habe. Nach Beendigung des Lizenzvertrages mit der Klägerin habe die CC GmbH das Geschäft mit Markenwaren bis zur Insolvenz unter Nutzung des bisherigen Kundenstamms weitergeführt und die Kunden mit Herrenso-cken der Marken „Tommy Hilfiger“ und „C. “ beliefert. Im Ergebnis nutze die C. - Gruppe ihren alten Kundenstamm weiter. Dieser sei von der Beklagten zu 1) über die CC GmbH und Herrn Cay C. offenbar an die Beklagte zu 1) weitergereicht worden. Die bei der C. italiana S.p.A. hergestellten Socken würden an diesen Kundenstamm allerdings nur noch unter der Marke „C. “ und nicht mehr unter der Marke „JOOP!“ vertrieben.

Die negative Feststellungsklage rechtfertige sich daraus, dass sich die Beklagte ei-nes Ausgleichsanspruchs in Höhe von 2.228.432,- € berührt und diese Berührung trotz Aufforderung nicht aufgegeben habe.

Die Klägerin hat beantragt,

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin € 104.649,24 zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem EZB-Basiszins seit 31. Juli 2004 zu zahlen;

2. die Widerklage abzuweisen,

3. festzustellen, dass der Beklagten zu 1) wegen der Beendigung des mit der Klä-gerin am 18. Oktober 1995 geschlossenen Lizenzvertrages kein Ausgleichsanspruch zusteht, insbesondere nicht in Höhe von € 2.228.432,00.

Die Beklagten haben beantragt,  
die Klage abzuweisen.

Die Beklagte zu 1) hat beantragt,

die Klägerin im Wege der Eventual-Widerklage für den Fall, dass das erkennende Gericht den mit der Klage geltend gemachten Zahlungsanspruch wegen der Stellung der Beklagten zu 1. als Vertragspartnerin der Klägerin dem Grunde nach bejahen sollte, zu verurteilen, EUR 100.000,00 zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozent hierauf seit dem 01. Januar 2004 bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit und in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hierauf seit Rechtshängigkeit an die Beklagte zu 1. zu zahlen,

hilfsweise,

die Klägerin im Wege der Eventual-Widerklage für den Fall, dass das erkennende Gericht den mit der Klage geltend gemachten Zahlungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte dem Grunde nach bejahen sollte, zu verurteilen, EUR 25.000,00 zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozent hierauf seit dem 01. Januar 2004 bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit und in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hierauf seit Rechtshängigkeit an die Beklagte zu 1. zu zahlen

Die Beklagten haben geltend gemacht:

Die Beklagte zu 1) habe Herrensocken unter der Marke „JOOP!“ auf dem Markt erst bekannt gemacht und habe auf keinerlei Altkunden zurückgreifen können. Unzutreffend sei ferner, dass die Beklagte zu 1) lediglich Kunden anderer Lizenznehmer der Klägerin das weitere Produkt Socken anbieten und liefern musste.

Die Beklagte zu 1) verkaufe überhaupt nicht (mehr) an den Markenkundenstamm, sondern veräußere Socken selektiv an einzelne Großabnehmer, etwa ALDI, Rossmann etc. Seit Ende 2000, jedenfalls im streitgegenständlichen Zeitraum, habe die Beklagte zu 1) keine lizenzpflichtigen Umsätze mehr erzielt und keine Abnehmer von JOOP!-Produkten gehabt. Sie habe dementsprechend Abnehmern keine Rechnungen gestellt und Lizenzprodukte auch nicht ausgeliefert. Sie, die Beklagte zu 1), habe die anspruchsbegründenden Vertragsklauseln so verstanden, dass nur der die Lizenz ausübende Rechtsträger, der lizenzpflichtige Umsätze erziele, zur Zahlung der Lizenzgebühren verpflichtet werde. Diese Auslegung sei nach der Fassung der Klauseln im Lizenzvertrag, der als Allgemeine Geschäftsbedingung zu qualifizieren sei, jedenfalls nicht abwegig, so dass gem. § 305 c II BGB die verwendungsfeindlichste Auslegung zu bevorzugen sei. Bei gegenteiliger Auslegung sei die Vereinbarung ein Vertrag zu Lasten der Beklagten zu 1). Sie könnte dann von den den Vertrag fortsetzenden Parteien unbegrenzt verpflichtet werden, ohne irgendwelche Vorteile aus den Geschäften der Vertragspartner zu erlangen und ohne diesen Vertrag allein kündigen zu können.

Die Richtigkeit der Daten in der Abrechnung gem. Anlage K 2 könnten die Beklagten mit Nichtwissen bestreiten, da diese nicht alle Kundendaten und Zahlen aus dem

JOOP-Lizenzgeschäft gekannt hätten. Diese Kenntnisse habe allein die CC GmbH gehabt, welche allein das Lizenzgeschäft betrieben und auch allein die Abrechnung erstellt habe. Jedenfalls für die in Russland getätigten und damit nicht vertragsgemäßen Umsätze bestehe keine Haftung der Beklagten.

Da die Lizenzvereinbarung gem. Ziff. 3 der Ergänzungsvereinbarung gem. Anlage K 13 zum 31.12.2003 geendet habe, mache die Klägerin zu Unrecht Lizenzgebühren für Umsätze aus dem 2. Quartal 2004 geltend.

Aus der Erklärung gem. den Anlagen K 15/K 16 von August 2002, bei denen es sich ebenfalls um Allgemeine Geschäftsbedingungen handele, könne keine Haftung der Beklagten zu 1) entnommen werden. Auch diese Erklärung sei verwenderfeindlich auszulegen und aus mehreren Gründen nichtig.

Die von der Beklagten zu 1) geltend gemachte Hilfsaufrechnung und die Eventualwiderklage rechtfertigten sich daraus, dass der Beklagten zu 1) infolge der Beendigung des Lizenzvertrages ein Ausgleichsanspruch gem. § 89b HGB analog zustehe. Die in Rechtsprechung und Literatur geforderten Analogiekriterien seien erfüllt. Der Lizenzvertrag enthalte Vertriebspflichten, die Beklagte sei gleich eines Handelsvertreters in das Vertriebssystem der Klägerin eingebunden, die Beklagte habe auch ihren Kundenstamm aufgrund rechtlicher Verpflichtung der Klägerin überlassen müssen, dieser Kundenstamm sei schließlich von der Klägerin an den neuen Lizenznehmer Firma F. auch übergeben worden. Die Markteinführung durch die Beklagte zu 1) habe daher dem neuen Lizenznehmer F. und mittelbar der Klägerin über die Lizenzeinnahmen genutzt. Durch die Aufbauarbeit der CC GmbH sowie der Beklagten zu 1) habe die Klägerin einen erheblichen Kundenstamm erhalten, der ihr jährliche Lizenzgebühren in mindestens sechsstelliger Höhe garantiere. Dass die Firma C. neben dem Vertrieb auch noch die Produktion zugewiesen gewesen sei, entziehe ihr nicht den Ausgleichsanspruch. Sonst könne zukünftig durch Vertragsgestaltung eine Ausgleichspflicht vermieden werden, indem man jedem Vertriebspartner noch weitere Aufgaben zuweise. Die Firma CC GmbH habe nach Vertragsende auch nicht an die Kundenbeziehungen anknüpfen können, da der Kundenstamm der Produkte „C.“ und „JOOP!“ differierten. Das Produkt „JOOP!“ habe am oberen Ende der Preisskala rangiert, in diesem Produktbereich habe die Firma C. keine eigenen Waren hergestellt.

Für den Fall, dass das Gericht die Passivlegitimation der Beklagten zu 1) annehmen sollte, müsse diese dann spiegelbildlich auch zur Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs berechtigt sein.

Für den Feststellungsantrag der Klägerin fehle es an einem Feststellungsinteresse. Die Beklagte habe sich keines Ausgleichsanspruchs berührt, sie habe insbesondere nicht die Zahlung des Ausgleichsbetrages analog § 89b HGB gefordert, sondern diesen lediglich zur Abwehr des behaupteten Anspruchs der Klägerin geltend gemacht.

Das Landgericht hat die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin € 104.649,24 zuzüglich Zinsen zu zahlen. Das Landgericht hat weiter unter Zurückweisung des weitergehenden Antrags festgestellt, dass der Beklagten zu 1) wegen der Beendigung des mit der Klägerin am 19. Oktober 1995 geschlossenen Lizenzvertrages kein Ausgleichsanspruch zusteht, insbesondere nicht in Höhe von € 2.023.782,76. Die Widerklage hat das Landgericht in Bezug auf Haupt- und Hilfsan-

trag abgewiesen. Auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil wird im Übrigen Bezug genommen.

Gegen das Urteil wenden sich die Beklagten mit ihrer Berufung, die sie form- und fristgerecht eingelegt und begründet haben.

Sie wiederholen und vertiefen ihren erstinstanzlichen Vortrag und machen ergänzend geltend:

Angesichts der Geschäftseinstellung der Beklagten zu 1) und des Fehlens jeder Korrespondenz sei die Beklagte zu 1) von der Klägerin konkludent aus dem Lizenzvertrag entlassen worden. Jedenfalls ergebe eine verwenderfeindliche Auslegung der Vereinbarung, dass die Beklagte zu 1) aus dieser Anspruchsgrundlage nicht verpflichtet sei, sondern nur derjenige Vertragspartner, der Lizenzgeschäfte ausgeführt habe. Der Beklagten zu 1) seien die Umsätze der CC GmbH als völlig selbständige Gesellschaft auch nicht zuzurechnen.

Solange nicht sicher sei, ob aus dem Insolvenzverfahren betreffend die CC GmbH Zahlungen an die Klägerin geleistet würden, könne diese entweder nur Feststellung der Einstandspflicht fordern oder Leistung gegen Abtretung der gegen den Insolvenzverwalter gerichteten Ansprüche (§§ 255, 426, 667, 774 BGB). Da ein solcher Antrag fehle, sei die Klage insgesamt abzuweisen.

Es werde bestritten, dass es sich bei der neuen Lizenznehmerin der Klägerin für das hier maßgebende Warenssegment, der Firma F. , um ein seit langem im Geschäft mit Strümpfen, Socken und Strumpfhosen etabliertes Unternehmen mit einem eigenen Kundenstamm handele. Ebenso werde bestritten, dass die Firma F. einen mit dem Kundenstamm der Beklagten zu 1) und der CC GmbH identischen Kundenstamm unterhalten habe. Selbst wenn die Firma F. einen eigenen Kundenstamm besessen habe, sei es keinesfalls sicher, dass auch nur einer der von der Beklagten zu 1) bzw. der CC GmbH geworbenen Kunden ein Kunde der Firma F. gewesen sei. Das Landgericht habe insoweit eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen.

Die Beklagte oder die CC GmbH hätten die Vertragswaren auch nicht nach Vertragsende weiterhin verkaufen können. Die Beklagte und die CC GmbH hätten für die Klägerin eine eigenständige Dessinlinie entwickelt. Diese werde nun nicht mehr vertrieben, schon gar nicht von der Beklagten. Die Klägerin habe auch die Möglichkeit der Nutzung dieses Kundenstamms durch ihre neue Lizenznehmerin, die Firma F.. Diese nutze den Kundenstamm auch.

Die Erklärung des Beklagten zu 3) in der Anlage K 16 sei auch gemäß § 502 I, II und § 492 i.V.m. § 502 III BGB unwirksam. Bei der von dem Beklagten zu 3) unterzeichneten Mithaftungserklärung handele es sich um eine entgeltliche Finanzierungshilfe i.S. des § 499 I BGB bzw. jedenfalls um die Erbringung einer Leistung gegen Teilzahlungen i.S. des § 499 II BGB. Wolle man den Vertrag als Ratenlieferungsvertrag i.S. des § 505 BGB einordnen, bedürfe er gem. § 505 II BGB ebenfalls der Schriftform, welche durch die bloße Faxübermittlung nicht gewahrt sei. Der Beklagte zu 3) sei auch als „Verbraucher“ anzusehen.

Mit Schriftsatz vom 19. September 2008 bestreiten die Beklagten weiter, dass die Restbestände nach Vertragsbeendigung „im normalen Geschäftsgang ohne Verramschung“ weiterveräußert worden seien.

Die Beklagten beantragen,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 23. Mai 2006, Geschäftsnummer: 312 O 671/05, abzuändern und

1. die Klage abzuweisen.

2. Die Klägerin im Wege der Eventual-Widerklage für den Fall, dass das erkennende Gericht den mit der Klage geltend gemachte Zahlungsanspruch bejahen sollte, zu verurteilen, an die Beklagte zu 1) EUR 100.000,00 zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten hierauf seit dem 01. Januar 2004 bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit und in Höhe von 8 Prozentpunkten über den Basiszinssatz hierauf seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil, wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag und macht ergänzend geltend:

Erhebliche Vorteile i.S. des § 89b HGB seien der Klägerin durch die Tätigkeit der Beklagten nicht entstanden. Es habe für die Beklagte zu 1) schon gar keine Notwendigkeit bestanden, selbst einen Abnehmerkreis für die von ihr vertriebenen „JOOP!“-Strumpfwaren zu finden und zu akquirieren. Vielmehr habe die Beklagte zu 1) neben dem im Handel und bei den Endkunden bereits vorhandenen enormen Bekanntheitsgrad der Marke „JOOP!“ auch die für „JOOP!“-Produkte bereits vorhandenen und ihr zur Verfügung gestellten Kundenlisten und die entsprechenden Abnehmer nutzen können. Die Beklagte habe in erster Linie die bereits bestehenden Vertriebskanäle der übrigen Bestandteile der „Kollektion JOOP!“ nutzen können, denn es sei in der Modebranche üblich, dass der Fachhandel regelmäßig mit einer solchen Gesamtkollektion beliefert werde.

Die Behauptung, nur die Klägerin als Lizenzgeberin habe nach Vertragsende Nutzen vom Kundenstamm, sei falsch. Tatsächlich könnten allein die Lizenznehmer der Klägerin die von ihnen hergestellten Vertragswaren auch nach Vertragsende weiterhin verkaufen, was gerade der Fall der C. -Gruppe ganz deutlich zeige: Die Beklagte zu 1) und die mit ihr verbundenen Unternehmen stellten bereits seit Jahrzehnten Socken in Italien her und vertrieben diese in Deutschland. Durch den temporären Vertrieb einer Teilmenge dieser Socken unter der Marke „JOOP!“ habe sich am Markt zwar ein höherer Preis durchsetzen lassen; das Geschäft der C. -Gruppe habe aber nach Beendigung des Lizenzvertrages fortgeführt werden können, was auch bis zur Insolvenz der CC GmbH unter Nutzung des bisherigen Kundenstamms unter Verwendung der Marken „Tommy Hilfiger“ und „C.“ geschehen sei. Dagegen habe die Klägerin – anders als die Beklagte zu 1) – nicht einmal die Möglichkeit, einen etwaigen Kundenstamm der Beklagten zu 1) nach Vertragsbeendigung für eigene Zwecke



zu nutzen, da sie – was zwischen den Parteien unstreitig ist – selbst gar keine Strumpfwaren herstelle, die sie an diese Kunden vertreiben könnte.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die angefochtene Entscheidung, die Verhandlungsprotokolle sowie die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

B.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist nur hinsichtlich der Aufteilung der Kostentragungspflicht der Beklagten untereinander begründet und ist im Übrigen unbegründet.

I.

Das Landgericht hat die Beklagten zu Recht als Gesamtschuldner zur Zahlung eines Betrages von € 104.649,24 zuzüglich Zinsen verurteilt.

1. Der Zahlungsanspruch gegen die Beklagte zu 1) ergibt sich aus dem zwischen ihr und der Klägerin geschlossenen Vereinbarungen vom 19. Oktober 1995 (Anlage K 1, nachfolgend: Lizenzvereinbarung) i.V.m. der Vereinbarung vom 10.11.2000 (Anlage K 13, nachfolgend: Ergänzungs- und Beitrittsvereinbarung).

2. Die Beklagte zu 1) war bis zu deren vertragsgemäßen Beendigung Vertragspartnerin beider Vereinbarungen.

a) Dass die Beklagte zu 1) ursprünglich Vertragspartnerin war, ist unstreitig und ergibt sich aus den Rubren der Vertragsurkunden selbst, in denen sie jeweils als „Lizenznehmer“ gekennzeichnet ist.

b) Die Stellung der Beklagten zu 1) als Vertragspartnerin der Klägerin ist auch nicht vor dem 31.12.2003 beendet worden. Insbesondere ist dies nicht aufgrund der Ergänzungs- und Beitrittsvereinbarung vom 10.11.2000 geschehen. Im Hinblick auf den Gesichtspunkt der Stellung als Vertragspartner findet sich dort lediglich die Regelung, dass die CC GmbH als weiterer Lizenznehmer dem zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) bereits bestehenden Lizenzvertrag beitrifft. Dass damit zugleich eine Entlassung der Beklagten zu 1) aus dem bestehenden Lizenzvertrag verbunden sein sollte, also kein Beitritt, sondern eine Parteiauswechslung Gegenstand der Vereinbarung war, wird von den Beklagten weder vorgetragen noch ergeben sich dafür irgendwelche Anhaltspunkte in der Ergänzungs- und Beitrittsvereinbarung selbst oder sonst aus den Umständen. Vielmehr ist das Lizenzverhältnis in der Folgezeit bis in das Jahr 2002 zwischen der Beklagten zu 1) und der Klägerin weiter durchgeführt worden, was unstreitig ist und sich im Übrigen aus dem Schriftwechsel vom August 2002 (Anlagen K 14, K 15/K 16) ergibt.

c) Die Beklagte zu 1) ist auch nicht nachträglich durch Vereinbarung mit der Klägerin aus dem Vertragsverhältnis entlassen worden, insbesondere nicht im Zusammenhang mit der tatsächlichen Übernahme des Lizenzgeschäfts durch die CC GmbH. Bereits aus dem klaren Wortlaut des Schreibens der CC GmbH vom 5.8.2002 ergibt sich, dass es insoweit allein darum ging, dass die CC GmbH auch faktisch als Lizenzpartner angenommen wird und die Rechnungen zukünftig an sie und nicht mehr



an die Beklagte zu 1) gerichtet werden sollten. Es ging also um Fragen der tatsächlichen Durchführung des Vertrages, von einer Änderung der Stellung der Beklagten zu 1) als Vertragspartnerin ist dort an keiner Stelle die Rede. Das an die CC GmbH und die Beklagte zu 1) gemeinsam gerichtete Antwortschreiben der Klägerin vom 6. August 2002 (Anlage K 15) hält ausdrücklich fest, dass die Beklagte zu 1) von der Klägerin – unbeschadet des Beitritts der CC GmbH - nach wie vor als Vertragspartner und Schuldner angesehen wird. Selbst im Hinblick auf die Fakturierung als Frage der faktischen Vertragsdurchführung hielt die Klägerin im Grundsatz an der Beklagten zu 1) als Rechnungsempfängerin fest und stellte mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass darin keine Änderung des Vertrages, insbesondere keine Entlassung der Beklagten zu 1) aus dem Lizenzvertrag verbunden sei, in der Frage des Wechsels des Rechnungsadressaten ein Entgegenkommen in Aussicht, wenn eine Haftungserklärung der Eheleute C. erfolgen sollte. Die Beklagten haben nicht vorgetragen, dass die Beklagte zu 1) dieser rechtlichen Einschätzung der Klägerin entgegengetreten sei oder die Parteien irgendwelche rechtsverbindlichen Abreden getroffen hätten, aus denen trotz der genannten Umstände eine Entlassung der Beklagten zu 1) aus dem Vertragsverhältnis mit der Klägerin entnommen werden könnte. Es ist vielmehr unstrittig, dass der Beklagte zu 3) sich ausdrücklich mit dem Inhalt des Schreibens der Klägerin, welches an die Beklagte zu 1) und nicht an den Beklagten zu 3) als Privatperson adressiert war, einverstanden erklärt hat (Anlage K 16).

Unerheblich ist weiter, dass der Beklagte zu 3) und seine Ehefrau, handelt unter dem Briefkopf „C. Creazioni KG“, der Klägerin mit Schreiben vom 15.7.2002 (Anlage K 3) aus Anlass der Einbringung des Lizenzgeschäfts der Beklagten 1) in die CC-GmbH mitgeteilt haben, dass sie sich – nach dem Kontext als natürliche Personen - „aus dem Tagesgeschäft“ (also nicht aus der rechtlichen Geschäftsführerposition) zurückziehen wollen. Auch darin ist weder ausdrücklich noch konkludent eine Kündigung der Lizenzvereinbarungen durch die Beklagten zu 1) gem. Anlagen K1/K 13 zu sehen.

Unerheblich ist schließlich, dass in der Folgezeit das Lizenzgeschäft faktisch allein von der CC GmbH durchgeführt und gegenüber der Klägerin dann auch allein von der CC GmbH abgerechnet wurde, mithin die Beklagte zu 1) selbst keine „Umsätze“ erzielt hat. Denn einer solchen rein faktischen Durchführung des Vertrages lässt sich kein übereinstimmender Rechtsbindungswillen der Vertragsparteien im Sinne einer konkludenten Entlassung des nicht (mehr) faktisch durchführenden Schuldners entnehmen. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin, mithin die Partei, die mit der Entlassung eines ihrer Schuldner aus dem Vertrag einverstanden sein und dies auch erklärt haben müsste, ausdrücklich klargestellt hat, dass die Änderung der faktisch durchführenden Vertragspartei auf Lizenznehmerseite keine Entlassung der bisher durchführenden Beklagten zu 1) aus dem Vertrag bedeutet und der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Beklagten zu 1) nicht nur nicht widersprochen, sondern sogar eine ausdrückliche Mithaftungserklärung unterschrieben hat.

Soweit die Beklagten geltend machen, es sei ungerecht und biete Missbrauchsmöglichkeiten, wenn lediglich ein Lizenznehmer das Lizenzgeschäft tatsächlich betreibe und der andere Lizenznehmer von den Einzelheiten des Lizenzgeschäftes nichts mehr wisse, vermag der Senat darin keine rechtserhebliche Einwendung erkennen. Es oblag allein der Beklagten zu 1) als vertraglich gebundene Lizenznehmerin, sich – wenn nötig unter Anwendung der ihr als Vertragspartnerin der Klägerin und der CC

GmbH zustehenden (Schutz-)Rechte - um die tatsächliche Durchführung des Lizenzgeschäftes zu kümmern. Dass sie dieser Obliegenheit nicht nachgekommen ist, kann sie der Klägerin und ihrem Klageanspruch nicht entgegenhalten.

3. Die Beklagte zu 1) ist als Vertragspartnerin der Lizenzvereinbarungen der Klägerin auch uneingeschränkt und nicht etwa nur Zug um Zug gegen Abtretung eines Regressanspruchs gegen die CC GmbH zur Zahlung verpflichtet. Denn die Beklagte zu 1) und die CC-GmbH haften der Klägerin als Gesamtschuldner, so dass die Klägerin von der Beklagten zu 1) die gesamte Leistung verlangen kann (§ 421 BGB).

a) Dies ergibt sich bereits aus der gesetzlichen Vermutung des § 427 BGB, i.Ü. aus § 421 BGB selbst. Die Lizenzzahlungspflicht ist nach dem klaren Wortlaut der Verträge K 1 i.V.m. K 13 von dem „Lizenznehmer“ zu erfüllen. Auch wenn vom „Lizenznehmer“ im Singular die Rede ist, sind damit nach den eindeutigen vertraglichen Regelungen immer sowohl die CC GmbH als auch die Beklagte zu 1) gemeint. Ausweislich der vertragseigenen Parteibezeichnung im Rubrum der Ergänzungs- und Beitrittsvereinbarung haben sowohl die Beklagte zu 1) als auch die CC GmbH den Status des „Lizenznehmers“ inne. Im ersten Satz des Vertrages wird der Beitritt des Lizenznehmers zu 2 zudem „zwischen dem Lizenzgeber und dem Lizenznehmer zu 1. bestehenden Lizenzvertrag“ vereinbart. In Ziffer 1. heißt es: „die Lizenznehmer (üben) die Lizenz nur noch bis zur Kollektion Herbst/Winter 2003 einschließlich“ aus. Mithin üben beide aus, nicht nur die CC GmbH.

Regelungen, dass nur einer von beiden Lizenznehmern gegenüber der Klägerin haften sollen oder beide nur zu einem bestimmten Teil, finden sich weder in den Vereinbarungen noch ist derartiges außerhalb der Vertragstexte zwischen den Parteien vereinbart worden. Es wurde bereits ausgeführt, dass die Beklagte zu 1) gerade nicht im Zusammenhang mit der Übernahme des Lizenzgeschäftes durch die CC GmbH aus ihren vertraglichen Verpflichtungen entlassen wurde. Aus den gleichen Gründen fehlen Anhaltspunkte dafür, dass allein die CC GmbH zur Lizenzzahlung verpflichtet sein sollte. Es existiert damit keine abweichende Vereinbarung, die der Anwendung der Regel des § 427 BGB entgegenstehen würde. Auch die Gleichrangigkeit der Verpflichtungen der Beklagten zu 1) und der CC GmbH als „Lizenznehmer“ ist evident. Es fehlt in den Verträgen jeder Anhaltspunkt dafür, dass vorrangig die CC-GmbH in Anspruch genommen werden sollte. Es wurde bereits ausgeführt, dass dem Schriftverkehr der Parteien anlässlich der Übernahme der faktischen Durchführung des Lizenzgeschäftes durch die CC GmbH (Anlagen K 3, K 14-K16) keine Gesichtspunkte dafür zu entnehmen sind, dass die Parteien einvernehmlich die Rechte und Pflichten der Beklagten zu 1) aus den Lizenzvereinbarungen in irgendeiner Weise abgeändert hätten. Insbesondere eine (konkludente) Vertragsänderung dahin, dass die CC-GmbH jetzt vorrangig haften sollte, ist nicht ersichtlich. Eine Reaktion der Klägerin, die diesen Erklärungswert haben könnte, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Das Gegenteil ergibt sich vielmehr aus den zwischen den Parteien der Vereinbarung gewechselten Schreiben gem. Anlagen K 14-K 16. Auf die mit Schreiben vom 5.8.2002 folgende Bitte der CC-GmbH, die CC-GmbH künftig als Lizenzpartner anzuerkennen und künftig an sie zu fakturieren (Anlage K 14), hat die Klägerin mit Schreiben vom 6.8.2002 (Anlage K 15) dahin geantwortet, dass sie „als Vertragspartnerin und Schuldnerin ... gleichwohl auch die C... KG ansehe“, eine Fakturierung an die CC-GmbH komme unter bestimmten Voraussetzungen in Betracht,

allerdings „ohne das hierin eine Änderung des Vertrages im übrigen zu sehen ist“ (Anlage K 16).

b) Aus dem Vorliegen einer Verpflichtung der Beklagten zu 1) und der CC GmbH als Gesamtschuldner der Lizenzzahlungspflicht folgt zum einen, dass die Insolvenz der CC GmbH dem Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 1) nicht entgegensteht (§ 425 BGB, § 43 InsO). Es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass der eingeklagte Lizenzanspruch im Rahmen des Insolvenzverfahrens bereits ganz oder auch nur teilweise befriedigt worden wäre (§ 422 I 1 BGB).

Zum anderen machen die Beklagten zu Unrecht geltend, die Klägerin könne entweder nur Feststellung der Einstandspflicht der Beklagten fordern oder aber Leistung nur Zug um Zug gegen Abtretung der gegen den Insolvenzverwalter gerichteten Ansprüche (§ 255 BGB). Denn diese Vorschrift ist auf gleichgeordnete Verpflichtungen wie die Gesamtschuld nicht anwendbar (Palandt-Heinrichs, BGB, 67. Aufl. 2008, § 255 Rn. 2).

4. Auch die weiteren vertraglichen Voraussetzungen des mit der Klage geltend gemachten Lizenzzahlungsanspruchs liegen vor.

Gem. § 6 Ziffern 1 und 3 der Lizenzvereinbarung (Anlage K 1) i.V.m. Ziffer 4, 6.3 der Ergänzungs- und Beitrittsvereinbarung (Anlage K 13) hat der „Lizenznehmer“, womit wie ausgeführt sowohl die Beklagte zu 1) als auch die CC GmbH gekennzeichnet sind, eine umsatzorientierte Vergütung in Höhe von (mindestens) 10 % des Umsatzes zzgl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer zu bezahlen. Gemäß § 10, letzter Absatz der Lizenzvereinbarung (Anlage K 1) ist diese umsatzorientierte Vergütung auch für solche Umsätze mit Vertragswaren zu zahlen, die durch den erlaubten Verkauf von Restbeständen bis zum Ablauf von 6 Monaten nach Vertragsbeendigung vom Lizenznehmer im normalen Geschäftsgang ohne Verramschung weiter vertrieben werden. Auf solche Umsätze gründet sich der klageweise geltend gemachte Lizenzzahlungsanspruch. Das auf die Voraussetzungen des § 10 bezogene Bestreiten der Beklagten im Schriftsatz vom 19. September 2008 (Bl. 427 f. d.A.) ist verspätet und bereits deshalb unbeachtlich. Denn bestritten hatten die Beklagten sowohl in erster Instanz als auch in der Berufungsbegründung bis dahin allein die Richtigkeit der in der Abrechnung gem. Anlage K 2 aufgeführten Daten, und zwar durch ein Bestreiten mit Nichtwissen. Im Übrigen ist das Bestreiten aber auch aus den sogleich ausgeführten Gründen unbeachtlich.

5. Der Höhe nach rechtfertigt sich der Klageanspruch aus der Quartalsabrechnung gemäß Anlage K 2, in der die CC GmbH auf der Basis der dort im Einzelnen aufgeführten Umsätze die Klagesumme von € 104.649,24 ermittelt hat.

a) Soweit die Beklagten die Richtigkeit der Umsätze und der Quartalsrechnung gemäß Anlage K 2 mit Nichtwissen bestritten haben, ist dieses Bestreiten gemäß § 138 IV ZPO unzulässig und damit unbeachtlich.

Dabei kann die zwischen den Parteien umstrittene Frage dahinstehen, ob die Beklagte zu 1) bzw. die Beklagte zu 2) und der Beklagte zu 3) tatsächlich Kenntnis von den lizenzpflichtigen Umsätzen der CC-GmbH gehabt haben oder aufgrund personeller, gesellschaftsrechtlicher oder familiärer Verflechtung haben mussten, ob eine Zu-

rechnung einer Kenntnis aufgrund der späteren Geschäftsführerstellung des Beklagten zu 3) bei der CC-GmbH oder aber aufgrund einer eventuell während des maßgeblichen Abrechnungszeitraums noch nicht in das Handelsregister eingetragenen Abberufung des Cay C. als Geschäftsführer der Beklagten zu 1) greift. Maßgebend ist vielmehr, dass die Beklagte als vertragliche Lizenznehmerin nicht die für beide Lizenznehmer geltende und von beiden vertragliche geschuldete Abrechnung der zweiten vertraglichen Lizenznehmerin, die neben der Beklagten 1) gesamtschuldnerisch der Klägerin aus dem Lizenzvertrag haftet, ins Blaue hinein, d.h. ohne jeden tatsächlichen Anhalt für eine Unrichtigkeit der Zahlen, bestreiten kann, ohne sich vorher bei der zweiten Lizenznehmerin nach den tatsächlichen Grundlagen der Abrechnung zu erkundigen.

Auszugehen ist insoweit von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach Vorgänge im eigenen Geschäfts- oder Verantwortungsbereich den „eigenen“ Handlungen oder Wahrnehmungen i.S.v. § 138 IV ZPO gleichstehen. Eine Partei kann sich mithin nicht durch arbeitsteilige Organisation ihres Betätigungsbereichs ihren prozessualen Erklärungsspflichten entziehen, sondern muss innerhalb desselben Erkundigungen anstellen und dazu ggf. Auskunftsrechte wie aus § 402 BGB wahrnehmen (Zöller-Greger, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 138 Rn. 16 m.w.N.).

So liegt der Fall auch hier: Die Beklagte zu 1) war Vertragspartnerin sowohl der Lizenzvereinbarung gem. Anlage K 1 als auch der Ergänzungs- und Beitrittsvereinbarung gemäß Anlage K 13. Sie war in beiden Verträgen als Lizenznehmer ausdrücklich benannt und als solche mithin auf der einen Seite berechtigt, die Marke der Klägerin zu benutzen und auf der anderen Seite verpflichtet, für die Benutzung eine umsatzabhängige Lizenzgebühr zu zahlen sowie die für die Berechnung notwendigen Angaben zum Umsatz zu machen (vgl. die Rechnungslegungspflicht in § 7.2 der Lizenzvereinbarung). Dass dieselben Verpflichtungen infolge der Ergänzungs- und Beitrittsvereinbarung K 13 auch die CC-GmbH als beigetretene Lizenznehmerin traf und sich die beiden Schuldner im Innenverhältnis so verständigt hatten, dass im Verhältnis zur Klägerin als Lizenzgeber die CC-GmbH die Abrechnungen erstellt und die Lizenzgebühr zahlt, ist als faktische arbeitsteilige Organisation der rechtlich identisch verpflichteten Gesamtschuldner nach den obigen Grundsätzen zum unerheblichen Bestreiten mit Nichtwissen irrelevant.

Die Beklagte zu 1) hat auch ein Auskunftsrecht gegen die CC-GmbH bzw. ihren Insolvenzverwalter, bei dem die Unterlagen lagern, die der Abrechnung K 2 zugrunde liegen und anhand derer überprüft werden könnte, ob Zweifel an der Richtigkeit der Abrechnung in Frage kommen. Ein solches Auskunftsrecht ergibt sich zum einen als Nebenpflicht aus der Ergänzungs- und Beitrittsvereinbarung K 13. Denn sowohl die Beklagte 1) als auch die CC-GmbH sind Parteien dieses dreiseitigen Vertrages. Zum anderen folgt dies aus dem Charakter der Gesamtschuld als eine wechselseitige Tilgungsgemeinschaft. Diese bringt es mit sich, dass die Gesamtschuldner untereinander Mitwirkungspflichten im Hinblick auf die Befriedigung des Gläubigers haben (Palandt-Grüneberg, BGB, 67. Aufl. 2008, § 426 Rn. 4; Staudinger-Noack, BGB (2005), § 426 Rn. 73), wozu auch die Pflicht zur Auskunftserteilung im Hinblick auf Grund und Umfang der gesamtschuldnerisch zu erfüllenden Forderung gehört (vgl. dazu, dass der Mitwirkungsanspruch auch einen anderen Inhalt als die unmittelbare Gläubigerbefriedigung haben kann, Staudinger-Noack, BGB (2005), § 426 Rn. 76).

c) Unerheblich ist es schließlich, dass die Quartalsabrechnung gem. Anlage K 2 auch Umsätze enthält, die außerhalb des in den Lizenzvereinbarungen festgeschriebenen Vertragsgebiets, etwa in Russland, erzielt wurden. Denn solche Umsätze sind durch Einigung der Vertragsparteien als vertragliche Umsätze den vertraglichen Regelungen unterworfen worden. Wenn nämlich ein Lizenznehmer in der vertraglich geschuldeten Umsatzaufstellung einen vertragswidrigen Umsatz mit dem Zweck aufführt, dass die Klägerin auf Basis dieser Umsätze ihre Lizenz fordern kann (Anlage K 2) – und fordert die Klägerin darauf bezogen eine entsprechende Lizenz (hiesige Klage), dann haben sich die Vertragsparteien (konkludent) darauf geeinigt, dass die gemeldeten Umsätze vertragskonform sind oder jedenfalls als solche abgerechnet werden sollen. Diese Umsätze sind damit dem Vertrag unterstellt.

Der Beklagten zu 1) ist das Verhalten der CC GmbH, die die Abrechnung gemäß Anlage K 2 erstellt hat, auch zuzurechnen. Denn die CC GmbH war auf Bitten der Beklagten zu 1) (Anlage K 3 und K 16) und damit mit Wissen und Wollen der Beklagten 1) für das nach den vertraglichen Regelungen beiden Lizenznehmern obliegende Lizenzgeschäft und dessen Abrechnung gegenüber der Klägerin zuständig. Die CC GmbH war mithin gemäß § 278 BGB von der Beklagten zu 1) in deren Pflichtenkreis als Lizenznehmerin auch für diese tätig. Auf sich beruhen kann die Frage, ob die Beklagte zu 1) nicht ohnehin nach den Umständen, insbesondere aufgrund der Schreiben gemäß Anlagen K 3 und K 16, die CC GmbH konkludent als ihre Stellvertreterin in allen Angelegenheiten eingesetzt hat, die mit der Durchführung des Lizenzgeschäfts gegenüber der Klägerin zu tun haben.

6. Unerheblich ist der Einwand der Beklagten, es handele sich bei den Lizenzvereinbarungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen, so dass Zweifel bei der Auslegung gem. § 305c II BGB zu Lasten der Klägerin gehen würden. Diese Frage kann bereits deshalb auf sich beruhen, weil es Auslegungszweifel angesichts der klaren vertraglichen Regelungen bei keiner der im vorliegenden Fall relevanten Auslegungsfragen gibt. Auf die vorstehenden Darlegungen wird Bezug genommen.

7. Da sich die Zahlungspflicht der Beklagten zu 1) bereits aus den Lizenzvereinbarungen gem. den Anlagen K 1 und K 13 ergibt, kann auf sich beruhen, ob sich eine entsprechende Forderung auch auf die Einverständniserklärung in der Anlage K 16 stützen lässt.

8. Die Klageforderung ist ferner nicht gemäß § 389 BGB erloschen.

Denn der Beklagten zu 1) steht keine Gegenforderung gem. § 387 BGB zu. Eine solche ergibt sich unstreitig nicht aus den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien. Eine Gegenforderung folgt auch nicht aus gesetzlichen Vorschriften, insbesondere nicht aus einer von den Beklagten geltend gemachten analogen Anwendung des § 89b I HGB.

a) Gem. § 89b I HGB kann der Handelsvertreter von dem Unternehmer nach Beendigung des Vertragsverhältnisses einen angemessenen Ausgleich verlangen, wenn und soweit



1. der Unternehmer aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat, auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile hat,
2. der Handelsvertreter infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses Ansprüche auf Provision verliert, die er bei Fortsetzung desselben aus bereits abgeschlossenen oder künftig zustande kommenden Geschäften mit den von ihm geworbenen Kunden hätte, und
3. die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entspricht.

Diese Vorschrift ist auf die Markenlizenzvereinbarung zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) unmittelbar nicht anwendbar, da die Beklagte nicht als Handelsvertreter tätig gewesen ist. In Betracht kommt daher allenfalls eine analoge Anwendung eines Ausgleichsanspruchs gem. § 89b HGB.

aa) Eine Analogie setzt nach gesicherter Rechtsauffassung voraus, dass das Gesetz eine Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen. Die Unvollständigkeit des Gesetzes muss „planwidrig“ sein. Der dem Gesetz zu Grunde liegende Regelungsplan ist aus ihm selbst im Wege der historischen und teleologischen Auslegung zu erschließen und es ist zu fragen, ob das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, planwidrig unvollständig ist. Die dem Plan des Gesetzgebers widersprechende Lücke muss dabei nicht von Erlass des Gesetzes an bestehen, sondern kann sich auch später durch eine Veränderung der Lebensverhältnisse ergeben haben (BGH NJW 2007, 992, 993 m.w.N.).

Diese allgemeinen Analogieanforderungen sind von der Rechtsprechung und Literatur im Hinblick auf eine analoge Anwendung des § 89b HGB auf Kommissionsagenten, Vertragshändler und Franchiseverträge näher konkretisiert worden. Für eine Analogie ist das Vorliegen von drei Voraussetzungen erforderlich, wobei die erste und die zweite Voraussetzung sich teilweise überschneiden. Nach dieser „vertriebsrechtlichen Analogieformel“ müssen drei Kriterien erfüllt sein (vgl. zum Ganzen Martinek/Wimmer-Leonhardt, WRP 2006, 204, 205; Emde WRP 2003, 468 ff.; ders. WRP 2006, 449 ff., jeweils m.w.N.):

1. Bei dem Ausgleichsberechtigten muss es sich um einen selbständigen Absatzmittler des in Anspruch genommenen Unternehmers handeln. Es muss zwischen den Parteien mithin ein Absatzmittlungsverhältnis bestanden haben.
2. Der Absatzmittler muss während der Laufzeit des Vertrages in die Absatzorganisation des Unternehmers eingegliedert sein und handelsvertreterähnliche Aufgaben zu erledigen haben.
3. Der Absatzmittler muss nach Vertragsbeendigung zur Überlassung des Kundenstamms an den Unternehmer verpflichtet sein oder ihm zumindest tatsächlich den



Kundenstamm übertragen haben, so dass dieser sich die Vorteile des Kundenstamms nutzbar machen kann.

bb) Ob bei Anwendung dieser Formel eine analoge Anwendung der Ausgleichspflicht des § 89b HGB auf Markenlizenzverträge als Vertragstyp in Betracht kommt, ist in der Literatur umstritten (bejahend Emde, WRP 2003, 468 ff.; ders. WRP 2006, 449 ff. m.w.N.; verneinend Martinek/Wimmer-Leonhardt, WRP 2006, 204 ff.).

Nach Auffassung des erkennenden Senats kommt eine Analogie jedenfalls bei „reinen“ Markenlizenzverträgen, bei denen der Lizenzgeber keine eigenen Produkte produziert, sondern lediglich seine Marke gegen Entgelt zur Kennzeichnung fremder Produkte lizenziert, aus den von Martinek/Wimmer-Leonhardt ausführlich dargelegten Gründen (WRP 2006, 204 ff. m.w.N.), auf die ergänzende Bezug genommen wird, nicht in Betracht. Keines der Analogiekriterien ist erfüllt. Im Einzelnen:

(1) Es fehlt zunächst an der Absatzmittlereigenschaft des Markenlizenznehmers.

Ausgehend von § 84 HGB, der einen Handelsvertreter als jemanden beschreibt, welcher als selbständiger Gewerbetreibender „für einen anderen Unternehmer“ Geschäfte vermittelt oder in dessen Namen abschließt, ist das gemeinsam prägende Element von Vertriebsverträgen i.S. der §§ 84 ff. HGB, dass sie sich als vertriebsvertragliche Kooperationsformen verstehen lassen, die von einem Unternehmer auf höherer Stufe (Absatzzentrale) mit einem auf einer nachgeordneten Stufe platzierten Unternehmer (Absatzmittler) praktiziert werden, um der absatzwirtschaftlichen Zusammenarbeit beim Vertrieb von Waren oder von vorprogrammierten und standardisierten (sog. „industrialisierten“) Dienstleistungen mit warenanalogen Absatzmöglichkeiten eine langfristige vertragliche Grundlage zu geben. Sämtlichen Vertriebsverträgen, auch wenn sie Typenkombinationsverträge sind, ist ein dominant geschäftsbesorgungsvertragliches Element eigen, sie sind als Subordinationsverträge zu verstehen, bei denen der Absatzmittler seine Interessen im Zweifel denen des sog. Absatzherrn unterordnet, um nur mittelbar (durch Provisionen etc.) davon zu profitieren. Eine analoge Anwendung von § 89b HGB kommt mithin nur bei auf weisungsgebundene Absatzförderung gerichteten Vertriebsverträgen mit dominant geschäftsbesorgungsvertraglicher Rechtsnatur in Betracht. Sie ist ausschließlich bei handelsvertreterähnlich gestalteten Absatzmittlungsverträgen anerkannt (Martinek/Wimmer-Leonhardt, WRP 2006, 204, 206 f. m.w.N.).

Markenlizenzverträge haben dagegen eine andere Rechtsnatur, sie sind ein aliud gegenüber Vertriebsverträgen i.S. des § 89b HGB und i.S. der von der Rechtsprechung anerkannten Analogiefälle.

Das MarkenG enthält mit § 30 nur eine rudimentäre Regelung der Markenlizenz und setzt den Begriff des Markenlizenzvertrages voraus (Ingerl/Rohnke, MarkenG, 2. Aufl. 2003, § 30 Rn. 27). Lizenzverträge, durch die ein gewerbliches Schutzrecht wie etwa eine Marke einem anderen (auch beschränkt) zur Benutzung überlassen wird, sind in der Regel ein verkehrstypischer gemischter Vertrag, bei dem je nach Ausgestaltung ein Pachtvertrag möglich ist, in der Regel aber auch Elemente anderer Vertragstypen enthalten sind (Palandt-Weidenkaff, 67. Aufl. 2008, Einf v § 581 Rn. 7; Ingerl/Rohnke, MarkenG, 2. Aufl. 2003, § 30 Rn. 27; Martinek/Wimmer-Leonhardt, WRP 2006, 204, 207). Sie unterscheiden sich von Vertriebsverträgen grundlegend

dadurch, dass sie nicht als Vertikalverträge zwischen Unternehmen auf verschiedenen Stufen des Absatzgefüges, sondern zwischen Unternehmen auf horizontaler Ebene abgeschlossen werden. Mit der vom Lizenzgeber zur Nutzung überlassenen Marke kennzeichnet der Lizenznehmer regelmäßig selbst hergestellte Waren bzw. eigenständig erbrachte Dienstleistungen (Produkte). Der Markenlizenznehmer vertriebt keine Produkte des Lizenzgebers, sondern eigene Produkte, er stellt sich nicht in den Dienst des Vertriebs von Produkten einer fremden Absatzzentrale, ihn trifft deshalb keine Absatzförderungspflicht mit geschäftsbesorgungsvertraglicher Rechtsnatur. Der Markenlizenzvertrag ist ein Koordinationsvertrag gebrauchsbzw. nutzungsüberlassungsvertraglicher Natur, kein Subordinationsvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter. Gegenstand eines Vertriebsvertrags ist die Absatzförderung von Waren oder Dienstleistungsprogrammen der Systemzentrale durch den geschäftsbesorgenden Absatzmittler; Gegenstand eines Markenlizenzvertrages ist dagegen die Absatzförderung von Waren oder Dienstleistungsprogrammen des Lizenznehmers durch den gebrauchsbzw. nutzungsüberlassenden Markeninhaber (Martinek/Wimmer-Leonhardt, WRP 2006, 204, 207 f.).

Insoweit ist unerheblich, dass im Rahmen von als solche anerkannten Vertriebsverträgen teilweise auch Markenlizenzen oder „lizenzvertragliche Elemente“ enthalten sind, etwa in Vertragshändlerverträgen oder Franchiseverträgen. Denn dies ändert nichts an dem auf Interessenwahrung und Absatzförderung gerichteten Charakter des (Vertriebs-)Vertrages. Der reine Markenlizenzgeber dagegen produziert keine eigenen Waren oder Dienstleistungen, die er über Absatzmittler vertreiben könnte, sondern ist „nur“ Inhaber seiner Marke (Martinek/Wimmer-Leonhardt, WRP 2006, 204, 208).

Nicht durchgreifend ist ferner die Argumentation der Gegenauffassung, wonach eine Analogie mit den ggf. bestehenden starken Ähnlichkeiten eines Markenlizenzvertrages mit Franchiseverträgen gerechtfertigt wird, für die eine analoge Anwendung des § 89b HGB anerkannt sei. Dieser Ansatz ist bereits deshalb nicht zielführend, weil sie nicht hinreichend zwischen verschiedenen Franchiseformen und deren unterschiedliche rechtliche Behandlung differenziert: So zählt zum Vertriebsrecht allein das sog. Absatzmittlungsfranchising, welches dadurch gekennzeichnet ist, dass der Franchisenehmer bei seiner Absatzförderungstätigkeit einen kompletten, vom Franchisegeber standardisierten oder formalisierten Betriebstyp nach dessen detaillierten Weisungen umsetzt. Dagegen steht der zweite Typ, das sog. Produktionsfranchising, außerhalb des Vertriebsrechts. Dieser Typ zeichnet sich dadurch aus, dass dem Franchisenehmer – neben Kennzeichnungsrechten des Franchisegebers – auch oder in erster Linie das erforderliche technische oder betriebswirtschaftliche Know-How und/oder gewerbliche Schutzrechte wie Patente lizenziert werden, so dass der Franchisenehmer selbst Produkte herstellen und diese sodann mit der Marke gekennzeichnet vertreiben kann. Der reine Markenlizenzvertrag ist allenfalls dem letztgenannten, gerade nicht dem Vertriebsrecht zuzuordnenden Produktionsfranchising ähnlich, nicht aber mit dem Absatzmittlungsfranchising (Martinek/Wimmer-Leonhardt, WRP 2006, 204, 209 f. m.w.N.).

Der vertriebsvertragliche und damit analogiebegründende Charakter von reinen Markenlizenzverträgen kann weiter nicht dem Umstand entnommen werden, dass der Lizenznehmer fast immer zur Benutzung der Marke, mithin zum Absatz der mit der Marke versehenen Produkte verpflichtet sein wird. Eine solche Pflicht zum Produkt-

absatz wird für den Lizenzgeber dann relevant, wenn die Lizenzgebühr vom Umsatz der mit der Marke gekennzeichneten Vertragsware abhängig ist. Hinzu kommt, dass auch der Rechtsbestand der Marke im Hinblick auf die geschützten Waren- und Dienstleistungen von der Benutzung der Marke abhängt (§§ 26, 49 MarkenG; vgl. zur rechtserhaltenden Wirkung von Benutzungshandlungen durch Lizenznehmer § 26 II MarkenG und Ingerl/Rohnke, MarkenG, 2. Aufl. 2003, § 26 Rn. 84). Eine solche „Vertriebspflicht“ ist mithin eine Pflicht zur Benutzung der Marke, sie ist lizenzrechtlicher Natur und beinhaltet gerade keine geschäftsbesorgungsvertragliche, Interessen wahrende und weisungsgebundene Absatzförderungspflicht für Waren des Lizenzgebers (Martinek/Wimmer-Leonhardt, WRP 2006, 204, 210).

Unerheblich ist weiter der Umstand, dass aufgrund der Herkunftsfunktion der Marke die mit ihr gekennzeichneten Produkte von Händlern und Endverbrauchern dem Markeninhaber zugeordnet werden. Diese kennzeichenrechtliche und absatzwirtschaftliche Zuordnung ist für das hier allein relevante Vertriebsrecht unerheblich. Denn für die Dogmatik des § 89b HGB ist auf die real-faktischen Produktions- und Vertriebsverhältnisse abzustellen. Die Regelung des § 89b HGB lässt lizenzvertraglich „umgeleitete“ Produktzuordnungen der Marktbeteiligten unberücksichtigt und knüpft allein an die tatsächlichen vertriebsvertraglichen Beziehungen der Beteiligten an (Martinek/Wimmer-Leonhardt, WRP 2006, 204, 211 f.). Dieser Unterschied wird auch nicht dadurch aufgehoben oder auch nur verwischt, dass sich das Interesse des Lizenznehmers an dem optimalen Absatz des eigenen Produkts mit dem Interesse des Lizenzgebers an der optimalen Strahlkraft der eigenen Marke verbindet und diese Interessenverbindung zu einer gegenseitigen Abstimmung und Kontrolle hinsichtlich der markierten Produkte zwingt. Deshalb sind etwaig vereinbarte Informationspflichten bzw. Kontroll- und Widerspruchsrechte hinsichtlich der Produktgestaltung und der Distributionspolitik kein Indiz für das Vorliegen eines Vertriebsvertrages, sondern Instrumente der Markenpolitik zur Image- und Goodwillpflege der Marke des Lizenzgebers. Dies gilt ebenso für Abstimmungen der Vertragspartner bei Preispositionierung, Warenpräsentation sowie Qualität und Quantität der Verkaufsstellen (Martinek/Wimmer-Leonhardt, WRP 2006, 204, 212 m.w.N.).

(2) Aus dem Vorstehenden folgt zugleich, dass es auch am zweiten – sich mit dem ersten überschneidenden - Analogiekriterium, der absatzorganisatorischen Eingliederung mit handelsvertreterähnlichem Aufgabenkreis, fehlt.

Die Eingliederung des Markenlizenznehmers in ein Lizenzvertragssystem des Lizenzgebers ist eine lizenzorganisatorische/lizenzvertragliche und keine absatzorganisatorische Eingliederung. Pflichten, die auf eine Absatzkontrolle der mit der Marke versehenen Produkte gerichtet sind, betreffen keine Pflicht zum Vertrieb von Produkten des Markeninhabers in einem subordinativen Vertriebssystem, sondern sind Pflichten in einem koordinativen Vertragsverhältnis, das die Funktionen der Marke (Herkunfts-, Unterscheidungs- und Qualitäts-/Werbefunktion) sichern soll, mit denen Produkte des Lizenznehmers gekennzeichnet werden. Dementsprechend definiert sich die Aufgabe des Lizenznehmers. Eine etwaig vereinbarte „Vertriebspflicht“ des Markenlizenznehmers bezieht sich nicht auf Produkte des Lizenzgebers, sondern auf eigene Produkte und stellt eine im Lizenzvertragsrecht übliche Benutzungspflicht oder Ausübungspflicht für die lizenzierte Marke dar (vgl. zum Ganzen Martinek/Wimmer-Leonhardt, WRP 2006, 204, 213 ff. m.w.N.). Im Hinblick auf §§ 26, 49 MarkenG ist die Verpflichtung des Lizenznehmers zur Benutzung der Marke durch

den Absatz mit ihr gekennzeichneten Produkte zur Rechtserhaltung ferner notwendig, was den originär lizenzvertraglichen und eben nicht vertriebsrechtlichen Charakter einer Verpflichtung zum Absatz unterstreicht.

(3) Auch das dritte Analogiekriterium, die Übertragung des Kundenstamms, ist bei einem reinen Markenlizenzvertrag nicht erfüllt.

Entscheidend für die Erfüllung dieses Merkmals ist, dass es sich im Falle des Absatzes von Waren um Kunden i.S. von Abnehmern des vom Unternehmer (als Produzenten) hergestellten und dem Absatzmittler gelieferten Produktes bzw. vom Unternehmer (als Großhändler) beschafften und dem Absatzmittler gelieferten Produktes handeln muss. Beim Dienstleistungsabsatz – etwa im Rahmen von Franchisesystemen – geht es dementsprechend um Kunden i.S. von Konsumenten der von der Zentrale standardisierten und vom Absatzmittler weisungsgemäß erbrachten Dienstleistungen. Bei der Kundenstammübertragung im Vertriebsrecht geht es also immer um die Überlassung der Daten der vom Absatzmittler gewonnenen Kunden der Produkte des Unternehmers/Absatzherren. An einer solchen für den Ausgleichsanspruch unverzichtbaren vertriebsrechtlichen Kundenstammübertragung fehlt es bei Markenlizenzverträgen. Die vom Lizenznehmer belieferten Händler mögen das Produkt dem Lizenzgeber und Markeninhaber wirtschaftlich zurechnen, ihre Bezugsquelle, ihr Lieferant und ihr Vertragspartner, mithin die vertriebsrechtlich allein relevante Person, ist aber der Lizenznehmer. Vertriebsrechtlich sind die Händler mithin Kunden des Lizenznehmers (Martinek/Wimmer-Leonhardt, WRP 2006, 204, 214 f. m.w.N.).

Daran ändern auch Regelungen in Markenlizenzverträgen nichts, die Informationsrechte sowie Mitspracherechte über die vom Lizenznehmer belieferten Verkaufsstellen sowie deren Ausstattung und Qualität beinhalten und damit dem Lizenzgeber auch Kenntnis der Kunden des Lizenznehmers vermitteln. Solche Kontroll- und Mitspracherechte bzw. Händlerselektionskriterien dienen der Sicherung der Exklusivität, des Image und des Goodwill der Marke und sind funktional verschieden von der vertriebsrechtlichen Kundenstammübertragung nach § 89b HGB. Bei Letzterer geht es um Abnehmerkontinuität, bei den markenlizenzvertraglichen Kundenmeldungen um Qualitätskontrolle. Die Kundenstammübertragung im Vertriebsrecht ist auf Fortsetzung der Absatzkanäle und Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung zu Gunsten der Produkte der Systemzentrale gerichtet; markenlizenzrechtliche Kundenmeldungen zielen auf Imagepflege der Marke und auf Aufrechterhaltung des Goodwills der Marke ab. Der Lizenzgeber kann die von seinem ausgeschiedenen Lizenznehmer bekannt gemachten Kunden nicht als frühere Abnehmer von ihm hergestellter oder gelieferter Waren weiter nutzen, es fehlt an dem in § 89b HGB mehrfach genannten Kriterium der „Kundenkontinuität“.

Unerheblich ist der Umstand, dass dem Lizenzgeber Vorteile zufließen, wenn der Lizenznehmer seine Produkte herstellt, mit der Marke kennzeichnet und vertreibt. Zwar mag dadurch der Wert seiner Marke gestärkt werden und dem Markeninhaber dadurch Vermögensvorteile entstehen. Dies kann jedoch eine analoge Anwendung des § 89b HGB nicht rechtfertigen. Denn die vertriebsrechtliche Regelung darf nicht als allgemeiner Goodwill-Ausgleichsanspruch missverstanden und ohne Rücksicht auf ihre vertriebsrechtlichen Analogievoraussetzungen in das Immaterialgüterrecht übertragen werden (Martinek/Wimmer-Leonhardt, WRP 2006, 204, 217).



Bestätigt wird dies durch die dargelegte gebrauchts- bzw. nutzungsüberlassungsvertraglicher Natur von Markenlizenzverträgen. Diese ist ganz entscheidend bei der Analogieprüfung zu berücksichtigen. Denn um zu erkennen, welche Elemente des gesetzlich geregelten Tatbestandes für die gesetzliche Wertung und warum sie für diese bedeutsam sind, bedarf es des Rückgangs auf die Zwecke und den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, die *ratio legis* (Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, Seite 382). Dem Recht der Nutzungsüberlassungsverträge ist es aber unbekannt, dass der die Sache oder das Recht nach Nutzung zurückgebende Vertragspartner gegen den Eigentümer bzw. Rechteinhaber einen Anspruch auf Ausgleich für einen Wertzuwachs hat, den die Sache oder das Recht während der Nutzungszeit erfahren hat (BGH NJW-RR 2003, 894, 895).

(4) Die eine analoge Anwendung des § 89b HGB befürwortende Gegenmeinung ist nach alledem abzulehnen. Sie beachtet die funktionalen Unterschiede zwischen der vertriebsrechtlichen Kundenstammübertragung und der vertriebsrechtlichen Beziehungen der Beteiligten (Vertrieb eines fremden Produkts durch einen Absatzmittler) auf der einen und den lizenzrechtlichen Besonderheiten der Nutzungsüberlassung einer Marke zur Kennzeichnung der Produkte des Lizenznehmers nebst auf diese spezifische Konstellation bezogene Benutzungs-, Informations-, Kontroll- und Mitteilungsrechte auf der anderen Seite nicht und lässt damit die für eine Analogieprüfung entscheidende *ratio legis* der zu vergleichenden Regelungsbereiche außer Acht. Wegen einer Verkennung der funktionalen Zusammenhänge geht auch der Einwand E. fehl, auch der Vertragshändler und der Franchisenehmer vertrieben „eigene“ Produkte, weil diese zuvor vom Hersteller an sie übereignet worden seien (WRP 2006, 449, 451). Dabei wird verkannt, dass es nicht auf die eigentumsrechtlichen, sondern die vertriebsrechtlichen Umstände ankommt. Weiter ist das Argument bereits deshalb untauglich, weil es letztlich methodisch unzutreffend eine Analogie auf eine Ähnlichkeit mit bereits analog anzuwendenden Sachverhalten stützt. Die Gegenmeinung stellt weiter auf die Nähe zum Produktionsfranchisevertrag ab, obwohl dieser gar nicht dem Vertriebsrecht unterfällt und eine analoge Anwendung des § 89b HGB für diesen Vertragstyp ausscheidet. Sie stützt sich – im Wege einer analogietheoretisch unzulässigen *quaternio terminorum* (vgl. dazu Martinek/Wimmer-Leonhardt, WRP 2006, 204, 211) – auf eine unzulässige wirtschaftliche Parallelsetzung und sprachliche Gleichsetzung von Produkt und Marke sowie „Absatzorganisation“ des Lizenzgebers und der „Vertriebsorganisation“ eines Unternehmers zum Absatz seiner Produkte durch einen Vertriebsmittler. Die Gegenmeinung missversteht schließlich die Vorschrift des § 89b HGB als allgemeinen Goodwill-Ausgleichsanspruch und beachtet nicht hinreichend, dass dem Recht der Nutzungsüberlassungsverträge der Gedanke eines Ausgleichs für den Wertzuwachs nach Beendigung des Nutzungsverhältnisses unbekannt ist.

cc) Kommt nach alledem eine analoge Anwendung des Ausgleichsanspruchs gem. § 89b HGB auf reine Markenlizenzverträge nicht in Betracht, so gilt nichts anderes im Hinblick auf die im vorliegenden Fall konkret maßgebende Lizenzvereinbarung.

Gegenstand der Hauptleistungspflicht der Vereinbarung ist die Erteilung einer Lizenz zur Benutzung einer Marke gegen Entgelt. Dies ergibt sich aus den §§ 2, 6 der Lizenzvereinbarung gem. Anlage K 1, welche mit den gesondert geregelten Maßgaben gem. dem Ergänzungs- und Beitrittsvertrag gem. Anlage K 13 weiter anwendbar wa-

ren. Diese Struktur der Hauptleistungspflichten entspricht den vertragstypischen Pflichten beim (Rechts-) Pachtvertrag gem. § 581 I BGB.

In der maßgebende Vereinbarung i.S. der Anlagen K 1 und K 13 befinden sich keine Regelungen, die dem Vertragstyp des Handelsvertretervertrages gem. § 84 HGB entsprechen und die es rechtfertigen würden, die Rechtsfolgen einer Beendigung des Vertrages den Regelungen des Handelsvertretervertrages, mithin § 89b HGB zu entnehmen. Zwar enthalten die Vereinbarungen gem. den Anlagen K 1 und K 13 über die Gewährung einer Rechtsnutzung gegen Entgelt eine Reihe weiterer Pflichten. Diese haben aber durchgehend den Sinn, die Verwirklichung der Hauptleistungspflichten i.S. einer Rechtspacht zu ermöglichen und zu unterstützen. Während einige Pflichten die Werthaltigkeit der Lizenz für den Lizenznehmer sicherstellen sollen (Exklusivitätsrecht gem. § 3 Lizenzvereinbarung K 1), gibt es auf der anderen Seite Pflichten, die im Interesse des Lizenzgebers sicherstellen sollen, dass der gute Ruf der lizenzierten Marke und deren strategische Marktpositionierung als Kennzeichen qualitativ hochwertiger Produkte gewahrt bleibt (§§ 4, 5 Lizenzvereinbarung K 1). Ebenfalls im Interesse des Lizenzgebers sind die Pflichten, die sicherstellen sollen, dass die Marke auch benutzt wird, was nicht nur deswegen für die Klägerin als Lizenzgeber relevant wird, weil die Lizenzgebühr im wesentlichen vom Umsatz der mit der Marke gekennzeichneten Vertragsware abhängig ist. Hinzu kommt, dass auch der Rechtsbestand der Marke im Hinblick auf die geschützten Waren- und Dienstleistungen von der Benutzung der Marke abhängt (§§ 26, 49 MarkenG). Zu diesen Vertragspflichten, die den Umsatz mit Markenware und damit die Benutzung der lizenzierten Marke sicherstellen sollen, gehören insbesondere die in Ziffer 4, Textziffern 7.1 ff. der Ergänzungs- und Beitrittsvereinbarung geregelten Absatzförderungspflichten (Werbe-, Verkaufsförderungs- und PR-Maßnahmen).

Allen dieser weiteren Pflichten ist gemein, dass sie die Pflicht zur Benutzungsgestattung des gewerblichen Schutzrechts und die Pflicht zur Entrichtung eines Nutzungsentgelts für diese Gestattung begleiten oder sicherstellen sollen, mithin diesen Hauptpflichten nur unterstützend beigeordnet sind. Diese lediglich flankierende, den Aspekt der Rechtspacht absichernde Funktion und Bedeutung gilt bei der gebotenen wertenden Betrachtung unter Berücksichtigung der Ratio des Lizenzvertrages insbesondere für die von den Beklagten zum Mittelpunkt ihrer Argumentation gemachten Regelung der Ziffer 4, Textziffer 7.1 der Vereinbarung gem. Anlage K 13, wonach „der Lizenznehmer ... das JOOP! Markenimage und den Absatz der Vertragswaren durch geeignete Werbe-, Verkaufsförderungs- und PR-Maßnahmen (nachfolgend zusammengefasst: `Werbemaßnahmen´ genannt) nach besten Kräften fördern“ wird.

Die Regelung soll nach der Systematik und der Ratio des Lizenzvertrages sicherstellen, dass die lizenzierte Marke benutzt und der Klägerin dadurch ihr umsatzabhängiges Nutzungsentgelt gesichert wird. Dass in der Regelung überschießend eine Vertriebspflicht in dem Sinne geregelt ist, dass die Beklagte zu 1) als Lizenznehmerin in ein wie auch immer geartetes System des Absatzes von Waren der Klägerin eingebunden werden soll, ist nicht ersichtlich. Damit liegt bei der maßgebenden funktionalen Betrachtung keine Vertriebspflicht im vertriebsrechtlichen Sinne, sondern eine Benutzungspflicht im lizenzrechtlichen Sinne vor.

9. Die Zinsforderung rechtfertigt sich aus §§ 286 II Nr. 1, 288 I, II BGB.



10. Der Zahlungsanspruch gegen die Beklagte zu 2) ergibt sich aus §§ 161 II, 128 HGB, da sie Komplementärin der Beklagten zu 1) ist. Die Haftung des Beklagten zu 3) folgt daraus, dass er zum Zeitpunkt des Abschlusses der Lizenzvereinbarung im Jahre 1995 sowie bei Abschluss der Ergänzungs- und Beitrittsvereinbarung im Jahre 2000 persönlich haftender Gesellschafter der Beklagten zu 1) war. Das Ausscheiden des Beklagten zu 3) aus dieser Position am Jahre 2002 (Anlage K 27) ändert nichts an seiner Haftung. Denn ein Ausscheiden aus der Gesellschafterposition beseitigt seine Haftung für alle Altschulden nicht, wobei die Forthaftung für Altverbindlichkeiten grundsätzlich auch für laufende und neue Teilverbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen gilt, z.B. für solche aus Lizenzverträgen (Baumbach/Hopt, HGB, 33. Aufl. 2008, § 128 Rn. 28). Bei Dauerschuldverhältnissen ist auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen, weil dadurch der Rechtsgrund gelegt wird. Liegt dieser Zeitpunkt vor dem Ausscheiden, so ist es für die Haftung unerheblich, dass aus einem solchen Dauerschuldverhältnis resultierende Einzelverbindlichkeiten erst später fällig werden (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2008, § 128 Rn. 48).

## II.

Das Landgericht hat weiter zu Recht festgestellt, dass der Beklagten zu 1) wegen der Beendigung des mit der Klägerin am 19. Oktober 1995 geschlossenen Lizenzvertrages kein Ausgleichsanspruch zusteht.

1. Eine negative Feststellungsklage gem. § 256 ZPO ist zulässig, wenn ein rechtliches Interesse an der baldigen Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses besteht, weil die Rechtsposition des Klägers an einer gegenwärtigen Unsicherheit leidet, die durch das Feststellungsurteil beseitigt werden kann.

Das notwendige Feststellungsinteresse i.S. des § 256 I ZPO folgt hier daraus, dass sich die Beklagte zu 1) eines Ausgleichsanspruchs wegen der Beendigung des Lizenzvertrages berühmt hat. Eine Berühmung ergibt sich bereits aus dem vorprozessualen Schreiben der Beklagten zu 1) vom 27.9.2004, mit dem ein „Anspruch auf Zahlung eines Ausgleichsanspruchs in Höhe von rund 914.992,72 €“ behauptet und insoweit die Aufrechnung gegen die Klagesumme erklärt wird. Diese Aufrechnungserklärung wurde in dem Schreiben vom 2.6.2005 (Anlage K 22) wiederholt, die Beklagte hat zudem die Berühmung trotz Aufforderung der Klägerin (Anlagen K 21/K 23) nicht aufgegeben, sondern weiter aufrechterhalten (Anlagen K 22, K 24).

Das Prozessverhalten der Beklagten, nämlich die Einführung des behaupteten Ausgleichsanspruchs (lediglich) als hilfsweise geltend gemachtes Verteidigungsmittel, kann nicht als Aufgabe der Berühmung gesehen werden, sondern ist seinerseits als Berühmung zu werten. Zwar hat die Beklagte den Ausgleichsanspruch im Prozess nur hilfsweise für den Fall geltend gemacht, dass das Gericht die Klageforderung (gegen die Beklagte zu 1) für berechtigt hält. Eine Berühmung liegt jedoch auch insoweit vor, wenn geltend gemacht wird, aus einem bestehenden Rechtsverhältnis könne sich unter bestimmten Voraussetzungen, deren Eintritt noch ungewiss ist, ein Ersatzanspruch ergeben (Zöller-Greger, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 256 Rn.14a). Insbesondere kann eine Berühmung auch in der Erhebung einer Eventualwiderklage liegen (Stein/Jonas-Roth, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 256 Rn. 47 m.w.N.). So liegt der Fall hier. Die Berühmung durch die Eventualwiderklage betrifft dabei das Bestehen eines Anspruchs in Höhe von € 2.228.432 brutto. Denn die Beklagte zu 1) hat in ihrem Widerklageschriftsatz einen Ausgleichsanspruch in Höhe von € 2.228.432 brutto ermit-

telt und diesen als den „geschuldeten Ausgleich analog § 89b HGB“ bezeichnet (BI 61 d.A.). Dass die Eventualwiderklageanträge lediglich Teilbeträge in Höhe von € 100.000 und hilfsweise in Höhe von € 25.000 umfassen, ändert nichts an der das Feststellungsinteresse rechtfertigenden Ungewissheit in Bezug auf die volle Höhe des schriftsätzlich ausgerechneten und vorgetragenen Ausgleichsanspruchs (vgl. BGH NJW 2006, 2780, 2781, Rz. 22). Der Annahme des Feststellungsinteresses steht auch nicht die Leistungswiderklage der Beklagten zu 1) entgegen. Zwar entfällt das Feststellungsinteresse, wenn wegen desselben Streitgegenstandes eine Leistungs(wider)klage erhoben wird und diese nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann (Zöller-Greger, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 256 Rn. 7d). Die Leistungsklage der Beklagten ist vorliegend allerdings als Eventual-Widerklage für den Fall erhoben worden, dass das erkennende Gericht den mit der Klage geltend gemachten Zahlungsanspruch bejahen sollte. Die prozessuale Bedingung ist mithin erst mit Verkündung dieses Berufungsurteils und nicht bereits vorher eingetreten.

2. Da der Beklagten zu 1), wie dargelegt, überhaupt kein Ausgleichsanspruch zusteht, ist „insbesondere“ auch kein solcher in Höhe von € 2.023.782,76 gegeben.

### III.

Die Eventualwiderklage der Beklagten zu 1) ist aus den vom Landgericht dargelegten Gründen zulässig, aber unbegründet. Die Beklagte hat die Widerklage auf das Bestehen eines Ausgleichsanspruchs in analoger Anwendung des § 89b HGB gestützt. Es ist bereits dargelegt worden, dass ein solcher Anspruch nicht besteht.

### IV.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91, 97, 100, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Kostenentscheidung erster Instanz war abzuändern, weil allein die Beklagte zu 1) sich mit der Geltendmachung des behaupteten Ausgleichsanspruchs analog § 89b HGB im Wege der Hilfsaufrechnung und der Eventual-Widerklage verteidigt und sich auch der Feststellungsantrag der Klägerin allein gegen die Beklagte zu 1) gerichtet hat (§ 100 II, III ZPO). Eine Zulassung der Revision ist veranlasst (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die Rechtssache hat im Hinblick auf die Frage der analogen Anwendung des § 89b HGB auf Markenlizenzverträge grundsätzliche Bedeutung, die Zulassung der Revision ist zur Fortbildung des Rechts erforderlich.



2010 Karsten+Schubert Rechtsanwälte



info@karstenundschubert.de  
www.karstenundschubert.de



fon: +49 (0)30 69517378  
fax: +49 (0)30 69517379



Schlesische Str. 26  
D-10997 Berlin