

Unlautere Nachahmung eines Produkts

Oberlandesgericht Köln

Urteil vom 18.10.2013

Az.: 6 U 11/13

Tenor

Die Berufung der Beklagten gegen das am 18. 12. 2012 verkündete Urteil des Landgerichts Köln – 33 0 136/10 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

Dieses Urteil und das genannte Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung des Unterlassungstenors durch Sicherheitsleistung in Höhe von 100.000 EUR abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Vollstreckung hinsichtlich der Kosten kann die Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund der Urteile zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe

(anstelle von Tatbestand und Entscheidungsgründen gemäß § 540 Abs. 1 ZPO)

I.

Die Klägerin befasst sich unter anderem mit der Herstellung

und dem Vertrieb elektrischer Seilwinden mit der Bezeichnung „U“:

Dabei handelt es sich um eine Durchlaufseilwinde in Gestalt einer Treibscheibenwinde, bei der das Zugseil durch Andruckrollen, die durch Federn belastet werden, gegen die Treibscheibe gedrückt wird. Die Seilwinde ist für den temporären und permanenten Höhenzugang konzipiert. Mit ihr kann in großen Höhen wie zum Beispiel an Gebäuden oder Brücken gearbeitet werden. Sie dient dabei dem Lastentransport, kann aber auch in Rohrleitungssystemen eingesetzt werden.

Diese Seilwinde wird von der Klägerin in drei unterschiedlichen Baureihen angeboten: Die Modelle der X- und der L-Baureihe weisen eine einzelne Treibscheibe auf. Im Antriebssystem der T-Baureihe sind zwei Treibscheiben eingebaut, wodurch diese Winden ein höheres Treibscheibengehäuse haben. Alle Seilwinden bestehen aus einem zylindrischen Motorgehäuse, dessen Oberfläche im oberen Teil glatt ist, im unteren Teil vertikale Rippen aufweist. Dieses Gehäuse steht senkrecht auf einer Platte, unter der ein quaderförmiges Getriebegehäuse angebracht ist, dessen Vorderseite waagerechte Rippen aufweist. Parallel zum Motorgehäuse ist an einer Seite des Gehäuses ein Steuerungskasten angebracht. Rechtwinklig zu diesem Steuerungskasten und parallel zum Motorgehäuse und Getriebegehäuse ist ein weiterer Kasten angebracht, der das Seil und die Treibscheiben aufnimmt.

Die Seilwinden der Klägerin werden in den relevanten Fachkreisen unter anderem mit dem als Anlagen K 4 – K 6, K 8 (Bl. 25 ff. d. A.) zur Akte gereichten Werbematerial sowie im Internet beworben beziehungsweise sind in der Vergangenheit zumindest seit 1985 wie aus der Anlage K 20 (Anlagenheft) ersichtlich beworben worden.

Im wettbewerblichen Umfeld werden zahlreiche weitere Seilwinden angeboten. Wegen der Einzelheiten der Gestaltung

dieser Umfeldprodukte wird auf die als Anlage K 11/1-4 zur Klageschrift (Bl. 55 ff. d. A.) und K 28 (Anlagenheft) zur Akte gereichten Abbildungen Bezug genommen.

Die Beklagte stellt die nachfolgend im Antrag wiedergegebenen Seilwinden (Modelle LTD 5 und LTD 6.3) her und vertreibt sie auch. Diese Seilwinden wurden im Internet auf deutschsprachigen Seiten beworben; ein Exemplar wurde in München auf der BAUMA 2010, einer internationalen Fachmesse, ausgestellt. Ein Mittelsmann der Klägerin erwarb auf dem Messestand der Beklagten in München die dort ausgestellte Seilwinde. In der Folge erhielt er eine Rechnung der Beklagten.

Die Klägerin hat behauptet, dass sie in Deutschland Marktführerin bei der Herstellung und dem Vertrieb von Seilwinden der streitgegenständlichen Art sei. Die „U“-Seilwinde habe einen Marktanteil von 80 %. Im Zeitraum von 2000 bis 2010 habe sie mit den Seilwinden der Baureihen X und L in Deutschland 42.940.286 EUR umgesetzt, im restlichen Europa 75.165.456 EUR und weltweit (ohne Deutschland und Europa) 43.446.514 EUR. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Schriftsatz der Klägerin vom 20. 4. 2010, S. 12 (Bl. 125 d. A.) verwiesen.

Die Klägerin hat beantragt, nachdem sie den mit der Klageschrift angekündigten Unterlassungsantrag sprachlich gestrafft und zu dem mit der Klageerweiterung angekündigten Unterlassungsantrag erklärt hat, dass die darin enthaltene Variante „einzuführen“ entfalle:

II.

Die Beklagte wird verurteilt,

1. es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- EUR – ersatzweise Ordnungshaft – oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall bis zu zwei Jahren, wobei die

Ordnungshaft an ihren jeweiligen Geschäftsführern zu vollstrecken ist,

zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr Seilwinden wie nachstehend abgebildet anzubieten, zu vertreiben und/oder in den Verkehr zu bringen:

2. der Klägerin schriftlich Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen über Zeitpunkte und Umfang der Verletzungshandlungen gem. Ziff. 1,1 und zwar unter Angabe von Stückzahlen sowie Einkaufs- und Verkaufspreisen jeder einzelnen erhaltenen bzw. getätigten Lieferung;

3. der Klägerin schriftlich Auskunft über Namen und Anschriften ihrer Lieferanten und gewerblichen Abnehmer von Seilwinden gem. Ziff. 1,1 zu erteilen.

III.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte der Klägerin allen Schaden zu ersetzen hat, der ihr aus den vorstehend unter Ziffer 1.1 bezeichneten Handlungen entstanden ist oder noch entstehen wird.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat behauptet, dass sie seit 1999 Seilwinden entwickle und herstelle. Auch die beanstandete Seilwinde habe sie selbst entwickelt. Ihre im Internet beworbenen Seilwinden würden nicht zum Verkauf in Deutschland angeboten. Soweit diese auf chinesischen Internetportalen in deutscher Sprache angeboten würden, sei sie für diese Portale nicht verantwortlich und habe keinen Einfluss darauf, in welchen Sprachen die Angebote dort eingestellt würden. Bei dem Verkauf auf der Münchener Messe habe es sich um einen Privatverkauf durch den Dolmetscher gehandelt, dem das Ausstellungsstück

überlassen worden sei.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, dem Produkt der Klägerin fehle die wettbewerbliche Eigenart. Die Gestaltung der angegriffenen Seilwinden entspreche dem freien Stand der Technik. Im Übrigen wiesen sie erhebliche Abweichungen von den Seilwinden der Klägerin auf, wie ein Sachverständigengutachten aus einem Rechtsstreit in den USA belege. Abnehmer seien Fachleute, so dass es auch zur keiner Herkunftstäuschung beziehungsweise Rufausbeutung kommen könne.

Die Beklagte hat ferner die Einrede der Verjährung erhoben.

Die Klägerin hat im Wege der Klageerweiterung nachträglich auch Ansprüche aus einer zu ihren Gunsten eingetragenen Gemeinschaftsmarke gegen die Beklagte geltend gemacht. Insoweit hat das Landgericht das Verfahren abgetrennt und an das Landgericht Düsseldorf als Gemeinschaftsmarkengericht verwiesen. Das Landgericht Düsseldorf hat mittlerweile die Beklagte ebenfalls antragsgemäß verurteilt (Urteil vom 9. 1. 2013 – 2a O 87/12, von der Klägerin vorgelegt als Anlage BB 1, Bl. 615 ff. d. A.).

Das Landgericht hat der Klage im zuletzt geltend gemachten Umfang stattgegeben und die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Beklagte vertreibe ihre Seilwinden zumindest über das Internet auch im Inland; auf ihren Vortrag zum Verkauf der Seilwinde auf der Messe in München komme es daher nicht an. Daraus folge sowohl die internationale Zuständigkeit des Landgerichts Köln als auch, dass die Parteien Mitbewerber seien. Die Seilwinde der Klägerin weise mindestens durchschnittliche wettbewerbliche Eigenart auf. Ihr maßgeblicher Gesamteindruck werde geprägt von dem Zusammenwirken einer Vielzahl von Gestaltungselementen, in erster Linie durch die modulartig und damit klar strukturierte Anordnung der Geräteteile auf der Vorderseite. Hinzu komme die besonders deutlich wahrnehmbare Anordnung der senkrecht zueinander stehenden Rippen auf

Motoren- und Getriebegehäuse. Diese gestalterischen Merkmale habe die Beklagte nahezu identisch nachgeahmt. Soweit sie sich auf eine Eigenentwicklung berufe, sei ihr entsprechender Vortrag unsubstantiiert. Die Seilwinden der Klägerin seien dem Verkehr auch bekannt, dies sei durch den langjährigen Vertrieb und ihre aktuelle Marktpräsenz indiziell belegt. Es bestehe auch die Gefahr einer Herkunftstäuschung. Selbst wenn der Verkehr das auf den Seilwinden angebrachte Zeichen der Beklagten als Herstellerkennzeichen wahrnehme, so schließe dies nicht eine Herkunftstäuschung im weiteren Sinne aus. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Urteil des Landgerichts (§ 540 Abs. 1 ZPO) verwiesen.

Mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung verfolgt die Beklagte weiterhin das Ziel der Klageabweisung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Sie trägt insbesondere vor, das Landgericht habe seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen. In der Sache folge bereits aus den von der Klägerin vorgelegten Produktabbildungen von Konkurrenzprodukten, dass es der Seilwinde der Klägerin an der wettbewerblichen Eigenart fehle. Ergänzend weist die Beklagte auf eine Reihe weiterer Konkurrenzprodukte hin. Das Landgericht habe ferner nicht berücksichtigt, dass die Gestaltungsmerkmale der Seilwinden technisch bedingt seien, wie das wettbewerbliche Umfeld zeige und das in dem Rechtsstreit in den USA vorgelegte Gutachten belege. Das Landgericht habe auch nicht allein aufgrund von Werbemaßnahmen der Klägerin auf die Bekanntheit des Produkts der Klägerin schließen dürfen. Die seitens der Klägerin vorgetragene Umsatzzahlen bestreite sie. Ferner sei eine Herkunftstäuschung aufgrund der von ihr angebrachten Herstellerbezeichnung ausgeschlossen. Diese sei beim üblichen Einsatz der Geräte sichtbar und werde von den angesprochenen Fachkreisen als solche erkannt.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts aufzuheben und die Klage

abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages. Sie weist ergänzend auf einen eigenen Internetauftritt der Beklagten hin, auf dem in deutscher Sprache die streitgegenständlichen Seilwinden angeboten würden. Soweit die Beklagte in der Berufungsinstanz sich auf weitere Konkurrenzprodukte berufen habe, so sei dieser Vortrag in der zweiten Instanz verspätet. Im Übrigen handele es sich dabei entweder um Nachahmungen ihrer eigenen Produkte oder um Produkte, die keine Ähnlichkeit zu ihren Seilwinden aufwiesen. Das Landgericht sei auch zutreffend davon ausgegangen, dass ihre Seilwinden hinreichend bekannt seien. Sie habe in Deutschland einen Marktanteil von über 50 %, weltweit (ohne Asien) 80 %. Wenn die Beklagte dies bezweifle, hätte sie substantiiert zu den Marktverhältnissen vortragen müssen.

Den Auskunftsanspruch haben die Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat übereinstimmend für erledigt erklärt.

IV

1. Die Klage ist zulässig; insbesondere ist auch die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte – die nicht § 513 Abs. 2 ZPO unterfällt und daher auch im Berufungsverfahren noch zu überprüfen ist (vgl. BGH, Urteil vom 28. 11. 2002 – III ZR 102/02 – NJW 2003, 426 f.) – gegeben. Das Landgericht hat seine örtliche und internationale Zuständigkeit damit begründet, dass die Beklagte ihre Seilwinden auch in Deutschland anbiete und vertreibe. Das Landgericht hat sich dabei in erster Linie auf den Internetauftritt der Beklagten und nur in zweiter Linie auf den Verkauf der Seilwinde auf der Messe in München 2010

gestützt.

In der ersten Instanz hatte sich die Klägerin auf das deutschsprachige Angebot der Seilwinden der Beklagten auf der Internetseite www.de.n.com gestützt. Ein Angebot auf einer Internetseite in deutscher Sprache, die sich an deutsche Kunden richtet, genügt, um von einem Anbieter im Inland auszugehen (vgl. BGH, Urteil vom 30. 3. 2006 – I ZR 24/03 – GRUR 2006, 513 Tz. 22 – Arzneimittelwerbung im Internet, zu § 21 AMG; Urteil vom 15. 2. 2007 – I ZR 114/04 – GRUR 2007, 871 – Tz. 18 – Wagenfeld-Leuchte, zu § 17 UrhG). Die Beklagte hat sich dazu eingelassen, bei dieser Seite handele es sich um eine Verkaufsplattform, die nicht von ihr betrieben werde. Sie habe daher auch keinen Einfluss darauf, in welchen Sprachen die Produkte dort angeboten würden. Es sei ihr nicht zumutbar, auf den Auftritt auf dieser Seite zu verzichten. Diese Argumente überzeugen nicht: Die Beklagte hätte zumindest eindeutig und ernsthaft klarstellen müssen, dass sie die dort beworbenen Produkte nicht nach Deutschland liefern werde. Wenn ihr dies nicht möglich war, hatte sie die Nutzung dieser Seite zu unterlassen. Fragen der Zumutbarkeit sind in diesem Zusammenhang unerheblich. Wenn die Beklagte Produkte herstellt, deren Vertrieb in Deutschland unzulässig ist, darf sie diese nicht über Internetseiten vertreiben, bei denen sie nicht steuern kann, in welche Länder die Produkte vertrieben werden.

In der Berufungsinstanz hat die Klägerin Ausdrucke einer weiteren Internetseite www.T.com vorgelegt, auf der die streitgegenständlichen Seilwinden ebenfalls in deutscher Sprache mit Einzelheiten zu Verpackung, Lieferzeiten und Liefermengen angeboten werden, und deren Betreiberin die Beklagte ist (Anlage BB 5, Bl. 635 d. A.). Die Beklagte hat diesen Vortrag der Klägerin nicht bestritten, so dass § 531 Abs. 2 ZPO seiner Berücksichtigung nicht entgegensteht. Jedenfalls an diesem Internetauftritt muss sich die Beklagte daher festhalten lassen.

Ob der Auftritt der Beklagten auf der Messe ausreichen würde, um ein Anbieten des streitgegenständlichen Produkts in Deutschland anzunehmen, kann daher offen bleiben (vgl. BGH, Urteil vom 22. 4. 2010 – I ZR 17/05 – GRUR 2010, 1103 Tz. 22 – Pralinenform II; Senat, Urteil vom 28. 6. 2013 – 6 U 183/12 – BeckRS 2013, 16544 – Mikado).

Die Beklagte beruft sich weiter darauf, ihre Seilwinden seien für 380 V ausgelegt, während die Stromspannung in Deutschland 230/400 V betrage, so dass die angesprochenen Verkehrskreise erkennen würden, dass ihre Seilwinden zum Einsatz in Deutschland nicht geeignet seien. Demgegenüber weist die Klägerin zutreffend darauf hin, dass für 380 V ausgelegte Maschinen auch in Deutschland einsatzfähig sind. Zwar beträgt die Standardspannung in Deutschland heute tatsächlich 230 V/400 V (bis 1987 betrug sie 220 V/380 V); dies ändert jedoch nichts daran, dass auch für 380 V ausgelegte Maschinen am deutschen Stromnetz betrieben werden könnten, da die Netzspannung ohnehin um +/- 10 % vom Standardwert abweichen darf (vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/Netzspannung>).

Ferner trifft auch das weitere Argument der Klägerin zu, dass es auf Einsatzmöglichkeiten in Deutschland nicht unbedingt ankomme. Aus der Entscheidung „Kronenthaler“ des BGH (Urteil vom 19. 1. 1989 – I ZR 217/86 – GRUR 1990, 361, 363), auf die sich die Klägerin beruft, kann dies allerdings nicht mehr ohne Weiteres abgeleitet werden. Der Bundesgerichtshof hat sich dort mit der Auslegung des Begriffes „Feilhalten“ im Sinn der §§ 15, 24 WZG a. F. befasst; es erscheint fraglich, ob sich dies auch auf den Begriff des Angebots im Sinne des § 4 Nr. 9 UWG übertragen lässt. Aber gerade bei mobilen technischen Geräten mit den Einsatzmöglichkeiten wie den hier zu beurteilenden Seilwinden ist es durchaus vorstellbar, dass diese in Deutschland zum Einsatz im Ausland gekauft werden.

Das Landgericht ist daher mit Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte die streitgegenständlichen Seilwinden auch in Deutschland anbietet. Auf dieser Grundlage hat es mit

zutreffender Begründung, auf die der Senat wegen der weiteren Einzelheiten verweist, seine internationale Zuständigkeit angenommen. Die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Köln kann dagegen im Berufungsverfahren nicht mehr überprüft werden (§ 513 Abs. 2 ZPO).

2. Der Unterlassungsanspruch der Klägerin folgt aus §§ 3, 4 Nr. 9 a, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG. Unerheblich ist dabei, dass die Klägerin daneben auch Ansprüche aus einer Gemeinschaftsmarke verfolgt. Die Klägerin verlangt, soweit sie ihre Ansprüche auf die Grundsätze des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes stützt, keinen Schutz für eine Kennzeichnung, sondern für ihre Produkte als konkrete Leistungsergebnisse. Sie begründet dies damit, dass die Beklagte dadurch unlauter gehandelt habe, dass diese die die wettbewerbliche Eigenart der Seilwinden der Klägerin begründenden Merkmale übernommen und dadurch eine vermeidbare Herkunftstäuschung hervorgerufen beziehungsweise eine unangemessene Rufausbeutung vorgenommen habe. Ein solches Begehren fällt nicht in den Schutzbereich des Markenrechts (BGH, Urteil vom 30. 4. 2008 – I ZR 123/05 – GRUR 2008, 793 Tz. 26 – Rillenkoffer).

a) Zwischen den Parteien besteht ein konkretes Wettbewerbsverhältnis, da die Beklagte, wie bereits dargelegt, ihre Seilwinden auch zum Verkauf nach Deutschland anbietet (oben 1.).

b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der sich der Senat angeschlossen hat, kann der Vertrieb eines nachahmenden Erzeugnisses wettbewerbswidrig sein, wenn das nachgeahmte Produkt über wettbewerbliche Eigenart verfügt und besondere Umstände hinzutreten, die die Nachahmung unlauter erscheinen lassen. So verhält es sich, wenn die Nachahmung geeignet ist, eine Herkunftstäuschung hervorzurufen und der Nachahmer geeignete und zumutbare Maßnahmen zur Vermeidung der Herkunftstäuschung unterlässt. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerblichen

Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen, so dass bei einer größeren wettbewerblichen Eigenart und einem höheren Grad der Übernahme geringere Anforderungen an die besonderen Umstände zu stellen sind, die die Wettbewerbswidrigkeit der Nachahmung begründen und umgekehrt (BGH, Urteil vom 28. 5. 2009 – I ZR 124/06 – GRUR 2010, 80 Tz. 21 – LIKEaBIKE; Urteil vom 22. 3. 2012 – I ZR 21/11 – GRUR 2012, 1155 Tz. 16 – Sandmalkasten, jeweils m. w. N.).

c) Die Seilwinden der Klägerin weisen wettbewerbliche Eigenart auf.

aa) Für die Annahme wettbewerblicher Eigenart genügt es, dass der Verkehr bei den in Rede stehenden Produkten Wert auf deren betriebliche Herkunft legt und aus deren Gestaltung Anhaltspunkte dafür gewinnen kann. Dafür wiederum ist maßgeblich, ob sich das unter Rückgriff auf vorhandene Formen und Stilelemente entwickelte Leistungsergebnis von anderen vergleichbaren Erzeugnissen in einem Maß abhebt, dass hierdurch im angesprochenen Verkehr die Vorstellung ausgelöst wird, dieses Produkt stamme aus einem bestimmten Betrieb (BGH, Urteil vom 22. 3. 2012 – I ZR 21/11 – GRUR 2012, 1155 Tz. 19 – Sandmalkasten; Senat, Urteil vom 27. 6. 2003 – 6 U 16/03 – GRUR-RR 2004, 21 – Küchen-Seiher, jeweils m. w. N.). Der Gesamteindruck eines Erzeugnisses kann dabei durch Gestaltungsmerkmale bestimmt oder mitbestimmt werden, die für sich genommen nicht geeignet sind, im Verkehr auf dessen Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen hinzuweisen. Derartige Gestaltungsmerkmale können in ihrem Zusammenwirken eine wettbewerbliche Eigenart verstärken oder begründen, da diese von dem Gesamteindruck abhängt, den die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des jeweiligen Erzeugnisses vermitteln (BGH, Urteil vom 28. 5. 2009 – I ZR 124/06 – GRUR 2010, 80 Tz. 34 – LIKEaBIKE).

In der ersten Instanz hatte die Beklagte noch beanstandet, die Klägerin vertreibe verschiedene Modellreihen, und es sei nicht

klar, auf welches ihrer konkreten Produkte sie sich stütze. Die wettbewerbliche Eigenart muss sich aber nicht notwendigerweise auf ein bestimmtes Produkt beziehen, sondern kann auch aus den übereinstimmenden Merkmalen verschiedener Exemplare einer Modellreihe hergeleitet werden, solange nicht nur Schutz für einzelne Stilmittel oder eine dem Sonderschutz nicht zugängliche Grundidee begehrt wird, sondern für konkrete Gestaltungsmerkmale, die jeweils allen Modellen der Reihe eigen sind und deren wettbewerbliche Eigenart begründen (BGH, Urteil vom 11. 1. 2007 – I ZR 198/04 – GRUR 2007, 795 Tz. 27 – Handtaschen; Senat, Urteil vom 10. 7. 2013 – 6 U 209/12 – Kinderhochstuhl „Sit up“).

Die Klägerin hat vorgetragen, dass alle ihre Seilwinden die gleichen prägenden Merkmale aufwiesen, lediglich das Seilscheibengehäuse weise je nach Baureihe abweichende Dimensionen auf. Ansonsten würden sich die einzelnen Modelle nur durch ihr Gewicht und die äußeren Abmessungen unterscheiden. Dies wird durch Abbildungen einzelner Modelle (Anlage K 15, Anlagenheft) bestätigt. Die Beklagte hat zwar auf ein Modell mit einer abweichenden Gestaltung (Anlage B 3, Bl. 96 d. A.) verwiesen; sie ist jedoch der Erläuterung der Klägerin, dabei handele es sich um eine normale Seilwinde mit angebauten Zubehörteilen, nicht entgegengetreten. Dies gilt auch für die als Anlage B 6 vorgelegte Abbildung (Bl. 221 d. A.). Entscheidend ist, dass sie die von der Klägerin vorgetragene gemeinsamen Gestaltungselemente ihrer Seilwinden nicht weiter bestritten hat. Bei dieser Sachlage ist es unerheblich, dass die Klägerin daneben noch andere Modelle mit abweichenden Gestaltungselementen vertreibt (vgl. BGH, Urteil vom 24. 1. 2013 – I ZR 136/11 – GRUR 2013, 951 Tz. 26 – Regalsystem).

bb) In Anwendung dieses Maßstabs weisen die Seilwinden der Klägerin wettbewerbliche Eigenart auf. Sie werden durch folgende charakteristische Merkmale gekennzeichnet:

Das zylindrische Motorgehäuse weist im oberen Teil (1a) eine

glatte Oberfläche, im unteren Teil (1b) senkrechte Rippen auf, die von der Mitte des Gehäuses bis zum unteren Ende des Gehäuses verlaufen. Das Motorgehäuse (1a, 1b) steht senkrecht und berührt mit der Unterseite eine zum Motorgehäuse rechtwinklig verlaufende Platte (2), die sich über den Durchmesser des Motorgehäuses hinaus erstreckt. Unter dieser Platte schließt sich ein quaderförmiges Getriebegehäuse (3) mit etwa gleich langen Seiten an, das an der Vorderseite waagerechte Rippen und markante Verschraubungen aufweist und versetzt zum Motorgehäuse montiert ist. Parallel zum Motorgehäuse ist an einer Seite des Gehäuses ein Kasten (4) angebracht, in dem die Steuerung untergebracht ist. Ein zweiter flacher Kasten (5), der rechtwinklig zum Steuerungskasten und parallel zum Motor- und Getriebegehäuse angeordnet ist, nimmt das Seil und die Treibscheiben auf. Die gesamte Vorrichtung ist etwa doppelt so hoch wie breit.

Der Gesamteindruck der Seilwinden der Klägerin wird einerseits durch den klar strukturierten, modularen Aufbau, der die genannten fünf Elemente deutlich hervortreten lässt, andererseits durch den Kontrast zwischen den senkrecht verlaufenden Rippen des Motorgehäuses und den waagrecht angeordneten Rippen des Getriebegehäuses bestimmt.

Soweit die Beklagte ihre Behauptung, die Produkte der Klägerin würden keine wettbewerbliche Eigenart aufweisen, unter Beweis durch Sachverständigengutachten gestellt hat, ist dem nicht nachzukommen, da der Senat dies aufgrund eigener Anschauung beurteilen kann. Auch wenn seine Mitglieder selbst nicht zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören, können sie auf Grund ihrer durch ständige Befassung mit Wettbewerbssachen erworbenen besonderen Sachkunde die wettbewerbliche Eigenart der in Rede stehenden technischen Produkte selbst beurteilen. In diesem Zusammenhang sind nur Erwägungen hinsichtlich des optischen Eindrucks der Produkte anzustellen, für die die Zugehörigkeit zur potenziellen Kundschaft nicht erforderlich ist. In einem solchen Fall ist es nicht geboten, einen

Sachverständigen zu beauftragen (BGH, Urteil vom 15. 9. 2005 – I ZR 151/02 – GRUR 2006, 79 Tz. 27 – Jeans; Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl. 2013, § 4 Rn. 9.33).

cc) Allerdings können Merkmale, die bei gleichartigen Erzeugnissen aus technischen Gründen zwingend verwendet werden müssen, aus Rechtsgründen keine wettbewerbliche Eigenart begründen. Die Übernahme solcher technisch notwendiger Gestaltungsmerkmale ist mit Rücksicht auf den Grundsatz des freien Stands der Technik wettbewerbsrechtlich (außerhalb eines Sonderrechtsschutzes) nicht zu beanstanden. Dagegen können Merkmale, die zwar technisch bedingt, aber frei wählbar oder austauschbar sind, ohne dass damit Qualitätseinbußen verbunden sind, wettbewerbliche Eigenart (mit-) begründen (BGH, Urteil vom 10. 1. 2008 – I ZR 67/05 – GRUR 2008, 790 Tz. 36 – Baugruppe; Urteil vom 2. 4. 2009 – I ZR 199/06 – GRUR 2009, 1073 Tz. 13 – Ausbeinmesser; Urteil vom 28. 5. 2009 – I ZR 124/06 – GRUR 2010, 80 Tz. 27 – LIKEaBIKE; Urteil vom 15. 4. 2010 – I ZR 145/08 – GRUR 2010, 1125 Tz. 22 – Femur-Teil; Urteil vom 22. 3. 2012 – I ZR 21/11 – GRUR 2012, 1155 Tz. 29 – Sandmalkasten). Auch eine Kombination einzelner technischer Gestaltungsmerkmale kann wettbewerbliche Eigenart begründen, selbst wenn die einzelnen Merkmale für sich genommen nicht geeignet sind, im Verkehr auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen hinzuweisen (BGH, Urteil vom 22. 3. 2012 – I ZR 21/11 – GRUR 2012, 1155 Tz. 31 – Sandmalkasten). Entsprechendes gilt für ästhetische Merkmale der Formgestaltung, die allein oder in Kombination mit technisch bedingten Merkmalen geeignet sind, als Herkunftshinweis zu dienen (vgl. BGH, Urteil vom 15. 9. 2005 – I ZR 151/02 – GRUR 2006, 79 Tz. 24 – Jeans). Auch unter dem Gesichtspunkt, den freien Stand der Technik für den Wettbewerb offenzuhalten, besteht kein Anlass, beliebig kombinier- und austauschbaren Merkmalen eine herkunftshinweisende Eignung im Sinne des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes von vornherein abzusprechen (BGH, Urteil vom 24. 1. 2013 – I ZR 136/11 – WRP 2013, 1188 Tz. 19 f. – Regalsystem).

Die Beklagte trägt zwar umfangreich dazu vor, warum die Verwendung von Kühlrippen technisch notwendig sei. Dies erscheint bereits zweifelhaft, da jedenfalls das Produkt „Q“ (Anlage K 11/3, Bl. 59/60 d. A.) sowie das Produkt „G“ (Anlage K 11/1, Bl. 55 d. A. und K 29, Anlagenheft) keine erkennbaren Kühlrippen aufweisen. Entscheidend ist aber, dass jedenfalls die Kombination von waagerechten Kühlrippen am Getriebegehäuse und senkrechten Kühlrippen am Motorgehäuse nicht technisch notwendig ist, da die Mehrzahl der Konkurrenzprodukte diese Kombination gerade nicht aufweist. In der Regel weist, soweit ersichtlich, lediglich das Motorgehäuse überhaupt Kühlrippen auf, wobei es offensichtlich beliebig (beziehungsweise allein von der konkreten Einbausituation des Motors abhängig) ist, ob diese horizontal oder vertikal angeordnet sind. Horizontale Kühlrippen weisen beispielsweise die Produkte „O“ (Anlage K 11/4, Bl. 61 d. A.), „I“ und „T2 1.000“ (beide Anlage K 28, Anlagenheft) auf. Eine auch nur annähernd vergleichbare Kombination von horizontalen und vertikalen Rippen findet sich im gesamten Umfeld allein bei den Produkten des niederländischen Unternehmens M (Anlage K 29, Anlagenheft) sowie der Seilwinde „X“ (Anlage K 29, Anlagenheft). Dies gilt auch für die von der Beklagten in der Berufungsinstanz erstmals angeführten Produkte C (Anlage RS 4, Bl. 505 f. d. A.), C2 (Anlage RS 5, Bl. 507 d. A.) sowie G2 (Anlage RS 6, Bl. 508 d. A.), die alle allein horizontale Kühlrippen zeigen.

Aus dem Gutachten, das in dem Prozess in den USA vorgelegt worden ist (Anlage B 4, Hülle nach Bl. 67 der Akten), folgt nichts anderes. In der ersten Instanz ist dieses Gutachten vorgelegt worden, um zu belegen, dass die Seilwinde der Beklagten in wesentlichen Details von der der Klägerin abweiche (Schriftsatz vom 6. 5. 2011, Bl. 78 d. A.), ohne dass auf konkrete Aussagen dieses Gutachtens Bezug genommen wäre. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass das Landgericht diesen pauschalen Verweis auf ein umfangreiches Gutachten unbeachtet gelassen hat, das mit einer anderen Zielrichtung in das Verfahren eingeführt worden ist.

Soweit die Beklagte in der Berufungsinstanz nunmehr durch konkrete Zitate aus diesem Gutachten belegen möchte, dass die Erscheinungsform der Seilwinde der Klägerin auf „funktionsbezogenen Überlegungen“ beruhe, so ist dies für die Beurteilung nach deutschem Recht unerheblich. Aus dem von der Beklagten vorgelegten Urteil des United States Court of Appeals for the Ninth Circuit vom 7. 2. 2012 (Übersetzung Anlage B 8, Bl. 366 ff.) wird deutlich, dass das von diesem Gericht angewendete US-Bundesrecht von dem maßgeblichen deutschen Recht fundamental abweicht: Danach muss der Anspruchsteller, der den Schutz einer Handelsaufmachung („Trade Dress“) geltend macht, nachweisen, dass die Gestaltung nicht funktionsbezogen ist, beispielsweise durch den Beweis, dass es sich lediglich um einen ästhetischen, nebengeordneten oder willkürlichen Aspekt des Geräts handelt. Der Schutz setzt voraus, dass einer der Aspekte der äußeren Erscheinungsform zu nicht funktionsbezogenen Zwecken vorhanden ist (Tz. 1 ff. des Urteils). Wie bereits dargelegt, können nach deutschem Recht Merkmale, die zwar technisch bedingt, aber frei wählbar oder austauschbar sind, ohne dass damit Qualitätseinbußen verbunden sind, wettbewerbliche Eigenart (mit-) begründen. Auch ein Produkt, das nach der US-Terminologie lediglich funktionsbezogene Gestaltungselemente aufweist (und daher nicht schutzfähig wäre), kann nach deutschem Recht wettbewerbliche Eigenart genießen. Das Gutachten in dem US-Verfahren sollte lediglich diese nach dem dortigen Recht ausschlaggebende Frage der „Funktionsbezogenheit“ beantworten. Weder das zitierte Urteil noch das Gutachten sind daher geeignet, die technische Notwendigkeit der seitens der Klägerin verwendeten Gestaltungselemente zu belegen.

Die Beklagte hat ihre Behauptung, die Gestaltung ihres Produkts sei technisch notwendig, weiter unter Beweis durch Sachverständigengutachten gestellt. Ihr Vortrag ist aber angesichts der unstreitig im Umfeld vorhandenen abweichenden Lösungen zu unsubstantiiert, um diesem Beweisantritt nachzugehen.

Dementsprechend hat auch das Landgericht Düsseldorf in seinem Urteil vom 9. 1. 2013 ausgeführt, der auch dort seitens der Beklagten geltend gemachte Einwand, die charakteristischen Merkmale der Seilwinde der Klägerin seien technisch bedingt, sei nicht nachzuvollziehen, da funktionsgleiche Seilwinden anderer Hersteller existieren würden, die ein völlig anderes Aussehen aufwiesen und ebenso funktionstüchtig seien (Bl. 625 d. A.).

dd) Die wettbewerbliche Eigenart der Seilwinde der Klägerin ist auch nicht durch die Produkte des Umfeldes geschwächt. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es Sache des Anspruchsgegners ist, die Marktbedeutung von Produkten darzulegen, mit denen er die wettbewerbliche Eigenart des nachgeahmten Produkts in Frage stellen will (vgl. BGH, Urteil vom 24. 3. 2005 – I ZR 131/02 – GRUR 2005, 600, 602 – Handtuchhalter; Senat, Urteil vom 9. 11. 2007 – 6 U 9/07 – GRUR-RR 2008, 166, 168 – Bigfoot). An entsprechendem Vortrag zum Vertrieb und zu Absatzzahlen der Konkurrenzprodukte in Deutschland fehlt es völlig.

Ferner weisen die von der Klägerin vorgetragene Produkte des Umfeldes jeweils eine signifikant andere Gestaltung auf; insbesondere die für die Produkte der Klägerin kennzeichnende Kombination des klar strukturierten, modularen Aufbaus mit den kontrastierenden Kühlrippen findet sich so bei lediglich bei einem der in den Anlagen K 11 (Bl. 55 ff. d. A.) und K 28 sowie K 29 (Anlagenheft) wiedergegebenen Produkte („X“). Bei sämtlichen anderen Produkten, insbesondere den von der Beklagten hervorgehobenen „G“ (Anlage K 11/1) und „H“ (Anlage K 11/2), fehlt es an der klaren Strukturierung des Produkts der Klägerin. Zwar sind auch bei diesen die einzelnen Module erkennbar, aus denen das Gerät jeweils aufgebaut ist. Sie sind jedoch weniger deutlich voneinander abgegrenzt, so dass sich insgesamt ein weitaus geschlosseneres und kompakteres Gesamtbild als bei der Seilwinde der Klägerin ergibt. Ferner fehlt beiden Produkten die Kombination von horizontalen und

vertikalen Kühlrippen.

Einzig das Produkt des niederländischen Unternehmens M (Anlage K 29, Anlagenheft) zeigt eine vergleichbare Kombination von horizontalen und vertikalen Kühlrippen. Hierbei fällt jedoch auf, dass die horizontalen Rippen – von denen auch nur vier vorhanden sind, während das Produkt der Klägerin durch eine Vielzahl von Rippen gekennzeichnet ist – weitaus stärker ausgeprägt sind als die vertikalen Rippen. Dieses Produkt unterscheidet sich jedoch wesentlich von dem der Klägerin dadurch, dass ihm der klar gegliederte modulare Aufbau fehlt. Wie die bereits erörterten Konkurrenzprodukte wirkt es in sich geschlossen und kompakt.

Das einzige – in der ersten Instanz vorgetragene – Produkt, das ebenfalls die genannte Merkmalskombination aufweist, ist die Seilwinde „X“ (Anlage K 29, Anlagenheft). Hierzu hat die Klägerin in der ersten Instanz unwidersprochen vorgetragen, es handele sich dabei ebenfalls um eine Nachahmung ihrer Seilwinden. Dies kann bei einem Vergleich der Produkte bestätigt werden. Auch die Beklagte beruft sich nicht darauf, dass die Seilwinde „X“ noch vor den Produkten der Klägerin auf den Markt gekommen sei. Der Umstand allein, dass neben einer als wettbewerbswidrige Nachahmung beanstandeten Gestaltung zeitgleich oder während eines Verletzungsverfahrens ähnliche andere auf den Markt kommen, steht aber der Annahme der wettbewerbslichen Eigenart nicht entgegen. Dem Betroffenen darf durch mehrere etwa gleichzeitige Nachahmungshandlungen nicht die Möglichkeit zur Gegenwehr genommen werden (BGH, Urteil vom 24. 3. 2005 – I ZR 131/02 – GRUR 2005, 600, 602 – Handtuchklemmen; Senat, Urteil vom 9. 11. 2007 – 6 U 9/07 – GRUR-RR 2008, 166, 168 – Bigfoot).

Die Beklagte hat in der Berufungsinstanz erstmals selber weitere Produkte angeführt, die eine Schwächung der wettbewerbslichen Eigenart der Seilwinden der Klägerin belegen sollen. Da die Gestaltung dieser Produkte seitens der Klägerin nicht bestritten wird, steht ihrer Berücksichtigung § 531 Abs.

2 ZPO nicht entgegen. Diese Produkte weisen aber – mit zwei Ausnahmen – ein deutlich abweichendes Erscheinungsbild von dem der Klägerin auf: Übereinstimmungen lassen sich lediglich bei den Produkten „Z“ und Q2 sowie N2 der S GmbH („dual lift“) feststellen, die als einzige Produkte des wettbewerblichen Umfelds den klar gegliederten modularen Aufbau der Seilwinden der Klägerin aufweisen. Die Klägerin hat hierzu vorgetragen, dass es sich bei beiden Produkten um das leicht modifizierte Nachfolgemodell eines von ihr ebenfalls gerichtlich verfolgten Nachahmerproduktes handele, das sie freigezeichnet habe. Die Beklagte hat diesen Vortrag zwar bestritten, er wird jedoch bestätigt durch die beigezogene Akte 31 0 581/08 LG Köln. Auch insoweit gilt daher zunächst der Grundsatz, dass nachträglich auf den Markt gekommene Nachahmungen nicht geeignet sind, Ansprüche aus wettbewerbsrechtlichem Nachahmungsschutz entfallen zu lassen. Maßgeblich ist ferner, dass beide Produkte nicht den markanten Kontrast zwischen vertikalen und horizontalen Kühlungsrippen aufweisen.

ee) Eine hohe Verkehrsbekanntheit der Produkte der Klägerin und eine darauf beruhende Steigerung der wettbewerblichen Eigenart (vgl. BGH, Urteil vom 22. 3. 2012 – I ZR 21/11 – GRUR 2012, 1155 Tz. 38 – Sandmalkasten) kann der Senat dagegen auf der Grundlage des unstreitigen Parteivorbringens nicht feststellen. Insgesamt schließt sich der Senat daher der Einschätzung des Landgerichts an, dass die Seilwinden der Klägerin über durchschnittliche wettbewerbliche Eigenart verfügen.

d) Die Beklagte hat mit ihren Modellen die Seilwinden der Klägerin nachgeahmt.

aa) Bei der Beurteilung der Ähnlichkeit kommt es auf die Gesamtwirkung der sich gegenüberstehenden Produkte an. Dabei ist zu prüfen, ob gerade die übernommenen Gestaltungsmittel diejenigen sind, die die wettbewerbliche Eigenart des Produkts ausmachen, für das Schutz beansprucht wird (BGH, Urteil vom 11. 1. 2007 – I ZR 198/04 – GRUR 2007, 795 Tz. 32 –

Handtaschen; Urteil vom 15. 4. 2010 – I ZR 145/08 – GRUR 2010, 1125, Tz. 25 – Femur-Teil). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Verkehr die in Rede stehenden Produkte regelmäßig nicht gleichzeitig wahrnimmt und miteinander vergleicht, sondern seine Auffassung auf Grund eines Erinnerungseindrucks gewinnt. In diesem Eindruck treten regelmäßig die übereinstimmenden Merkmale mehr hervor als die Unterschiede, so dass es maßgeblich nicht so sehr auf die Unterschiede als auf die Übereinstimmungen ankommt (BGH, Urteil vom 11. 1. 2007 – I ZR 198/04 – GRUR 2007, 795 Tz. 34 – Handtaschen; Urteil vom 28. 5. 2009 – I ZR 124/06 – GRUR 2010, 80 Tz. 39 – LIKEaBIKE).

bb) Das Landgericht ist von einer nahezu identischen Übernahme des Produkts der Klägerin ausgegangen. Dem ist zuzustimmen. Eine nahezu identische Übernahme ist gegeben, wenn nach dem Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Erzeugnisse die Nachahmung nur geringfügige Abweichungen vom Original aufweist (BGH, Urteil vom 8. 12. 1999 – I ZR 101/97 – GRUR 2000, 521, 524 – Modulgerüst I; Urteil vom 15. 4. 2010 – I ZR 145/08 – GRUR 2010, 1125 Tz. 25 – Femur-Teil). Dabei kommt es darauf an, ob gerade die übernommenen Gestaltungsmittel die wettbewerbliche Eigenart des nachgeahmten Produkts begründen (BGH, Urteil vom 15. 4. 2010 – I ZR 145/08 – GRUR 2010, 1125 Tz. 25 – Femur-Teil).

Die Seilwinde der Beklagten hat die prägenden Merkmale der der Klägerin übernommen, wie ein direkter Vergleich zeigt:

Beide Seilwinden weisen die gleiche Gestaltung des Motorgehäuses auf, das zylindrisch geformt ist, wobei der obere Teil eine glatte Oberfläche zeigt, während der untere mit vertikalen Kühlrippen versehen ist. Ferner weisen beide Seilwinden die Grundplatte auf, die die Verbindung zwischen Motorgehäuse und dem versetzt darunter angeordneten Getriebegehäuse herstellt. In beiden Fällen ist das Getriebegehäuse an der Vorderseite mit horizontalen Kühlrippen versehen und weist markante Verschraubungen auf. Auch die seitlich angebrachten, um 90° versetzten rechteckigen Kästen

für die Steuerung und das Seil sind beiden Modellen gemeinsam. Der Gesamteindruck beider Modelle wird durch den gleichen klar strukturierten modularen Gesamtaufbau, bei dem die einzelnen Bauteile deutlich voneinander abgegrenzt sind, charakterisiert. Auch das hervorstechende Merkmal des Kontrastes zwischen den vertikalen Kühlungsrippen des unteren Teils des Motorgehäuses und den horizontalen Rippen des Getriebegehäuses ist bei dem Modell der Beklagten übernommen worden.

Die von der Beklagten hervorgehobenen Unterschiede sind demgegenüber nicht geeignet, einen abweichenden Gesamteindruck zu begründen. Zutreffend ist, dass das Modell der Beklagten spiegelbildlich zu dem der Klägerin aufgebaut ist, so dass sich bei der Beklagten der Steuerungskasten auf der linken Seite des Motorgehäuses befindet, während er bei der Klägerin auf der rechten Seite angebracht ist. Dementsprechend ist auch die Anordnung des Getriebegehäuses anders. Diese Spiegelung ist jedoch nicht geeignet, einen wesentlich anderen Gesamteindruck zu begründen; sie wirkt sich nicht auf den klar gegliederten, modularen Gesamtaufbau aus. Gerade wegen dieses modularen Gesamtaufbaus wird ein Betrachter, dem der Unterschied überhaupt auffällt, annehmen, es handele sich bei dem Modell der Beklagten lediglich um eine Produktvariante eines Modells der Klägerin. Tatsächlich, so trägt die Klägerin in der Berufungsinstanz unwidersprochen vor, hat eines ihrer Modelle, „U T 1.000“, ebenfalls den „seitenverkehrten“ Aufbau (Bl. 607 d. A.).

Soweit die Beklagte auf unterschiedliche Dimensionen des Motorgehäuses und des Getriebegehäuses abstellt, so ist zunächst darauf hinzuweisen, dass diese Dimensionen sehr stark von der Perspektive abhängen, aus dem die betreffende Aufnahme erstellt worden ist. Bei den oben wiedergegebenen Aufnahmen ist das Modell der Klägerin von einem etwas höheren Standpunkt aus fotografiert worden als das der Beklagten, so dass die Proportionen nicht unmittelbar vergleichbar sind. Selbst wenn

aber die Behauptung der Beklagten zutreffen sollte, dass es hinsichtlich der Proportionen Abweichungen geben sollte, so sind diese nicht so gravierend, dass sie einem Betrachter, der die beiden Modelle nicht nebeneinander sieht, ins Auge fallen würden. Insbesondere sind sie nicht geeignet, den Gesamteindruck der Produkte zu beeinflussen. Dieser wird vielmehr durch die Größenverhältnisse der einzelnen Bauelemente zueinander bestimmt, die bei beiden Modellen vergleichbar sind.

Die Unterschiede der Verschraubungen und der Verbindungen der einzelnen Bauelemente untereinander, auf die die Beklagte weiterhin abstellt, sind auch für einen aufmerksamen Betrachter kaum zu erkennen. Vielmehr gilt, dass dem Betrachter die markanten Verschraubungen an den Ecken der Verbindungsplatte zwischen Motorgehäuse und Getriebegehäuse einerseits, an den Ecken des Getriebegehäuses andererseits in Erinnerung bleiben werden, die bei beiden Produkten übereinstimmen. Die unterschiedlich gestalteten Griffe, die die beiden Modelle aufweisen, gehören nicht zu den prägenden Merkmalen. Des Weiteren hat die Klägerin unwidersprochen vorgetragen, dass nicht alle Modelle ihrer Seilwinden über einen solchen Griff verfügen. Auch die Motorengehäuse der beiden Seilwinden weisen keine signifikanten Unterschiede auf. In beiden Fällen handelt es sich von der Grundform her um ein zylinderförmiges Bauteil, wobei die leicht abweichende Gestaltung der vertikalen Kühlrippen kaum ins Auge fällt. Auch die leicht unterschiedliche Anbringung des Steuerungskastens, der bei dem Modell der Klägerin etwas niedriger angesetzt ist als bei dem der Beklagten, fällt einem unbefangenen Betrachter nicht ohne Weiteres ins Auge. Gleiches gilt schließlich auch für die Gestaltung der Seitenwand des Getriebegehäuses, das bei der Beklagten auf der rechten Seite – anders als bei der Klägerin – halbrund ausgestaltet ist.

Die Beklagte hat ihre Behauptung, ihre Produkte würde von denen der Klägerin abweichen, weiter unter Beweis durch ein

Sachverständigengutachten gestellt (Bl. 78 d. A.). Dieses Beweisangebot ist ungeeignet. Auch hier gilt, dass der Senat, auch wenn seine Mitglieder selbst nicht zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören, auf Grund ihrer durch ständige Befassung mit Wettbewerbssachen erworbenen besonderen Sachkunde diese Frage selbst beurteilen kann. Da der optische Gesamteindruck maßgeblich ist, sind in diesem Zusammenhang nur Erwägungen anzustellen, für die die Zugehörigkeit zur potenziellen Kundschaft nicht erforderlich ist. Ein Sachverständigengutachten ist daher nicht notwendig (BGH, Urteil vom 15. 9. 2005 – I ZR 151/02 – GRUR 2006, 79 Tz. 27 – Jeans; Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl. 2013, § 4 Rn. 9.33).

Insgesamt können die Abweichungen nur als geringfügig und im Gesamteindruck unerheblich bewertet werden, so dass sie nicht geeignet sind, die Beurteilung als eine fast identische Übernahme in Frage zu stellen.

bb) Die Beklagte hat sich weiterhin darauf berufen, bei ihrem Produkt handele es sich um eine selbständige Eigenentwicklung, die von ihren Mitarbeitern ohne Kenntnis der Produkte der Klägerin geschaffen worden sei. Eine Nachahmung setzt voraus, dass dem Hersteller im Zeitpunkt der Schaffung des beanstandeten Produkts das Vorbild bekannt war. Liegt diese Kenntnis nicht vor, sondern handelt es sich bei der angegriffenen Ausführung um eine selbstständige Zweitentwicklung, so ist schon begrifflich eine Nachahmung ausgeschlossen (BGH, Urteil vom 26. 6. 2008 – I ZR 170/05 – GRUR 2008, 1115 Tz. 24 – ICON). Ist der Anspruchsgegner mit seinem Produkt zeitlich nach dem Anspruchsteller auf dem Markt erschienen, so spricht aber eine tatsächliche Vermutung dafür, dass er bei der Entwicklung seines Produkts Kenntnis von dem Produkt des Anspruchstellers hatte. Der Beklagte hat in diesem Fall zu beweisen, dass er das von ihm angebotene Produkt in Unkenntnis der Existenz des Originals geschaffen hat (Senat, Urteil vom 9. 11. 2007 – 6 U 9/07 – GRUR-RR 2008, 166, 169 – Bigfoot; Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl. 2013, § 4 Rn. 9.78).

Unabhängig von der Frage, ob die Produkte der Klägerin die erforderliche Bekanntheit aufweisen, lässt sich den von ihr vorgelegten Unterlagen jedenfalls entnehmen, dass sie vergleichbare Seilwinden bereits seit den 1980er Jahren herstellt. Die Beklagte ist dagegen nach ihrer eigenen Behauptung, wie sie im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils wiedergegeben ist, erst 1999, mithin nach der Klägerin, auf den Markt gekommen. Sie müsste daher darlegen und beweisen, dass sie ihre Seilwinden ohne Kenntnis der Produkte der Klägerin eigenständig entwickelt hat.

Das Landgericht hat den entsprechenden Vortrag der Beklagten als unsubstantiiert zurückgewiesen. Dem schließt sich der Senat an. Allein die Behauptung, die Beklagte habe keine Kenntnis von dem Produkt der Klägerin gehabt, genügt in diesem Zusammenhang nicht. Tatsächlich wäre es erforderlich gewesen, dass die Beklagte die Einzelheiten des Entwicklungsprozess vorträgt. Dies ist in der ersten Instanz nicht geschehen; sie hat lediglich einige Fotografien von einer Seilwinde vorgelegt, die Vorgängermodelle darstellen sollen (Anlagen B 1 und B 2, Bl. 87 ff.). Jedenfalls die Fotografien B 1, auf denen eine Seilwinde der „zweiten Generation“ (Bl. 72 d. A.) zu sehen sein soll, stellen ein Produkt dar, dass sich von dem angegriffenen kaum unterscheidet und daher bereits eine fast identische Nachahmung der Seilwinden der Klägerin darstellt. Auf den Bildern B 2 lassen sich kaum Einzelheiten erkennen; die dort abgebildeten Seilwinden erinnern an die frühen Modelle der Klägerin mit rundem Getriebegehäuse.

Das Landgericht hat in diesem Zusammenhang ausgeführt, es fehle jeder nähere Vortrag, der diese Entwicklung von den ersten Entwürfen über Prototypen bis hin zu den vertriebsfertigen Produkten und deren Weiterentwicklung näher belegen könnte (S. 11 UA). Dieser Vortrag ist auch in der zweiten Instanz nicht erfolgt, die Beklagte hat lediglich einige handschriftliche Notizen in chinesischer Sprache vorgelegt, aus denen sich die Entwicklung ihres Modells

ergeben soll (Anlage RS 13, Bl. 529 ff. d. A.). Einige dieser Notizen enthalten Zeichnungen, die eine gewisse Ähnlichkeit zu der Seilwinde der Beklagten oder ihren Bauteilen aufweisen (S. 34/36 = Bl. 556/558), mehr aber auch nicht. Die Einzelheiten des Entwicklungsprozesses lassen sich ihnen auch nicht entnehmen. Gerade angesichts der auffallenden Ähnlichkeit zwischen den Produkten der Klägerin und denen der Beklagten wäre hier weiterer Vortrag erforderlich gewesen.

Gegen die Bekanntheit der Seilwinden der Klägerin in China spricht auch nicht, dass diese erst ab 2005 selber auf dem chinesischen Markt aktiv geworden ist. Die Produkte der Klägerin werden weltweit vertrieben, und auch die Beklagte ist auf internationalen Märkten vertreten. Ferner handelt es sich bei den Seilwinden nicht um ausschließlich stationär eingesetzte Produkte, sondern sie werden auch im Baubetrieb eingesetzt. Es ist daher ohne weiteres möglich, dass die Beklagte auch vor 2005 Kenntnis der Seilwinden der Klägerin hatte. Gerade wenn sie 1999 als international tätiges Unternehmen die Herstellung von Seilwinden aufnehmen wollte, lag es nahe, sich mit dem zu diesem Zeitpunkt auf dem Weltmarkt bereits vorhandenen Angebot vertraut zu machen.

e) aa) Das Anbieten eines Nachahmungsprodukts ist unlauter, wenn es eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft des Nachahmungsprodukts herbeiführt. Ob es zu einer Herkunftstäuschung kommt, beurteilt sich aus der Sicht der potenziellen Abnehmer des Produkts. Maßgeblich ist der angemessen gut informierte und angemessen aufmerksame und kritische durchschnittliche Abnehmer. Richtet sich das Angebot an eine bestimmte Gruppe von Abnehmern, etwa Fachleute, ist auf die Sichtweise eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe abzustellen (BGH, Urteil vom 15. 4. 2010 – I ZR 145/08 – GRUR 2010, 1125 Tz. 32 – Femur-Teil). Im vorliegenden Fall kommen als Abnehmer des Produkts zwar nicht Verbraucher, sondern in erster Linie Gewerbetreibende in Betracht. Die Klägerin hat vorgetragen, die Abnehmerkreise würden dabei von

großen Bauunternehmen über kleine Handwerksbetriebe bis hin zu Theaterbühnen reichen. Die Beklagte hat bestritten, dass zu den Abnehmern der Klägerin auch kleine Betriebe gehören würden (Bl. 268 d. A.).

Nicht bestritten und auch ohne weiteres nachvollziehbar ist aber der breit gefächerte Abnehmerkreis, zu dem neben Bauunternehmen selbst Theater gehören. Nach dem von der Klägerin vorgelegten Prospektmaterial (Anlagen K 4 und K 4a, Bl. 25 ff. d. A.) kommen die Seilwinden nicht nur beim Bau, sondern auch bei der Wartung und Reinigung von Gebäudefassaden zum Einsatz. Ausdrücklich angesprochen werden unter anderem Fassadenbauer, Fensterreiniger, Kaminbauer und Maler (Bl. 35 d. A.). Selbst eine Benutzung zum Bewegen von Eisenbahn-Güterwagen ist möglich (Bl. 26 d. A.). Bei einem derart heterogenen Abnehmerkreis, für den die Seilwinden lediglich Hilfsgeräte darstellen, kann nicht von vertieften Kenntnissen der Abnehmer über die Marktverhältnisse ausgegangen werden. Es handelt sich bei den Seilwinden auch nicht um derart hochwertige Investitionsgüter, dass sie – selbst von einem kleineren Unternehmen – nur aufgrund einer sorgfältigen Marktanalyse erworben werden. Aus den von der Beklagten vorgelegten Unterlagen ergeben sich für Konkurrenzprodukte Preise in einer Größenordnung von 5.000 – 6.000 EUR. Dass auch die Produkte der Klägerin zu vergleichbaren Preisen vertrieben werden, ist seitens ihrer Vertreter in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bestätigt worden.

bb) Die Gefahr einer Täuschung über die betriebliche Herkunft eines nachgeahmten Erzeugnisses setzt, sofern nicht Original und Nachahmung nebeneinander vertrieben werden und der Verkehr damit beide unmittelbar miteinander vergleichen kann, voraus, dass das nachgeahmte Erzeugnis eine gewisse Bekanntheit erlangt hat. Es genügt bereits eine Bekanntheit, bei der sich die Gefahr der Herkunftstäuschung in noch relevantem Umfang ergeben kann, wenn Nachahmungen vertrieben werden (BGH, Urteil vom 24. 5. 2007 – I ZR 104/04 – GRUR 2007, 984 Tz. 34 –

Gartenliege). Die Bekanntheit kann sich nicht nur aus hohen Absatzzahlen des Originals, sondern auch aus entsprechenden Werbeanstrengungen ergeben (Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl. 2013, § 4 Rn. 9.41a). Solche Werbeanstrengungen können in Prospekten, Katalogen und Messeauftritten bestehen (Senat, Urteil vom 27. 6. 2003 – 6 U 16/03 – GRUR-RR 2004, 21, 23 – Küchen-Seiher).

Die Beklagte hat die von der Klägerin vorgetragene Zahlen zu Marktanteilen und Umsatz bestritten. Das Landgericht hat dazu ausgeführt, die Beklagte habe sich als Mitbewerberin und Teilnehmerin am deutschen Markt nicht auf ein pauschales Bestreiten der von der Klägerin vorgetragene Marktanteile beschränken dürfen, sondern hätte ihrerseits zur Marktsituation näher vortragen müssen (S. 13 UA). Es kann dabei offen bleiben, ob von der Beklagten als einem chinesischen Unternehmen tatsächlich erwartet werden kann, dass sie vertiefte Kenntnisse über die Marktverhältnisse auf dem deutschen Markt hat. Hinsichtlich des weltweiten Marktes wäre ein solcher Vortrag schon eher zumutbar gewesen. Die Beklagte hat in der Berufungsinstanz allerdings gerügt, dass die Klägerin zu ihren Marktanteilen nicht einheitlich vorgetragen hat. In der ersten Instanz hat sie den Marktanteil ihrer Seilwinden in Deutschland noch mit ca. 80 % (Bl. 5 d. A.) beziehungsweise 75-80 % (Bl. 126) beziffert und sich ausdrücklich als Marktführer bezeichnet. In der Berufungsinstanz dagegen gibt sie ihren Marktanteil mit „über 50 %“ in Deutschland, mit 80 % weltweit („ohne Asien“) an (Bl. 592 d. A.). Der Senat lässt daher die Marktanteile bei der Bestimmung, ob die Produkte der Klägerin hinreichend bekannt sind, außer Betracht, wie es im Ergebnis auch das Landgericht getan hat, das in diesem Zusammenhang in erster Linie auf das von der Klägerin vorgelegte Werbematerial und ihren Internetauftritt abgestellt hat.

Wie bereits angesprochen, sind Werbeaufwendungen und Messeauftritte grundsätzlich geeignet, um die erforderliche

Bekanntheit des nachgeahmten Produkts zu belegen. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin umfangreiches Prospektmaterial vorgelegt, das jedenfalls ihre langjährige Präsenz am Markt belegt. Entscheidend ist, dass sie, ohne dass die Beklagte dem substantiiert entgegengetreten wäre, vorgetragen hat, ihre Produkte seit den 1980er Jahren regelmäßig auf Fachmessen wie der Hannover Messe vorgestellt zu haben. Auch die Beklagte trägt – in anderem Zusammenhang – vor, dass es sich bei diesen Messen um zentrale, auch international für die Branche bedeutsame Ereignisse handelt. Die Vorstellung eines entsprechenden Produkts auf diesen Messen ist daher durchaus geeignet, die erforderliche Bekanntheit der Produkte bei den angesprochenen Fachkreisen zu erzeugen. Es ist daher möglich, aus diesem Umstand die erforderliche Bekanntheit der Produkte der Klägerin abzuleiten.

Ferner handelt es sich bei dem vorliegenden Verfahren (nach dem Verfahren 31 O 581/08 LG Köln) bereits um das zweite Verfahren im Bezirk des Landgerichts Köln, in dem die Klägerin einen Nachbau ihrer Seilwinde gerichtlich verfolgt. Der Umstand, dass die Seilwinden der Klägerin sowohl von in Deutschland ansässigen Unternehmen (dies war der Fall in dem Verfahren 31 O 581/08) als auch, wie im vorliegenden Fall, von chinesischen Unternehmen nahezu identisch nachgeahmt werden, ist aus Sicht des Senats ebenfalls ein für die hinreichende Bekanntheit der Produkte der Klägerin sprechendes Indiz. Hinzu kommt der Vertrieb des Produkts „X“, bei dem es sich ebenfalls, wie bereits die vorgelegten Abbildungen belegen, um eine nahezu identische Nachahmung der Produkte der Klägerin handelt.

bb) Die Beklagte beruft sich darauf, durch die auf ihren Seilwinden angebrachte Herstellerkennzeichnung werde eine Herkunftstäuschung ausgeschlossen. Diese ist – unstreitig – auf der Seite des Seilscheibengehäuses eingeprägt; darunter befindet sich noch ein fest angebrachtes Typenschild, auf dem

ebenfalls die Beklagte als Hersteller angegeben ist. Die Klägerin hat zwar eingewendet, diese Kennzeichen seien beim üblichen Einsatz der Geräte nicht wahrnehmbar. Die Beklagte bestreitet das, und dies lässt sich auch den „Einsatzbeispielen“ – beispielsweise im Prospekt der Klägerin, Anlage K 4 und K 4a (Bl. 25 ff. d. A.) – nicht entnehmen. Dort lässt sich vielmehr erkennen, dass auch die Klägerin ihre Kennzeichnung an der gleichen Stelle anbringt.

Die Frage, welche Bedeutung der Verkehr der Anbringung von unterscheidenden Kennzeichnungen und der abweichenden Farbgestaltung beimisst, bedarf einer umfassenden Würdigung aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls, um feststellen zu können, ob dadurch eine Täuschung des Verkehrs vermieden wird. Die Verwendung unterscheidender Merkmale, zu denen unter anderem die hinreichend sichtbare Anbringung einer Herstellerbezeichnung gehört, kann zwar durchaus aus dem Bereich der Herkunftstäuschung herausführen (BGH, Urteil vom 14. 1. 1999 – I ZR 203/96 – GRUR 1999, 751, 753 – Güllepumpen; Urteil vom 7. 2. 2002 – I ZR 289/99 – GRUR 2002, 820, 823 – Bremszangen). Allerdings kann auch eine auf den Hersteller hinweisende Kennzeichnung auf dem Produkt die Annahme einer vermeidbaren Gefahr einer Herkunftstäuschung nicht von vornherein ausschließen. Denn für die Gefahr einer Herkunftstäuschung reicht es aus, dass bei den angesprochenen Verkehrskreisen der Eindruck erweckt wird, es handele sich bei dem nachahmenden Produkt um eine neue Serie oder eine Zweitmarke des Herstellers des Originals oder es bestünden zumindest lizenz- oder gesellschaftsvertragliche Beziehungen zu ihm (BGH, Urteil vom 15. 6. 2000 – I ZR 90/98 – NJW-RR 2001, 405, 407 – Messerkennzeichnung; Urteil vom 2. 4. 2009 – I ZR 199/06 – GRUR 2009, 1073 Tz. 15 – Ausbeinmesser).

Zwar richten sich die Produkte der Parteien nicht an Verbraucher. Andererseits gehören zu ihren Abnehmern nicht nur spezialisierte Facheinkäufer, sondern Unternehmen der unterschiedlichsten Branchen und Betriebsgrößen, für die die

Produkte der Parteien auch nur ein Hilfsmittel darstellen, das nicht ständig und in großem Umfang beschafft werden muss. Daher ist der vorliegende Sachverhalt nicht mit denen zu vergleichen, die den Urteilen des BGH vom 15. 4. 2010 (I ZR 145/08 – GRUR 2010, 1125 Tz. 32 – Femur-Teil) und des Senats vom 29. 10. 2010 (6 U 119/10 – WRP 2011, 109 ff. – Joghurtbecher) zugrunde lagen. Vertiefte Kenntnisse der Verhältnisse auf dem sehr speziellen Markt, auf dem die Parteien ihre Produkte anbieten, können bei den angesprochenen Verkehrskreisen nicht erwartet werden. Es entspricht zudem der Lebenserfahrung, dass die an technischen Produkten der vorliegenden Art interessierten Verkehrskreise eher auf die fast identischen technischkonstruktiven Merkmale als auf eine Firmenkennzeichnung achten (BGH, Urteil vom 8. 12. 1999 – I ZR 101/97 – GRUR 2000, 521, 524 – Modulgerüst).

Bei dieser Sachlage ist es nicht von der Hand zu weisen, dass erhebliche Teile der angesprochenen Verkehrskreise davon ausgehen, die Beklagte stelle die Seilwinden mit Zustimmung der Klägerin – etwa als vereinfachtes Produkt, das in erster Linie zum Einsatz in Schwellenländern konzipiert ist – her. Gerade bei Produkten eines europäischen Unternehmens einerseits, eines chinesischen Unternehmens andererseits erscheint dies aufgrund der zunehmenden wirtschaftlichen und technischen Zusammenarbeit von europäischen und chinesischen Unternehmen etwa in Gestalt von joint ventures als eine naheliegende Möglichkeit. Die angesprochenen Verkehrskreise können durchaus die Vorstellung gewinnen, die „U“-gleiche Seilwinde komme aus einem Unternehmen, das technisch und wirtschaftlich mit dem europäischen Hersteller der „U“-Seilwinden eng zusammenarbeite und insbesondere auch dessen Qualitätsanforderungen genüge (vgl. schon BGH, Urteil vom 14. 4. 1988 – I ZR 35/86 – GRUR 1988, 620, 623 – Vespa-Roller). Tatsächlich hat es nach dem Vortrag der Klägerin sogar Überlegungen in dieser Richtung gegeben, die sich in der beabsichtigten Übernahme des Unternehmens „Wuxi“ (des Herstellers der Seilwinde „X“) äußerten.

Der Beklagten ist auch zuzumuten, durch Umgestaltung ihres Produkts die Gefahr einer Herkunftstäuschung zu vermeiden. Es ist einem Unternehmer zwar nicht verwehrt, auf die Verkäuflichkeit seines Erzeugnisses zu achten und dementsprechend die Erwartungen der Abnehmer, vor allem an den Gebrauchszweck des Erzeugnisses, zu berücksichtigen. Er darf daher grundsätzlich die technischen Gestaltungselemente des Originals übernehmen, wenn sie sich aus diesen Gründen als eine dem offenbarten Stand der Technik einschließlich der praktischen Erfahrung angemessene technische Lösung darstellen (BGH, Urteil vom 12. 7. 2001 – I ZR 40/99 – GRUR 2002, 86, 90 – Laubhefter; Urteil vom 7. 2. 2002 – I ZR 289/99 – GRUR 2002, 820, 822 – Bremszangen; Urteil vom 24. 5. 2007 – I ZR 104/04 – GRUR 2007, 984 Tz. 35 – Gartenliege; Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl. 2013, § 4 Rn. 9.49).

Die Angemessenheit ist aber zu verneinen, wenn dem Mitbewerber auch bei gleicher Prioritätensetzung und Benutzung desselben freien Stands der Technik sowie handelsüblicher Normbauteile ein hinreichender Spielraum für Abweichungen zur Verfügung steht. Dies setzt eine Gesamtwürdigung voraus. Je komplexer ein technisches Erzeugnis ist und je mehr technische Funktionen es auf sich vereint, desto weniger erscheint es technisch notwendig, die konkrete Gesamtgestaltung in allen Einzelheiten (nahezu) identisch zu übernehmen. Ein Indiz dafür ist es, wenn abweichende Konkurrenzzeugnisse mit einem, zumindest für Fachleute, „eigenen Gesicht“ auf dem Markt sind (BGH, Urteil vom 12. 7. 2001 – I ZR 40/99 – GRUR 2002, 86, 90 – Laubhefter; Urteil vom 2. 4. 2009 – I ZR 199/06 – GRUR 2009, 1073 Tz. 15 – Ausbeinmesser; Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl. 2013, § 4 Rn. 9.49). Diese Voraussetzungen sind hier angesichts der in diesem Rechtsstreit vorgetragene Produkte des wettbewerblichen Umfelds erfüllt, die selbst für Laien unterschiedliche „Gesichter“ aufweisen. Auch die Beklagte legt nicht dar, dass die Produkte des wettbewerblichen Umfelds signifikante technische oder funktionelle Nachteile aufweisen.

f) Im Rahmen der bei der Anwendung des § 4 Nr. 9 a UWG gebotenen Gesamtabwägung ist zu berücksichtigen, dass eine Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen besteht, so dass bei einer größeren wettbewerblichen Eigenart und einem höheren Grad der Übernahme geringere Anforderungen an die besonderen Umstände zu stellen sind, die die Wettbewerbswidrigkeit der Nachahmung begründen und umgekehrt. Auch bei der nahezu identischen Übernahme sind die Anforderungen an die wettbewerbliche Eigenart und an die besonderen wettbewerblichen Umstände geringer als bei der nur nachschaffenden Übernahme (BGH, Urteil vom 14. 12. 1995 – I ZR 240/93 – GRUR 1996, 210, 211 – Vakuumpumpen; Urteil vom 22. 3. 2012 – I ZR 21/11 – GRUR 2012, 1155 Tz. 16 – Sandmalkasten). Im vorliegenden Fall trifft eine fast identische Übernahme mit einer durchschnittlichen wettbewerblichen Eigenart zusammen. Die Anforderungen an die besonderen wettbewerblichen Umstände sind daher – wie auch die an die wettbewerbliche Eigenart – niedriger anzusetzen, so dass im Gesamtergebnis von einer unlauteren Nachahmung im Sinn des § 4 Nr. 9 a UWG auszugehen ist.

3. Die Ansprüche der Klägerin sind nicht verjährt. Das Landgericht hat dazu ausgeführt, dass die Beklagte die von ihr erhobene Einrede der Verjährung nicht weiter begründet habe, insbesondere zu den Voraussetzungen der Verjährung nicht vorgetragen habe.

Die Klägerin hat vorgetragen, sie habe erst im März 2010 Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen erlangt (Bl. 242 d. A.). Aus der Akte ergeben sich keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass sie bereits zu einem früheren Zeitpunkt Kenntnis von dem Vertrieb der Seilwinden der Beklagten in Deutschland hatte, so dass die Verjährung im März 2010 zu laufen begann (§ 11 Abs. 2 Nr. 2 UWG). Die Klage ist am 21. 4. 2010 bei Gericht eingegangen. Eine zunächst

beabsichtigte Zustellung auf der Messe BAUMA 2010 ist gescheitert; anschließend ist die Zustellung im Wege der internationalen Rechtshilfe veranlasst worden. Die Zustellung ist ausweislich Bl. 190 d. A. dann am 3. April 2011 erfolgt.

Bei Zustellungen im Ausland ist bei der Auslegung des Begriffes „demnächst“ im Rahmen des § 167 ZPO ein eher großzügiger Maßstab anzulegen; auch mehrmonatige Verzögerungen schaden selbst bei Zustellungen im Raum der Europäischen Union nicht. Es ist auch unschädlich, dass die Klägerin nicht bereits bei Klageeinreichung die förmliche Zustellung im Ausland beantragt und weitere Exemplare der Klageschrift erst auf Anforderung des Landgerichts eingereicht hat. Mit der Einreichung der Klageschrift und der Angabe der ausländischen Anschrift der Beklagten hatte die Klägerin alles Erforderliche getan, um die Auslandszustellung einzuleiten, und durfte abwarten, ob und welche Auflagen ihr das Gericht machen würde (vgl. BGH, Urteil vom 11. 7. 2003 – V ZR 414/02 – NJW 2003, 2830, 2831 f.). Durch die danach „demnächst“ erfolgte Klagezustellung konnte die im April 2010 eingereichte Klage gemäß den §§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, 167 ZPO die Verjährungsfrist des § 11 Abs. 1 UWG hemmen.

4. Auf dieser Grundlage hat das Landgericht auch dem Antrag der Klägerin, die Schadensersatzpflicht der Beklagten festzustellen, mit Recht stattgegeben. Auch wenn die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat die Auskunft erteilt hat, sie habe die streitgegenständliche Seilwinde nicht in Deutschland vertrieben, steht dies einem Schadensersatzanspruch der Klägerin nicht grundsätzlich entgegen. Zunächst ist denkbar, dass der Klägerin, auch wenn die Beklagte keine Seilwinde nach Deutschland geliefert hat, aufgrund des Messeauftritts der Beklagten und ihrer Internetauftritte ein Marktverwirrungsschaden entstanden ist.

Ferner umfasst der Schadensersatzanspruch der Klägerin auch die Kosten der Rechtsverfolgung. Auch wenn diese Kosten für die Klägerin bereits zu Beginn des Verfahrens bezifferbar

gewesen sein sollten, konnte sie vor Erteilung der Auskunft durch die Beklagte nicht wissen, ob ihr ein darüber hinausgehender Schaden entstanden ist. In einem solchen Fall darf der Anspruchsteller in vollem Umfang eine Feststellungsklage erheben, auch wenn er einen Teil seines Schadens bereits beziffern kann (Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Aufl. 2011, § 52 Rn. 17 m. w. N.). Selbst wenn der Schaden der Klägerin nach Erteilung der Negativauskunft insgesamt bezifferbar geworden sein sollte, steht dies der Zulässigkeit des Feststellungsantrags nicht entgegen. Grundsätzlich besteht keine Verpflichtung des Verletzten, von der Feststellungsklage auf die Leistungsklage überzugehen, wenn Letztere während des Prozesses möglich wird. Eine Ausnahme ist lediglich dann gegeben, wenn der Kläger lange vor Beendigung des ersten Rechtszugs zur Leistungsklage hätte übergehen können, ohne dass dadurch die Sachentscheidung verzögert worden wäre (BGH, Urteil vom 28. 6. 2007 – I ZR 132/04 – GRUR 2008, 258 Tz. 18 – INTERCONNECT/T-InterConnect).

Im vorliegenden Fall ist die Auskunft erst in der Berufungsverhandlung erteilt worden. Soweit die Beklagte bereits zuvor schriftsätzlich bestritten hatte, ihre Seilwinde nach Deutschland geliefert zu haben, lag darin keine Auskunftserteilung. Erklärungen, die im Prozess nicht zum Zweck der Auskunftserteilung, sondern unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten abgegeben worden sind, können nicht als Erfüllung des Auskunftsanspruchs gewertet werden. Schriftsätzliches Vorbringen, das nicht als Auskunftserteilung bezeichnet ist, sondern sich als Bestreiten klägerischer Behauptungen darstellt, führt daher nicht zur Erfüllung des Auskunftsanspruchs (BGH, Urteil vom 21. 1. 1999 – I ZR 135/96 – NJW 1999, 1337, 1338 – Datenbankabgleich; OLG Stuttgart, Urteil vom 17. 12. 1999 – 2 U 133/99 – WRP 2000, 318, 322).

5. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91a, 97 Abs. 1 ZPO. Soweit die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich des

Auskunftsanspruchs übereinstimmend für erledigt erklärt haben, hat die Beklagte ebenfalls die Kosten zu tragen. Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass der Klägerin ein Auskunftsanspruch zustand, der seitens der Beklagten erst durch die in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erfolgte Erklärung erfüllt worden ist. Ohne diese Erklärung, durch die der Anspruch erledigt worden ist, wäre die Beklagte auch insoweit unterlegen.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Für die Zulassung der Revision besteht kein Anlass. Die maßgeblichen Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit der Anwendung des § 4 Nr. 9 UWG im vorliegenden Fall stellen, sind in der obergerichtlichen Rechtsprechung geklärt. Im Übrigen beruht die Entscheidung auf einer Würdigung der der konkreten Umstände des Einzelfalles.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf wie folgt festgesetzt:

bis zur Erledigungserklärung am 30. 8. 2013: 245.000 EUR

anschließend: 240.000 EUR.