

Die Nachahmung des Rillendesigns eines Koffers kann unlauter sein

Eigener Leitsatz:

Das Rillen-Design eines Koffers kann von wettbewerblicher Eigenart sein und somit ein schützenswertes Leistungsergebnis darstellen. Dies ist dann der Fall, wenn das Design grundsätzlich mit einer bestimmten Firma in Verbindung gebracht wird, die dieses schon über Jahren hinweg benutzt. Der Bekanntheitsgrad muss dabei so hoch sein, dass ein verständiger Verbraucher über die tatsächliche Herkunft getäuscht werden kann.

Oberlandesgericht Karlsruhe

Urteil vom 27.02.2013

Az.: 6 U 11/11

Tenor:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 03.12.2010 – 23 O 43/09 – wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Widerklage der Beklagten als unzulässig abgewiesen wird.
2. Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Vollstreckung der Unterlassung (Ziff. 1) kann gegen Sicherheitsleistung i.H.v. 250.000 EUR, der Auskunft (Ziff. 2) i.H.v. 20.000 EUR und im Übrigen i.H.v. 110 Prozent des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abgewendet werden, wenn

nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe (bezüglich Ziff. 1 und Ziff. 2) bzw. i.H.v. 110 Prozent des jeweils beizutreibenden Betrages leistet. Das Urteil des Landgerichts vom 03.12.2010 ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Klägerin macht marken- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche auf Unterlassung und Auskunft sowie die Feststellung der Schadensersatzpflicht wegen des Vertriebs eines Koffers durch die Beklagte geltend.

Die Klägerin produziert und vertreibt Koffer. Zu ihrem Sortiment gehören seit über 60 Jahren Aluminiumkoffer und seit ca. 35 Jahre auch Koffer aus Kunststoffschalen, deren Oberfläche ein bestimmtes Rillen-Design aufweisen. Das Rillen-Design ist dadurch gekennzeichnet, dass die Koffer außen vorstehende, eine Reflexion erzeugende Rippen aufweisen, die einen gleichbleibenden Abstand zueinander haben und sich über die gesamte Fläche der beiden Breitseiten (Vorder- und Rückseite) erstrecken und auch in die Teilbereiche der Stirnwandungen übergehen. Auf die Abbildungen der verschiedenen Modelle und Größen in den mit Anlagen 1 und 23 vorgelegten Verkaufskatalogen wird verwiesen. Verwiesen wird darüber hinaus auf das in Anl. 13 vorgelegte Muster eines Koffers der Klägerin. Die Koffer der Klägerin werden in Deutschland in nahezu jedem Fachgeschäft angeboten und von der Klägerin seit langer Zeit auf einschlägigen Fachmessen und in Fachzeitschriften sowie Prospekten beworben. Eine deutsche Fluggesellschaft hat – jedenfalls in der Vergangenheit – eine spezielle Serie des Koffers der Klägerin beworben und verkauft (Anl. 7). Im Rillen-Design ist auch das Gebäude der Hauptverwaltung der Klägerin gestaltet (Anl. 3).

Die Klägerin ist darüber hinaus Inhaberin der fünf nachfolgend aufgeführten dreidimensionalen Marken mit den Nr.(...). Die Marken bieten Schutz unter anderem für Reise- und Handkoffer. Hinsichtlich der Einzelheiten der Eintragungen wird auf die Anl. 8 – 12 und hinsichtlich der Beschreibung auf die Anlagen (K 16 a) verwiesen. Die Beklagte hat gegen alle fünf Klagemarken Löschantrag gestellt (rop 5 a-e), die Klägerin hat den Löschanträgen widersprochen (Anlagenkonvolut K 29).

Die Beklagte ist ein in Italien ansässiger Hersteller von Koffern aus verschiedenen Materialien. Ein von ihr hergestellter Koffer ist im Oktober 2009 in einem Geschäft in Konstanz verkauft worden (nachstehend Abbildung des angegriffenen Koffers):

[Abbildung]

Die Abbildung zeigt den in Konstanz zum Verkauf angebotenen Koffer, der aus Kunststoff gefertigt ist und eine textil oder gewebeartig anmutende Oberfläche sowie die dort gezeigten Rillen aufweist. Zwei Muster der Koffer der Beklagten liegen darüber hinaus in den Anlagen K 13 und rop 3 vor.

Die Klägerin sieht in dem Angebot und dem Vertrieb des abgebildeten Koffers einen Wettbewerbsverstoß. Sie meint, das Erscheinungsbild ihrer Koffer werde durch das Rillen-Design charakterisiert, das wettbewerbliche Eigenart begründe. Dies werde auch durch den Inhalt des Privatgutachtens in Anl. 2 belegt. Die Rillen seien rein ästhetischer Art und nicht technisch notwendig. Seit 1984 habe sich der Umsatz in Deutschland von 6,3 Mio. DM bis 2008 auf 56,8 Mio. EUR und die Werbeaufwendungen von 237.000 DM auf 4.1 Mio. EUR gesteigert. Im Einzelnen wird auf die Klageschrift und hinsichtlich der Aufschlüsselung der vertriebenen Stückzahlen nach den einzelnen Modellen auf den Schriftsatz v. 26.07.2010, AS I 106 verwiesen. Die Übernahme der Rillenstruktur begründe die

Annahme einer wettbewerbswidrigen vermeidbaren Herkunftstäuschung i.S des § 4 Nr. 9 a UWG. Darüber hinaus hänge sich die Beklagte an den guten Ruf des Rillendesigns der Klägerin an. Außerdem greife die Gestaltung des Koffers in das durch die fünf eingetragenen Marken sowie eine – in erster Instanz mit nachgelassenem Schriftsatz geltend gemachte – Benutzungsmarke begründete Ausschließlichkeitsrecht ein. Es bestehe Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG.

Die Klägerin hat beantragt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 EUR, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland Koffer, wie in der Anlage zu diesem Urteil wiedergegeben [identisch mit der oben gezeigten Abbildung], gleichviel in welcher Farbgebung anzubieten, feilzuhalten, zu bewerben und/oder in den Verkehr zu bringen und/oder in den Verkehr bringen zu lassen.

2. Die Beklagte wird weiter verurteilt, Auskunft darüber zu erteilen, seit wann und in welchem Umfang sie Handlungen gem. Ziffer 1 begangen hat, insbesondere

a) welche Umsätze sie insoweit getätigt und welchen Gewinn sie dabei gemacht hat, und zwar aufgeschlüsselt nach Kalendermonaten und EUR-Werten;

b) von welchem Lieferanten zu welchem Preis sie die Koffer bezogen sowie an welche gewerblichen Abnehmer sie diese Koffer ausgeliefert hat, und zwar jeweils unter Angabe der vollen Anschriften.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist,

der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch die in Ziffer 1 bezeichneten Handlungen bisher entstanden ist und/oder noch entstehen wird.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte meint, auf wettbewerblichen Leistungsschutz könne sich die Klägerin nicht berufen. Die Rillen könnten wettbewerbliche Eigenart nicht schaffen, weil sie technisch bedingt seien und zur grundlegenden Konzeption leichter Hartschalenkoffer gehörten. Sämtliche auf dem Markt befindlichen Hartschalenkoffer, die zur Gewichtsreduzierung mit einer relativ dünnen Schale ausgebildet seien, wiesen heutzutage derartige Versteifungsrillen auf. Die technische Funktion der Rillen bestehe darüber hinaus darin, den Reibungswiderstand herabzusetzen. Die Rillen seien dem wettbewerblichen Leistungsschutz nicht zugänglich. Im Übrigen weiche die Oberfläche des angegriffenen Koffers auch erheblich von den Modellen der Klägerin ab. Sie weise nämlich eine gewebeartige Oberfläche auf. An einer vermeidbaren Herkunftstäuschungen fehle es auch deshalb, weil die Geschäftsbezeichnung der Beklagten („Ro...“) unübersehbar auf dem Koffer angebracht sei. Auch markenrechtliche Ansprüche bestünden nicht. Die drei älteren Klagemarken seien löschungsreif. Löschantrag sei jeweils gestellt. Die Klagemarken seien nicht rechtserhaltend benutzt. Darüber hinaus ergebe sich die Schutzunfähigkeit daraus, dass die Rillenstruktur allein zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich sei. Dies zeige die parallele Zurückweisung der Anmeldungen von Gemeinschaftsmarken durch das HABM. Im Übrigen wiesen die Klagemarken eine äußerst schwache Kennzeichnungskraft auf. Diese sei auch nicht durch erhebliche Benutzung gesteigert. Die von der Klägerin vorgetragene Bekanntheit der Koffer werde mit Nichtwissen bestritten. Sie ergebe sich auch nicht aus der von der Klägerin vorgelegten

demoskopischen Umfrage. Der angegriffene Koffer verfüge über ein außergewöhnliches und auffälliges Design. Eine Verwechslungsgefahr bestehe nicht.

Das Landgericht, auf dessen Entscheidung hinsichtlich aller Einzelheiten ergänzend Bezug genommen wird, hat der Klage stattgegeben. Es hat das Angebot und den Vertrieb des angegriffenen Koffers der Beklagten als wettbewerbswidrig bewertet. Das Rillen-Design der Koffer der Klägerin weise wettbewerbliche Eigenart auf. Unbestritten sei geblieben, dass das Erscheinungsbild der Koffer der Klägerin, das Rillen-Design, nur von der Klägerin und nicht von anderen Unternehmen bei der Herstellung und dem Vertrieb von Koffern verwandt werde. Dies erlaube den angesprochenen Verkehrskreisen, aus dem betreffenden Design auf die Herkunft der Koffer aus einem bestimmten Betrieb zu schließen. Technisch notwendig seien die von der Klägerin gestalteten Rillen nicht. Es sei ohne weiteres vorstellbar, Rillen in einem weiteren Abstand zueinander anzubringen, ohne dass die technische Lösung darunter leide. Das Leistungsergebnis der Klägerin habe die Beklagte jedenfalls nachschaffend übernommen und damit nachgeahmt. Der Gesamteindruck der angegriffenen Form werde durch die übereinstimmenden Merkmale geprägt und erwecke den Eindruck, der Koffer gehöre in das Programm der Klägerin. Die Herkunftstäuschung sei auch vermeidbar. Der Wettbewerbsverstoß begründe die geltend gemachten Ansprüche, einschließlich des Anspruchs auf Auskunft über den Gewinn der Beklagten.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, die geltend macht, für die Annahme einer wettbewerblichen Eigenart der Koffer der Klägerin im Hinblick auf die „Rillenstruktur“ könne nur dann gesprochen werden, wenn konkrete Feststellungen dazu getroffen worden wären, dass der Verkehr gerade aus dieser Struktur auf die betriebliche Herkunft schließe. Da das Landgericht aber keine Feststellungen darüber getroffen habe, ob der Verkehr seine Vorstellungen speziell an die „Rillenstruktur“ und nicht etwa an andere Merkmale der

betreffenden Koffer der Klägerin knüpfe, könne diese eine wettbewerbliche Eigenart nicht begründen. Das Landgericht habe nicht hinreichend beachtet, dass die Beklagte sich gegen die Annahme wende, dass in der „Rillenstruktur“ das Charakteristische des Erscheinungsbildes der Koffer der Klägerin liege. Aus Sicht der Verkehrskreise seien – so die Beklagte – auch andere Merkmale wie beispielsweise das verwendete Aluminiummaterial, die metallisch glänzende und unstrukturierte Oberfläche der Koffer und deren „männliche“ Geometrie sowie die genieteten Schutzkappen an den Ecken und die spezielle Form der Rollen charakteristisch. Dies werde auch durch die von der Klägerin vorgelegte Umfrage belegt. Zu demselben Ergebnis sei auch das HABM in den als Anlagen rop 4 a-f vorgelegten Entscheidungen über den Widerspruch der Beklagten gegen parallele Gemeinschaftsmarkenanmeldungen der Klägerin gelangt. Soweit das Landgericht die Annahme einer wettbewerblichen Eigenart auf hohe Umsatzzahlen und Werbeaufwendungen stütze, habe es nicht berücksichtigt, dass die Beklagte den entsprechenden Vortrag der Klägerin bestritten habe. Darüber hinaus lasse sich aus Angaben über Umsätze und Werbeaufwendungen nicht schließen, dass gerade die Rillenstruktur das Charakteristische der Koffer sei. Denn das erfolgreichste Koffermodell der Klägerin sei die Serie „T...“, die sich durch das verwendete Aluminiummaterial auszeichne. Über die durchschnittliche Verbreitung von Koffern im Bundesgebiet habe das Landgericht keine Feststellungen getroffen. Ein besonderer Markterfolg der Marke der Klägerin oder eine Marktführerschaft werde mit Nichtwissen bestritten. Jedenfalls aber fehle es an einer unlauteren vermeidbaren Herkunftstäuschung, denn der angegriffene Koffer weise statt einer glatten, unstrukturierten Oberfläche eine textilartige, für Hartschalenkoffer unübliche Struktur auf. Diese sei auch aus großer Entfernung sofort wahrnehmbar und unterscheide sich in erheblicher Weise von der von der Klägerin fast ausschließlich verwendeten glatten, metallisch glänzenden Oberfläche. Die Koffer unterschieden sich darüber hinaus erheblich im Preis (Modelle der Klägerin: mehr als 200

EUR/Modell der Beklagten ca. 70 EUR) und der anderen Grundform. Außerdem sei die Geschäftsbezeichnung der Beklagten deutlich angebracht. Gründe für die Annahme von Lizenzbeziehungen bestünden nicht. Eine unlautere Rufausbeutung komme nicht in Betracht. Darüber hinaus habe das Landgericht zu Unrecht die Vorschriften des wettbewerblichen Leistungsschutzes neben den Vorschriften des Markenrechts angewendet. Eine Markenverletzung scheidet jedenfalls aus. Die Klagemarken seien nicht rechtsbeständig und nicht schutzfähig. Teilweise seien sie wegen fehlender Unterscheidungskraft zu löschen. Eine Benutzungsmarke habe die Klägerin mangels Verkehrsgeltung bzw. -durchsetzung nicht erworben. Da die Klägerin den Löschungsanträgen widersprochen habe, sei die Beklagte nach § 53 Abs. 4 MarkenG gezwungen, den Antrag auf Löschung durch (Wider-)Klage geltend zu machen. Die Zuständigkeit ergebe sich aus § 33 ZPO. Die Klagemarken seien wegen Nichtbenutzung zu löschen. Die Klagemarken Ziff. 1-3 seien ohne Markenbeschreibung veröffentlicht; diese könne daher für die Ermittlung des Schutzbereichs und die Frage der Benutzung der Marken nicht maßgeblich sein. Da der Verkehr in der Form einer Ware vor allem die funktionelle und ästhetische Gestaltung der Ware selbst erkenne, seien die Marken nicht markenmäßig benutzt worden; der Verkehr habe der Verwendung der Rillenstruktur keinen Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Koffer entnommen. Die Klagemarken Ziff. 1-3 würden darüber hinaus mit keinem der von der Klägerin genannten Koffer identisch benutzt. Insoweit wird auf den schriftsätzlichen Vortrag im Einzelnen verwiesen.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

Hilfsweise beantragt sie,

den Rechtsstreit bis zur Entscheidung des DPMA über die Schutzfähigkeit der Klagemarken auszusetzen.

Darüber hinaus erhebt die Beklagte Widerklage mit folgenden Anträgen:

1. Die Klägerin wird verurteilt, gegenüber dem Deutschen Patent- und Markenamt in die Löschung der Marken DE (...) einzuwilligen.

2. Es wird festgestellt, dass die Wirkungen der Eintragungen

- der Marke DE ... als vom 04.12.2001,
- der Marke DE ... als vom 17.12.2001,
- der Marke DE ... als vom 25.03.2004

an nicht eingetreten gilt.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen und,

die Widerklage abzuweisen. Der Aussetzung tritt sie entgegen.

Die Klägerin trägt vor, die Widerklage sei unzulässig. Sie willige in deren Erhebung nicht ein; die weiteren Voraussetzungen nach § 533 ZPO lägen nicht vor. Im Übrigen seien die angegriffenen Marken – wie schon in erster Instanz vorgetragen – rechtserhaltend benutzt worden. Die Voraussetzungen der wettbewerblichen Eigenart habe das Landgericht zutreffend festgestellt. Zutreffend sei darüber hinaus die Annahme einer vermeidbaren Herkunftstäuschung durch das Landgericht. Der Gesamteindruck des angegriffenen Koffers vermittle dem Verkehr die Vorstellung, der Koffer gehöre zum Programm der Klägerin. Daran änderten auch der günstige Preis und die Kennzeichnung mit der Firma der Beklagten nichts. Die angesprochenen Verbraucherkreise gingen davon aus, dass die Klägerin unter dem Zeichen der Beklagten, das in Deutschland keine Bekanntheit aufweise, einen Koffer aus dem unteren

Preissegment anbiete. Die Kennzeichnung des Koffers mit der Geschäftsbezeichnung der Beklagten sei im Übrigen sehr klein und leichtübersehbar auf dem Koffer angebracht. Sie trete deshalb nicht deutlich in Erscheinung. Hinsichtlich der Geltendmachung markenrechtlicher Ansprüche werde auf den erstinstanzlichen Vortrag verwiesen.

Nachdem der Senat auf Bedenken der Zulässigkeit der Klage im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mit Urteil vom 24.03.2011 (I ZR 108/09 – TÜV) hingewiesen hatte, hat die Klägerin als Hauptklagegrund den geltend gemachten Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr. 9a UWG und hilfsweise hierzu in der nachfolgend genannten Reihenfolge den Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr. 9b UWG, die Verletzung der Klagemarke DE..., die Verletzung der Klagemarke DE ..., die Verletzung der Klagemarke DE ..., die Verletzung der Klagemarke DE ... und die Verletzung der behaupteten Benutzungsmarke geltend gemacht. Im Einzelnen wird auf den Schriftsatz der Klägerin vom 24.06.2011 (AS II 145 ff.) verwiesen.

Auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen wird ergänzend ebenso hingewiesen wie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 23.01.2013.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass das Angebot und der Vertrieb des angegriffenen Koffers der Beklagten nach §§ 3, 4 Nr. 9a UWG wettbewerbswidrig sind und die geltend gemachten Ansprüche begründen. Die in der Berufungsinstanz erhobene Widerklage ist unzulässig.

A. Klage

1. Ohne Erfolg trägt die Beklagte vor, die Klägerin sei gehindert, wettbewerbsrechtliche Ansprüche neben

markenrechtlichen Ansprüchen geltend zu machen.

Zwar ist im Anwendungsbereich der Bestimmungen des Markengesetzes für einen lauterkeitsrechtlichen Schutz grundsätzlich kein Raum (st. Rspr. BGH GRUR 2006, 329 Tz. 36 – Gewinnfahrzeug mit Fremdemblem). Die Klägerin begehrt aber, soweit sie ihre Ansprüche auf die Grundsätze des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz stützt, keinen Schutz für eine Kennzeichnung. Sie macht vielmehr Nachahmungsschutz für die Produktpalette ihrer Koffer (Kofferserien in Prospekt Anl. 1) als konkretes Leistungsergebnis geltend. Deren Erscheinungsbild werde durch das oben beschriebene Rillen-Design geprägt. Diese Rillenstruktur – so die Klägerin – gelte im Handel und den beteiligten Verkehrskreisen als typisches „R-Design“, auch kurz „Rillen-Design“ genannt (Klageschrift S. 5 u. 6).

Die Klägerin begründet ihre Ansprüche damit, dass die Beklagte dadurch unlauter gehandelt habe, dass dieses die die wettbewerbliche Eigenart der Koffer der Klägerin begründende Merkmal übernommen und dadurch eine vermeidbare Herkunftstäuschung hervorgerufen habe. Wie der Bundesgerichtshof bereits in der Entscheidung „Rillenkoffer“ (BGH GRUR 2008, 793 Tz. 26) ausgeführt hat, fällt ein solches Begehren nicht in den Schutzbereich des Markenrechts (vgl. auch: BGH GRUR 2007, 339 Tz. 23 – Stufenleitern), so dass Ansprüche aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz in Betracht kommen.

2. Der Klägerin stehen die geltend gemachten Ansprüche aus ergänzendem wettbewerblichen Leistungsschutz unter dem Gesichtspunkt der vermeidbaren Herkunftstäuschung zu.

Der Vertrieb eines nachgeahmten Erzeugnisses kann wettbewerbswidrig sein, wenn das Produkt von wettbewerblicher Eigenart ist und besondere Umstände hinzutreten, die die Nachahmung unlauter erscheinen lassen. Dabei besteht zwischen

dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen eine Wechselwirkung. Je größer die wettbewerbliche Eigenart und je höher der Grad der Übernahme sind, desto geringere Anforderungen sind an die besonderen Umstände zu stellen, die die Wettbewerbswidrigkeit der Nachahmung begründen (BGH GRUR 2012, 1155 Tz. 16 – Sandmalkasten; GRUR 2010, 80 Tz. 19 ff – LIKEaBIKE; GRUR 2008, 793 Tz. 27 – Rillenkoffer; GRUR 2007, 339 Tz. 24 – Stufenleitern; GRUR 2007, 984 Tz. 14 – Gartenliege).

a) Ein Erzeugnis besitzt wettbewerbliche Eigenart, wenn dessen konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen (BGH GRUR 2007, 795 Tz. 25 – Handtaschen; GRUR 2008, 793 Tz. 29 – Rillenkoffer; GRUR 2010, 1125 Tz. 21 – Femur-Teil; GRUR 2012, 1155 Tz. 19 – Sandmalkasten).

Daraus ergibt sich, dass bei der Beurteilung der Frage nach dem Gegenstand des ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutzes von der Verkehrsauffassung auszugehen ist. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung, der sich der Senat anschließt, kann auch einem Produktprogramm als Gesamtheit von Erzeugnissen mit Gemeinsamkeiten in der Zweckbestimmung und Formgestaltung unter bestimmten Voraussetzungen wettbewerblicher Schutz gewährt werden (GRUR 2008, 793 Tz. 29 – Rillenkoffer). Voraussetzung ist dabei nicht, dass jedes einzelne Teil für sich genommen eine wettbewerbliche Eigenart aufweist. Diese kann vielmehr auch in einer wiederkehrenden Formgestaltung mit charakteristischen Besonderheiten bestehen, die bewirken, dass sich die zum Programm gehörenden Gegenstände für den Verkehr deutlich von Waren anderer Hersteller abheben (BGH GRUR 1982, 305, 307 – Büromöbelprogramm; GRUR 1986, 673, 675 – Beschlagprogramm; GRUR 1999, 183, 186 – HaRa/HARIVA). Somit muss sich die Klägerin nicht festlegen, aus welchem Koffermodell oder aus

welchen Koffermodellen sie ihre Ansprüche herleiten will (vgl. BGH GRUR 2008, 793 Tz. 28 – Rillenkoffer). Der Bundesgerichtshof hat in der genannten Entscheidung das Vorliegen der wettbewerblichen Eigenart zwar mangels Feststellungen des Berufungsgerichts offengelassen, es aber für rechtlich möglich angesehen, dass das Rillen-Design, das sich immer wiederkehrend auf den Koffern der (gesamten) Produktpalette der Klägerin findet, diese Anforderungen erfüllt.

b) Das Rillen-Design der Koffer der Klägerin ist von wettbewerblicher Eigenart.

Das Rillen-Design der im Sortiment der Klägerin befindlichen Koffer ist aufgrund der konkreten Ausgestaltung für den Verkehr geeignet, auf die betriebliche Herkunft der Koffer hinzuweisen. Voraussetzung hierfür ist, dass der Verkehr auf Grund der Ausgestaltung oder der Merkmale des Produkts die Vorstellung hat, es könne wohl nur von einem bestimmten Anbieter oder eines mit ihm verbundenen Unternehmen stammen (BGH GRUR 2007, 984 Tz. 23 – Gartenliege). Dies hat das Landgericht im Streifall zu Recht bejaht.

aa) Maßgeblich für die Beurteilung der Vorstellung des Verkehrs sind dabei breiteste Verkehrskreise. Der Verkehrskreis ist nicht auf diejenigen Personen begrenzt, die sich allein für höherpreisige Koffer interessieren. Es handelt sich bei den Koffern der Klägerin nicht um einen als Luxusgut anzusehenden Gegenstand. Denn die Koffer werden in nahezu jedem Fachgeschäft und – wie gerichtsbekannt ist – auch in Kofferabteilungen von Kaufhäusern angeboten.

bb) Das Rillen-Design ist geeignet, den Verkehr aufgrund der konkreten Ausgestaltung auf die betriebliche Herkunft der Koffer hinzuweisen. Denn es handelt sich bei dem Rillen-Design auf der Außenseite der Koffer der Klägerin um das Charakteristische ihrer Koffer. Gegen diese Annahme wendet

sich die Beklagte ohne Erfolg.

Zwischen den Parteien ist nicht im Streit, dass dieses Design dahin beschrieben werden kann, dass die Koffer außen vorstehende, eine Reflexion erzeugende Rippen aufweisen, die einen gleichbleibenden Abstand zueinander haben und sich über die gesamte Fläche der beiden Breitseiten (Vorder- und Rückseite) erstrecken und auch in die Teilbereiche der Stirnwandungen übergehen. Die Beklagten haben darüber hinaus nicht bestritten, dass die von der Klägerin hergestellten und vertriebenen Koffer diese Rillen seit über 60 Jahren aufweisen. Dass die Klägerin auch Koffer ohne diese Rillen herstelle und veräußere, wird nicht behauptet. Das Rillen-Design ist das verbindende Element aller Koffer aus der Produktpalette der Klägerin (vgl. Produktkataloge in Anl. 1 und 23).

Ohne Erfolg macht die Beklagte geltend, für den Verkehr seien auch andere Merkmale wie beispielsweise die metallische glänzende und unstrukturiert Oberfläche der Koffer und die „männliche“ Geometrie der Koffer sowie die genieteten Schutzkappen an den Ecken sowie die spezielle Form der Rollen charakteristisch. Im Vergleich zu dem Rillendesign stehen diese Merkmale des Koffers deutlich im Hintergrund. Dies kann der Senat, dessen Mitglieder zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören, selbst beurteilen.

Der Senat unterstellt, dass das bei einem Teil des Sortiments der Klägerin verwendete Aluminiummaterial gleichfalls geeignet ist, auf die betriebliche Herkunft der betreffenden Koffer hinzuweisen. Das Vorhandensein eines weiteren, gleichfalls auf die Herkunft aus einem bestimmten Betrieb hinweisenden Merkmals steht der Annahme nicht entgegen, dass das Charakteristische der von der Klägerin hergestellten Koffer (Aluminium- und Kunststoffkoffer) jedenfalls auch in dem verwendeten konkreten Rillen-Design liegt. Insoweit ist ergänzend zu berücksichtigen, dass zum Sortiment der Klägerin

nicht ausschließlich Metallkoffer gehören. Aus dem von der Klägerin vorgelegten Parteigutachten (Anl. 2) ergeben sich keine abweichende Feststellungen. Zwar wurden auf die Frage K 07 (bei Vorlage der im Gutachten angehängten Lichtbilder) vor allem der „Aluminium-Look“ als charakteristisch benannt, doch auch die „parallele Anordnung der Rillen“, „die Rillen“, „die Rillen, die um die Kanten herumgeführt werden“ und „das Erscheinungsbild mit den Rillen“ werden – jedenfalls zusammengerechnet – von einer deutlichen Anzahl von Befragten benannt. Auch wenn die Zahlen wegen der Möglichkeit der Mehrfachnennung nicht einfach addiert werden können, zeigt die Benennung dieser Kriterien als Unterscheidungsmerkmal mit immerhin jeweils zwischen 11,9 % und 23,8 % aus dem Kreis aller Befragten, dass für diese – neben dem „Aluminium-Look“ – vor allem die Rillen als Kriterium im Vordergrund stehen.

cc) Bei den charakteristisch durch das Rillen-Design geprägten Koffern aller Modelle handelt es sich um ein schützenswertes Leistungsergebnis.

Die Funktion dieses (ungeschriebenen) Tatbestandsmerkmals liegt vor allem darin, den Schutz vor Nachahmung gerade auf solche Leistungsergebnisse zu beschränken, die unter Berücksichtigung der Interessen der Mitbewerber, der Verbraucher, der sonstigen Marktteilnehmer und der Allgemeinheit schutzwürdig sind. Das ist bei Allerwelterzeugnissen oder Dutzendware nicht der Fall (BGH GRUR 1986, 673, 675 -Beschlagprogramm; GRUR 2007, 339 Tz. 26 – Stufenleitern; BGH GRUR 2012, 1155 Tz. 34 – Sandmalkasten), weil bei ihnen der Verkehr keinen Wert auf die betriebliche Herkunft oder Qualität legt.

Dabei sind für den Senat bei der Feststellung der Verkehrsauffassung die nachfolgend wiedergegebenen Umstände von entscheidender Bedeutung:

Bei den Produkten der Klägerin handelt es sich nicht um

Allerwelterzeugnisse oder Dutzendware. Die Klägerin bringt seit über 60 Jahren Koffer unterschiedlichster Größe und Dicke mit diesem Rillen-Design aus Aluminium und zusätzlich seit ca. 35 Jahren aus Kunststoff auf den Markt. Ihre Koffer werden in Deutschland in nahezu jedem Fachgeschäft (und wie in der mündlichen Verhandlung angesprochen) auch in den Fachabteilungen von Kaufhäusern angeboten. Hinzu kommt entscheidend, dass dieses von der Klägerin verwendete Rillen-Design bisher einmalig ist, es auf dem Markt also kein vergleichbares Wettbewerbsprodukt gibt. Diesen mit der Klageschrift geführten Vortrag der Klägerin hat die Beklagte nicht mit Substanz bestritten. Der unter Sachverständigenbeweis gestellte Vortrag der Beklagten, sämtliche auf dem Markt befindliche Hartschalenkoffer, die zur Gewichtsreduzierung mit einer relativen dünnen Schale ausgebildet seien, wiesen heutzutage derartige Versteifungen auf, bezieht sich nicht auf die von der Klägerin verwendeten Rillen, sondern allgemein auf Versteifungsrippen. Auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ist dieses Alleinstellungsmerkmal der Klägerin nicht in Frage gestellt worden. Die Beklagte hat auf die ausdrückliche Behauptung einer Alleinstellung hin keinen Hersteller benannt, dessen Koffer vergleichbare, in einem ähnlichen Abstand wiederkehrende und sich über die Breitseiten erstreckende Rillen bzw. Rippen aufweist. Angesichts des Umstandes, dass diese Rillenstruktur bei Koffern außergewöhnlich und bei einem Koffer auch von Weitem gut wahrzunehmen ist, sieht der Verkehr in der so gestalteten Außenfläche nicht nur eine Besonderheit der Koffer der Klägerin, die den Gesamteindruck der Koffer entscheidend prägt, sondern auch einen Hinweis auf einen bestimmten Hersteller. Angesichts der Verwendung dieses Designs für eine Vielzahl unterschiedlicher Koffer (vgl. die vorgelegten Prospekte) geht der Verkehr nicht davon aus, dass die Anordnung der Rippen irgendeine technische Funktion erfüllen (müssen). Der von der Beklagten angeführt Umstand, dass das Anbringen von Rillen wie z.B. bei Frachtcontainern grundsätzlich bekannt ist (vgl. Anlagenband OLG rop 7), steht

dem nicht entgegen. Dies kann der Senat, dessen Mitglieder den angesprochenen Verkehrskreisen angehören, selbst beurteilen. Als Indiz dafür, dass auch die Klägerin selbst dieses konkrete Design als herkunftshinweisende Besonderheit ihrer Koffer bewertet, kann ergänzend herangezogen werden, dass diese ihre im Jahr 1986 ihrer Bestimmung übergebene Hauptverwaltung in diesem Rillen-Design hat gestalten lassen (vgl. Artikel in Anl. 3).

dd) Ohne Erfolg macht die Beklagte geltend, die Annahme einer wettbewerblichen Eigenart scheide aus, da die Rillen technisch bedingt seien und der Versteifung dienten.

Selbst wenn die Rillen – was die Klägerin bestritten hat – zur Versteifung beitragen sollten, schließt dies die Bejahung einer wettbewerblichen Eigenart nicht aus. Denn dass gerade diese konkrete technische Lösung zur Gewährleistung der erforderlichen Versteifung erforderlich wäre, behauptet auch die Beklagte nicht. Tatsächlich könnte auch die Materialstärke erhöht, ein Rahmen vorgesehen oder die Rippenstruktur nach innen gerichtet werden. Soweit die Beklagte meint, die Rillen verringerten die Auflagefläche des Koffers z.B. auf dem Kofferband, ist das Rillen-Design der Klägerin hierfür nicht notwendig. Die Rillen könnten hierfür auch gekreuzt über die Außenseite des Koffers verlaufen. Merkmalen, die zwar technisch bedingt sind, aber – ohne dass damit Qualitätseinbußen verbunden sind – frei wählbar und austauschbar sind, kann wettbewerbliche Eigenart zukommen, vorausgesetzt, der Verkehr legt auf Grund dieser Merkmale Wert auf die Herkunft aus einem bestimmten Betrieb oder verbindet damit gewisse Qualitätserwartungen (BGH GRUR 1996, 210, 211 – Vakuumpumpen; GRUR 2007, 339 Tz. 27 – Stufenleitern; GRUR 2009, 1073 Tz. 10 Ausbeinmesser; GRUR 2010, 1125 Tz. 22 – Femur-Teil). Im Streitfall eignet sich das Rillen-Design aus der Sicht des Verkehrs schon für sich genommen als Anknüpfungspunkt für Vorstellungen über die betriebliche Herkunft und die Qualität der betreffenden Koffer.

ee) Die deutlich ausgeprägte wettbewerbsrechtliche Eigenart des Rillen-Designs rechtfertigt angesichts der Alleinstellung dieses Designs auf dem Markt, der Verbreitung der Koffer der Klägerin in nahezu allen Fachgeschäften und der Dauer der Verwendung des Rillen-Designs die Annahme einer gestärkten Kennzeichnungskraft. Soweit das Oberlandesgerichts Köln (OLG Urt. v. 06.02.2009 – 6 U 226/04, veröffentlicht in juris, dort juris-Tz. 19 u.21) von einer „schwach durchschnittlichen“ wettbewerblichen Eigenart der Produkte der Klägerin ausgegangen ist, hat es bei der Beurteilung der Verkehrsauffassung die zuvor genannten Umstände nicht zu Grunde gelegt. Zu den Beschlüssen der Beschwerdekammern des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt (HABM) zu parallelen Gemeinschaftsmarkenmeldungen (Anl. rop 4 a-f) der Klägerin bedarf es keiner Ausführungen. Diese beziehen sich allein auf die markenrechtliche Prüfung und daher nicht auf die für den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz maßgebliche Marktsituation.

b) Der angegriffene Koffer der Beklagten stellt eine nahezu identische Nachahmung dar. Von einer (nahezu) identischen Nachahmung ist auszugehen, wenn nach dem Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Erzeugnisse die Nachahmung nur geringfügige Abweichungen vom Original aufweist (BGH GRUR 2000, 521, 524 – Modulgerüst; GRUR 2010, 1125 Tz. 25 – Femur-Teil). Dabei ist zu prüfen, ob gerade die übernommenen Gestaltungsmittel diejenigen sind, die die wettbewerbliche Eigenart des Produkts ausmachen, für das der Schutz beansprucht wird (BGHZ 141, 329, 340 – Tele-Info-CD; BGH GRUR 2007, 795 Tz. 32 – Handtaschen; BGH GRUR 2010, 1125 Tz. 25 – Femur-Teil).

Dies ist vorliegend der Fall: Der angegriffene, von der Beklagten hergestellte und angebotene Koffer weist außen vorstehende, eine Reflexion erzeugende Rippen auf, die einen gleichbleibenden Abstand zueinander haben, sich über die

gesamte Fläche der beiden Breitseiten (Vorder- und Rückseite) erstrecken und auch in die Stirnwandungen übergehen. Anders als bei den in der Abbildung Anl. 16 gezeigten Koffern eines anderen Anbieters erstrecken sich bei dem angegriffenen Koffer der Beklagten die Rillen also nicht lediglich über eine Teilfläche der Breitseiten. Auch bei dem Koffer der Beklagten fällt die Rippenstruktur sofort ins Auge und lässt andere Gestaltungsmerkmale zurücktreten. Das gilt etwa für die stärker abgerundete Form, die abweichende Gestaltung der Räder und die leicht abweichende Gestaltung des Griffs.

Die Beklagte weist allerdings zu Recht darauf hin, dass der angegriffene Koffer keine glatte, unstrukturierte Oberfläche, sondern eine textil- oder gewebeartige Struktur aufweist. Das gilt auch für den Bereich der Rippen, auf den es nach dem rechtlichen Ausgangspunkt des Senats entscheidend ankommt. Anders als die Beklagte meint, führt dies aber nicht zu einem so weit abweichenden Gesamteindruck, dass die Ähnlichkeit mit dem Originalprodukt der Klägerin in rechtlich relevantem Umfang verringert wird. Denn schon aus wenigen Metern Entfernung (je nach Blickwinkel und Beleuchtung) ist die textile Struktur nur noch bei intensiver Betrachtung wahrzunehmen. Daher ist bei einer oberflächlichen Durchsicht des Angebots von Koffern für den Verkehr neben den Rippen und Rillen insoweit lediglich zu erkennen, dass die Oberfläche bei dem Koffer der Beklagten nicht glänzend ist. Dieser Umstand steht der Annahme einer großen Ähnlichkeit gerade in dem die wettbewerbliche Eigenart begründenden Merkmal aber nicht entgegen. Im Hinblick auf die hohe Ähnlichkeit ist – anders als das Landgericht angenommen hat – nicht nur von einer nachschaffenden Nachahmung, sondern von einer nahezu identischen Nachahmung auszugehen. Denn die Abweichung führt nur zu einer geringfügigen und im Gesamteindruck unerheblichen Abweichung vom Original.

Für die Annahme einer Nachahmung ist darüber hinaus erforderlich, dass der Beklagten bei der Schaffung des

angegriffenen Koffers die Koffer der Kläger und damit deren Rillen-Design bekannt war. Da das Produkt der Beklagten zeitlich nach den seit Jahrzehnten mit dem Rillen-Design versehenen Koffern der Klägerin auf den Markt gekommen ist, ist widerleglich zu vermuten, dass die Beklagte vom Produkt der Klägerin bei der Schaffung der Nachahmung Kenntnis hatte. Diese Vermutung hat die Beklagte nicht widerlegt.

Die Beklagte bietet den angegriffenen Koffer auch in der Bundesrepublik an. Die Auslieferung an einen in Konstanz ansässigen Händler oder einen Zwischenhändler genügt hierfür.

c) Die Nachahmung ist unlauter, da sie eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft des Nachahmungsproduktes herbeiführt.

Die bloße Tatsache, dass die angebotenen Produkte Nachahmungen sind, begründet für sich allein nicht die Unlauterkeit im Sinne des § 4 Nr. 9 UWG. Es müssen vielmehr besondere Umstände hinzukommen, die dieses Verhalten unlauter machen. Nach § 4 Nr. 9 a UWG ist das Anbieten eines Nachahmungsproduktes unlauter, wenn eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft des Nachahmungsproduktes herbeigeführt wird. Dabei beurteilt sich die Frage der Herkunftstäuschung aus der Sicht der Abnehmer des Nachahmungsproduktes. Maßgeblich ist dabei die Sicht der angemessen gut informierten, angemessen aufmerksamen und kritischen durchschnittlichen Abnehmer. Voraussetzung für eine Täuschung ist, dass das nachgeahmte Erzeugnis eine gewisse Bekanntheit bei nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise erlangt hat (st. Rspr., vergl. nur BGH GRUR 2007, 984 Tz. 34 – Gartenliege). Denn ist dem Verkehr nicht bekannt, dass es ein Original gibt, scheidet eine Herkunftstäuschung in aller Regel schon begrifflich aus (Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Auflage, § 4 Rn. 9.41 a). Eine Verkehrsgeltung ist aber nicht erforderlich (BGH GRUR 2006, 79 Tz. 35-Jeans I). Es bedarf vielmehr im Zeitpunkt der

Markteinführung der Nachahmung lediglich einer gewissen Bekanntheit auf dem inländischen Markt, die ein solches Maß erreicht haben muss, dass sich in relevantem Umfang die Gefahr der Herkunftstäuschung ergeben kann, wenn Nachahmungen vertrieben werden (BGH GRUR 2005, 166, 167 – Puppenausstattungen; GRUR 2007, 984 Tz. 34 – Gartenliege). Dies ist vorliegend der Fall. Einer Beweisaufnahme über die von der Klägerin unter Zeugenbeweis gestellten Umsatzzahlen und Werbeaufwendungen bedarf es dafür nicht. Denn bereits der Umstand, dass die Koffer der Klägerin mit dem die wettbewerbliche Eigenart begründenden Rillen-Design in der Bundesrepublik Deutschland nicht nur seit Jahrzehnten auf dem Markt, sondern auch in nahezu jedem Fachgeschäft zu erwerben sind, genügt im Zusammenhang mit dem Umstand, dass es kein Wettbewerbsprodukt mit entsprechendem Design auf dem Markt gibt, für die Annahme der erforderlichen Bekanntheit. Auf eine Kenntnis der Bezeichnung des Originalherstellers kommt es dabei nicht an (BGH GRUR 2006, 79 Tz. 36 – Jeans I). Es genügt die Vorstellung, dass das Erzeugnis von einem bestimmten Hersteller, wie auch immer dieser heißen mag, oder von einem mit diesem verbundenen Unternehmen in den Verkehr gebracht wurde (BGH GRUR 2007, 339 Tz. 40 – Stufenleitern; GRUR 2007, 984 Tz. Tz. 32 – Gartenliege; GRUR 2009, 79 Tz. 31 – Gebäckpresse). Die Bekanntheit hat damit jedenfalls ein solches Maß erreicht, das sich bei den angesprochenen Verkehrskreisen in einem relevanten Umfang die Gefahr der Herkunftstäuschung ergeben kann.

Der Senat bejaht vorliegend das Bestehen einer unmittelbaren Herkunftstäuschung. Beim Vergleich der fraglichen Produkte ist regelmäßig davon auszugehen, dass der Verkehr das Original und das Nachahmungsprodukt nicht gleichzeitig wahrnimmt und miteinander vergleicht, sondern seine Auffassung aufgrund eines Erinnerungseindrucks gewinnt (Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Auflage § 4 Nr. 9.43). Dabei treten regelmäßig die übereinstimmenden Merkmale mehr hervor, so dass es mehr auf die Übereinstimmungen als auf die Unterschiede ankommt (BGH

GRUR 2007, 759 Tz. 34 – Handtaschen; GRUR 2010, 80 Tz. 41 – LIKEaBIKE). Für die Annahme einer unmittelbaren Herkunftstäuschung kommt es nicht darauf an, dass alle Gestaltungsmerkmale des Produkts eines Mitbewerbers übernommen werden. Bei der Beurteilung eines Vergleichs nach dem Gesamteindruck kommt es vielmehr darauf an, dass gerade die übernommenen Gestaltungsmerkmale geeignet sind, im Verkehr auf die betriebliche Herkunft hinzuweisen. Dies ist vorliegend der Fall, da die Beklagte das Rillen-Design der Koffer der Klägerin vollständig übernommen hat und die textile Struktur im Gesamteindruck dahinter zurücktritt.

Die Herkunftstäuschung auch vermeidbar. Eine Herkunftstäuschung ist dann vermeidbar, wenn sie durch geeignete und zumutbare Maßnahmen verhindert werden kann (BGHR GRUR 2005, 166,167 – Puppenausstattungen; GRUR 2007, 339 Tz. 43 – Stufenleitern; GRUR 2009, 1069 Tz. 12 – Knoblauchwürste). Die Verwendung einer textilen Struktur oder eine leicht abweichende Form des Koffers sind keine geeigneten Maßnahmen, eine Herkunftstäuschung zu vermeiden. Das gilt schon deshalb, weil die Klägerin selbst das in Rede stehende Rillen-Design bei Koffern mit unterschiedlichen Formen, Größen und Farben verwendet. Auch das Hinzufügen der Herkunftskennzeichnung der Beklagten ist nicht ausreichend. Nach der Rechtsprechung hängt die Frage, ob das Hinzufügen einer eigenen Herkunftskennzeichnung zumutbar und geeignet ist, eine Herkunftstäuschung auszuschließen, von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab (BGH GRUR 2000, 521, 524 – Modulgerüst I, GRUR 2001, 443, 445 – Viennetta; GRUR 2002, 820, 822 – Bremszangen; GRUR 2002, 275, 277 – Noppenbahnen; GRUR 2005, 166, 170 – Puppenausstattungen). Vorliegend ist die Herkunftskennzeichnung angesichts des hohen Grades der Nachahmung nicht ausreichend. Denn der Verkehr achtet bei einem Angebot von Koffern mehr auf die äußere Gestaltungsform des Koffers, als auf dessen Kennzeichnung. Vorliegend handelt es sich nicht um eine Maschine oder ein Gerät, sondern um ein bei einer Reise sichtbares Behältnis. Die Gestaltung von

Koffern wird häufig aus größerer Entfernung oder unter Umständen wahrgenommen, die eine Lesbarkeit der auf den Koffern der Beklagten angebrachten Unternehmensbezeichnung verhindern. Darüber hinaus schafft die gewählte Kennzeichnung – wenn sie wahrgenommen wird – auch keinen ausreichenden Abstand zu der Marke der Klägerin. Dabei ist nicht entscheidend, ob zwischen dem Zeichen R(...) der Klägerin und „Ro (...)“ eine markenrechtliche Zeichenähnlichkeit besteht. Der Senat hat allein zu prüfen, ob mit der verwendeten Kennzeichnung der Beklagten der durch die Nachahmung bewirkten Herkunftstäuschung hinreichend deutlich und in zumutbarem Maß entgegen gewirkt wird. Die Produktkennzeichnung ist aber angesichts der Umstände, dass beide Zeichen mit dem selben Anfangsbuchstaben beginnen, sich der Verkehr eher an dem Anfang eines Zeichenbestandteils als an den weiteren Bestandteilen orientiert und darüber hinaus beide Zeichen auch noch eine identische Silbenzahl aufweisen (3 Silben), nicht ausreichend, um einen hinreichenden Abstand zu dem vom Rillen-Design charakterisierten Produkt der Klägerin zu schaffen.

Darüber hinaus ist der Beklagten auch eine abweichende Produktgestaltung des von ihr vertriebenen Koffers zumutbar. Es besteht ein großer Freiraum für eine abweichende Gestaltung, selbst wenn es zur Versteifung an bestimmten Stellen einer Verdickung bedürfte.

d) Auch bei einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls und einer Abwägung der einander widerstreitenden Interessen des Schöpfers der Leistungen (Originalprodukt) und des Nachahmers sowie der Interessen der Abnehmer und der Allgemeinheit (vgl. zu dieser Abwägung: BGH GRUR 2001, 251, 253 f. – Messerkennzeichnung) hat die Berufung der Beklagten keinen Erfolg. Angesichts des Umstandes, dass von einer gestärkten wettbewerblichen Eigenart und einer fast identischen Nachahmung auszugehen ist, sind nach der ständigen Rechtsprechung geringere Anforderungen an die vermeidbare Herkunftstäuschung als besonderer Umstand zu stellen, der die

Wettbewerbswidrigkeit der Nachahmung begründet. Auch bei der gebotenen Gesamtabwägung ist deshalb das Vorliegen einer vermeidbaren Herkunftstäuschung zu bejahen.

e) Der Wettbewerbsverstoß begründet die vom Landgericht zugesprochenen Unterlassungs- und Auskunftsansprüche und rechtfertigt die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten. Angesichts der Umstände steht nach der Überzeugung des Senats fest, dass die Beklagte das Rillen-Design der Klägerin bekannt war, als sie damit begann, Koffer mit der beanstandeten Gestaltung auf den Markt zu bringen. Sie hat deshalb jedenfalls fahrlässig gehandelt. Soweit die Beklagte geltend macht, eine Verurteilung zur Auskunft über den Verletzergewinn sei ausgeschlossen, kann dem nicht beigetreten werden. Die Auskunft dient der Vorbereitung zur Geltendmachung des Schadenersatzanspruches. Der Umfang des zuzusprechenden Auskunftsanspruches wäre daher nur dann begrenzt, wenn ein Anspruch auf Gewinnherausgabe nicht in Betracht käme. Grundsätzlich aber steht dem Verletzten die Möglichkeit der dreifachen Schadensberechnung und damit auch die Möglichkeit einer Berechnung auf der Basis des vom Verletzer erzielten Gewinns zu. Keine Berechnungsmethode ist ausgeschlossen, selbst wenn man annähme, dass der Nachahmer zwar den Absatz des Originalherstellers behindern, ihm aber gegebenenfalls keine potentiellen Kunden wegnähme, weil er mit seinem preiswerteren Produkt andere Käuferschichten anspricht (vgl. BGH GRUR 1993, 55, 57 – Tchibo/Rolux I).

B. Widerklage

Die in der Berufungsinstanz erhobene Widerklage ist unzulässig. Sie ist daher durch Prozessurteil zurückzuweisen (Zöller/Heßler, ZPO, 29. Auflage, § 533 Rn. 14).

Eine erstmals in der Berufungsinstanz erhobene Widerklage ist nur zulässig, wenn sie die Voraussetzungen des § 533 ZPO erfüllt. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

Nach § 533 ZPO ist eine Widerklage nur zulässig, wenn

- der Gegner einwilligt oder das Gericht dies für sachdienlich hält und
- diese auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung und die nach § 529 ZPO zugrunde zulegen hat.

Die Widerklage ist allerdings nicht deshalb nach § 533 Nr. 2 ZPO unzulässig, weil sie auf Tatsachenstoff gestützt wird, der in erster Instanz zwar vorgetragen worden ist, der jedoch für die Entscheidung über die Klage aber weder in erster noch in zweiter Instanz erheblich ist. Wird die Widerklage auf ein Vorbringen gestützt, das bereits in erster Instanz erfolgt ist und deshalb nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO beachtlich ist, sind die Voraussetzungen von § 533 Nr. 2 ZPO erfüllt (BGH MDR 2012, 487 Tz. 12 f.). Bereits in erster Instanz hatte die Beklagte die Einrede der Nichtbenutzung der in Rede stehenden drei Klagemarken erhoben (Verweis auf die Löschanträge in den Anlagen rop 5a-5e).

Es fehlt für die Zulässigkeit der Erhebung der Widerklage in der Berufungsinstanz aber an den zusätzlichen Voraussetzungen des § 533 Nr. 1 ZPO. Da die Klägerin in die Geltendmachung der Widerklage (ausdrücklich) nicht eingewilligt hat, wäre diese nur zulässig, wenn sie als sachdienlich anzusehen wäre. Die Sachdienlichkeit ist zu verneinen, wenn die Widerklage zu einer Beurteilung eines völlig neuen, wenn auch nach § 529 ZPO zulässigen Streitstoffes nötigen würde (BGH NJW 1961, 362; NJW 1977, 49; Zöller/Heßler, ZPO, 29. Aufl., § 533 Rn. 10). Maßgeblicher Gesichtspunkt ist hierfür der Gedanke der Prozesswirtschaftlichkeit. Dabei fällt für den Senat bei der Beurteilung der Sachdienlichkeit der erstmals in der Berufungsinstanz erhobenen Widerklage auf Löschung der drei Klagemarken, auf die bereits in erster Instanz die markenrechtlichen Ansprüche gestützt waren, ins Gewicht, dass

die Beklagte schon in erster Instanz nicht nur die Einrede der Nichtbenutzung hätte erheben und Löschungsantrag beim Deutschen Patent- und Markenamt hätte stellen können, sondern bereits zu diesem Zeitpunkt Löschungsklage nach § 55 i.V. mit § 49 MarkenG wegen Verfalls hätte erheben können. Es widerspräche der Prozessökonomie, diese in der Berufungsinstanz „nachgeholte“ Löschungsklage nunmehr erstmals zum Gegenstand des Berufungsverfahrens zu machen. Darüber hinaus ist in die Entscheidung über die Sachdienlichkeit der Widerklage auch einzubeziehen, dass der markenrechtliche Streit zwischen den Parteien auch im Fall einer Entscheidung über die Widerklage nicht erschöpfend geklärt wäre. Denn die Klägerin beruft sich ergänzend auf weitere eingetragene Marken und eine Benutzungsmarke, deren Gegenstand die Rillenstruktur sein soll, die nicht Gegenstand der Widerklage sind.

C. Sonstiges

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 97, 91 ZPO Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Gründe für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor.