

# Gipürespitze II

## **Amtlicher Leitsatz:**

Die Grundsätze der Schadensberechnung auf Herausgabe des Verletzergewinns nach der Entscheidung „Gemeinkostenanteil“ des BGH ( GRUR 2001,329 ) sind auch im Bereich des wettbewerbsrechtlichen Schutzes von Modeneuheiten anzuwenden. Das modische Design von Damenunterwäsche kann nach den jeweiligen Umständen des Falls, insbesondere der Art und Weise des Vertriebs, als zu 60% ursächlich für die Kaufentscheidung eingeschätzt werden. Der günstigere Preis eines Plagiats gegenüber dem Original kann nur teilweise als Kaufursache berücksichtigt werden.

## **Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg**

**Urteil vom 27.8.2008**

**Az.: 5 U 38/07**

Urteil

Tenor

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Hamburg – Zivilkammer 15 – vom 25.1.2007 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 8.3.2007 geändert:

Die Beklagten werden verurteilt, an die Klägerin als Gesamtschuldner EUR 401.621,50 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.5.2006 zu zahlen.

Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 45 % und die Beklagten als Gesamtschuldner 55 % zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Jede Partei kann eine Vollstreckung der Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagten wegen der wettbewerbswidrigen Nachahmung eines im Jahre 2003 von den Beklagten vertriebenen Büstenhalters und eines String-Tanga auf Schadensersatz in Anspruch. Außerdem verlangt sie Schadensersatz, weil die Beklagten für die Abbildung auf der Verpackung des nachgeahmten Büstenhalters den Original-Büstenhalter der Klägerin verwendet haben. Die Schadensersatzpflicht der Beklagten ist dem Grunde nach in einem vorangegangenen Rechtsstreit rechtskräftig festgestellt worden ( LG Hamburg Aktz.416 O 218/03; HansOLG Aktz. 5 U 66/04 ; BGH I ZR 69/05 ).

Die Beklagte hat den mit dem Büstenhalter erzielten Gewinn in dem Auskunftsschreiben vom 4.8.2005 mit EUR 508.402,02 und den mit dem String-Tanga erzielten Gewinn mit EUR 141.396,82 angegeben ( Anlage K 1 ). Die in diesem Schreiben enthaltenen Zahlen sind zwischen den Parteien unstreitig. Der für den String-Tanga angegebene Endverbraucherpreis von EUR 3,99 als Ausgangswert der Gewinnberechnung bezieht sich nur auf den String-Tanga, hinsichtlich dessen die Schadensersatzpflicht der Beklagten rechtskräftig festgestellt worden ist. Tatsächlich wurde dieser String-Tanga von den Beklagten in einem Doppelpack zusammen mit einem String-Tanga ohne Spitzenverzierung zu einem Gesamtpreis von EUR 7,99 vertrieben ( Anlagen B 6, B 10, S. 14 ).

Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage die Herausgabe des von

den Beklagten nach ihren – der Beklagten – eigenen Angaben erzielten Gewinns von zusammen EUR 649.798,84. Außerdem verlangt sie noch 8 % des mit dem Büstenhalter ebenfalls unstreitig erzielten Umsatzes – vor Abzug der unstreitigen Kosten aus dem Schreiben vom 4.8.2005 – von EUR 1.174.219,80, d.h. EUR 93.937,58, als Lizenzgebühren für die Benutzung des Original-Büstenhalters in der Abbildung auf der Verpackung. Insgesamt hat die Klägerin die Zahlung von EUR 743.736,06 nebst Zinsen beantragt.

Wegen des Wortlauts der Anträge und der Einzelheiten des Parteivortrags wird auf das landgerichtliche Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht hat angenommen, dass die Beklagten der Klägerin 40% des in dem Schreiben vom 4.8.2005 ausgewiesenen Gewinns herausgeben und für die Abbildung des Original-Büstenhalters auf der Verpackung eine Lizenzgebühr von 1 % auf den mit dem Büstenhalter erzielten Umsatz zahlen müssten. Es hat die Beklagten insgesamt zur Zahlung eines Betrages von EUR 271.661,74 nebst Zinsen verurteilt und im Übrigen die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Die Beklagten begehren weiterhin die vollständige Abweisung der Klage. Die Klägerin beantragt, in Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Beklagten zur Zahlung von EUR 743.736,42 nebst Zinsen zu verurteilen, was – bis auf eine minimale Abweichung hinter dem Komma – ihrem ursprünglichen Klagantrag entspricht.

Die Beklagten wiederholen und vertiefen ihren erstinstanzlichen Vortrag. Ergänzend tragen sie im Wesentlichen vor: Für den Bereich Unterwäsche/Dessous hätten die Beklagten inzwischen eine Bekanntheit von 54% erreicht und lägen damit vor der Klägerin ( Anlage B 17 ). Im Bekleidungssektor seien sie die Anbieter mit dem besten Preis/Leistungsverhältnis ( Anlage B 18 ). Die Beklagten hätten ihre verschiedenen Unterwäschemodelle im Jahr 2003 immer zu 100 % abgesetzt, und zwar unabhängig von ihrem

jeweiligen Design. Vor diesem Hintergrund habe das Landgericht zu Unrecht angenommen, dass die Kaufentscheidung des Verbrauchers zu 40% von dem Aussehen der nachgeahmten Produkte beeinflusst worden sei. Maßgebend seien das Vertriebssystem der Beklagten, ihre im Bereich Unterwäsche noch bekannter gewordenen Marken Tchibo/TCM, die umfangreiche Bewerbung, Größe, Passform, Material und Modellierungsfunktion der von ihr vertriebenen Produkte, insbesondere deren Bewerbung als „Control-BH“ und „Control-String“, schließlich der gegenüber den Originalen der Klägerin deutlich günstigere Preis. Auch die vom Landgericht angesetzte Lizenzgebühr für die Abbildung des klägerischen Originals auf der Verkaufspackung sei mit 1 % vom Umsatz deutlich überzogen. Jedenfalls hätte das Landgericht weder die Schätzung des herauszugebenden Gewinnanteils noch die Höhe der Lizenzgebühr nach § 287 ZPO ohne die Einholung eines Sachverständigengutachtens vornehmen dürfen.

Die Klägerin bestreitet eine Bekanntheit der Beklagten von 54% im Dessousbereich. Im Übrigen wiederholt und vertieft sie ihre bereits in erster Instanz vertretene Auffassung, dass die Beklagten 100% des erzielten Gewinns herauszugeben und 8 % des Umsatzes mit dem Büstenhalter als Lizenz für die Abbildung des Originalbüstenhalters auf der Verkaufspackung zu bezahlen hätten. Hilfsweise, nämlich „haftungsausfüllend zur Begründung des eingeklagten Betrages“, beruft sie sich darauf, dass die Beklagten den gesamten mit dem Vertrieb der Doppelpackung der String-Tangas erzielten Gewinn herauszugeben hätten, da die Doppelpackung nur wegen des gestalteten String-Tangas gekauft worden sei. Auf den schlichten String-Tanga entfalle – unbestritten – noch einmal ein Gewinn von EUR 141.396,82.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

II.

Beide Berufungen sind zulässig. Die Berufung der Beklagten ist unbegründet, diejenige der Klägerin hat im erkannten Umfang Erfolg. Der Senat folgt im Wesentlichen der ausführlich und überzeugend begründeten landgerichtlichen Entscheidung. Er schätzt lediglich die Kausalität des Designs der von den Beklagten vertriebenen Plagiate für die Kaufentscheidung deutlich höher ein als das Landgericht und gelangt damit zu einem entsprechend höheren Anteil des von den Beklagten herauszugebenden Gewinns. Im Einzelnen :

#### 1. Berufung der Beklagten

##### a) Verurteilung zur anteiligen Herausgabe des Verletzergewinns

Zu Recht und mit überzeugender Begründung hat das Landgericht die Beklagten dem Grunde nach zur Herausgabe des mit dem nachgeahmten Büstenhalter und String-Tanga erzielten Gewinns als Schadensersatz nach § 1 UWG a.F. verurteilt. Einen geringeren Betrag als die vom Landgericht der Höhe nach gemäß § 287 ZPO mit 40% geschätzten Anteil haben die Beklagten nicht zu zahlen. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Berufung geben Anlass zu folgenden ergänzenden Anmerkungen :

aa) Zutreffend hat das Landgericht seine Entscheidung auf der Grundlage des Urteils „Gemeinkostenanteil“ des BGH gefällt ( GRUR 2001,329 ). Dieses Urteil ist zwar in einem geschmacksmusterrechtlichen Fall ergangen. Die für das Geschmacksmusterrecht anerkannten drei Schadensberechnungsarten – entgangener Gewinn des Verletzten, Lizenzanalogie oder Herausgabe der Verletzergewinns – sind aber nach ständiger Rechtsprechung für das gesamte Immaterialgüterrecht und auch für den ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz anwendbar ( BGH GRUR 93,55,57 – Tchibo/Rolux II ). Hierzu zählt ebenso der zeitlich begrenzte wettbewerbliche Schutz gegen die Nachahmung von Modeneuheiten, soweit es um Verletzungshandlungen geht, die in diesen Zeitraum fallen ( BGH GRUR 73,478 – Modeneuheit ). In den nach Erlass des Urteils „Gemeinkostenanteil“ ergangenen

Entscheidungen „Noblesse“ und „Steckverbindergehäuse“ hat der BGH die Grundsätze der Entscheidung „Gemeinkostenanteil“ für das Markenrecht und den ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz zur Anwendung gebracht ( GRUR 2006,419 und GRUR 2007,431 ). Der Senat entnimmt dieser neueren Rechtsprechung des BGH, dass die in der Entscheidung „Gemeinkostenanteil“ ausgesprochenen Rechtsgrundsätze in allen Rechtsgebieten gelten sollen, für die schon nach der bisherigen Rechtsprechung eine dreifache Schadensberechnung anerkannt war. Soweit die Beklagten hiergegen einwenden, die Herausgabe des Verletzergewinns sei bei einem so schwachen Schutzrecht wie dem Schutz gegen die Nachahmung von Modeneuheiten nicht gerechtfertigt, steht diese Auffassung – wie ausgeführt – nicht im Einklang mit der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung, der sich der Senat ebenso wie das Landgericht anschließt. Die Schwäche des Schutzes gegen die Nachahmung modischer Erzeugnisse wirkt sich zwar darin aus, dass der Schadensersatzanspruch zeitlich auf Verletzungshandlungen während der Schutzdauer beschränkt ist. Berechnungsart und Höhe unterscheiden sich jedoch nicht von dem Schadensersatzanspruch wegen Verletzung eines Immaterialgüterrechts oder wegen ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes.

bb) Ebenfalls ohne Erfolg wenden die Beklagten erneut ein, dass die Grundsätze der Entscheidung „Gemeinkostenanteil“ nur zwischen Wettbewerbern „auf gleicher Augenhöhe“ anwendbar seien, nicht zwischen einem Herstellerunternehmen und einem Handelsunternehmen, das an den Endverbraucher verkaufe. Eine solche Beschränkung ist der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht zu entnehmen. Die Berechnung des Schadens auf der Grundlage der Herausgabe des Verletzergewinns beruht gerade auf der Fiktion, dass der Verletzte einen Betrieb unterhält, der demjenigen des Verletzers entspricht ( BGH GRUR 73,478, 480 – Modeneuheit; GRUR 01, 329 – Gemeinkostenanteil; GRUR 2007, 431,434 – Steckverbindergehäuse ). Dies kann auch ein Unternehmen auf einer anderen Vertriebsstufe sein. So hat der

Senat in zwei parallelen Schadensersatzprozessen wegen urheberrechtswidrigen Nachbaus eines Kinderhochstuhls sowohl den Hersteller als auch einen Händler zur Herausgabe des Verletzergewinns in Anwendung der Entscheidung „Gemeinkostenanteil“ des BGH verurteilt ( ZUM-RD 06,29 – Designanteil; ZUM-RD 06,13; OLG-Report 07,28 – Verletzerkette; die in diesen Verfahren außerdem zu beantwortende Frage, ob der Verletzte von Hersteller und Händler wegen des Vertriebs derselben Ware den auf beiden Vertriebsstufen jeweils erzielten Verletzergewinn herausverlangen darf, stellt sich vorliegend nicht ). Aus den gleichen Gründen verfängt auch die Argumentation der Beklagten nicht, dass der Klägerin ihre – der Beklagten – Vertriebsleistungen nicht zugute kommen dürften. Schließlich ist entgegen der Auffassung der Berufung unerheblich, ob die Beklagten ebenso gut andere Dessous-Produkte hätten verkaufen und hiermit denselben Gewinn wie mit den Nachahmungen hätten erzielen können. Es kommt nur auf die tatsächlich durchgeführte Verkaufsaktion mit den Nachahmungen an, der Einwand eines „rechtmäßigen Alternativverhaltens“ überzeugt nicht ( BGH GRUR 93,55, 59 – Tchibo/Rolux II ).

cc) Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass die Klägerin mit hinreichender Wahrscheinlichkeit einen eigenen Schaden durch den Vertrieb der Nachahmungen erlitten hat. Auch diese Wertung greifen die Beklagten mit der Berufung ohne Erfolg an. Zwar haben die Beklagten die von der Klägerin behaupteten eigenen Absatzzahlen der Originalprodukte bestritten ( 80.000 BHs und 30.000 Strings ). Die Klägerin hat jedoch daraufhin Werbematerial für die Saisons Frühjahr/Sommer 2002, Herbst/Winter 2002, Frühjahr/Sommer 2003 und Herbst/Winter 2003 vorgelegt, in dem sich u.a. auch die nachgeahmten Modelle der Modellreihe „Reverie“ befinden ( Anlage K 5 ). Dem sind die Beklagten nicht mehr substantiiert entgegengetreten. Die Anforderungen an die Darlegung des eigenen Schadens des durch einen Wettbewerbsverstoß Verletzten sind nach der Rechtsprechung gering. Setzt der Verletzer eine erhebliche Zahl von Nachahmungen ab, entspricht die Annahme, das

hierdurch ein Schaden des Verletzten eingetreten ist, bereits der Lebenserfahrung ( BGH GRUR 93,55,57 – Tchibo/Rolux II ). Vorliegend haben die Beklagten unstreitig eine erhebliche Zahl abgesetzt, nämlich 130.614 BHs und 111.854 Strings.

Soweit die Beklagten vorgetragen haben, dass es ihren Büstenhalter nur in der Cupgröße C gegeben habe, ändert dies nichts daran, dass die Klägerin mit hinreichender Wahrscheinlichkeit einen Schaden erlitten hat. Denn auch die Klägerin hat ihr Modell u.a. in der Cupgröße C angeboten ( s.auch Schriftsätze der Beklagten vom 2.5.2007, S.16, Bl.210 und vom 5.6.2007, S.3, Bl.218 ) . Sollten die Prozessbevollmächtigte der Beklagten in der Verhandlung vor dem Senat erstmals behauptet haben wollen ( dies ist nicht recht deutlich geworden ), die Klägerin hätte ihr Original-Modell in dieser Größe nicht angeboten, handelt es sich um neuen Vortrag in der Berufungsinstanz, für den ein Zulassungsgrund gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht ersichtlich ist. Dieser etwaige neue Vortrag ist zwischen den Parteien auch nicht unstreitig.

dd) Ebenfalls zu Recht hat das Landgericht den mit den Nachahmungen von den Beklagten erzielten Gewinn auf der Grundlage der zwischen den Parteien unstreitigen Auskunft vom 4.8.2005 und den hierin aufgeführten – ebenfalls unstreitigen – Abzugsposten angenommen ( Anlage K1 ). Soweit die Beklagten nach Klagerhebung erstmals weitere Kosten, nämlich 32,2 % „Vertriebskosten“ und 3,6 % „Verwaltungskosten“ – jeweils berechnet auf den Netto-Stückpreis des Büstenhalters und String-Tangas – in Abzug bringen wollen, können sie hiermit auch in der Berufung nicht gehört werden. Zutreffend hat das Landgericht diese Abzugspositionen in Anwendung der Entscheidung „Gemeinkostenanteil“ des BGH nicht anerkannt, weil nicht vorgetragen ist, dass sie gerade durch den Vertrieb der Nachahmungen entstanden sind. An dieser Rechtsprechung hat der BGH – trotz Kritik aus dem Schrifttum – in seiner Entscheidung „Steckverbindergehäuse“ festgehalten ( GRUR 2007,

431, 433 f. ). Im Übrigen ist der Vortrag der Beklagten, die für weitere Abzugspositionen darlegungs- und beweispflichtig sind, nicht hinreichend substantiiert. Jedenfalls nachdem die Klägerin diese Positionen als zu pauschal bestritten hatte, hätten die Beklagten bereits in erster Instanz, spätestens aber mit der Berufungsbegründung die Abzugspositionen näher begründen müssen. Die Darlegungslast ist der Beklagten auch nicht deshalb zu ersparen, weil es ihr nicht möglich ist, die „Vertriebskosten“ und „Verwaltungskosten“ den streitgegenständlichen Nachahmungen zuzuordnen. Die Frage, ob ihr insoweit gewisse Darlegungserleichterungen zugebilligt werden können ( offen gelassen in der o.g. Entscheidung des Senats „Designanteil“ ) , stellt sich erst in einem zweiten Schritt. Denn zunächst wäre es Sache der Beklagten, substantiiert vorzutragen, welche Kosten in den sog. „Vertriebskosten“ und „Verwaltungskosten“ im Einzelnen enthalten sind, damit hieraus ersehen werden kann, ob es sich um Kosten handelt, die ihrer Natur nach überhaupt dafür in Frage kommen, in Anwendung der höchstrichterlichen Rechtsprechung dem Vertrieb der Nachahmungen zugerechnet zu werden. Diese Darlegung kann auch nicht durch Einholung eines Sachverständigengutachtens ersetzt werden, denn dieses liefe auf eine Ausforschung hinaus.

ee) Dem Landgericht ist weiter darin zu folgen, dass von dem erzielten Gewinn lediglich derjenige Anteil herauszugeben ist, der darauf beruht, dass die von den Beklagten vertriebenen Nachahmungen ein den Originalprodukten der Klägerin nachgebildetes äußeres Erscheinungsbild besaßen. Dieser Anteil ist nach der Rechtsprechung des BGH gemäß § 287 ZPO zu schätzen, wobei die Anforderungen an die von dem Geschädigten beizubringenden Schätzungsgrundlagen gering sind ( BGH GRUR 03,55,59 – Tchibo/Rolux II ). Insbesondere wenn es sich – wie hier – um Gegenstände des allgemeinen Bedarfs handelt und das Gericht zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehört, bestehen gegen eine richterliche Schätzung keine Bedenken. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens war und ist

entgegen der Auffassung der Beklagten nicht geboten. Die Beklagten tragen auch nicht vor, in welcher Hinsicht die besondere Sachkunde eines Sachverständigen hier fruchtbar gemacht werden könnte.

ff) Als Ausgangspunkt der Schätzung ist zunächst noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass die von den Beklagten vertriebenen Nachahmungen den Originalprodukten der Klägerin überaus ähnlich sind. Hierzu hat der Senat in seinem Urteil vom 24.2.2005 in dem vorangegangenen Verfahren zum Aktz. 5 U 66/04 ausgeführt :

„Nicht zu beanstanden ist ferner die Feststellung des Landgerichts, dass es sich bei den streitgegenständlichen Modellen der Beklagten um Nachahmungen, da nahezu identische Nachbildungen der klägerischen Muster handelt. Der Schutzbereich für Modeneuheiten nach den dargelegten Grundsätzen ist aufgrund der geringen Anforderungen zwar gering und erfasst im wesentlichen nur identische und nahezu identische Nachbildungen, die strengen Anforderungen sind vorliegend jedoch gewahrt. Zutreffend hat das Landgericht, entgegen der Auffassung der Beklagten, nicht vorrangig auf die bestehenden Unterschiede zwischen den sich gegenüberstehenden Modellen, sondern die Gemeinsamkeiten abgestellt. Insbesondere der visuelle Gesamteindruck der Modelle ist nahezu identisch. Bei dem klägerischen Büstenhalter-Modell wird er maßgeblich geprägt durch die kombinatorische Wirkung aus sportlich schlichten Schnitt, glattem Material im unteren Bereich, der Kombination aus Lochstickerei und Gipürespitze mit Blattmotiven im oberen Bereich entlang des Dekolletes und der Trägerinnenseiten sowie der mittig angebrachten textilen Schleife. Exakt diese Elemente, die im Übrigen die wettbewerbliche Eigenart gerade ausmachen, finden sich mit nahezu identischer Anordnung und Gewichtung auch in den streitgegenständlichen Modellen der Beklagten. Die vorhandenen Unterschiede insbesondere im Hinblick auf die in der Spitze jeweils abgebildeten Motive (unterschiedliche Blattgebilde,

abweichende Muster in der Aneinanderreihung der einzelnen Gebilde) fallen zunächst kaum auf und sind erst bei näherem Hinsehen und eigentlich nur bei einem direkten Vergleich feststellbar. Noch mehr gilt dies für die Gestaltung der String-Modelle. Die Unterschiede in den aufgestickten Blattmotiven fallen hier kaum ins Gewicht und sind für die ästhetische Gesamtwirkung zu vernachlässigen.“

Es liegt auf der Hand, dass der herauszugebende Gewinnanteil höher ist, je ähnlicher die vertriebene Nachbildung dem Original ist.

gg) Überzeugend hat das Landgericht herausgearbeitet, dass für den Verbraucher bei dem Erwerb von Unterwäsche die äußere Gestaltung des Produkts von sehr großer Bedeutung ist. Das gilt jedenfalls für Damenunterwäsche, wie die Mitglieder des Senats aus eigenem Wissen beurteilen können. Die Wichtigkeit der äußeren Gestaltung wird ferner durch die umfangreiche Bewerbung derartiger Produkte mit Abbildungen der jeweiligen Modelle – gerade auch durch die Beklagten – und die Tatsache belegt, dass es in diesem Bekleidungssektor wie bei Oberbekleidung Modesaisons und ständig wechselnde Designs gibt. Schließlich zeigt die Verkaufspackung des String-Tanga, dass das gestaltete Modell wesentlich größer abgebildet ist als das ungestaltete Modell, also auch von den Beklagten als das „Zugpferd“ für die Kaufentscheidung angesehen worden ist.

Dem Landgericht ist ferner darin zuzustimmen, dass Schnitt, Passform, Sitz und Material für die Kaufentscheidung bei der Beklagten schon deshalb nur eine untergeordnete Rolle gespielt haben können, weil in deren Ladengeschäften und Depots keine Möglichkeit der Untersuchung der verpackten Ware und der Anprobe besteht. Die Überprüfung der Passform durch Anprobe wird auch nicht dadurch ersetzt, dass die Beklagten ihre Nachahmungen mit der Bezeichnung „Control-BH“ ( bzw. „Control-String“ ) beworben haben. Letztlich erhebt jeder Büstenhalter den Anspruch, die Büste nicht nur zu halten, sondern vorteilhaft zu formen und damit zu „kontrollieren“, und zwar

in jeder Cup-Größe. Welche Formkraft einem eher spärlichen Kleidungsstück wie einem String-Tanga zukommen soll, ist ohnehin kaum nachvollziehbar. Die Kausalität dieser Bezeichnungen für die Kaufentscheidung mag zwar nicht völlig zu vernachlässigen sein, ist aber nach Auffassung des Senats nur gering einzuschätzen.

Darauf, dass nicht passende Unterwäsche bei den Beklagten problemlos wieder umgetauscht werden kann, wie die Beklagten in der Berufung geltend machen, kommt es hingegen nicht an. Für die Herausgabe des Verletzergewinns ist die Kausalität von Umständen zum Zeitpunkt des Kaufs entscheidend.

hh) Dem Landgericht ist ferner grundsätzlich darin zuzustimmen, dass bei der Kaufentscheidung zum einen auch die Anziehungskraft der Marken „Tchibo/TCM“ und zum anderen die schlichte Bedarfsdeckung zu berücksichtigen sind. Die Kausalität dieser Umstände ist allerdings nach Auffassung des Senats vom Landgericht deutlich zu hoch bewertet worden.

Was die Marken Tchibo/TCM anbelangt, ist dem Verkehr bewusst, dass es sich bei diesen Marken um Handelsmarken handelt und die Beklagten ihre Waren von Drittherstellern beziehen ( s.auch BGH GRUR 07,984,986 – Gartenliege ). Dabei kann zugunsten der Beklagten angenommen werden, dass dem Verkehr außerdem bekannt ist, dass sie regelmäßig Damenunterwäsche anbieten, also insoweit über eine gewisse Produkterfahrung verfügen. Die Beklagten haben dies für die Jahre 2000 – 2005 in der Klagerwiderung ( Bl.27 ff.) unbestritten vorgetragen. Danach fanden jährlich zwei bis drei Verkaufsaktionen derartiger Produkte statt, bei denen erhebliche Stückzahlen abgesetzt wurden. Nach der von den Beklagten als Anlage B 8 vorgelegten Kommunikationsanalyse 2004 der Zeitschrift Brigitte, der Befragungen aus dem hier betroffenen Zeitraum 2003 zugrundeliegen, besaß die Marke Tchibo/ TCM im Bereich Unterwäsche, Dessous eine Bekanntheit von 45 % und eine Sympathie von 22 % der befragten Frauen zwischen 14-64 Jahren. Dies stellt einen vergleichsweise hohen Wert innerhalb der

dort aufgelisteten Marken dar.

Einen gewissen Widerspruch hierzu bildet allerdings die Umfrage der I. GmbH von Dezember 2003, bei der es darum ging, inwieweit der von den Beklagten nachgeahmte Büstenhalter die Vorstellung einer bestimmten betrieblichen Herkunft auslöste ( Anlage B 11 ). Von denjenigen Befragten, die meinten, der BH stamme von einem bestimmten Hersteller, nannte keiner die Marken Tchibo oder TCM ( Frage F3 ). Von denjenigen Befragten, die meinten, dass er von verschiedenen Herstellern stammen könne, nannten nur 1 % Tchibo ( Frage F 5 ). Dass die Beklagten ihre Bekanntheit im Bereich Unterwäsche mittlerweile haben weiter steigern können, wie sie in der Berufung geltend machen ( Anlage B 17 ), ist für den hier fraglichen Verletzungszeitraum im Jahre 2003 nicht von Belang. Es kann daher dahinstehen, ob dieser neue Vortrag in der Berufungsinstanz zugelassen werden kann.

Nach allem geht der Senat aber davon aus, dass dem Verkehr auch im Jahre 2003 vertraut war, dass die Beklagten in regelmäßigen Aktionen u.a. Damenunterwäsche anboten. Der Senat legt weiter zugrunde, dass die Produkte der Marken TCM/Tchibo schon zu diesem Zeitpunkt beim Verbraucher im Bereich Textilien ein recht gutes Ansehen besaßen, insbesondere im Vergleich etwa zu Textildiscountern im untersten Preisbereich eine vernünftige Qualität besaßen. Dies können die Mitglieder des Senats als Teil der angesprochenen Verbraucherschaft aus eigenem Wissen beurteilen. Daher kann dem Landgericht grundsätzlich zugestimmt werden, dass die Kaufentscheidung jedenfalls zu einem gewissen Teil durch die Marken TCM/Tchibo beeinflusst worden ist.

Was die schlichte Bedarfsdeckung als Kaufursache anbetrifft, ist hier die besondere Vertriebsform der Beklagten zu berücksichtigen, die jede Woche „eine neue Welt“ mit anderen Produkten offeriert. Diese Vertriebsform begünstigt ein „anlassbezogenes“ Kaufverhalten, d.h. der Verbraucher kauft die Produkte weniger deshalb, weil er sie gerade benötigt,

sondern deshalb, weil sie ihm in der jeweiligen Aktion gerade besonders präsentiert werden und sie ihm spontan gefallen. Daher schätzt der Senat die schlichte Bedarfsdeckung als Ursache eher gering ein.

ii) Nicht für überzeugend hält der Senat die Auffassung des Landgerichts, hinsichtlich des String-Tangas als mit kaufursächlich den Umstand zu werten, dass dieser zusammen mit einem ungestalteten String-Tanga angeboten wurde. Denn die Schadensberechnung der Klägerin in der Klage legt entsprechend der Auskunft der Beklagten ohnehin nur den hälftigen Kaufpreis ( EUR 3,99 statt EUR 7,99 ) der in einem Doppelpack vertriebenen String-Tangas als Ausgangswert der Schadensberechnung zugrunde ( zu der hilfsweisen Begründung des Schadensersatzanspruchs mit dem vollen Gewinn s. die Ausführungen bei der Berufung der Klägerin ). Eine zusätzliche Berücksichtigung des Umstandes, dass der gestaltete String-Tanga zusammen mit einem einfachen String-Tanga angeboten wurde, liefe darauf hinaus, dass die Tatsache des „Doppelpacks“ zweimal zugunsten der Beklagten zu Buche schließe. Dies ist nach Auffassung des Senats nicht mehr gerechtfertigt.

ll) Problematisch ist die Frage, ob und inwieweit der deutlich günstigere Preis der Nachahmungen der Beklagten im Vergleich zu den Originalen für die Kausalität der Kaufentscheidung Berücksichtigung finden kann ( Original-BH der Klägerin EUR 30-40.-, BH der Beklagten EUR 8,99 ). Dies hat das Landgericht in Anlehnung an die Entscheidung „Designanteil“ des Senats verneint ( ZUM-RD 06,29 ). In einer aktuellen Entscheidung vom 19.3.2008 , die einen Fall betraf, bei dem es um Schadensersatz wegen der Entwendung von Betriebsgeheimnissen ging ( § 17 UWG ), hat der BGH allerdings in einem obiter dictum unter Bezugnahme auf „Tchibo/Rolux II“ erneut ausgesprochen, dass bei der Nachahmung von schützenswerten Leistungserzeugnissen für den Umfang der Herausgabe des Verletzergewinns auch der niedrigere Preis des nachgeahmten

Produkts ausschlaggebend sein könne ( BGH I ZR 225/06 ).

Nach Auffassung des Senats kann der günstigere Preis des Plagiats als Kaufursache bei wertender Betrachtung, die im Rahmen der Schadensberechnung vorzunehmen ist, allenfalls teilweise anerkannt werden. Plagiateure können ihre Nachahmungen typischerweise billiger als das Original anbieten, insbesondere weil sie eigene Entwicklungskosten oder Lizenzgebühren sparen. Der durch eine Rechtsverletzung erworbene Wettbewerbsvorteil darf dem Plagiateur nicht durch eine volle Berücksichtigung des günstigeren Preises seines Plagiats zu Gute kommen.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten : Als mitursächlich für die Kaufentscheidung sind neben dem Design der von den Beklagten vertriebenen Plagiate in gewissem Umfang die Marken TCM/Tchibo, die Bedarfsdeckung, teilweise der günstigere Preis und in sehr geringem Maße die besonders beworbene „Control“-Passform grundsätzlich anzuerkennen. Ein höherer Anteil als die vom Landgericht geschätzten 60% als andere Kaufursachen als das Design ist jedoch auch unter Berücksichtigung all dieser Umstände keinesfalls gerechtfertigt.

kk) Ohne Erfolg bleibt schließlich der Einwand der Beklagten, dass eine Schadensberechnung nach den Grundsätzen der Herausgabe des Verletzergewinns im Vergleich zu einer Schadensberechnung nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie zu einem unverhältnismäßig hohen Schadensersatzbetrag führe. Die drei Alternativen der Schadensberechnung sollen dem Verletzten gerade die Möglichkeit geben, die für ihn günstigste Form zu wählen. Eine Vermengung der Berechnungsarten in der Weise, dass der mögliche Höchstsatz der Lizenz durch den herauszugebenden Gewinn begrenzt wird, findet nicht statt ( BGH GRUR 93, 55,58 – Tchibo/Rolux II ). Gleiches muss im umgekehrten Fall gelten, dass die Höhe des herauszugebenden Gewinns nicht durch eine mögliche Lizenzhöhe begrenzt wird. Hinzu kommt, dass es gerade das Ziel der Schadensberechnung auf Herausgabe der Verletzergewinns ist, durch seine

Abschöpfung das schädigende Verhalten zu sanktionieren ( BGH GRUR 2001, 329,331 – Gemeinkostenanteil ). Eine Begrenzung durch die Höhe eines nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie zu berechnenden Schadens stünde dieser Intention entgegen.

b) Verurteilung zur Zahlung einer Lizenz für die Verwendung des klägerischen Büstenhalters auf der Verpackungsabbildung

aa) Zu Recht ist das Landgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Klägerin von den Beklagten für die Benutzung des Original-Büstenhalters für die Abbildung auf der Verkaufspackung zusätzlich Schadensersatz im Wege der Lizenzanalogie beanspruchen kann. Zwar mag diese Art der Schadensberechnung nicht möglich sein, wenn die Klägerin ihren dem Grunde nach rechtskräftig festgestellten Schadensersatzanspruch in rechtlicher Hinsicht nur auf die §§ 3, 13 Abs.6 Nr.1 UWG a.F. stützen könnte. Der Senat hatte in seiner Entscheidung vom 24.2.2005 den Schadensersatzanspruch der Klägerin insoweit mit § 3 UWG a.F. begründet , dabei jedoch offen gelassen ( „ mindestens aus § 3 UWG“ ) , ob auch weitere Anspruchsgrundlagen erfüllt seien, insbesondere der vom Landgericht in seinem Urteil vom 13.2.2004 angenommene § 1 UWG a.F..

Die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs auch nach § 1 UWG a.F. liegen hier vor, und zwar ebenfalls unter dem Gesichtspunkt des wettbewerblichen Schutzes als Moderneuheit. Dies hat das Landgericht in entsprechender Anwendung der Entscheidung „Catwalk“ des BGH ( GRUR 2006, 143 ) überzeugend ausgeführt. Dem schließt sich der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen an.

bb) Der Höhe nach ist die für die Rechtsverletzung fiktiv zu zahlende Lizenz danach zu bemessen, was vernünftig denkende Parteien bei Kenntnis der Sachlage im Zeitpunkt des Abschlusses des fiktiven Lizenzvertrages als Lizenz für die Benutzung des Originalbüstenhalters auf der Verkaufspackung vereinbart hätten ( s.dazu Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG,

25.Aufl., § 9 Rn.1.43 m.w.N. ). Üblicherweise wird die fiktive Lizenz bei der Nachahmung von Produkten als Prozentsatz der vom Verletzer erzielten Umsätze nach Art einer Stücklizenz berechnet; dies ist auch vom BGH mehrfach gebilligt worden ( BGH GRUR 66,375,378 – Meßmer Tee; GRUR 75,85,87-Clarissa; GRUR 80,841, 844 –Tolbutamid; GRUR 93,55 – Tchibo/Rolax II). Teilweise hat der BGH eine Berechnung nach Bruttoumsätzen zugelassen ( BGH GRUR 75,85 – Clarissa ), teilweise nach Nettoumsätzen ( GRUR 93,55 – Tchibo/Rolax II; so auch OLG Düsseldorf GRUR –RR 2003,209 – Meissner Dekor ). Vorliegend hat das Landgericht entsprechend dem klägerischen Vortrag die Lizenzgebühr nach dem mit dem Büstenhalter erzielten Bruttoumsatz berechnet. Dies greifen die Beklagten nicht an, sondern beanstanden pauschal die Höhe der Lizenz.

Die vom Landgericht geschätzten 1% ( statt der beantragten 8 % ) sind auch nach Auffassung des Senats im vorliegenden Fall angemessen. Einerseits stellt das Foto des Produkts das wichtigste Werbemittel dar, es bedeckt praktisch die gesamte Frontpartie der Verkaufspackung. Wie schon ausgeführt, haben die Käufer bei den Beklagten keine Möglichkeit, den Büstenhalter selbst auf seine Beschaffenheit zu untersuchen und anzuprobieren und müssen sich bei ihrer Kaufentscheidung auf das Foto verlassen. Andererseits ist – wie das Landgericht zu Recht ausführt – zu berücksichtigen, dass die Beklagten für den Vertrieb der Nachahmungen selbst Schadensersatz durch Herausgabe des Verletzergewinns zu entrichten haben, und zwar in erheblichem Maße. Unter Berücksichtigung aller Umstände dieses Falls folgt der Senat der Schätzung des Landgerichts mit 1 % des Bruttoumsatzes, und zwar auch bei einer Bemessung des herauszugebenden Gewinns mit 60 % ( s. dazu die Ausführungen zur Berufung der Klägerin). Damit ist zugleich der zusätzliche Unrechtsgehalt der wettbewerbswidrigen Packungsabbildung über den wettbewerbswidrigen Vertrieb der Plagiate hinaus in angemessener Weise abgegolten.

Zu Unrecht beanstanden die Beklagten, dass das Landgericht die

Lizenz nach § 287 ZPO ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens geschätzt hat ( s.auch Hefermehl/Köhler/Bornkamm a.a.O. ). Zwar ist die Einholung eines Sachverständigengutachtens jedenfalls dann geboten, wenn es um die Frage geht, ob es branchenübliche Vergütungssätze oder Tarife gibt, die für eine Schätzung herangezogen werden können ( BVerfG NJW 2003, 1655 ). Die Beklagten haben jedoch auch in der Berufung nichts dazu vorgetragen, dass derartige Schätzungshilfen existieren und ein Sachverständiger insoweit Auskunft geben könnte. Vielmehr handelt es sich hier um einen besonders gelagerten Einzelfall einer „doppelten“ Rechtsverletzung, für den nur der Weg der richterlichen Schätzung nach § 287 ZPO verbleibt.

## 2. Berufung der Klägerin

### a) Verurteilung zur Herausgabe des anteiligen Verletzergewinns

aa) Die Berufung der Klägerin ist teilweise begründet, da der Senat den Prozentsatz, inwieweit die Kaufentscheidung durch das Aussehen der Plagiate beeinflusst wird, deutlich höher als das Landgericht einschätzt. Bei den hier in Rede stehenden Produkten spielt das Design – wie schon ausgeführt und auch vom Landgericht grundsätzlich richtig erkannt – eine herausragende Rolle. Außerdem handelt es sich bei den Plagiaten um fast identische Nachahmungen der klägerischen Produkte. All dies kommt in dem vom Landgericht geschätzten 40% des herauszugebenden Gewinns nicht in ausreichendem Maße zum Ausdruck.

So hat der Senat in der Entscheidung „Designanteil“, in der es um Nachahmungen des Kinderhochstuhls „Tripp Trapp“ ging, die Verletzer zur Herausgabe von 90% des Verletzergewinns verurteilt, obwohl der Verletzerstuhl „Alpha“ dem „Tripp Trapp“ deutlich unähnlicher war als die hier streitgegenständlichen Plagiate den Originalen der Klägerin. Hier hat der Senat dem Design also einen sehr hohen Stellenwert für die Kaufentscheidung eingeräumt, obwohl es bei

Möbeln – mehr noch als bei einem Kleidungsstück – auch auf die technische Funktionalität ankommt. Ein Prozentsatz in dieser Höhe wäre allerdings vorliegend nicht gerechtfertigt, da die „Reverie“-Modelle der Klägerin ein dem „Tripp Trapp“ vergleichbares Renommée nicht für sich in Anspruch nehmen können.

Andererseits hat der BGH in der Sache „Steckverbindergehäuse“ eine Schätzung des Berufungsgerichts, dass 40% des Gewinns durch die äußere Gestaltung erzielt worden seien, gebilligt und hierbei ausgeführt, dass die äußere Gestaltung für den Kauf eines technischen Gegenstandes nicht so wichtig sei ( GRUR 07,431,435 ). Dem dürfte zu entnehmen sein, dass ein Produkt, auf dessen äußere Gestaltung es ankommt, einen höheren Prozentsatz rechtfertigt.

Unter Berücksichtigung aller Umstände, wie sie schon im Zusammenhang mit der Berufung der Beklagten dargestellt und gewichtet worden sind, schätzt der Senat den Anteil, zu dem die Kaufentscheidung für die Plagiate der Beklagten von deren äußerer Gestaltung beeinflusst werden, im vorliegenden Fall mit 60 % ein. Damit ergibt sich ein herauszugebender Gewinn von EUR 389.879,30.

bb) Soweit die Klägerin ihren Anspruch hilfsweise mit dem Gewinn begründet, welchen die Beklagten mit dem ungestalteten String-Tanga erzielt haben, handelt es sich um ein neues Angriffsmittel i.S.d. § 531 ZPO. Ob Gründe für eine Zulassung in der Berufungsinstanz gemäß § 531 Abs.2 ZPO bestehen, kann jedoch dahingestellt bleiben. Denn auch dieser Vortrag rechtfertigt keine höhere Verurteilung. Die Beklagten haben nur den Gewinn herauszugeben, der gerade auf dem Vertrieb des verletzenden Gegenstandes beruht und das ist allein der gestaltete String-Tanga. Zwar hatte der BGH in der Entscheidung „Steckverbindergehäuse“ die Entscheidung des Berufungsgerichts gebilligt, wonach auch der Gewinn für ein Zubehörteil des verletzenden Gegenstandes herausgegeben werden müsse, nämlich „ soweit üblicherweise funktional

zusammenhängende Teile in einem zwingenden Anschlussgeschäft mitbestellt würden“ ( GRUR 2007, 431,432,435 ).Der Vertrieb zweier Gegenstände in einem Doppelpaket, deren Nutzung nicht voneinander abhängig ist, erfüllt diese Voraussetzungen nicht.

b) Verurteilung zur Zahlung einer Lizenz für die Verwendung des klägerischen Büstenhalters auf der Verpackungsabbildung

Soweit die Klägerin für die Benutzung ihres Originalbüstenhalters auf der Packungsabbildung eine höhere Lizenz beansprucht, als er vom Landgericht zuerkannt worden ist, ist ihre Berufung – entgegen der vorläufigen Rechtsauffassung des Senats, wie er sie in der mündlichen Verhandlung geäußert hat – nach dem Ergebnis der Schlussberatung nicht gerechtfertigt. Im Verhältnis zu der Höhe des für den Vertrieb der Plagiate herauszugebenden Gewinnanteils, der vom Senat bereits deutlich erhöht worden ist, ist der vom Landgericht bereits zugesprochene Lizenzsatz angemessen.

Insgesamt haben die Beklagten der Klägerin folglich EUR 401.621,50 zu zahlen ( EUR 389.879,30 + EUR 11.742,20 ). Höhere Zinsen als die vom Landgericht anerkannten Prozesszinsen stehen der Klägerin nicht zu. Einen darüber hinausgehenden Zinsanspruch hat sie auch in der Berufung nicht begründet.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs.1, 92 Abs.1, 708 Nr.10, 711 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich ( § 543 Abs.2 ZPO ). Es handelt sich um die Anwendung der inzwischen vom BGH mehrfach bestätigten Grundsätze aus der Entscheidung „Gemeinkostenanteil“ in einem besonders gelagerten Einzelfall.