

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 56/72

URTEIL

Verkündet am
11. Mai 1973
Spengler,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma Hermann G [REDACTED] Werke, Inhaber Hermann
G [REDACTED], [REDACTED] W [REDACTED]/B [REDACTED], M [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

Firma Gebrüder U [REDACTED] KG, vertreten durch den Komple-
mentär Paul U [REDACTED], [REDACTED] W [REDACTED] bei R [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Mai 1973 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Krüger-Nieland und die Richter Dr. Sprenkmann, Dr. Merkel, Dr. Frhr. v. Gamm und Schwerdtfeger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 8. Februar 1972 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben als die Beklagte zur Auskunftserteilung verurteilt und ihre Verpflichtung zum Schadensersatz festgestellt wurde.

Die Sache wird im Umfange der Aufhebung zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien stellen Wetterschutzschienen für Fenster her. Im Dezember 1966 brachte die Klägerin unter der Bezeichnung "bug RD 15" eine neue Schiene aus stranggepresstem Aluminium auf den Markt. Seit etwa November 1967

bietet die Beklagte eine sowohl in den Abmessungen als auch im Profil identische Schiene unter der Bezeichnung "MUR 15/17" an. Die Klägerin sieht darin aus folgenden Gründen einen Verstoß gegen § 1 UWG: Die "bug RD 15" zeichne sich durch die besondere Gestaltung des Profils und die Kombination verschiedener vorbekannter technischer Merkmale aus. Die Schiene, für die sie erhebliche Entwicklungs- und Werbekosten aufgewandt habe, sei innerhalb kurzer Zeit wegen ihrer Originalität und Qualität in den einschlägigen Fachkreisen zu einem Begriff geworden. Nicht alle Merkmale der Schiene seien technisch erforderlich oder empfehlenswert. Die Beklagte treffe der Vorwurf, es unterlassen zu haben, durch eine abweichende Gestaltung der "MUR 15/17" oder andere zumutbare Maßnahmen dafür Sorge zu tragen, daß die "MUR 15/17" nicht mit der "RD 15" verwechselt werden könne. Die Beklagte nehme die Verwechslungsgefahr bewußt in Kauf und täusche überdies damit die Interessenten über die Qualität der Schiene; denn die "MUR 15/17" habe eine geringere Festigkeit als die "RD 15". Da die Beklagte auch keine Entwicklungskosten habe aufbringen müssen, sei sie in der Lage gewesen, ihre Schiene preisgünstiger auf dem Markt einführen zu können, als es ihr, der Klägerin, möglich gewesen sei.

Die Klägerin hat beantragt,

der Beklagten bei Strafandrohung zu untersagen, Wetterschutzschienen (Typenbezeichnung MUR 15/17) gemäß der zu den Gerichtsakten gereichten Zeichnung herzustellen, feilzuhalten und in den Verkehr zu bringen, die



- a) mit einer Nute zur Aufnahme einer Umlaufdichtung aus Kunststoff,
- b) mit einer eigentümlichen Wassernase und einer besonders ausgeprägten Wasserkammer,
- c) mit verdeckten Wasserablaufschlitzen in einer tiefer gelegten Wasserablaufrinne

versehen sind und

- d) durch Erhöhung der Schiene an der Aufsitzfläche am Holz eine Atmungsmöglichkeit haben und
- e) nach Art der besonderen Gestaltung ihres Profiles den Wetterschutzschienen der Klägerin (Typenbezeichnung bug RD 15) nachgebaut sind.

Sie hat ferner Klage auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht erhoben.

Die Beklagte hat geltend gemacht: Bei der "RD 15" handele es sich um kein überdurchschnittliches Erzeugnis. Sie habe jene Schiene auch nicht nachgebaut, die Übereinstimmung ergebe sich aus dem Marktbedarf und dem Stand der Technik. Eine Verwechslungsgefahr bestehe nicht. Die Klägerin weise in der Werbung darauf hin, daß sie ihre Schienen ausnahmslos mit dem Zeichen "bug" kennzeichne. Wenn sie trotzdem Schienen ohne diese Kennzeichnung auf den Markt bringe, habe sie sich etwaige Verwechslungen selbst zuzuschreiben. Ihr (der Beklagten) Angebot, die "MUR 15/17" an der gleichen Stelle, an der auch die Klägerin ihre Schiene kennzeichne, mit ihrem Firmenzeichen zu versehen, habe die Klägerin abgelehnt.

Die Klägerin müsse sich daher so behandeln lassen, als habe sie (die Beklagte) ihre Schienen gekennzeichnet.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Beklagten wegen einer angekündigten, aber nicht verlesenen Widerklage 1/10 der Kosten auferlegt. Das Oberlandesgericht hat nach Beweisaufnahme unter Zurückweisung der Berufung im übrigen die Beklagte verurteilt, die "MUR 15/17" herzustellen, feilzuhalten, in Verkehr zu bringen, es sei denn, daß die Schiene in Abständen von 50 cm mit einem an einer vom Berufungsgericht gekennzeichneten Stelle (nämlich der, an der auch die Klägerin bei einem Teil ihrer Schienen ihr Zeichen anbringt) deutlich erkennbar und dauerhaft mit einem Hinweis versehen werde, daß es sich um ein Erzeugnis der Beklagten handele. Es hat die Beklagte des weiteren zur Auskunftserteilung verurteilt, ihre Schadensersatzpflicht festgestellt und sie mit 3/4 der Kosten des Rechtsstreits belastet. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht stellt fest, die Beklagte habe mit ihrer "MUR 15/17"-Schiene die "RD 15"-Schiene der Klägerin nachgebaut. Bei der Vielzahl von unterschiedlichen Wetterschutzschienen, die auf dem Markt seien - auch die Beklagte habe Schienen mit unterschied-

lichem Profil in ihrem Programm - erscheine es ausgeschlossen, daß die Beklagte nach dem Erscheinen der Schiene "RD 15" aufgrund eigener Entwicklungsarbeiten maßstabsgetreu zum gleichen Profil gekommen sei; irgendwelche, und seien es auch nur unbedeutende Abweichungen, hätten sich bei einer selbständigen Entwicklung mit Sicherheit ergeben.

Das Berufungsgericht führt anschließend aus, es sei in der Rechtsprechung anerkannt, daß allein der maßstäblich genaue Nachbau eines technischen Erzeugnisses, für das weder Patent- noch Gebrauchsmusterschutz bestehe, noch nicht gegen § 1 UWG verstoße. Wettbewerbswidrig sei es indes, wenn es sich um den Nachbau eines eigenartigen, überdurchschnittlichen Erzeugnisses handele und der Nachahmer es vertreibe, ohne die ihm zumutbaren Maßnahmen zur Vermeidung von Verwechslungen zu treffen. Diese Voraussetzungen seien hier gegeben. Die Wetterschutzschiene "RD 15" sei ein überdurchschnittliches Erzeugnis. Entscheidend sei nicht, daß die Schiene vergleichbaren Erzeugnissen anderer Hersteller qualitativ überlegen sei; es genüge, daß es sich nicht um eine Massenware handele, bei der die Herkunftsstätte überhaupt nicht interessiere. Bei Wetterschienen handele es sich nicht um Massenware; ihre Abnehmer legten Wert auf die betriebliche Herkunft. Auch die wettbewerbliche Eigenart könne der "RD 15" nicht abgesprochen werden. Die Klägerin habe der Schiene eine neuartige Form gegeben, wodurch diese sich von den bisherigen Erzeugnissen anderer Hersteller unterscheide. Dabei sei es nicht wesentlich, daß angesichts der Ähnlichkeit der vielen

auf dem Markt angebotenen Schienen die Unterscheidung mitunter schwierig und nicht allen Interessenten möglich sei.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei die "RD 15" - wie die Beweisaufnahme ergeben habe - alsbald nach ihrem Vertrieb in Fachkreisen bekannt geworden. Der Zeuge B., ein Angestellter eines größeren Betriebes, der Kunden im nordbayerischen Raum mit Fenstern beliefere, habe bekundet, daß seine Firma die "RD 15", deren markante Merkmale die Wasserumlenknase und die Kunststoffdichtung seien, seit 1965 oder 1966 in die Fenster eingebaut und den von ihr beratenen Architekten den Einbau der Schiene empfohlen habe. Auch der Zeuge N., der Inhaber eines mittleren Handwerksbetriebes, habe - nach seiner Aussage - die "RD 15" seit etwa 5 bis 6 Jahren verwendet; ihm sei sie demnach ebenfalls alsbald nach ihrem Erscheinen bekannt geworden.

Die "RD 15" sei aufgrund ihres Profils auch von anderen Schienen zu unterscheiden. Sowohl der Zeuge B. als auch der Sachverständige Stumpf hätten sie, als sie ihnen im Beweistermin vorgelegt worden seien, sogleich als "RD 15" bzw. als "bug-Schiene" identifiziert. Bei dieser Sachlage sei es nicht ausschlaggebend, ob die "RD 15" bei Erscheinen der "MUR 15/17" bereits Marktgeltung besessen habe. Es genüge, daß bei einem überdurchschnittlichen, eigenartigen Erzeugnis die Merkmale nachgeahmt würden, die dem Verkehr die Unterscheidung dieses Erzeugnisses von anderen der gleichen Art ermöglichen, sie also ihrer Art nach geeignet seien,

Herkunfts- und Gütevorstellungen hervorzurufen. Das habe die Beklagte getan. Die maßstabsgetreue Nachbildung lasse sich, wie die Beweisaufnahme ergeben habe, von der "RD 15" nicht unterscheiden. Bei einer solchen Sachlage sei die Beklagte verpflichtet gewesen, alle zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um die Gefahr von Verwechslungen mit der "RD 15" auszuschließen. Als ausreichende und der Beklagten zumutbare Maßnahme erachte es das Gericht, wenn die Beklagte deutlich erkennbar und dauerhaft ihre Schiene an der Stelle, an der auch die Klägerin bei einem Teil ihrer Schienen ihr Firmenzeichen einpräge, mit einer auf ihre Herkunftsstätte hinweisenden Kennzeichnung versehe. Dieser Verpflichtung sei die Beklagte schuldhaft bisher nicht nachgekommen; sie habe diese Kennzeichnung im Laufe des Rechtsstreits lediglich angeboten. Der Klägerin stehe aus §§ 1 UWG, 256 ZPO der geltend gemachte Schadensersatzfeststellungsanspruch zu, auch wenn sie keinen konkreten entgangenen Gewinn dartun könne. Der Schaden ergebe sich bereits aus der Verletzungshandlung. Die Klägerin habe die Möglichkeit, eine Schadensberechnung nach der entgangenen Lizenz vorzunehmen. Der Auskunftsanspruch ergebe sich aus § 242 BGB. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision haben nur zum Teil Erfolg.

II. 1. Unterlassungsanspruch

Werden, wie im Streitfall, Sonderschutzrechte nicht verletzt, dann ist nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts die Ausnutzung fremder Leistungen in der Regel erst dann wettbewerbswidrig im Sinne des

§ 1 UWG, wenn über die Nachahmung hinaus unlautere Begleitumstände hinzutreten. Als ein solcher Begleitumstand kommt insbesondere der Gesichtspunkt vermeidbarer Herkunftstäuschung in Betracht, sofern es sich bei dem Vorbild um ein eigenartiges, überdurchschnittliches Erzeugnis handelt, wenn ferner durch die Nachahmung die Gefahr betrieblicher Herkunftsverwechslungen begründet wird und wenn der Nachahmer zumutbare Maßnahmen zur Beseitigung oder Minderung der Verwechslungsgefahr unterläßt.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, die Beklagte habe mit ihrer "MUR 15/17" die "RD 15" maßstabsgetreu identisch nachgebildet. Diese sowie die weitere Feststellung des Berufungsgerichts, die "RD 15" sei ein eigenartiges und überdurchschnittliches Erzeugnis, werden von der Revision nicht angegriffen.

Die Revision rügt indes, das Berufungsgericht habe zu Unrecht die "RD 15" als eine im Fachverkehr wegen ihres Profils bekannte Schiene angesehen, mit der die in Betracht kommenden Verkehrskreise Herkunfts- und Gütevorstellungen verbänden. Sie meint, die Aussagen des Sachverständigen Stumpf und des Zeugen Böhm seien als Beweis für die Bekanntheit der "RD 15" untauglich, weil sowohl der Sachverständige als auch der Zeuge zugeben hätten, daß ihnen die angegriffene Schiene "MUR 15/17" nicht bekannt sei; beide hätten zwar mit der Klägerin, jedoch nicht mit der Beklagten zusammengearbeitet oder von ihr Ware bezogen. Das Berufungsgericht habe daher - entsprechend dem Beweisantritt der Beklagten - einen Sachverständigen hören müssen, der

über die notwendige Übersicht über den Markt verfüge. Des weiteren habe das Berufungsgericht nicht berücksichtigt, daß die Klägerin in ihrer Werbung ständig darauf hinweise, ihre sämtlichen Regenschienen seien mit ihrem Firmenzeichen versehen, nach ihrem eigenen Eingeständnis jedoch ihre Schienen nur vereinzelt kennzeichne. Durch ihre Werbung veranlasse die Klägerin den Verkehr, vorrangig auf die Kennzeichnung und nicht auf die Eigenart ihrer Schienen zu achten. Soweit Herkunfts- und Gütevorstellungen entstünden, knüpften diese daher an die Kennzeichnung und nicht an die Profilierung der Schienen an. Das Berufungsgericht habe weiter übersehen, daß die Beklagte unbestritten vorgetragen habe, sie habe ihre "MUR 15/17" stets unter ihrem Namen angeboten und vertrieben und es komme kaum vor, daß die Kunden auf einem Spezialmarkt die Hersteller verwechselten. Das Unterlassungsbegehren der Klägerin verstoße überdies gegen Treu und Glauben. Die Klägerin weise in ihrer Werbung den Verkehr auf ihr Kennzeichen als das für die Zuordnung ihrer Erzeugnisse maßgebliche Kriterium hin, distanzieren sich also von ihren eigenen ungekennzeichneten Erzeugnissen. Dadurch werde der Verkehr dazu erzogen, den nicht gekennzeichneten Schienen keine besondere Wertschätzung entgegenzubringen, sie jedenfalls nicht in Verbindung zur Klägerin zu bringen. Dann könne sie aber vom Nachahmer nicht verlangen, daß dieser durch die Kennzeichnung seiner Schiene die Gefahr der betrieblichen Herkunftsverwechslung beseitige.

Diese Angriffe der Revision greifen nicht durch. Die Revision verkennt, daß der Vorwurf wettbewerbs-

widriger Nachahmung nicht notwendig voraussetzt, daß für das nachgeahmte Erzeugnis bereits Marktgeltung besteht. Es genügt, wenn das überdurchschnittliche Erzeugnis in den Verkehr eingeführt ist - im Streitfall war die Klägerin, die nach dem eigenen Vortrag der Beklagten den einschlägigen Markt zu etwa 80 % beherrscht, mit der nachgeahmten Schiene bereits 1 Jahr auf dem Markt, als die Beklagte die Nachbildung in den Verkehr brachte - und diejenigen Gestaltungsmerkmale nachgeahmt werden, die dem Verkehr die Unterscheidung dieses Erzeugnisses von anderen Waren der gleichen Art ermöglichen, also ihrer Art nach geeignet sind, Herkunfts- und damit verbundene Gütevorstellungen hervorzurufen, und wenn dies zu einer ernsthaften Gefahr von Herkunftstäuschungen führt, ohne daß der Nachahmer zumutbare Maßnahmen zur Beseitigung oder Minderung der Verwechslungsgefahr ergreift (vgl. BGH GRUR 1968, 419, 422 - feuerfest I). Das Berufungsgericht hat hierzu festgestellt, die Schiene der Klägerin sei aufgrund ihres Profils von anderen Schienen zu unterscheiden. Davon habe es sich überzeugt. Beide Zeugen und der Sachverständige hätten sie, nachdem sie ihnen vorgelegt worden seien, als "RD 15" bzw. als "bug-Schiene" identifiziert und der Zeuge Böhm habe bekundet, für seine Firma, die diese Schiene seit 1965 oder 1966 in die Fenster eingebaut habe, seien die Wasserumlenknase und die Kunststoffdichtung der "RD 15" "markant" gewesen. Daß die Wassernase in dieser Form bei den bis dahin auf dem Markt angebotenen Schienen noch nicht vorhanden war, hat im übrigen die Beklagte nicht in Abrede gestellt (Schriftsatz vom 4. Februar 1971, S. 4). Die im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegende Wür-

digung des Berufungsgerichts läßt nach alledem keinen Rechtsfehler erkennen. Das Berufungsgericht war nicht gehalten, hierzu einen weiteren Sachverständigen zu hören.

Mit der vorerörterten rechtsirrtumsfreien Feststellung des Berufungsgerichts, der Verkehr unterscheide die "RD 15" von anderen Schienen dieser Art aufgrund ihres Profils, ist auch die Auffassung der Revision widerlegt, soweit beim Verkehr in bezug auf die "RD 15" Herkunfts- und Gütevorstellungen bestünden, knüpften diese wegen der auf die Firmenkennzeichnung der Schiene hinweisenden Werbung der Klägerin nicht an die Profilierung, sondern an die Kennzeichnung der Schiene an.

Es ist entgegen der Auffassung der Revision auch nicht rechtsfehlerhaft, daß sich das Berufungsgericht bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr nicht mit dem Vortrag der Beklagten auseinandergesetzt hat, sie vertreibe ihre Schiene nur unter ihrem Namen und es komme kaum vor, daß auf dem Spezialmarkt die Kunden die Hersteller verwechselten. Denn dieser Umstand wäre - wenn überhaupt - allenfalls für die Frage von Bedeutung, ob ihre Direktkunden über die Herkunft der Schiene getäuscht werden könnten. Da die Beklagte - wie sich aus den zu den Gerichtsakten gereichten Anlagen ergibt - aber auch Händler beliefert, wird die Gefahr, daß beim Weiterverkauf der identisch nachgeahmten Schienen die Kunden des Händlers getäuscht werden, dadurch nicht behoben.

Die angegriffene Schiene weist somit nach den rechtsirrtumsfreien Feststellungen des Berufungsgerichts alle Merkmale auf, die sie zu einer unlauteren Nachahmung im Sinne des § 1 UWG werden lassen, wenn die Beklagte zumutbare Maßnahmen zur Minderung der Verwechslungsgefahr unterläßt. Welche Maßnahmen geeignet und der Beklagten zuzumuten sind, liegt im wesentlichen auf dem Gebiet der tatsächlichen Beurteilung. Wenn das Berufungsgericht es im Streitfall für geboten erachtet, daß die Beklagte ihre Schiene an der Stelle mit einem Hinweis auf ihr Unternehmen versieht, an der auch die Klägerin einen Teil ihrer Schienen kennzeichnet, ist dies aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Es ist zwar grundsätzlich nicht unbedenklich, daß das Berufungsgericht ohne einen entsprechenden Antrag der Klägerin entschieden hat, welche Maßnahmen die Beklagte treffen muß, um die Verwechslungsgefahr zu mindern; denn der Verletzungsrichter hat nur die angegriffene Verletzungsform zu prüfen. Es bleibt dem Verletzer überlassen, wie er die Verwechslungsgefahr auszuräumen oder zu mindern vermag. Da die Klägerin jedoch das angegriffene Verbot verteidigt, können diese Bedenken im Streitfall zurückgestellt werden. Auch die Revision rügt an sich nicht, daß ein solcher Hinweis zur Minderung der Verwechslungsgefahr nicht geeignet oder der Beklagten nicht zuzumuten sei. Die Beklagte hat während des Rechtsstreits selbst eine solche Kennzeichnung angeboten.

Es bleibt die Rüge der Revision, das eigene Verhalten der Klägerin stehe nach Treu und Glauben dem angefochtenen, von ihr verteidigten Verbot entgegen. Der Senat vermag der Revision nicht beizupflichten,

wenn sie meint, die Klägerin könne von der Beklagten nicht verlangen, die "MUR 15/17" zu kennzeichnen, weil sie selbst Schienen ohne eine auf ihr Unternehmen hinweisende Kennzeichnung in den Verkehr bringe. Es ist ein in der Rechtsprechung anerkannter Grundsatz, daß, falls die Voraussetzungen der unlauteren Nachahmung vorliegen, nicht der, dessen Erzeugnis nachgeahmt worden ist, sondern der Nachahmer die zur Minderung der Verwechslungsgefahr zumutbaren Maßnahmen treffen muß. Ob unter besonderen Umständen ausnahmsweise auch einmal - etwa wie bei sich im Wettbewerb begegnenden Gleichnamigen - der Prioritätsältere, hier der Schöpfer des nachgeahmten Vorbildes, zu solchen Maßnahmen verpflichtet sein kann, bedarf im Streitfall keiner Entscheidung; der festgestellte Sachverhalt gibt dazu keine Veranlassung, insbesondere auch nicht der Umstand, daß die Klägerin, obwohl sie nur einen Teil ihrer Schienen kennzeichnet, in ihrer Werbung darauf hinweist, ihre Schienen seien ausnahmslos mit dem "bug"-Zeichen versehen. Wer in der Werbung der Klägerin diesen Hinweis liest, wird ihn, wenn er ihn bewußt aufgenommen hat, oft wieder vergessen. Erfahrungsgemäß wird ein nicht unbeträchtlicher Teil der Interessenten bei der Flüchtigkeit des Verkehrs über den Hinweis hinweglesen; andere werden mit der Werbung der Klägerin überhaupt nicht in Berührung kommen und allein durch die Empfehlung z. B. ihres Händlers oder Architekten auf die "RD 15" stoßen. Wenn der Werbehinweis der Klägerin auf die Kennzeichnung ihrer Schienen überhaupt die von der Revision angenommene Auswirkung auf die Herkunftsvorstellungen des Verkehrs ausüben sollte, träfe dies daher nur für einen Teil der Interessenten zu; ein

anderer Teil bleibt davon unberührt. Nach alledem vermag die Revision aus der Werbung der Klägerin nicht herzuleiten, das Unterlassungsbegehren verstoße gegen Treu und Glauben.

2. Schadensersatz- und Auskunftserteilungsanspruch

Der Revision kann indes der Erfolg nicht versagt werden, soweit sie die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten und deren Verurteilung zur Auskunftserteilung rügt. Der Auffassung des Berufungsgerichts, ein Schaden ergebe sich, ohne daß die Klägerin einen solchen darzulegen brauche, bereits aus der Verletzungshandlung, weil sie die Möglichkeit habe, eine Schadensberechnung nach der entgangenen Lizenz vorzunehmen, begegnet Bedenken. Unabhängig davon, daß die Schadensberechnung keinen selbständigen Schadensgrund bildet und daher die Klägerin durch die Möglichkeit einer solchen Schadensberechnung noch nicht der Darlegung der Wahrscheinlichkeit einer tatsächlichen Schadensentstehung enthoben ist (BGH GRUR 72, 180, 183, 184 -Cheri), übersieht das Berufungsgericht, daß in der Wandsteckdose II-Entscheidung (BGHZ 57, 116, 120, 121), auf die es seine Beurteilung stützt, der erkennende Senat die Schadensberechnung nach einer entgangenen Lizenzgebühr bei einer wettbewerbswidrigen Nachahmung nur für den Fall als zulässig erachtet hat, daß die Nachbildung nicht nur einem bestimmten Wettbewerber wegen persönlicher Unlauterkeit, sondern - wegen des besonderen Schutzwertes des nachgebildeten Erzeugnisses - jedem anderen

wettbewerbsrechtlich versagt ist. Daß im Streitfall diese Voraussetzung nicht vorliegt, ergibt sich aus den Ausführungen zum Unterlassungsanspruch, wonach - auch nach der Begründung des angefochtenen Urteils - der Beklagten das Inverkehrbringen der Nachbildung nicht verwehrt ist, wenn sie der Gefahr von Herkunftstäuschungen durch eine entsprechende Kennzeichnung der Schiene entgegenwirkt, sie also das bisherige, außerhalb des Nachbildungstatbestandes liegende Unlauterkeitsmoment abstellt.

Die vom Berufungsgericht gegebene Begründung vermag demnach die Feststellung der Schadensersatzpflicht nicht zu rechtfertigen. Mangels der erforderlichen tatsächlichen Feststellungen - nach den Ausführungen des Berufungsurteils hat die Klägerin bisher nicht dargetan, ob ihr durch die beanstandeten Handlungen ein Schaden entstanden ist - sieht sich der Senat außerstande durchzuerkennen. Das Berufungsgericht wird nach erneuter Verhandlung die fehlenden Feststellungen nachholen müssen.

Die Beklagte hat in der Revisionsinstanz die Auffassung vertreten, die Klägerin treffe an einem ihr (der Klägerin) etwa entstandenen Schaden ein Mitverschulden (§ 254 BGB), weil sie im Widerspruch zu ihrer Werbung ihre Schienen nur zum Teil mit dem Firmenzeichen versehen habe. Sollte das Berufungsgericht nach erneuter Verhandlung wiederum die Schadensersatzpflicht der Beklagten bejahen, wird es - wenn sich insoweit keine neuen Gesichtspunkte ergeben - eine entscheidungserhebliche Mitschuld der Klägerin nicht bejahen

dürfen. Bevor die Beklagte mit der "MUR 15/17" auf den Markt kam, hatte die Klägerin schon deshalb keinen Anlaß, ihre Schiene mit ihrem Firmenzeichen zu versehen, weil der Verkehr nach den getroffenen Feststellungen allein mit der Gestaltung des Schienenprofils Herkunftsvorstellungen verbindet. Eine Mitschuld der Klägerin käme allenfalls insoweit in Betracht, als sie es unterlassen hat, ihre eigenen Schienen nicht - wie sie es getan hat - nur zum Teil, sondern sämtlich mit ihrem Firmenzeichen zu versehen, als ihr die angegriffene Schiene auf dem Markt begegnete. Selbst wenn man ihr das als Mitverschulden anlasten wollte, wäre dies gegenüber dem Verschulden der Beklagten, die als Nachahmerin in erster Linie gehalten war, Maßnahmen zur Minderung der Verwechslungsgefahr zu treffen, und die sich ohne Berücksichtigung der berechtigten Belange der Klägerin über diese Verpflichtung hinweggesetzt hat, sehr gering und bei der Entscheidung zu vernachlässigen.

Sollte das Berufungsgericht dem Feststellungsantrag entsprechen, sollte es zur Klarstellung nicht nur in den Gründen, sondern auch im Urteilsspruch zum Ausdruck bringen, daß sich die Schadensersatzpflicht der Beklagten nur auf die "MUR 15/17"-Schienen bezieht, die sie ohne Firmenkennzeichnung vertrieben hat.

Das Berufungsgericht wird auch über den Auskunftserteilungsanspruch erneut zu befinden haben, da ihm nur dann entsprochen werden kann, wenn der Feststellungsanspruch begründet ist.

III. Soweit die Revision Erfolg hat und im Kostenpunkt war das angefochtene Urteil gemäß §§ 564, 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Im übrigen war die Revision zurückzuweisen. Das Berufungsgericht wird auch über die Kosten der Revision zu befinden haben.

Krüger-Nieland

Sprenkmann

Merkel

v. Gamm

Schwerdtfeger