BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 80/04

Verkündet am:
15. März 2005
Wermes
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Radschützer

GebrMG § 11 Abs. 1 Satz 2; PatG § 9; ZPO § 286 B

a) Fehlt es, wie bei der Werbeabbildung eines Erzeugnisses, an einem unmittelbaren Bezug zu einem körperlichen Gegenstand, so kommt es für die Prüfung, ob ein schutzrechtsverletzendes Erzeugnis angeboten wurde, nicht auf die konkreten subjektiven Vorstellungen bestimmter Adressaten der Werbung an. Der aus der Sicht der angesprochenen Kreise unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände des Einzelfalles zu ermittelnde objektive Erklärungswert der Werbung ist aber ein wesentlicher Gesichtspunkt für die tatrichterliche Würdigung.

b) Läßt sich eine Werbeabbildung, die in der Vergangenheit für ein ein Schutzrecht verletzendes Erzeugnis eingesetzt wurde, in unveränderter Form auch auf einen nicht schutzrechtsverletzenden Gegenstand beziehen, kommt es darauf an, ob die angesprochenen Kreise das beworbene Erzeugnis bei objektiver Betrachtung als schutzrechtsverletzend ansehen (Fortführung von BGH, Urt. v. 16. September 2003 - X ZR 179/02, GRUR 2003, 1031 - Kupplung für optische Geräte).

BGH, Urt. v. 15. März 2005 - X ZR 80/04 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. März 2005 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis und die Richter Scharen, Keukenschrijver, Asendorf und Dr. Kirchhoff

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das am 13. Mai 2004 verkündete Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte mit der Verteilung von Prospekten eine von ihr gegenüber der Klägerin übernommene strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung verletzt hat.

Die Klägerin ist eingetragene Inhaberin des deutschen Gebrauchsmusters 299 02 644. Dieses betrifft einen Radschützer für Zweiräder. Die Schutzansprüche 1 und 15 dieses Gebrauchsmusters lauten wie folgt:

1. Radschützer für ein Zweirad umfassend eine Einrichtung zur lösbaren Befestigung des Radschützers im Bereich der Gabel des Zweirades,
   d a d u r c h g e k e n n z e i c h n e t , daß die Einrichtung zur Befestigung wenigstens ein Spreizelement (19) umfaßt, das in das Innere eines rohrförmigen Teils (11) der Gabel schiebbar und dort klemmend festlegbar ist und wenigstens ein mit dem Spreizelement verbindbares Schiebeelement (12), das in eine Nut (13) oder Schiene am Radschützer (14) einschiebbar und in einer Endposition lösbar festlegbar ist.

15. Radschützer nach einem der Ansprüche 1 bis 14,
   d a d u r c h g e k e n n z e i c h n e t , daß dieser Bereich der senkrechten Wandung (30) oberhalb des stufenförmigen Versatzes (29) und vorzugsweise oberhalb des Winkelteils (19) wenigstens eine Aussparung (31) oder einen Durchbruch aufweist.

Die Beklagte vertrieb unter ihrer Produktlinie "H. " einen Radschützer mit der Bezeichnung "M. ". Später änderte sie die Bezeichnung "H. " aus markenrechtlichen Gründen in "C. ". Die Artikelbezeichnung und die Artikelnummer wurden beibehalten. Diesen Radschützer bewarb die Beklagte u.a. mit Prospekten, die eine Abbildung des an einem Fahrrad montierten Radschützers enthielten. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß der damals angebotene und mit diesen Prospekten beworbene Radschützer von der Lehre des Gebrauchsmusters der Klägerin Gebrauch gemacht hat und sämtliche Merkmale der Schutzansprüche 1 und 15 dieses Gebrauchsmusters aufwies. Allerdings konnten der Abbildung allenfalls das Merk-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

mal des Oberbegriffs des Schutzanspruchs 1 des Gebrauchsmusters, nicht aber seine weiteren Merkmale entnommen werden.

Auf eine Abmahnung der Klägerin gab die Beklagte unter dem 9. Oktober 2001 eine strafbewehrte Unterwerfungserklärung ab. Darin verpflichtete sie sich gegenüber der Klägerin,

> "es bei Meidung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Vertragsstrafe in Höhe von 5.100,-- €zu unterlassen,
>
> Radschützer für ein Zweirad umfassend eine Einrichtung zur lösbaren Befestigung des Radschützers im Bereich der Gabel des Zweirades
>
> herzustellen, anzubieten oder zu vertreiben,
>
> bei dem die Einrichtung zur Befestigung wenigstens ein Spreizelement umfaßt, welches in das Innere eines rohrförmigen Teiles der Gabel schiebbar und dort klemmend festlegbar ist und die wenigstens ein mit dem Spreizelement verbindbares Schiebeelement, das in eine schienenartige Führung am Radschützer einschiebbar ist und in einer Endposition lösbar festlegbar ist, aufweisen,
>
> insbesondere wenn der Radschützer im Bereich der senkrechten Wandung oberhalb des stufenförmigen Versatzes wenigstens eine bogenförmige Aussparung aufweist."

Am 13./14. sowie am 20./21. Oktober 2001 verteilte die Beklagte auf Hausmessen zweier Händler Prospekte, die denjenigen entsprachen, die sie vor

Abgabe der Unterwerfungserklärung verwendet hatte. Die Abbildung des dort dargestellten Radschützers der Produktlinie "C. " war mit der aus den früheren Prospekten identisch; der Radschützer wurde mit der Artikelnummer "..." bezeichnet, also der Artikelnummer des zuvor angebotenen Schützers, der von dem Gebrauchsmuster der Klägerin Gebrauch gemacht hatte. Ein Hinweis auf zwischenzeitlich erfolgte technische Änderungen des Artikels findet sich in diesem Prospekt nicht.

Auf eine Testbestellung lieferte ein Großhändler am 23. Oktober 2001 einem Einzelhändler einen Radschützer der Produktlinie "C. " mit der Artikelnummer "...", der so ausgestaltet war, wie der Radschützer, der der Abmahnung der Klägerin und der Unterwerfungserklärung der Beklagten zugrunde lag.

Die Beklagte hat die technische Ausgestaltung des von ihr unter der Artikelbezeichnung "..." vertriebenen Radschützers nach Abgabe der Unterwerfungserklärung vom 9. Oktober 2001 geändert, wobei zwischen den Parteien streitig ist, wann dies geschehen ist. Nach dem Vortrag der Klägerin sind die geänderten Radschützer (sog. Ausführungsform III) erstmalig im Mai 2002 auf dem Markt erschienen, während die Beklagte behauptet, die Ausführungsform III habe die Ausführungsform, die der Unterwerfungserklärung vom 9. Oktober 2001 zugrunde lag, "sofort" abgelöst.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe wegen der Verteilung der Prospekte auf den Hausmessen am 13./14. sowie am 20./21. Oktober 2001 und der dort erfolgten Werbung für den Radschützer "Crosslander 0726" zwei Vertragsstrafen verwirkt. Die Beklagte hat geltend gemacht, mit der Werbung für die Radschützer auf den beiden Hausmessen nicht gegen die Unterwerfungserklärung verstoßen zu haben, da sie seit Abgabe der

Unterwerfungserklärung unter dieser Bezeichnung und Artikelnummer ausschließlich die Ausführungsform III vertrieben habe. Diese unterfalle weder dem Gebrauchsmuster noch der Unterwerfungserklärung. Die Prospektabbildung, der nicht alle Merkmale des Gebrauchsmusters entnommen werden könnten, passe auch für die Ausführungsform III.

Das Landgericht hat der Beklagten zwei Vertragsstrafen in Höhe von insgesamt 10.200,-- € nebst 7,57 % Zinsen zugesprochen, weil die Beklagte auf den Hausmessen durch Verteilung der Prospekte die Ausführungsform I angeboten habe. Es hat zugleich festgestellt, daß die Ausführungsform III wegen technischer Abweichungen nicht von der Unterwerfungserklärung erfaßt werde. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter. Die Klägerin tritt der Revision entgegen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht.

I. Keinen Rechtsfehler läßt allerdings die Auslegung der Unterwerfungserklärung durch das Berufungsgericht erkennen. Zutreffend hat es angenommen, die Beklagte habe sich verpflichtet, es zu unterlassen, die zum Zeitpunkt der Abmahnung von ihr mit den Prospekten beworbenen Radschützer, die unstreitig von der Lehre der Schutzansprüche 1 und 15 des Gebrauchsmusters der Klägerin Gebrauch machten, i.S. des § 11 Abs. 1 Satz 2 GebrMG anzubieten,

und daß ein derartiges Angebot auch in der Verteilung von Prospekten auf Hausmessen von Händlern liegen könne.

Die Regelung in § 11 Abs. 1 Satz 2 GebrMG entspricht derjenigen des § 9 Satz 2 Nr. 1 PatG. Zu letzterer hat der Senat bereits entschieden, daß der Begriff des "Anbietens" im wirtschaftlichen Sinne zu verstehen ist (Senat, Urt. v. 16.09.2003 - X ZR 179/02, GRUR 2003, 1031, 1032 - Kupplung für optische Geräte). Dies folgt aus dem Zweck dieser Vorschriften, dem Inhaber des Schutzrechts einerseits alle wirtschaftlichen Vorteile zu sichern, die sich aus der Benutzung der Erfindung ergeben können, und ihm anderseits effektiven Rechtsschutz zu gewähren. Deshalb umfaßt der Tatbestand des Anbietens nicht nur ein Angebot i.S. des § 145 BGB. Einbezogen sind vielmehr auch vorbereitende Handlungen, die den Abschluß eines späteren Geschäfts über den geschützten Gegenstand ermöglichen oder fördern sollen. Durch Verteilung der Prospekte wurde deshalb der darin beworbene Radschützer angeboten.

II. Die Annahme des Berufungsgerichts, mit den auf den Hausmessen verteilten Prospekten habe die Beklagte die von der Unterwerfungserklärung erfaßte, das Gebrauchsmuster der Klägerin verletzende Ausführungsform ihrer Radschützer angeboten, beruht jedoch auf einer mangelhaften Tatsachenfeststellung, so daß das Berufungsurteil unter einem Rechtsfehler leidet.

1. Das Berufungsgericht meint, nach der vom Senat in seinem Urteil vom 16. September 2003 (aaO) verlangten objektiven Betrachtung stelle sich die Verteilung der streitgegenständlichen Prospekte als ein Anbieten desjenigen gebrauchsmusterverletzenden Radschützers dar, den die Beklagte nicht anzubieten sich verpflichtet habe. Zwar könnten den bildlichen Darstellungen in dem Prospekt allenfalls das Merkmal des Oberbegriffs des Schutzanspruchs 1 des Gebrauchsmusters, nicht aber die einzelnen Merkmale seines Kennzeichens

entnommen werden. Entscheidend sei aber, daß der das Schutzrecht verletzende Radschützer unstreitig bis zur Abgabe der Unterwerfungserklärung am 9. Oktober 2001 unter der Bezeichnung "C. " und der Artikelnummer "..." auf dem Markt gewesen und mit den streitgegenständlichen Prospekten beworben worden sei.

Angesichts der identischen Bezeichnung und der identischen Darstellung in dem Prospekt der Beklagten hätten Abnehmer- und Händlerkreise, die mit diesem Radschützer bereits einmal in Kontakt gekommen seien, zwangsläufig die Vorstellung gewinnen müssen, der nunmehr beworbene Radschützer sei nach wie vor entsprechend dem Gebrauchsmuster gestaltet. Denn es seien keinerlei Hinweise auf technische Veränderungen gegeben worden. Vielmehr sei durch die Angabe auf der Rückseite des Prospektes, daß es sich um den "Real C. " handele, der Eindruck verstärkt worden, es handele sich weiterhin unverändert um das auf dem Markt eingeführte Produkt.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts mußten darüber hinaus auch diejenigen Abnehmer- und Händlerkreise, die aufgrund der Verteilung des Prospektes erstmals entsprechende Radschützer bestellten, die Vorstellung haben, mit den Merkmalen des Klagegebrauchsmusters ausgestattete Radschützer zu erhalten. Denn die Klägerin habe nachgewiesen, daß bei einem Testkauf nach Abgabe der Unterwerfungserklärung weiterhin der nach der technischen Lehre des Schutzanspruches 1 des Gebrauchsmusters ausgebildete Radschützer geliefert worden sei.

Dafür, daß die Beklagte zum Zeitpunkt der Hausmessen und damit nur wenige Tage nach Abgabe der Unterwerfungserklärung vom 9. Oktober 2001 bereits mit einer Ausweichlösung auf dem Markt gewesen sei, die nicht mehr von der technischen Lehre des Gebrauchsmusters Gebrauch machte, und erst

recht, daß dies den Empfängern der Prospekte auf den Hausmessen auch bekannt gewesen sei, fehle es an jeglichen Anhaltspunkten. Die Beklagte sei substantiierten Sachvortrag dafür schuldig geblieben. Die von der Beklagten überreichten Rechnungen und Lieferscheine ließen nicht erkennen, wie die darin erwähnten Radschützer tatsächlich ausgestaltet gewesen seien und beträfen zudem erst einen Zeitraum nach den fraglichen Hausmessen. Es lasse sich nicht feststellen, daß bereits am 13./14. Oktober oder am 20./21. Oktober 2001 unter der in den Prospekten benutzten Bezeichnung "C. " und Artikelnummer "..." nur noch Radschützer von der Beklagten in Verkehr gebracht worden seien, die das Gebrauchsmuster der Klägerin nicht verletzten. Daher habe die Beklagte mit der Verteilung der Prospekte auf den Hausmessen bei objektiver Betrachtung die gebrauchsmusterverletzenden Radschützer angeboten.

Dem stehe auch die mit Hinweis auf von ihr vorgelegtes Werbematerial erhobene Behauptung der Beklagten nicht entgegen, im maßgeblichen Zeitraum habe es eine Mehrzahl von Radschützern ohne die kennzeichnenden Merkmale des Gebrauchsmusters gegeben, die bei Befestigung an einem Fahrrad genauso ausgesehen hätten wie der Radschützer mit der Artikelnummer "..." in den Prospekten. Dieser Vortrag der Beklagten sei unerheblich. Denn nach der vom Bundesgerichtshof geforderten objektiven Betrachtungsweise sei nicht auf das Verständnis einzelner Empfänger des Prospektes oder einer bestimmten Gruppe von Personen abzustellen, an die sich das Werbemittel wende, sondern auf die im Streitfall tatsächlich gegebenen Umstände. Diese seien dadurch gekennzeichnet, daß die mit den Prospekten vor Abgabe der Unterwerfungserklärung unter der identischen Bezeichnung und Artikelnummer und mit identischen Abbildungen beworbenen Radschützer "..." unstreitig von der Lehre der Schutzansprüche 1 und 15 Gebrauch gemacht hätten.

2. Die gegen diese Ausführungen von der Revision erhobenen Rügen haben im Ergebnis Erfolg. Bei seiner Würdigung hat sich das Berufungsgericht auf das Verständnis der von der Beklagten verwendeten Werbeprospekte beschränkt. Das genügt zur Feststellung der objektiven Umstände im Sinne der vom Berufungsgericht zugrundegelegten Entscheidung des Senats jedoch nicht. In seine Abwägung hatte das Berufungsgericht auch einstellen müssen, wie die Abbildung in Kenntnis aller Umstände objektiv zu verstehen ist und dabei etwa eine mögliche allgemeine Kenntnis von der behaupteten mangelnden Lieferbereitschaft und -fähigkeit, die fehlende Erkennbarkeit der die Sonderrechtsfähigkeit bestimmenden Merkmale und die Frage, ob und in welchem Umfang sich der dargestellte Radschützer in seinen erkennbaren Merkmalen von den auf dem Markt vorhandenen Konkurrenzprodukten unterscheidet, berücksichtigen müssen.

a) Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings bei seinen Überlegungen im Anschluß an das zum Patentrecht ergangene Urteil des Senats vom 16. September 2003 (aaO) davon ausgegangen, daß in Fällen, in denen es wie bei einer bildlichen Darstellung eines Erzeugnisses an einem unmittelbaren Bezug zu einem körperlichen Gegenstand fehlt, dessen Gestalt und Beschaffenheit feststeht und dem Beweis zugänglich ist, anhand einer objektiven Betrachtung der im Streitfall tatsächlich gegebenen Umstände geprüft werden muß, ob ein dem Schutzrecht gemäßes Erzeugnis angeboten wird. Erlauben die objektiv zu würdigenden Umstände die Feststellung eines schutzrechtsverletzenden Angebots, so kommt es nicht mehr darauf an, ob die Verwirklichung der schutzrechtsgemäßen Merkmale aus der Angebotshandlung bzw. dem hierbei verwendeten Mittel selbst offenbar wird (Urt. v. 16.09.2003 aaO). Im Falle eines Anbietens durch Verteilen eines Prospekts mit einer Abbildung des beworbenen Erzeugnisses ist Voraussetzung für die Feststellung einer Schutzrechtsverletzung daher nicht notwendig, daß gerade in dem Werbemittel die patentgemäßen Merk-

male so zum Ausdruck kommen, daß ihr Vorhandensein einem Fachmann allein aufgrund der Befassung mit diesem Werbemittel offenkundig ist.

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat es das Berufungsgericht bei der nach dem Senatsurteil vom 16. März 2003 gebotenen objektiven Betrachtung zutreffend für bedeutsam gehalten, daß die Beklagte in ihrer nach Abgabe der Unterlassungserklärung verteilten Werbung einen Radschützer mit derselben Abbildung und Artikelnummer anbot wie zuvor den schutzrechtsverletzenden Radschützer, ohne auf technische Veränderungen hinzuweisen. Diese Umstände können anzeigen, daß der gebrauchsmusterverletzende Gegenstand weiter angeboten wird. Dabei kann dahinstehen, ob die Beklagte zu Änderungen ihres Werbeauftritts oder der Produktbezeichnung oder Artikelnummer ihrer Radschützer verpflichtet war. Selbst wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte, war es zulässig und geboten, diese Umstände in die tatrichterliche Würdigung einzubeziehen. Darin liegt keinesfalls eine unverhältnismäßige Erschwerung der Vertriebsaktivitäten der Beklagten. Denn wollte sie mit der früheren Abbildung künftig nur noch einen veränderten, das klägerische Gebrauchsmuster nicht verletzenden Radschützer anbieten, so hätte sie ohne weiteres in ihre Werbung einen entsprechenden Hinweis aufnehmen können.

Als erheblichen Umstand konnte das Berufungsgericht auch berücksichtigen, daß bei einem Testkauf nach Abgabe der Unterlassungserklärung von einem Großhändler ein gebrauchsmusterverletzender Radschützer geliefert wurde. Allerdings kann dieser Testkauf nur als Beleg dafür dienen, daß der schutzrechtsverletzende Radschützer der Beklagten zu diesem Zeitpunkt weiterhin auf dem Markt erhältlich war. Über das aktuelle Angebot der Beklagten und über die mit der Abbildung angebotenen Radschützer sagt der Testkauf dagegen nichts aus. Denn die Lieferung eines Dritten kann ohne weiteres aus dessen Lagerbeständen stammen.

Das Berufungsgericht hat auch zutreffend angenommen, daß diejenigen Abnehmer- und Händlerkreise, die den Radschützer der Beklagten bereits in der verletzenden Ausführungsform kannten, die Verteilung der beanstandeten Abbildungen auf den Hausmessen als unverändertes Angebot dieses Radschützers verstehen mußten. Dieses Verständnis bezog sich auch auf den Befestigungsmechanismus, da es sich dabei um ein prägendes Merkmal des Radschützers handelte. Die insoweit vom Berufungsgericht vorgenommene objektive Bestimmung des Erklärungswerts der Prospektwerbung der Beklagten steht nicht in Widerspruch zu dem Urteil des Senats vom 16. September 2003 (aaO). Wenn in jenem Urteil ausgeführt wurde, daß weder das Verständnis des Werbenden noch das einzelner Empfänger des Prospekts oder einer bestimmten Gruppe von Personen, an die sich das Werbemittel wendet, in Fällen der vorliegenden Art ein brauchbarer Maßstab für die Feststellung seien, ob ein das Schutzrecht verletzender Gegenstand angeboten werde, bedeutet dies, daß die konkreten subjektiven Vorstellungen bestimmter Adressaten der Werbung nicht maßgeblich sind. Es bedarf also keiner empirischen Ermittlung des Verständnisses der Adressaten der Werbung. Daraus läßt sich aber nicht herleiten, daß bei der Beurteilung der schutzrechtsverletzenden Qualität von Angeboten deren objektiver Erklärungswert, der aus der Sicht der Angebotsempfänger zu beurteilen ist, außer Betracht gelassen werden könnte. Der aus der Sicht der angesprochenen Kreise unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände des Einzelfalls zu ermittelnde objektive Erklärungswert der Werbung ist vielmehr ein wesentlicher Gesichtspunkt für die tatrichterliche Würdigung. Zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehörten im vorliegenden Fall jedenfalls auch die Abnehmer, insbesondere Händler, die den Radschützer der Beklagten in der verletzenden Ausführungsform kannten und die unveränderte Abbildung im Sinne eines unveränderten Angebots verstehen mußten.

c) Anders als im Lauterkeitsrecht bei der Prüfung einer Irreführung nach § 5 UWG erschöpfen sich die maßgeblichen Umstände im vorliegenden Fall aber nicht in dem objektiven Erklärungsgehalt der Werbung für die angesprochenen Verkehrskreise. So hat es der Senat in seinem Urteil vom 16. September 2003 (aaO) für wesentlich gehalten, ob sich die Werbung auf einen schutzrechtsverletzenden Gegenstand beziehen mußte, weil es den in ihr abgebildeten Gegenstand zur Zeit der Werbung nur in einer schutzrechtsverletzenden Ausführungsform gab. Ebenso ist es nicht von vornherein bedeutungslos, wenn die beanstandete Abbildung auch einen nicht schutzrechtsverletzenden Gegenstand darstellen kann. Gegen die Annahme einer Verletzung des Schutzrechts mag es ferner sprechen, wenn der Werbende im Zeitpunkt der Werbung seine Produktion umgestellt hat und den verletzenden Gegenstand deshalb jetzt tatsächlich nicht liefern kann. Dem durch eine unveränderte Fortsetzung der bisherigen Werbung, aus der eine entsprechende Änderung weder hervorgeht noch aus der sie erkennbar ist, begründeten gegenteiligen Eindruck kann dies jedoch nur entgegengehalten werden, wenn das allgemein bekannt ist. Hierzu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen; das wird nachzuholen sein.

Da es hier nur um die Werbung der Beklagten für ihre eigenen Produkte geht, hat in diesem Zusammenhang keine Bedeutung, ob zum fraglichen Zeitpunkt möglicherweise Produkte anderer Hersteller angeboten wurden, die das Schutzrecht der Klägerin nicht verletzten und in gleicher Weise wie in der beanstandeten Abbildung hätten beworben werden können. Das hat das Berufungsgericht zutreffend erkannt. Wäre aber bei objektiver Betrachtung aus der Sicht der Verkehrskreise ausgeschlossen, daß sich das Angebot der Beklagten auf das Gebrauchsmuster der Klägerin verletzende Radschützer bezog, könnte kein Verstoß gegen die Unterwerfungserklärung festgestellt werden. Anders als in dem vom Senat mit Urteil vom 16. September 2003 entschiedenen Fall kommt

es dann nicht mehr darauf an, daß der Werbende in der Vergangenheit eine verletzende Ausführungsform hergestellt oder vertrieben hat. Insoweit ist zwischen Fällen, in denen wie in der früheren Entscheidung des Senats eine beanstandete Abbildung eindeutig einen schutzrechtsverletzenden Gegenstand zeigt, und solchen, in denen wie vorliegend in gleicher Weise ein das Schutzrecht nicht verletzender Gegenstand abgebildet werden kann, zu unterscheiden.

3. Nach Durchführung der unterlassenen Beweiserhebung wird das Berufungsgericht erneut in tatrichterlicher Würdigung unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände des Falls zu entscheiden haben, ob sich die beanstandete Abbildung in den auf den Hausmessen verteilten Prospekten bei objektiver Betrachtung auf einen Radschützer bezog, der das Schutzrecht der Klägerin verletzte und deshalb gegen die von der Beklagten abgegebene Unterwerfungserklärung verstieß.

Melullis Scharen Keukenschrijver

Asendorf Kirchhoff