

Hanseatisches Oberlandesgericht

Urteil vom 22. August.2012, 5 U 49/10

Gründe

I.

Die Parteien konkurrieren als Anbieter von elastischen Trainingsstäben.

Die Klägerin vertreibt den sog. „F...-B...“, die dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster GM 51461-0001 nachgebildet ist. Der Inhaber des Musters, Herr F... K..., ist der Ehemann der Geschäftsführerin der Klägerin. Er hat der Klägerin eine Benutzungsberechtigung erteilt. Das Gemeinschaftsgeschmacksmuster (im Folgenden: Klagegeschmacksmuster) enthält die folgenden beiden Abbildungen (vgl. Anl. K 1):

(Abbildung nicht vorhanden)

Es wurde am 14.07.2003 angemeldet und eingetragen. Die Veröffentlichung erfolgte am 25.11.2003.

Der Anmelder K... hat die Klägerin zur Geltendmachung des nach ihrer Auffassung bestehenden zustehenden Unterlassungsanspruchs gegen die Beklagte ermächtigt und ihr die weiteren mit der behaupteten Geschmacksmusterverletzung in Zusammenhang stehenden Ansprüche abgetreten (Anl. K 2).

Die Standardausführung des F...-B... der Klägerin besteht, dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster entsprechend, aus einem roten, dünnen Stab, einem daran mittig angeordneten schwarzen Griffstück und zwei schwarzen Endstücken. Das Griffstück und die Endstücke des F...-B... sind zylinderförmig, wobei die Kanten jeweils leicht abgerundet sind. Das Griffstück hat einen Durchmesser von etwa 4 cm, die Endstücke einen Durchmesser von etwa 5 cm. Hinsichtlich der weiteren Ausgestaltung wird auf das Exemplar verwiesen, das von der Klägerin als Anlage K 4 eingereicht wurde.

Die Klägerin bietet der F...-B... außerdem in anderen Farbkombinationen an, wobei das Griffstück und die Endstücke jeweils schwarz sind und nur die Farbe der Stange variiert. So vertreibt die Klägerin den F...-B... als beige Sonderausführung und außerdem in weiteren Farbgebungen, die besondere Eigenschaften indizieren: So wird ein blauer „F...-B... intensiv“ zur „verstärkten Fettredu-

zierung“, ein schwarzer „F...-B... Athletic“ speziell „für sehr kräftige und geübte Sportler“ und ein grüner „F...-B... Kids“ angeboten (Anl. K 3).

Die Klägerin beliefert Fitnessstudios und physiotherapeutische Praxen und bietet den „F...-B...“ außerdem im Teleshopping, im Internet (www.F...-B...com und www.f...-s...com) und im Lagerverkauf an (Anlage K 3). Sie bewirbt den „F...-B...“ unter anderem in Katalogen, Faltblättern, sowie in Printanzeigen in Tageszeitungen und Zeitschriften, insbesondere Sportzeitschriften. Teilweise wird der „F...-B...“ als Bestandteil von Warenpaketen, beispielsweise einem „Rückenpaket“, verkauft, in dem neben dem Trainingsgerät außerdem eine Anleitungs-DVD, ein Trainingsplan sowie ein Ratgeber in Buchform mit Audio-CD enthalten sind (Anlage K 5).

Die Beklagte vertreibt seit 2005 elastische Trainingsstäbe unter der Bezeichnung „S...k“ und „S...k TO GO“ (Abbildungen in den Anträgen sowie als Anlagen K 10 und K 11 zur Akte gereichte Exemplare). Die Endstücke des „S...k“ und „S...k TO GO“ sind an den Seitenflächen abgerundet. Sie weisen eine ringförmige, fingerbreite Verdickung auf. Das Griffstück des „S...k“ legt sich ellipsenförmig um den Stab und verjüngt sich auf beiden Seiten zu einem flaschenhalsartigen Abschluss. Längs über den Griff des „S...k“ ziehen sich erhabenen Gummibahnen hin. Der „S...k TO GO“ (untere Abbildung) besteht aus zwei Teilen, die in der Mitte zusammengeschraubt werden. Beim „S...k TO GO“ bestehen Unterschiede zum Klagegeschmacksmuster in der bauchigen Gestaltung des Griffstücks und den wulstigen Verdickungen an dessen Enden sowie den reliefartigen Rillen, die den Griff durchziehen.

An jedem „S...k“ und „S...k TO GO“ ist im Verkauf eine Trainings-DVD befestigt.

Mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 04.05.2009 mahnte die Klägerin die Beklagte ab und forderte diese erfolglos zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf (Anlagen K 14 und K 15).

Die Klägerin ist der Auffassung,

der „S...k“ und der „S...k TO GO“ verletzen das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, das dem „F...-B...“ zugrunde liegt. Sie seien nahezu identisch ausgestaltet wie das Muster und vermitteln denselben ästhetischen Gesamteindruck. Dieser werde geprägt durch den glatten roten Stab, die beiden schwarzen Endstücke und den mittig angeordneten schwarzen Griffbereich, der im Verhältnis zu den Endstücken wesentlich breiter sei. Die Proportionen der Komponenten zueinander prägten den Gesamteindruck im Zusammenhang mit dem glatten roten Stab.

Der von der Beklagten entgegengehaltene Schwingstab „S...y“ enge den Schutzbereich ihres Klagegeschmacksmusters nicht ein. Es sei nicht ersichtlich, dass die von der Beklagten vorgelegte Gestaltung jemals angeboten worden sei. Aus der auf der Internetseite www.s...y.de in Bezug genommenen Patentschrift (Anlage K 16) ergebe sich vielmehr, dass der Prototyp des „S...y“ gerade nicht über glatte Endstücke und einen zylindrischen geformten Griff verfüge, sondern ein vollkommen anderes Aussehen habe. Auch im Übrigen unterscheide sich das Klagegeschmacksmuster von allen zum Zeitpunkt der Offenbarung im Markt bekannten Mustern deutlich.

Die „S...ks“ seien unlautere Nachahmungen des „F...-B...“, die zu einer vermeidbaren Herkunftstäuschung der Abnehmer über die Herkunft der Trainingsgeräte führten. Der „F...-B...“ verfüge über eine wettbewerbliche Eigenart und eine große Bekanntheit im Verkehr.

Die Klägerin hat erstinstanzlich behauptet, sie habe von dem „F...-B...“ bis dato 500.000 Stück verkauft, wobei die rot-schwarze Ausführung mindestens 85 % der Verkäufe ausmache. Die Farben Rot und Schwarz seien im Hinblick auf die Werbewirkung gezielt ausgewählt worden. 98 % der Werbemaßnahmen bezögen sich auf die rot-schwarze Variante. In dieser Farbgestaltung als "Erkennungsmerkmal" sei ihr Produkt bei den Verbrauchern bekannt. Seit Aufnahme des Vertriebs seien etwa 25 % des Erlöses für Werbemaßnahmen aufgewendet worden.

Die übrigen heute auf dem Markt befindlichen elastischen Trainingsstäbe seien erst nach dem „F...-B...“ auf den Markt gelangt und jeweils sichtbar anders gestaltet, und zwar im Hinblick auf die Farbgebung, die Gestaltung der Griff- und der Endstücke sowie teilweise auch die Stangenform (Anlagen K 8 a - K 8 r).

Die Klägerin hat erstinstanzlich beantragt,

I. die Beklagte zu verurteilen,

1. es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall bis zu zwei Jahren, zu vollziehen an ihrem jeweiligen Geschäftsführer, es zu unterlassen, das nachstehend abgebildete Trainingsgerät in der Farbkombination rot/schwarz anzubieten und/oder in den Verkehr zu bringen:

(Abbildung nicht vorhanden)

und/oder

(Abbildung nicht vorhanden)

2. Der Klägerin darüber Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen, in welchem Umfang die Beklagte die vorstehend zu Ziffer 1 benannten Handlungen begangen hat, und zwar unter Angabe

a) der Namen und Anschriften der Hersteller, der Lieferanten und der anderen Vorbesitzer sowie der Mengen der erhaltenen und bestellten Trainingsgeräte,

b) der einzelnen Liefermengen, -zeiten und -preise sowie der Namen und Anschriften der jeweiligen gewerblichen Abnehmer und Auftraggeber,

c) der betriebenen Werbung, aufgeschlüsselt nach Werbeträgern, deren Auflagenhöhe, Verbreitungszeitraum und Verbreitungsgebiet,

d) der nach den einzelnen Kostenfaktoren aufgeschlüsselten Gestehungskosten des erzielten Gewinns.

3. an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 4.721,60 EUR nebst 5 % Zinsen seit 22.09.2009 zu zahlen;

II. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu erstatten, der ihr aus den vorstehend zu Ziffer 1 benannten Handlungen entstanden ist und noch entstehen wird;

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat gegen den geschmacksmusterrechtlichen Anspruch eingewendet, der „F...-B...“ bediene sich vorbekannter Formen, wodurch der Schutzbereich des Klagegeschmacksmusters erheblich eingeschränkt werde. Trainingsstäbe mit mittlerem Griff und zylindrischen Endstücken bzw. Gewichten habe es bereits vor Anmeldung des Klagegeschmacksmusters gegeben. Bereits im Jahr 2001 sei mit dem „S...y“ der Prototyp eines Schwingstabes entwickelt worden, der in seiner Gestaltung des „F...-B...“ der Klägerin und damit auch dem Klagegeschmacksmuster äußerst ähnlich sei. Die Zeugin A... B..., Geschäftsführerin der S...y Fitnessgeräte S.W.H.C. GmbH, habe 2001 auf der IFAA, der internationalen Fitness und Aerobic Akademie, der Öffentlichkeit den „S...y Prototyp“ präsentiert. Dabei handle es sich um einen flexiblen Trainingsstab,

der mit glatten, zylindrisch geformten Endstücken und einem glatten, zylindrisch geformten mittig angebrachten Griff ausgestattet gewesen sei.

Die Beklagten behauptet unter Bezugnahme auf eine Abbildung (Anlagen B 1 und B-K 1), die von der Website www.S...y.de stammt, der 2001 vorgestellte S...y habe wie folgt ausgesehen:

(Abbildung nicht vorhanden)

Des Weiteren hält die Beklagte dem geschmacksmusterrechtlichen Anspruch entgegen, die Farbkombination Rot-Schwarz eigne sich nicht als Erkennungsmerkmal im Sinne einer Herkunftskennzeichnung für die klägerischen Stäbe, da zum einen die Klägerin selbst ihre Stäbe auch in anderen Farben anbiete und zum anderen auch andere Hersteller ähnliche Trainingsstäbe in rot-schwarzer Farbgebung anböten. Die Farbauswahl diene vielmehr dazu, den unterschiedlichen Verwendungszweck des jeweiligen Stabes sichtbar zu machen, und außerdem zur Erregung besonderer Aufmerksamkeit. Rot sei eine Signalfarbe, die allgemein häufig für Produktwerbung und für die Farbgestaltung von Produkten verwendet werde. Zahlreiche Sportprodukte wiesen eine rot-schwarze Farbgebung auf (Anl. B 2 – 4).

Die Beklagte verweist ferner darauf, dass – was von der Klägerin nicht bestritten wird – auch andere Hersteller flexible Trainingsstäbe mit vergleichbarem Funktionsprinzip wie der „F...-B...“ und der „S...k“ in rot-schwarzer Farbgebung anböten (Anl. K 8 b und B 5 - 8).

Ferner seien die Möglichkeiten zur Gestaltung der Endstücke technisch eingeschränkt, da sich eine gleichmäßige Beweglichkeit des Stabes in alle drei Ebenen nur dann erzielen lasse, wenn die Endstücke rotationssymmetrisch zur Achse angebracht seien. Eine solche Symmetrie könne am besten durch die Gestaltung der Endstücke in Kugel- oder Zylinderform erreicht werden. Der informierte Nutzer erkenne, dass eine symmetrische Gestaltung der Endstücke eine technische Voraussetzung für die gleichmäßige Beweglichkeit des Stabes in alle drei Ebenen sei. Der Schutzbereich des Klagegeschmacksmusters sei entsprechend eingeschränkt.

Ihre, der Beklagten, „S...ks“ unterschieden sich im Gesamteindruck hinreichend vom Klagegeschmacksmuster. Unter Berücksichtigung der technisch bedingten Vorgaben für die Endstücke und der allgemeinen Gebräuchlichkeit der Farbkombination Rot-Schwarz könne sich der Schutzbereich des Klagegeschmacksmusters letztlich nur auf die konkrete Ausgestaltung des Klagegeschmacksmusters, nämlich die konkrete Ausgestaltung der Endstücke sowie des mittig ange-

brachten Griffstücks erstrecken. Diese Merkmale seien bei den angegriffenen Produkten sichtbar abweichend gestaltet, so dass ein informierter Benutzer sie feststellen könne.

Gegen den Anspruch aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz führt die Beklagte ebenfalls die genannten Unterschiede in der Ausgestaltung des Griffstücks und der Endstücke an. Nur die konkrete Gestaltung aus zylindrischen Endstücken sowie der mittigen Griffstange seien geeignet, als Herkunftshinweis der Klägerin zu dienen, wobei wiederum die technische Einschränkung der Gestaltungsmöglichkeiten der Endstücke zu beachten sei. Die Beklagte verweist weiter darauf, dass der „S...k“ und der „S...k TO GO“ ausschließlich mit einer daran befestigten Trainings-DVD und in einer Verpackung oder einem Display angeboten werden, die auf sie – die Beklagte – als Herstellerin hinwiesen. Überdies würde eine Verkaufszahl von 500.000 Stück - als wahr unterstellt - nicht für die erforderliche gewisse Bekanntheit des „F...-B...“ genügen.

Auch habe die Klägerin keine Tatsachen dargelegt, die eine unlautere Rufausbeutung oder Produktnachahmung belegen könnten. Der von der Klägerin beschriebene Werbeaufwand würde – ebenfalls als wahr unterstellt - noch kein besonderes Image des „F...-B...“ begründen. Auch bestünden keine Anhaltspunkte für eine besondere Qualität der Ware der Klägerin. Für einen ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz sei auch deshalb kein Raum, weil sämtliche Gesichtspunkte schon von der geschmacksmusterrechtlichen Prüfung erfasst seien.

Das Landgericht hat die Klage mit dem angegriffenen Urteil vom 18.02.2010 abgewiesen. Hiergegen wendet sich die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin. Die Klägerin verfolgt in zweiter Instanz ihre Klagebegehren unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags weiter.

Sie ist der Auffassung,

die Entscheidung des Landgerichts sei schon deshalb unzutreffend, weil sich die Überprüfung der geschmacksmusterrechtlichen Ansprüche nicht am Klagegeschmacksmuster in der eingetragenen Fassung, sondern an dem von ihr vertriebenen Produkt „F...-B...“ orientiere. Im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Ansprüche seien die von ihr – der Klägerin – hervorgehobenen Merkmale, die die wettbewerbliche Eigenart ihres Trainingsstabes ausmachten, nicht gewürdigt worden. Prägend für die Gestaltung des „F...-B...“ seien der zylinderförmige Griff, der sich in den ebenfalls zylinderförmigen Endstücken fortsetze, sowie die Farbgestaltung Rot-Schwarz. Der vom Landgericht angeführte Ge-

sichtspunkt, dass der „F...-B...“ auch in anderen Farbkombinationen angeboten werde, sei für die geschmacksmusterrechtliche Beurteilung unerheblich, da insofern nur auf das Geschmacksmuster abzustellen sei. Unrichtig sei auch die Auffassung des Landgerichts, der Schutzzumfang des Klagegeschmacksmusters sei aufgrund ausschließlich technisch bedingter Merkmale beschränkt. Eine zylinderförmige Gestaltung der Endstücke sei für ein rotationssymmetrisches Training nicht zwingend erforderlich, da beispielsweise auch die Kugelform diesen Effekt erziele.

Schließlich sei dem Landgericht auch nicht darin zu folgen, dass der „F...-B...“ keine wettbewerbliche Eigenart aufweise. Andere Trainingsstäbe, die sowohl die rot-schwarze Farbgebung, als auch die zylindrische Gestaltung der Griff- und Endstücke aufwiesen, seien im wettbewerblichen Umfeld nicht vorhanden. Die Klägerin behauptet zweitinstanzlich ferner, die Zahl der verkauften „F...-B...s“ habe sich mittlerweile auf 750.000 erhöht.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 18.02.2010 abzuändern und nach den bei Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz gestellten Klageanträgen zu erkennen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

hilfsweise,

der Beklagten nachzulassen, die Zwangsvollstreckung gemäß § 712 ZPO gegen Sicherheitsleistung abzuwenden sowie der Beklagten eine Aufbrauchfrist von 12 Monaten, beginnend ab Rechtskraft des Urteils zuzubilligen,

ferner hilfsweise,

der Beklagten die Befugnis einzuräumen, Sicherheitsleistung durch eine Bankbürgschaft stellen zu können.

Sie verteidigt das landgerichtliche Urteil auf Grundlage ihres erstinstanzlichen Vortrages, den sie in zweiter Instanz vertieft. Sie ist der Auffassung, der Schutzzumfang des Klagegeschmacksmusters sei aufgrund der Verwendung vorbekannten Formenschatzes eingeschränkt. Die Farbgestaltung Rot-Schwarz werde vom informierten Benutzer nicht als prägend für den Gesamteindruck des Ge-

schmacksmusters und auch nicht als betrieblicher Herkunftshinweis angesehen.

Wegen der tatsächlichen Feststellungen wird im Übrigen auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils sowie auf die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist nicht begründet.

1. Das Landgericht hat der Klägerin einen Anspruch gem. Art. 19 Abs. 1 Verordnung Nr. 6/2002 EG (Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung, im Folgenden: GGV) aus abgetretenem Recht nicht zuerkannt. Dieses Ergebnis hält einer Überprüfung stand. Dass das Landgericht seine Prüfung überwiegend am nationalen GeschmMG ausgerichtet hat, obgleich aus einem Gemeinschaftsgeschmacksmuster geklagt wird, ist zwar unzutreffend, aber letztlich unschädlich.

a. Das eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster gewährt seinem Inhaber nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GGV das Recht, Dritten zu verbieten, es ohne seine Zustimmung zu benutzen. Dabei wird der Umfang des Verbotsrechts vom Schutzzumfang des Gemeinschaftsgeschmacksmusters bestimmt. Der Schutz aus dem Muster erstreckt sich auf jedes Geschmacksmuster, das beim informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck erweckt (Art. 10 GGV).

b. Zur Prüfung des Schutzzumfangs gem. Art. 10 GGV ist zunächst der Gesamteindruck des verletzten Musters unter Berücksichtigung dreier normativer Kriterien zu bestimmen: des Grades der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers, der technischen Vorbedingungen und des Abstandes zum vorbekannten Formenschatz. Sodann ist der Gesamteindruck des angegriffenen Musters mit dem Gesamteindruck des Klagegeschmacksmusters zu vergleichen. Dies geschieht in der Weise, dass das Ausmaß der Übereinstimmungen und Abweichungen festzustellen und in ihren Auswirkungen auf den Gesamteindruck zu gewichten ist (vgl. zu § 38 Abs. 2 GeschmMG: Senat, NJOZ 2007, 3055, 3056 f. – Handydesign, sowie Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, GeschmMG, 4. Aufl., § 38 Rn. 17).

aa. Die Notwendigkeit, bei der Ermittlung des Schutzzumfangs des Gemeinschaftsgeschmacksmusters den Grad der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers zu berücksichtigen, ergibt sich unmittelbar aus Art. 10 Abs. 2 GGV. Zwischen dem Gestaltungsspielraum des Entwerfers und dem Schutzzumfang des Musters besteht eine Wechselwirkung. Ein kleiner Gestaltungsspielraum des Entwerfers führt zu einem engen Schutzzumfang des Musters, mit der Folge, dass bereits

geringe Gestaltungsunterschiede beim informierten Benutzer einen anderen Gesamteindruck hervorrufen können. Dagegen führt ein großer Gestaltungsspielraum des Entwerfers zu einem weiten Schutzzumfang des Musters, so dass selbst größere Gestaltungsunterschiede beim informierten Benutzer möglicherweise keinen anderen Gesamteindruck erwecken (BGH GRUR 2011, 142, 144 – Untersetzer sowie GRUR 2012, 512, 516 – Kinderwagen, jeweils m.w.N.).

bb. Zweites normatives Merkmal zur Bestimmung des Schutzzumfangs eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters ist die technische Bedingtheit von Gestaltungselementen. So besteht gemäß Artikel 8 Abs. 1 GGV ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster nicht an Erscheinungsmerkmalen eines Erzeugnisses, die ausschließlich durch dessen technische Funktion bedingt sind. Soweit ein Erscheinungsmerkmal nicht ausschließlich, aber zumindest teilweise durch dessen technische Funktion bedingt ist, ist der Grad der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers eingeschränkt (Art. 10 Abs. 2 GGV), so dass die partielle technische Bedingtheit auf diesem Wege zu einer Einengung des Schutzbereichs führt.

cc. Als drittes Kriterium zur Bestimmung des Schutzbereichs eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters ist der Abstand vom vorbekannten Formenschatz zu beachten. Dieses Kriterium hat infolge der europäischen Gesetzgebung sowohl im geschmacksmusterrechtlichen Bereich – sowohl im Hinblick auf Gemeinschaftsgeschmacksmuster (GGV), als auch im Hinblick auf nationale Geschmacksmuster (98/71/EG über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen, ABIEG Nr. L 289, S. 28 v. 28.10.1998, umgesetzt durch das Geschmacksmusterreformgesetz vom 12.03.2004, BGBl. I, 390 ff.) – einen anderen dogmatischen Anknüpfungspunkt erhalten, jedoch nicht an Bedeutung eingebüßt.

aaa. Soweit der Senat den Schutzzumfang deutscher Geschmacksmuster im Rahmen von § 38 Abs. 2 GeschmMG in der Vergangenheit unter vorrangiger Berücksichtigung derjenigen Merkmale bestimmt hat, welche die Eigenart der jeweiligen Geschmacksmuster nach § 2 GeschmMG ausmachen (etwa Senat, NJOZ 2007, 3055, 3056 f. – Handydesign m.w.N.), so kann diese Vorgehensweise jedenfalls nicht für die Prüfung des Schutzzumfangs eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters gem. Art. 10 GGV aufrechterhalten werden. Der BGH hat in seinem Urteil vom 19.05.2010 (I ZR 71/08, BGH GRUR 2011, 142 – Untersetzer) dargelegt, dass es zur Bestimmung des Schutzzumfangs eines Geschmacksmusters grundsätzlich unerheblich sei, woraus sich dessen Eigenart im Einzelnen ergebe. Der Schutzzumfang hänge nicht vom Grad der Eigenart des Geschmacksmusters ab. Soweit Gemeinschaftsgeschmacksmuster in Rede stehen, sprechen für die Sichtweise des BGH bereits gesetzessystematische Gründe. Ob ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster Eigenart besitzt, soll gemäß Erwägungs-

grund 14 GGV danach beurteilt werden, „inwieweit sich der Gesamteindruck, den der Anblick des Geschmacksmusters beim informierten Benutzer hervorruft, deutlich von dem unterscheidet, den der vorbestehende Formenschutz bei ihm hervorruft“. Dies ist aber gerade das Kriterium, von dem gemäß Art. 10 GGV der Schutzzumfang abhängt. Eine Definition des Schutzbereichs anhand der Eigenart wäre folglich redundant.

bbb. Gleichwohl ist der Abstand eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters zum vorbekannten Formenschutz nach wie vor für seinen Schutzzumfang bedeutsam (BGH GRUR 2012, 512, 516 – Kinderwagen und GRUR 2011, 142 – Untersetter, jeweils m.w.N.). Der Gesamteindruck, den eine Gestaltung beim „informierten Benutzer“ hervorruft, hängt entscheidend davon ab, welche Gestaltungsmittel und Formprägungen im jeweiligen Gestaltungsbereich bereits gebraucht wurden. Daher müssen Merkmale des Klagegeschmacksmusters, die aus dem Formenschutz bekannt sind, bei der Bestimmung des Schutzzumfangs geringer, solche, die einen großen Abstand zum Formenschutz haben, stärker gewichtet werden (Ruhl, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, Art. 10, Rn. 28 f. m.w.N.). Der Schutzzumfang ist damit umso größer, je stärker sich das Klagegeschmacksmuster vom bekannten Formenschutz abhebt.

c. Im hier zu beurteilenden Fall ergibt sich aus den genannten Vorgaben ein sehr enger Schutzzumfang des Klagegeschmacksmusters. Deshalb sind bereits vergleichsweise geringe gestalterische Unterschiede bei fremden Gestaltungen geeignet, aus dem Schutzzumfang des Klagegeschmacksmusters herauszuführen.

aa. Die Eigenart des Klagegeschmacksmusters wird von der Beklagten nicht infrage gestellt. Die Rechtsgültigkeit des Musters könnte von der Beklagten aufgrund von Art. 85 Abs. 1 Satz 2 GGV auch nur mit einer Widerklage auf Erklärung der Nichtigkeit bestritten werden. Da dies nicht geschehen ist, hat der Senat wegen Art. 85 Abs. 1 Satz 1 GGV aus Rechtsgründen von der Rechtsgültigkeit und damit auch von der Neuheit (Art. 5 GGV) und der Eigenart (Art. 6 GGV) des Klagegeschmacksmusters auszugehen (vgl. BGH GRUR 2011, 142 – Untersetter), selbst wenn in Bezug auf die Voraussetzungen der Eigenart erhebliche Bedenken bestehen.

bb. Wie die Klägerin zu Recht beanstandet, war der Ansatz des Landgerichts unzutreffend, für die geschmacksmusterrechtliche Prüfung auf einen Vergleich des „F...-B...“, also des nach dem Muster gebildeten Endprodukts, und der Produkte der Beklagten abzustellen (Urteil S. 7, Bl. 110 d.A.). Wird aus einem Geschmacksmuster geklagt, ist für die Verletzungsprüfung allein das Muster in seiner eingetragenen Form, nicht die daraus entwickelten, möglicherweise mo-

difizierten Formgestaltungen maßgeblich. Dieser unzutreffende Prüfungsansatz fällt hier für das Ergebnis der geschmacksmusterrechtlichen Prüfung aber letztlich nicht ins Gewicht.

cc. Der Klägerin ist darin zu folgen, dass der Gesamteindruck des von ihr verwendeten Gemeinschaftsgeschmacksmusters maßgeblich durch zwei Elemente geprägt wird: Zum einen durch die zylindrische Form des Griffstücks und der Endstücke und zum anderen durch die Farbkombination Rot-Schwarz (Bl. 148 f. d.A.). Im Hinblick auf den vorbekannten Formenschatz ist allerdings kein Vergleich der einzelnen das Klagegeschmacksmuster prägenden Elemente mit den einzelnen Merkmalen vorbekannter Modelle vorzunehmen, sondern jeweils der Gesamteindruck des Klagegeschmacksmusters mit jedem Muster aus dem vorbekannten Formenschatz zu vergleichen (BGH GRUR 2012, 512, 516 – Kinderwagen).

dd. Somit sind zunächst sämtliche äußeren Merkmale des „F...-B...“ für die Bestimmung des Gesamteindrucks heranzuziehen. Grundsätzlich zur Prägung des Gesamteindrucks des „F...-B...“ geeignet sind die folgenden Gestaltungsmerkmale:

die längliche Gesamtform der Trainingsstange und die Proportionen der Stange zu dem mittigen Griffstück und den Endstücken,

- die glatte Oberfläche der Stange ohne Gravuren oder Verzierungen,
- die Form des Griffstücks und der Endstücke und ihre Proportionen untereinander,
- die Oberflächenstruktur des Griffstücks und der Endstücke,
- die rot-schwarze Farbgebung.

Insofern ist zu berücksichtigen, dass der Gesamteindruck eines Erzeugnisses durch Gestaltungsmerkmale geprägt oder mitgeprägt werden kann, die für sich genommen nicht geeignet sind, eine Eigenart zu begründen.

ee. Ausgehend von der Gesamtheit der äußeren Merkmale des Klagegeschmacksmusters sind zur näheren Bestimmung des Schutzbereichs gem. Art. 10 Abs. 1 GGV sodann die drei genannten normativen Kriterien anzuwenden (Gestaltungsspielraum des Entwerfers, technische Bedingtheit, Abstand vom vorbekannten Formenschatz). Diese Kriterien ergeben in Bezug auf das gegenständliche Klagegeschmacksmuster einen ausgesprochen engen Schutzzumfang.

aaa. Der Beklagten ist in ihrer Auffassung zuzustimmen, dass die Möglichkeiten zur Gestaltung der Endstücke sowie des Griffstücks bis zu einem gewissen Grad

technisch bedingt eingeschränkt sind. Insoweit ist der Gestaltungsspielraum des Entwerfers und damit der Schutzzumfang des Klagegeschmacksmusters begrenzt (Art. 10 Abs. 2 GG). Das Griffstück muss die Stange funktionsbedingt mittig umschließen, damit sie dort gegriffen und im Gleichgewicht gehalten werden kann. Das Griffstück darf, den Maßen einer menschlichen Hand entsprechend, einen bestimmten Umfang nicht überschreiten. Inwieweit das Griffstück aber darüber hinaus geformt ist, etwa streng zylindrisch wie im Klagegeschmacksmuster oder eher flaschenförmig mit auslaufenden Enden wie beim „S...k“, ist technisch nicht vorgegeben. Insbesondere die Farbe und die Oberflächenstruktur des Griffstücks können variiert werden, ohne dass die Funktionalität beeinträchtigt wird. Dies zeigen exemplarisch die von den Parteien eingereichten Vergleichsmodelle anderer Hersteller (etwa Anl. B 4 bis B 7).

Die Endstücke müssen eine gleichmäßige Beweglichkeit in alle drei Ebenen gewährleisten. Ob sich hierfür, wie die Beklagte ausgeführt und wie auch das Landgericht angenommen hat, ausschließlich „rotationssymmetrische“ Körper eignen, mag angesichts der Tatsache, dass auf den zur Akte gereichten Abbildungen der Trainingsstäbe anderer Anbieter teilweise asymmetrische geformte Endstücke vorzufinden sind (Anl. K 8 n – K 8 p), bezweifelt werden. Unstreitig zwischen den Parteien ist jedoch, dass sich jedenfalls nicht ausschließlich die glatte Zylinderform, wie sie im Klagegeschmacksmuster abgebildet ist, für die Trainingsstäbe eignet, sondern ebenso eine runde Form oder andere Formen wie beispielsweise ein sphärischer Zylinder (Anl. K 8 q). Die Formgebung in Bezug auf die Endstücke ist daher zu einem gewissen Grad, aber nicht vollständig eingeschränkt.

bbb. Die äußerliche Form des im Klagegeschmacksmuster abgebildeten Trainingsstabes geht nicht nur in seinen wesentlichen Elementen, sondern letztlich vollständig allein auf einen vorbekannten Formenschatz zurück. Insoweit kann das Muster deshalb letztlich praktisch keinen Schutzzumfang beanspruchen.

(1) Die Beklagte hat einen Auszug der Website www.S...y.de vorgelegt (Anlage B 1), auf der eine rot-weiße Trainingsstange mit einem zylindrischen Griff und zylindrischen Endstücken abgebildet ist. Das Bild trägt die Unterschrift „der Prototyp“. Es soll sich hierbei um die Grundversion des elastischen Trainingsstabes „S...y“ handeln. Die Beklagte hat vorgetragen, der S...y sei in dieser Form 2001 der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden, was die Klägerin mit Nichtwissen bestritten hat.

(2) Die streitige Behauptung der Beklagten ist durch die Aussage der Zeugin A... B... bestätigt worden. Der Senat hat die Zeugin auf Antrag der Beklagten in der Senatssitzung am 20.06.2012 vernommen. Die Zeugin B... hat bekundet, sie ha-

be den Prototyp des von ihr selbst entwickelten Schwingstabes „S...y“ erstmals am 10./11.11.2001 anlässlich eines Kongresses der Öffentlichkeit vorgestellt, nämlich bei dem „8. Internationalen IFAA Aerobic Congress“ in Berlin. Auch in der Folgezeit habe sie das Trainingsgerät mehrfach auf weiteren Kongressen präsentiert, u.a. vom 07. bis 09.12.2001 auf einem Kongress in Düsseldorf. Weitere Vorstellungen auf Messen seien im Februar sowie im März 2002 erfolgt. Von dem Prototyp „S...y“ habe sie ca. 100 bis 200 Stück produzieren lassen und diese später auch verkauft. Dies sei in Fachkreisen geschehen. In den allgemeinen Handel sei das Gerät nicht gelangt.

(3) Diese Aussage der Zeugin B... ist nach Auffassung des Senats glaubhaft. Die Zeugin hat bei ihrer Vernehmung einen glaubwürdigen Eindruck hinterlassen. Die Tatsache, dass sie mit der Klägerin des hiesigen Rechtsstreits in einem Patentrechtsstreit steht und auch ansonsten Anlass haben könnte, der Klägerin und deren Geschäftsgebaren in Bezug auf den von ihr vertriebenen Schwingstab kritisch gegenüberzustehen, hat nach der Einschätzung des Senats den Wahrheitsgehalt ihrer Aussage in keiner Weise beeinträchtigt. Die Zeugin hat das Beweisthema klar, umfassend und unbefangen beantwortet. Die Richtigkeit ihrer Angaben wird in besonderer Weise dadurch gestützt, dass sie zu den jeweiligen Messen, auf denen sie den „S...y“ vorgestellt hat, weitere schriftliche Unterlagen hat vorlegen können. In den Messeprospekten war nicht nur die Zeugin B... namentlich im Zusammenhang mit den hier streitgegenständlichen Trainingsmethoden erwähnt, sondern auch zum Teil mit Lichtbildern abgebildet. Vor diesem Hintergrund kann für den Senat kein begründeter Zweifel an der Richtigkeit der Darstellung der Zeugin bestehen.

(4) Die Zeugin B... hatte in den Senatstermin zudem ein Originaltrainingsgerät „S...y“ sowie einen „F...-B...“ der Klägerin mitgebracht. Beide Schwingstäbe haben dem Senat auf den ersten Blick den Eindruck vermittelt, als handele es sich hierbei allein um verschiedenfarbige Varianten desselben Modells. Sie waren selbst bei näherer Betrachtung auch in den Gesamtabmessungen und der Gestaltung der einzelnen Elemente - mit Ausnahme der Farbgebung – praktisch nicht voneinander zu unterscheiden, sondern zum Verwechseln ähnlich.

ccc. Die weiteren von den Parteien eingeführten Abbildungen der Trainingsstäbe anderer Hersteller sind vor dem Hintergrund der Angaben der Zeugin B... für die Feststellung des vorbekannten Formenschatzes ohne Belang. Allerdings belegen die von den Parteien im Rahmen dieses Rechtsstreits eingereichten Beispiele aus dem Formenschatz nachdrücklich einen erheblichen Grad an Gestaltungsfreiheit, den der Entwerfer auch des Klagegeschmacksmusters im Sinne von § 10 Abs. 2 GGV besessen hat. Die auf dem Markt – vor bzw. nach dem hier relevanten Zeitpunkt – verfügbaren Muster weisen einen nicht unerheblichen

Gestaltungsspielraum auf. Hiervon hat der Entwerfer des Klagegeschmacksmusters aber keinen Gebrauch gemacht, sondern letztlich den vorbekannten Schwingstab „S...y“ in seiner formgebenden Gestaltung 1:1 kopiert. Die Zeugin B... hatte im Rahmen ihrer Vernehmung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass anlässlich des Kongresses in Düsseldorf im Dezember 2001, bei dem sie ihren Schwingstab „S...y“ präsentiert hat, auch die beiden Geschäftsführer der Klägerin anwesend gewesen sind. Vor diesem Hintergrund hält der Senat eine nur zufällige Doppelschöpfung des „F...-B...“ durch den Ehemann der Geschäftsführer der Klägerin praktisch für ausgeschlossen. Vielmehr sprechen alle Umstände dafür, dass sich der Musterentwerfer in Kenntnis des „S...y“ bewusst an diesem orientiert und sein Modell sodann zum Geschmacksmuster angemeldet hat.

ddd. Maßgebliche Unterschiede zwischen dem Schwingstab „S...y“ und dem Klagegeschmacksmuster bestehen danach praktisch ausschließlich in der abweichenden Farbgebung. Während der „S...y“ ein weißes Gestänge mit rotem Griff- und Endstücken aufweist, ist die Stange des „F...-B...“ rot, die Griff- und Endstücke sind schwarz. Anders als das Landgericht in seinem Urteil zu Grunde gelegt hat, ist allerdings auch die Farbkombination Rot-Schwarz bei der Beurteilung des Gesamteindrucks des Klagegeschmacksmusters zu berücksichtigen. Dieses Gestaltungsmerkmal ist nicht gänzlich aus dem Schutzbereich des Klagegeschmacksmusters auszunehmen. Die abweichende Betrachtungsweise des Landgerichts ist nach Auffassung des Senats mit Art. 10 Abs. 1 GGV nicht vereinbar. Gefordert ist eine Gegenüberstellung des jeweiligen Gesamteindrucks.

eee. Die abweichende Farbgestaltung prägt den Gesamteindruck des Klagegeschmacksmusters indes nicht maßgeblich. Zwar ist das Klagegeschmacksmuster in einer bestimmten farbigen Gestaltung eingetragen. Diese vermittelt dem informierten Benutzer indes keine Anhaltspunkte dafür, dass gerade diese Farbgebung für den Musterschutz eine bestimmte oder gar besondere Bedeutung haben könnte. Insbesondere der Umstand, dass sowohl das Griffelement als auch die Endstücke in schwarzer Farbe gehalten sind, legt nicht in erster Linie die Annahme gestalterischer, sondern eher praktischer Motive nahe. Denn bei abweichenden, insbesondere hellen Farbgebungen kann das Griffstück durch ständige Benutzung und Schweißaustritt leicht unansehnlich werden. Da zwischen den Griffstück und den Endstücken offensichtlich eine gestalterische Einheit ersichtlich sein soll, bietet sich insoweit auch eine einheitliche Farbgebung an. Diese Umstände hindern zwar nicht, dass auch die eingetragene Farbgebung an dem Musterschutz teilnimmt. Sie tritt aus Sicht des maßgeblichen Betrachters jedoch hinter den ergonomischen und sonstigen Gestaltungselementen deutlich zurück. Insbesondere vermag sie den in Bezug auf die vorbekannte Gestaltung des „S...y“ sehr engen Schutzzumfang nicht wesentlich erweitern.

e. Der nach den geschilderten Maßgaben ermittelte Schutzzumfang des Klagegeschmacksmusters ist weder von dem „S...k“ noch von dem „S...k TO GO“ tangiert. Sie erwecken beim informierten Benutzer einen anderen Gesamteindruck als das Klagegeschmacksmuster.

aa. Nach der Rechtsprechung des EuGH (GRUR 2012, 506, 508 – PepsiCo) ist der insoweit maßgebliche „informierte Benutzer“ zwischen dem im Markenbereich maßgeblichen „Durchschnittsverbraucher“, von dem keine speziellen Kenntnisse erwartet werden und der im Allgemeinen keinen direkten Vergleich zwischen den einander gegenüberstehenden Marken anstellt, und dem „Fachmann“ als Sachkundigem mit profunden technischen Fertigkeiten anzunehmen. Somit kann der Begriff des informierten Benutzers als Bezeichnung eines Benutzers verstanden werden, dem eine durchschnittliche Aufmerksamkeit, aber eine besondere Wachsamkeit eigen ist, sei es wegen seiner persönlichen Erfahrung oder seiner umfangreichen Kenntnisse in dem betreffenden Bereich. Der informierte Benutzer ist zwar nicht nur ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher, der ein Geschmacksmuster in der Regel als Ganzes wahrnimmt und nicht auf die verschiedenen Einzelheiten achtet, aber auch kein Sachkundiger oder Fachmann, der minimale Unterschiede, die zwischen den einander gegenüberstehenden Geschmacksmustern bestehen können, im Detail feststellen kann. Der informierte Benutzer kennt, ohne dass er ein Entwerfer oder technischer Sachverständiger wäre, verschiedene Geschmacksmuster, die es in dem betroffenen Wirtschaftsreich gibt. Er besitzt gewisse Kenntnisse in Bezug auf die Elemente, die diese Geschmacksmuster für gewöhnlich aufweisen, und benutzt diese Produkte auf Grund seines Interesses an ihnen mit vergleichsweise großer Aufmerksamkeit.

bb. Der nach diesen Maßstäben charakterisierte „informierte“ Benutzer elastischer Trainingsstäbe gewinnt bei Betrachtung der angegriffenen Formgestaltungen des „S...k“ und des „S...k TO GO“ einen anderen Gesamteindruck als aus dem Klagegeschmacksmuster. Er interessiert sich für die äußere Gestaltung der Stäbe und besitzt gewisse Kenntnisse über die im Markt gebräuchlichen Gestaltungen. Aufgrund der langjährigen Befassung als Spezialspruchkörper für Rechtsstreitigkeiten auf dem Gebiet des Geschmacksmusterrechts vermag der Senat diese Feststellungen aufgrund der eigenen Sachkunde seiner Mitglieder zu treffen, ohne dass es der Einholung eines Sachverständigengutachtens bedarf.

aaa. Der informierte Benutzer wird zunächst feststellen, dass der „S...k“ und der „S...k TO GO“ in ihren Gesamtproportionen dem Klagegeschmacksmuster entsprechen. Dieses zeigt einen langen, schmalen Stab, um den mittig ein längliches Griffstück und an dessen Enden deutlich kürzere Aufsätze angebracht

sind, die ungefähr den Durchmesser des Griffstücks aufweisen. Jedoch weiß der informierte Benutzer, dass die längliche Form der Stange, die mittige Anbringung eines Griffstücks sowie die Beschwerung der Stangenenden mit Endstücken die Grundvoraussetzungen für die Funktionalität des Trainingsstabes sind. Er wird dieser äußerlichen „Grundkonzeption“, da sie für Trainingsstäbe markt-gängig ist, keine nähere Aufmerksamkeit schenken.

bbb. Der informierte Benutzer kennt auch den zum vorbekannten Formenschatz zählenden Schwingstab „S...y“ der Zeugin B... Dieser ist nach Aussage der Zeugin B... in einer relevant hohen Stückzahl in den Fachkreisen eingeführt worden. Vor diesem Hintergrund erkennt der informierte Benutzer, dass zwischen dem „S...y“ und dem „F...-B...“ in der Gestaltung – mit Ausnahme der Farbgebung – praktisch keine nennenswerten Abweichungen bestehen. Er weiß deshalb auch, dass weder die Form noch die Anordnung oder die Abmessungen der Griff- und Endstücke geeignet sein können, den Schutzzumfang des Klagegeschmacksmusters gegenüber konkurrierenden Gestaltungen maßgeblich zu beeinflussen.

ccc. Allerdings wird der informierte Benutzer ebenfalls die offenkundige Übereinstimmung der Farbgebung beim Klagegeschmacksmuster und beim „S...k“ und „S...k TO GO“ wahrnehmen.

(1) Die Farbgestaltung der Stange selbst ist für ihn auch deshalb von untergeordnetem Interesse, weil sie sich nicht auf die Funktion des Trainingsstabes auswirkt, auf die es ihm als Benutzer des Stabes aber maßgeblich ankommt. Die Trainingsstäbe sind in erster Linie Sportgeräte, also Gebrauchsgegenstände, bei denen die ästhetische Zweckbestimmung hinter der Funktionalität zurücktritt. Er nimmt solche Gestaltungselemente, welche die Funktion des Stabes beeinflussen, stärker und solche, die rein ästhetischer Natur sind, schwächer wahr. Zur letzteren Kategorie gehört für ihn die Farbgebung.

(2) Zwar trifft es zu, dass das Muster in einer bestimmten Farbkombination eingetragen ist. Es kann deshalb auch davon ausgegangen werden, dass dies nicht zufällig geschehen ist, sondern der Anmelder hiermit - gegenüber einer Eintragung in Schwarz-Weiß - einen geschmacksmusterrelevanten Zweck verfolgt hat. Auch hieraus kann die Klägerin jedoch nichts Günstiges für sich herleiten. Grundlage der geschmacksmusterrechtlichen Beurteilung der Farbgebung kann nur derjenige Eindruck sein, der sich aus der Eintragung selbst ergibt. Insoweit ist für den informierten Nutzer schon nicht erkennbar, dass bzw. aus welchen Gründen die Farbgebung ein wesentlicher Bestandteil ist bzw. sein soll. Der informierte Benutzer wird die Farbkombination zwar wahrnehmen, ihr aber keine überdurchschnittliche Bedeutung beimessen. Insofern ist der Einwand der

Beklagten von Bedeutung, dass die Farbgebung Rot-Schwarz insbesondere im Sportmittelbereich durchaus nicht unüblich ist und auch ansonsten ein nahe liegender Kontrast ist. Insbesondere sind Griffstücke in schwarzer Farbe häufig anzutreffen, wenn nicht gar in vielen Bereichen die Norm. Eine Einheitlichkeit der Farbgebung mit den Endstücken ist vor diesem Hintergrund nur folgerichtig. Dementsprechend hat der informierte Benutzer keine Anhaltspunkte dafür, der Farbgebung eine besondere Bedeutung beizumessen. Insbesondere ist nichts dafür ersichtlich, dass gerade diese Farbgebung für die Zweckbestimmung dieses Musters eine im Vordergrund stehende Aussagekraft besitzt. Er wird sie deshalb lediglich als eines von vielen Gestaltungselementen betrachten, die in einen Gesamtvergleich mit einzubeziehen sind.

(3) Soweit die Klägerin darauf abstellt, dass eine rot-schwarze Farbgebung für ihre Produkte in Verkehr aufgrund langjähriger Verwendung und intensiver Bewerbung „bekannt“ sei, fehlt es insoweit bereits an substantiierten Darlegungen. Die Erhebung der von der Klägerin angebotenen Beweise käme einer Ausforschung gleich. Ohnehin kommt es darauf im Rahmen des geschmacksmusterrechtlichen Anspruchs auch nicht an. Denn Beurteilungsgegenstand sind allein das aus der Eintragung ersichtliche Muster und der Verletzungsgegenstand. Das tatsächliche Marktvertriebene Produkt und sonstige Marktverhaltensgegebenheiten spielen gerade keine Rolle.

ddd. Seine hauptsächliche Aufmerksamkeit wird der informierte Nutzer auf die konkrete Gestaltung des Griffstücks richten. Bei dem Griffstück handelt es sich um das zentrale „Bedienelement“ der Trainingsstäbe. Der informierte Nutzer weiß, dass sich die auf dem Markt befindlichen Trainingsstäbe hauptsächlich in Bezug auf die Oberflächenstruktur und die genaue Formgestaltung des Griffstücks unterscheiden. Insoweit kommt dem Klagegeschmacksmuster aus den genannten Gründen aber gerade kein relevanter Schutzzumfang i.S.v. § 10 Abs. 2 GGV zu.

(1) Aufgrund seiner besonderen Wachsamkeit erkennt der Nutzer ohne Weiteres, dass das mittige Griffstück beim „S...k“ nicht – wie im Klagegeschmacksmuster – aus einem glatten Zylinder mit kreisrunden Abschlussflächen besteht, sondern aus einer bauchigen, in der Länge eher elliptischen Form, die an ihren Enden in flaschenhalsartigen Verengungen ausläuft. Auch wird ihm die deutlich hervortretende Oberflächenstruktur auffallen, die sich auf dem Griffstück des „S...ks“ befindet und ihn vom Muster unterscheidet. Bei diesen Abweichungen der Griffstücke handelt es sich nicht lediglich um minimale Unterschiede im Gesamtmuster, die nur ein Fachmann bemerken müsste. Sie fallen im Hinblick auf den Gesamteindruck schon deshalb erheblich ins Gewicht, weil die Gestalt eines Trainingsstabes nach dem streitgegenständlichen Muster von einer – ver-

glichen mit anderen Mustern – simplen Struktur ist und überhaupt nur wenige Gestaltungselemente aufweist. In Mustern mit zahlreichen und/oder komplizierten Einzelementen können Unterschiede in Einzelmerkmalen bisweilen untergehen und selbst vom wachsamem Nutzer übersehen werden. Um solch ein komplexes Muster handelt es sich beim hier streitgegenständlichen aber gerade nicht.

(2) Beim „S...k TO GO“ wird das deutlich sichtbare Ringmuster auf dem Griffstück die Aufmerksamkeit des informierten Benutzers erlangen. Dieses Muster ist nicht nur oberflächlicher Natur, sondern gibt dem Griffstück eine unebene Struktur, die offenkundig die Greifbarkeit verbessern oder jedenfalls optisch einen solchen Eindruck vermitteln soll. Zwar ist das Griffstück beim „S...k TO GO“ – wie im Klagegeschmacksmuster – zylindrisch gestaltet, sieht man von der durch die Ringstruktur verursachten Unebenheit sowie von einer geringfügigen Verdickung an beiden Seiten des Griffes ab. Jedoch weiß der informierte Benutzer, dass die Zylinderform eine für den Griff elastischer Trainingsstäbe bekannte Grundform ist, denn er weiß, dass bereits vor der Anmeldung des Klagegeschmacksmusters Trainingsstäbe mit zylindrischer Griffgestaltung in Fachkreisen bekannt waren (nämlich der „S...y“ im Jahr 2001). Daher wird er der Zylinderform an sich tendenziell wenig Beachtung schenken. Soweit er diese beachtet, bemerkt er jedoch zugleich das Ringmuster, welches den „S...k“ und den „S...k TO GO“ vom Klagegeschmacksmuster unterscheidet.

f. Eine Gesamtbetrachtung aller relevanten Merkmale ergibt danach, dass der Klägerin ein Unterlassungsanspruch aus Art. 14 Abs. 1 GGv gegen die Beklagte nicht zusteht. Denn unter besonderer Berücksichtigung des stark eingeschränkten Schutzzumfangs des Gemeinschaftsgeschmacksmusters kann trotz der identischen Farbgebung nicht festgestellt werden, dass die angegriffene Gestaltung bei dem informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck i.S.v. Art. 10 Abs. 1 GGv als das Klagegeschmacksmuster erweckt.

2. Der Klägerin steht ein Unterlassungsanspruch auch nicht aus ergänzendem wettbewerblichen Leistungsschutz gemäß §§ 3, 4 Nr. 9 lit. a bzw. lit. b UWG zu.

a. Die allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des ergänzenden Leistungsschutzes sind nach Auffassung des Senats neben den Vorschriften des geschmacksmusterrechtlichen Sonderrechtsschutzes nicht anwendbar. Sie werden vielmehr von diesen im Wege der Spezialität verdrängt. Dies gilt jedenfalls unter Berücksichtigung der Besonderheiten des vorliegenden Rechtsstreits.

aa. Allerdings lässt Art. 96 Abs. 1 GGv Bestimmungen der Mitgliedstaaten über den unlauteren Wettbewerb unberührt, wozu auch die Vorschriften über den

ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz nach den §§ 3, 4 Nr. 9 lit. a UWG zählen (OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2012, 200 – Tablet-Computer). Der ergänzende Leistungsschutz darf die Wertungen des Sonderrechtsschutzes jedoch nicht konterkarieren. Die in der Vergangenheit verbreitet vertretene "Vorrangthese" wird zwischenzeitlich in Rechtsprechung und Schrifttum jedoch immer mehr infrage gestellt bzw. eingeschränkt (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl. § 4 Rdn. 9.6). Sofern ein Erzeugnis auf ein Geschmacksmuster zurückgeht, wie etwa der „F...-B...“ auf das Klagegeschmacksmuster, der Schutzzumfang des Musters jedoch nicht eröffnet ist oder ein Anspruch aus einem anderen spezialgesetzlichen Grund scheidet, so kann der wettbewerbliche Leistungsschutz jedenfalls dann eingreifen, wenn besondere Begleitumstände vorliegen, die außerhalb des Geschmacksmusterrechts liegen (BGH GRUR 2010, 80, 81 – Laufräder).

bb. Der vorliegende Rechtsstreit bietet entscheidungserhebliche Besonderheiten in einem Umfang, der es nach Auffassung des Senats verbietet, die Grundsätze des ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutzes neben dem Sonderrechtsschutz zur Anwendung kommen zu lassen. Denn andernfalls würde die spezialgesetzliche Regelung nicht nur sachwidrig unterlaufen, sondern geradezu in ihr Gegenteil verkehrt.

aaa. Es fehlt im vorliegenden Fall bereits an relevanten Abweichungen zwischen dem Gegenstand des Geschmacksmusterschutzes und dem tatsächlich vertriebenen Produkt. Während in einer Vielzahl anderer Fallgestaltungen der musterrechtlich geschützte Gegenstand und das auf dessen Grundlage entwickelte und im Markt platzierte Produkt nicht nur unerheblicher Abweichungen aufweisen, ist dies hier nicht der Fall. Die Gestaltung des „F...-B...“ entspricht optisch vollständig dem Klagegeschmacksmuster, so dass ein wettbewerblicher Leistungsschutz nicht an Gestaltungselementen ansetzen kann, die sich nur am Produkt, nicht aber im Muster finden. Als äußerst geringfügige Abweichung des tatsächlichen Endproduktes gegenüber dem Muster könnte allenfalls die glänzende Oberfläche der Stange des „F...-B...“ erscheinen. Dieses Detail allein eröffnet allerdings keinen Raum für einen abweichenden Eindruck.

bbb. Fehlt es aber schon dem Produkt an einem überschießenden „Wettbewerbsbezug“ gegenüber dem Geschmacksmuster, bedarf es nach Auffassung des Senats einer gesteigerten Rechtfertigung für die Eröffnung eines Anspruchs aus ergänzendem wettbewerblichen Leistungsschutz, der geschmacksmusterrechtlich gerade deshalb verschlossen ist, wenn der Entwerfer sich bei seiner Gestaltung an einem vorbekannten Gerät orientiert hat, das ebenfalls bereits als fertiges Produkt zumindest in den Markt der Fachkreise gelangt ist. Wollte man in derartigen Fallgestaltungen wettbewerbsrechtliche Ansprüche uneinge-

schränkt zur Anwendung bringen, würde hierdurch der Geschmacksmusterrechtsschutz letztlich unterlaufen.

ccc. Dies zeigt sich besonders an der vorliegenden Fallgestaltung. Wie bereits dargelegt, spricht alles dafür, dass der Entwerfer/Anmelder sich bei der Gestaltung des „F...-B...“ in Kenntnis des vorbekannten „S...y“ an diesen weitestmöglich angelehnt hat. Er hat sein Muster, das de facto bereits eine Nachahmung des „S...y“ ist, jedoch vor der Entwerferin des tatsächlichen Originals zum Geschmacksmuster angemeldet. Die Zeugin B... hat im Rahmen ihrer Vernehmung nachvollziehbar und glaubhaft erläutert, sie habe nur deshalb von ihrem eigenen Entwurf – dem „S...y“ mit zylindrischen Endstücken – Abstand genommen und sei zu runden Endstücken übergegangen, weil der Markt durch das von der Klägerin eingeführte Konkurrenzprodukt bereits verunsichert gewesen sei. Beruht danach die Rechtsposition des Entwerfers des Klagegeschmacksmusters seinerseits auf einer letztlich wettbewerbsrechtlich zu beanstandenden Position, so kann es nicht überzeugen, diese makelbehaftete Position wiederum wettbewerbsrechtlich gegenüber Dritten zu schützen.

ddd. Bei dieser Wertung ist maßgeblich zu berücksichtigen, dass sich seinerzeit – in den Jahren 2001 bis 2003 – bereits der Prototyp „S...y“ der Zeugin B... voraussichtlich wettbewerbsrechtlich gegenüber dem „F...-B...“ hätte durchzusetzen vermocht. Der „S...y“ verfügte damals auf Grund seiner prägnanten, von den übrigen am Markt befindlichen Produkten abweichenden Gestaltung ersichtlich über eine nicht unerhebliche wettbewerbliche Eigenart i.S.v. § 4 Nr. 9 UWG. Der Umstand, dass der „S...y“ nur in einer Stückzahl von 100 bis 200 Exemplaren lediglich in Fachkreisen abgesetzt worden und nicht in den Markt der Endverbraucher gelangt ist, hinderte das Entstehen einer wettbewerblchen Eigenart nicht. Denn es ist anerkannt, dass für die Annahme einer wettbewerblchen Eigenart allein die Eignung des Leistungsergebnisses als Hinweis auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten erforderlich ist. Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Hersteller des Originals bereits einen wettbewerblchen Besitzstand durch Verkehrsbekanntheit erlangt hat. Andernfalls würden noch nicht oder erst kurz auf den Markt gebrachte Erzeugnisse vom Schutz ausgeschlossen (Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 4 Rdn. 9.25; BGH WRP 1976, 370, 371 – Ovalpuderdose; BGH GRUR 1992, 523, 524 - Betonsteinelemente).

eee. Jedenfalls vor diesem Hintergrund kann die Klägerin aus Sicht des Senats ihre Ansprüche nicht erfolgreich auf ergänzenden wettbewerblchen Leistungsschutz stützen. Denn damit wäre die spezialgesetzliche Wertung auch unter Berücksichtigung der gerade seinerzeit bestehenden typischen Wettbewerbslage in ihr Gegenteil verkehrt. Denn letztlich hätte die Zeugin B... der Klägerin

nach dem gegenwärtigen Erkenntnisstand ihrerseits damals den Vertrieb des „F...-B...“ gem. § 4 Nr. 9 UWG unter dem Gesichtspunkt des ungeschriebenen Merkmals einer gezielten „Behinderung“ in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht untersagen können. Eine unlautere Behinderung ist nämlich dann anzunehmen, wenn dem Schöpfer des Originals durch das Anbieten der Nachahmung die Möglichkeit genommen wird, sein Produkt in angemessener Zeit zu vermarkten. Eigenständige Bedeutung kommt der Behinderung insbesondere dann zu, wenn das Original noch keinen "guten Ruf" erlangt hat, etwa weil es noch nicht oder erst kurze Zeit auf dem Markt angeboten wird (Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 4 Rdn. 9.64). Eine geschmacksmusterrechtlich nicht bestehende und wettbewerbsrechtlich makelbehaftete Rechtsposition kann nach Auffassung des Senats nicht Grundlage für eine Durchbrechung eines grundsätzlich zu beachtenden Vorrangs von Sonderschutzrechten sein. Dies vor allem auch deshalb nicht, weil der Beurteilungsmaßstab eines wettbewerbsrechtlichen Anspruchs - der nicht auf den "informierten Benutzer" abstellt – in der Regel deutlich niedriger ist. Abzustellen ist lediglich auf den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher (BGH GRUR 2005, 349, 352 – Klemmbausteine III), d.h. auf die allgemeinen Verkehrskreise, die im Regelfall über keine vertieften Kenntnisse vorbekannter Gestaltungsformen in dem jeweiligen Fachgebiet verfügen und deshalb die ausgeführten Hintergründe gerade nicht beurteilen können. Hierdurch würde die Klägerin, die letztlich selbst eine Produktnachahmung vertreibt, ungerechtfertigt bevorzugt.

cc. Aber auch unabhängig davon fehlt es vorliegend an dem spezifisch wettbewerbsrechtlichen „Überschuss“, der nach Auffassung des Senats eine Anwendung von § 4 Nr. 9 UWG rechtfertigen könnte.

aaa. Dabei kann zu Gunsten der Klägerin unterstellt werden, dass der im Markt vertriebene „F...-B...“ jedenfalls dann über eine hinreichende wettbewerbliche Eigenart verfügt, wenn man unterstellt, dass der Prototyp des „S...y“ den angesprochenen Verkehrskreisen unbekannt geblieben ist. In diesem Fall könnte die strenge Zylinderform des Griffes und der Endstücke eine Zuordnung zur Klägerin bewirken. Die Gesamtgestaltung des „F...-B...“ wirkt durch die glatten Oberflächen des Griffes und der Endstücke sowie die geometrische Stringenz der Gestaltung harmonisch und kompakt. Abgesehen von dem „S...y“ (Anl. B 1 und B-K 1) besitzt keines der in den Prozess eingeführten Konkurrenzprodukte zylinderförmige, glatte Griff- und Endstücke. Die verschiedenen Ausformungen der Griffe bei den anderen Trainingsstäben reichen von Rillenmustern (bei „S...k“ und „S...k TO GO“) bis hin zu Spiralformen (Anl. B 6).

bbb. Angesichts der von der Klägerin vorgetragene Verkaufszahlen könnte auch davon ausgegangen werden, dass das im Rahmen von § 4 Nr. 9 lit. a UWG

geforderte Merkmal einer "gewissen Bekanntheit" für den Fall vorliegt, dass Original und Nachahmung nicht nebeneinander vertrieben werden.

ccc. Gleichwohl wäre der Anspruch nicht begründet. Denn die angegriffenen Produkte sind nicht als wettbewerbswidrige Nachahmungen anzusehen. Auch für die angesprochenen allgemeinen Verkehrskreise sind die relevanten Unterschiede so maßgeblich, dass eine Fehlzuordnung nicht zu befürchten ist.

(1) Es erscheint dem Senat bereits nicht als hinreichend gesichert, dass die Beklagte gerade das Produkt der Klägerin nachzuahmen versucht hat. In Bezug auf die Formgebung erscheint es nicht ausgeschlossen, dass die Beklagte das Modell „S...y“ der Zeugin B... zum Vorbild genommen hat. In diesem Fall wäre die Klägerin schon insoweit wettbewerbsrechtlich nicht beeinträchtigt. Für eine Nachahmung des Produkts der Klägerin könnte zwar die Identität in der Farbgebung sprechen. Auch insoweit verbleiben jedoch durchgreifende Zweifel. Soweit die Klägerin für die herkunftshinweisende Wirkung maßgeblich auf die Farbkombination Rot-Schwarz abstellt, trägt ihr Sachvortrag diese Darstellung nicht. Zum einen handelt es sich bei dieser Ausführung nur um eine von mehreren Farbvarianten ihres Angebots. Die Klägerin bietet unstreitig selbst gleichartige Trainingsgeräte in verschiedenen anderen Farben an, nämlich als beige Sonderausführung und außerdem in weiteren Farbgebungen, die besondere Eigenschaften indizieren: Einen blauen „F...-B... intensiv“ zur „verstärkten Fettreduzierung“, einen schwarzen „F...-B... Athletic“ speziell „für sehr kräftige und geübte Sportler“ und einen grünen „F...-B... Kids“ (Anl. K 3) Da andererseits mehrere Konkurrenzprodukte – nämlich der „F.....-Fun“ (Anl. B 4 und B 5) sowie die bei den Konzernen ALDI (Anl. B 6) und PLUS (Anl. B 7) angebotenen Trainingsstäbe – ebenfalls in der Farbkombination Rot-Schwarz angeboten werden bzw. wurden, ist zudem noch nicht einmal ersichtlich - und von der Klägerin auch nicht nachvollziehbar dargelegt -, dass Trainingsgeräte in dieser Farbkombination von den angesprochenen Verkehrskreisen gerade oder sogar ausschließlich ihr als Herstellerin zugeordnet werden. Die von der Klägerin dargelegte Gestaltung ihres Internetauftritts (Anlage K 3 bis K 6) trägt ebenfalls noch nicht einmal im Ansatz ein nach außen erkennbares „corporate design“ in dieser Farbgebung. Vor dem Hintergrund aller Umstände hätte es erheblich verstärkter Nachweise bedurft, um zumindest darzulegen, dass Trainingsgeräte im rot-schwarzer Farbgebung im Verkehr gerade - und zwar ausschließlich – mit der Antragstellerin in herkunftshinweisender Form in Verbindung gebracht werden.

(2) Auch diese Frage bedarf hier jedoch keiner abschließenden Beurteilung. Denn etwaige wettbewerbsrechtliche Ansprüche scheitern zumindest daran, dass der „S...k“ und der „S...k TO GO“ auch in ihrer Gestaltung im Übrigen nicht

als Nachahmungen des „F...-B...“ zu betrachten sind. Bei der Beurteilung der Ähnlichkeit kommt es auf die Gesamtwirkung der sich gegenüberstehenden Produkte an (BGH GRUR 2010, 80, 83 – Laufräder). Denn der Verkehr nimmt ein Produkt in seiner Gesamtheit mit allen seinen Bestandteilen wahr, ohne es einer analysierenden Betrachtung zu unterziehen. Da der „F...-B...“ – soweit ersichtlich - optisch vollständig dem Klagegeschmacksmuster entspricht, kann hinsichtlich der Übereinstimmungen zwischen dem „F...-B...“ und dem „S...k“ sowie dem „S...k TO GO“ auf die obigen Erörterungen zum Vergleich der Gesamteindrücke des Musters und der Produkte Beklagten verwiesen werden. Die Gemeinsamkeiten liegen vor allem in den Gesamtproportionen und der Farbgebung. Die Gemeinsamkeiten genügen letztlich nicht, um beim durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher den gleichen Gesamteindruck zu erzeugen. Die Unterschiede in den Gestaltungen reichen vielmehr aus, um eine Nachahmung begrifflich auszuschließen. Die geometrisch stringente Gestaltung, die aus den glatten, an den Seitenstücken nur minimal abgerundeten Zylinderformen des Griffstücks und der Endstücke des „F...-B...“ resultiert, findet sich beim „S...k“ und beim „S...k TO GO“ gerade nicht. Das Griff des „S...k TO GO“ ist schon nicht zylinderförmig. Das Griffstück des „S...k“ unterscheidet sich durch das Rillenmuster und die leicht bauchige Form mit der dickeren Verendung vom Griff des „F...-B...“. Auch den Endstücken fehlt gerade diese geometrisch stringente Gestaltung in Zylinderform. Sie vermitteln durch die deutliche wahrnehmbaren Einkerbungen vielmehr einen abweichenden Eindruck. Somit sind die Merkmale, die charakteristisch für das Produkt der Klägerin sind, gerade nicht übernommen worden.

(3) Dieser Beurteilung lässt sich auch nicht entgegenhalten, derartige Unterschiede fielen nur bei einem direkten Vergleich der Produkte auf. Jedenfalls bei der Beurteilung durch die allgemeinen Verkehrskreise aus dem undeutlichen Erinnerungsbild ergäbe sich in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht keine relevante Abweichung, weil hierbei regelmäßig die übereinstimmenden Merkmale stärker hervortreten als die Unterschiede, so dass es maßgeblich nicht so sehr auf die Unterschiede als auf die Übereinstimmungen ankommt (BGH GRUR 2010, 80, 83 – Laufräder). Dieser zutreffende Grundsatz kommt hier jedoch nicht zum Tragen. Denn gerade bei Trainingsgeräten der hier vorliegenden Art ist für die Kaufentscheidung nicht in erster Linie die „Optik“, sondern neben der Funktionalität vor allem die „Ergonomie“ von Bedeutung. Unter dem Gesichtspunkt der Handhabung eines Trainingsstabes ist es für die angesprochenen Verkehrskreise von erheblicher Bedeutung, ob das Griffstück als einheitlicher glatter Zylinder gefertigt ist („F...-B...“) oder deutlich sichtbare und spürbare Rillen in der Oberfläche aufweist („S...k“ sowie „S...k TO GO“). Diese Vertiefungen bzw. Einkerbungen werden von den angesprochenen Verkehrskreisen im Zweifel nicht

als rein optisches Gestaltungsmerkmal, sondern als haptisches Element wahrgenommen, das für die Bedienbarkeit, insbesondere die Griffsicherheit (z.B. bei feuchten Händen und bei starken Schwingungen/Drehungen) von erheblicher Bedeutung sein kann. Vor diesem Hintergrund bleiben derartige Abweichungen den angesprochenen Verkehrskreisen nicht verborgen, die sich für ein Sportgerät interessieren, bei dem nicht unerhebliche Kraft und Ausdauer aufgewendet werden muss, was erhöhte Anforderungen an die Griffsicherheit stellt. Diese Feststellungen zum Verkehrsverständnis kann der Senat aufgrund der eigenen Sachkunde seiner Mitglieder stellen, die zu den potentiell angesprochenen Verkehrskreisen gehören.

cc. Vor diesem Hintergrund haben die angesprochenen Verkehrskreise auch keine tragfähige Veranlassung zu der Annahme, der Schwingstab der Beklagten sei der Klägerin möglicherweise als Zweitlinie, Lizenzprodukt oder Produkt eines mit ihr verbundenen Unternehmens zuzurechnen.

dd. Aus den genannten Gründen scheidet auch eine Rufausbeutung oder -beeinträchtigung nach § 4 Nr. 9 lit. b UWG aus. Selbst wenn man unterstellen wollte, dass der „F...-B...“ im Verkehr eine besondere Wertschätzung genießt, stehen die Unterschiede in den angegriffenen Modellen der Annahme entgegen, dass die angesprochenen Verkehrskreise diesen „guten Ruf“ auf die Trainingsstäbe der Beklagten übertragen. Zudem hat die Klägerin noch nicht einmal substantiiert die Bekanntheit ihres Produkts dargelegt. Selbst wenn sie 500.000 bzw. 750.000 Trainingsstäbe verkauft hat, besagen diese absoluten Zahlen ohne Kenntnis der konkreten Marktumstände, insbesondere der Anzahl und der Gewichtung der einzelnen Anbieter zueinander, nichts über eine etwaige Bekanntheit der Klägerin und ihrer Produkte. Nähere Darstellungen zum Markt bzw. dazu, aus welchen sonstigen Umständen die Klägerin ihre Bekanntheit ableitet, hat sie jedoch nicht vorgelegt.

4. Da der Unterlassungsanspruch nicht begründet ist, stehen der Klägerin auch die Folgeansprüche auf Auskunftserteilung, Schadensersatzfeststellung und Erstattung von Rechtsanwaltskosten nicht zu.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10 Satz 1 + 2, 711 ZPO.

Der Senat lässt die Revision gegen dieses Urteil gem. § 543 Abs. 2 ZPO zu. Der Rechtsstreit hat insbesondere im Hinblick auf die Frage des Ausschlusses wettbewerbsrechtlicher Vorschriften neben spezialgesetzlichen Vorschriften des Geschmacksmusterrechts in Fallgestaltungen wie der vorliegenden grundsätzli-

che Bedeutung und bedarf einer Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts.