



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 2/16

Verkündet am:
14. September 2017
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Leuchtballon

UWG § 4 Nr. 3 Buchst. a

Im Falle der nachschaffenden Übernahme unter Verwendung einer dem Stand der Technik entsprechenden angemessenen technischen Lösung kann eine verbleibende Herkunftstäuschung hinzunehmen sein, wenn der Nachahmer die ihm zumutbaren Maßnahmen trifft, um einer Herkunftstäuschung entgegenzuwirken.

BGH, Urteil vom 14. September 2017 - I ZR 2/16 - OLG Köln

LG Köln

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Juni 2017 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Prof. Dr. Koch, Dr. Löffler und Feddersen

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 11. Dezember 2015 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin produziert und vertreibt Beleuchtungsprodukte. Zu ihrem Programm gehört eine unter der Bezeichnung "Powermoon" in mehreren Versionen hergestellte transportable Federschirmleuchte, die der Ausleuchtung von Baustellen, Polizei- und Feuerwehreinsatzorten sowie Veranstaltungs- und Parkflächen dient. Der auf einem Stativ montierte Leuchtballon ist mit einer Spannvorrichtung ausgestattet, die ähnlich einem Regenschirm zu öffnen ist und zusammengeklappt erleichtert transportiert werden kann. Der geöffnete Leuchtballon ist an der oberen Seite mit einer farbigen, innen reflektierenden Folie und an der unteren Seite mit einer lichtdurchlässigen Spannhaut versehen. Im Inneren befindet sich der Leuchtkörper (Metalllampenlampe oder LED). Die Vorrichtung wird in mehreren Modellen - mit sechs oder acht Federstäben sowie mit oder ohne Seilzug - zum Öffnen - hergestellt und vertrieben. Der Leuchtballon sieht wie folgt aus:



2 Die Beklagte befasst sich mit Baustellentechnik und vertreibt Maschinen und Hilfsmittel für den Baustellenbetrieb. Auf der Fachmesse für Baubedarf "BAUMA" 2013 und auf ihrer Website "w .de" bot sie einen Leuchtballon unter der Bezeichnung L. an.

3 Die Parteien hatten im November 2007 einen Liefervertrag geschlossen, der die Lieferung von Federschirmleuchten der Klägerin in einer Ausführung mit 6 Federstäben ohne Seilzug betraf. Dieser Vertrag wurde zum 31. Dezember 2013 gekündigt.

4 Die Klägerin hat das Produkt der Beklagten als unlautere Nachahmung ihres Leuchtballons beanstandet und die Beklagte erfolglos vorgerichtlich abgemahnt.

5 Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt,

es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr transportable Leuchten wie nachstehend wiedergegeben anzubieten oder sonst in Verkehr zu bringen, gleichviel in welcher Farbausführung:



6

Ferner hat das Landgericht Ansprüche auf Auskunft sowie Rechnungslegung zuerkannt und die Feststellung der Schadensersatzpflicht festgestellt.

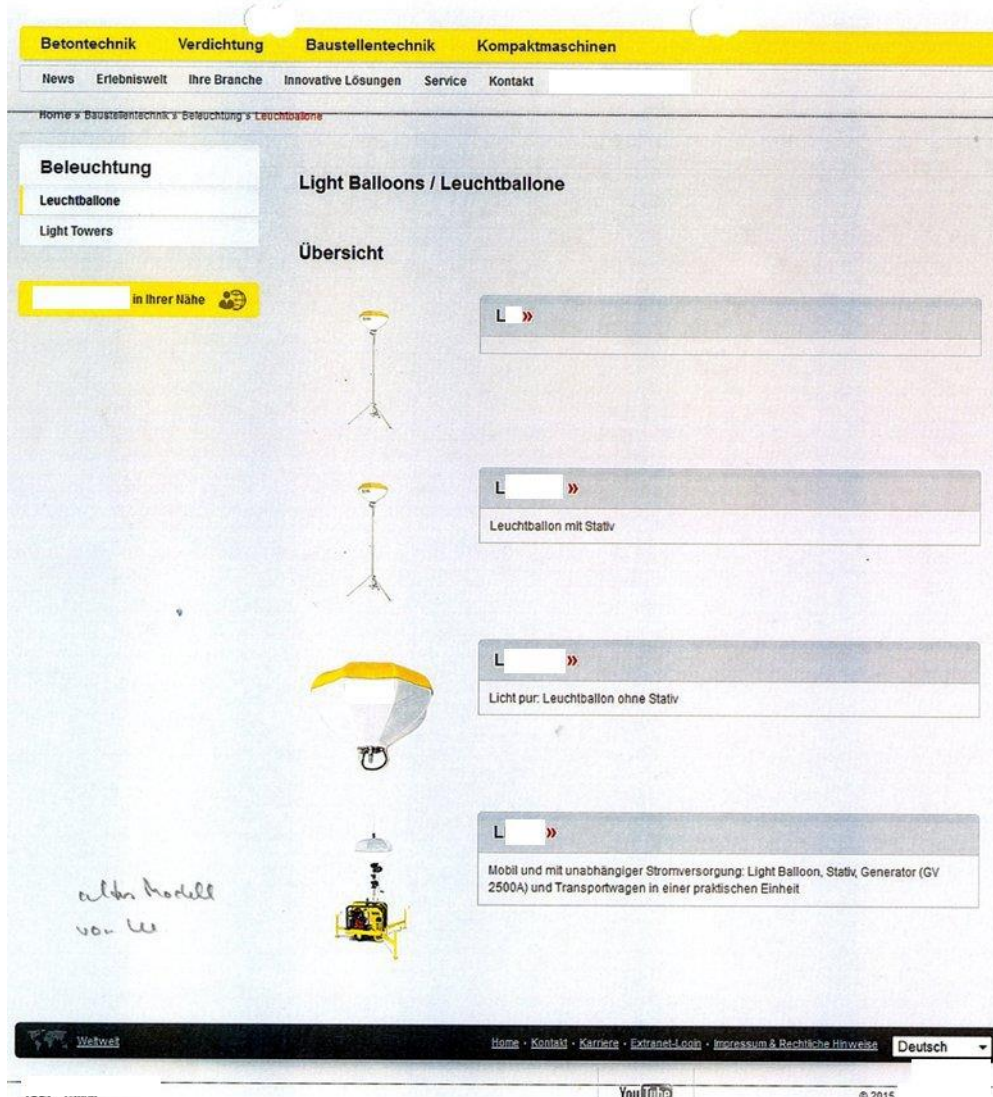
7

In der Berufungsinstanz hat die Klägerin, die die Zurückweisung der Berufung der Beklagten beantragt, die Unterlassungsanträge in der nachstehenden Form verfolgt:

- a) die Beklagte unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr transportable Leuchten wie nachstehend wiedergegeben anzubieten oder sonst in Verkehr zu bringen, gleichviel in welcher Farbausführung:



- b) hilfsweise die Beklagte unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr transportable Leuchten gemäß nachstehenden Abbildungen anzubieten oder sonst in Verkehr zu bringen, wenn dies geschieht wie nachstehend wiedergegeben:



8

Das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

9 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin stünden der geltend gemachte Unterlassungsanspruch sowie die Folgeansprüche nicht zu. Zur Begründung hat es ausgeführt:

10 Das Produkt der Klägerin weise eine durchschnittliche wettbewerbliche Eigenart auf. Für den Gesamteindruck prägend seien die zweifarbige und kugelförmige Ausgestaltung in einer Weise, dass die beiden Hälften sichtbar aufeinander montiert erschienen, wobei die Hälften eine in etwa gleiche Größe und Form aufwiesen. Die runde Form des Gesamtkörpers sei nicht einzigartig, sondern werde auch von anderen Herstellern mit anderen Aufrichtetechniken angeboten. Die Gestaltung der Klägerin sei nicht technisch zwingend.

11 Das Produkt der Beklagten sei eine Nachahmung des Produkts der Klägerin in Form der nachschaffenden Übernahme.

12 Eine Herkunftstäuschung sei allerdings nicht vermeidbar, weil keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestünden, um eine Herkunftstäuschung zu verhindern. Andernfalls würde das Prinzip eines runden Beleuchtungskörpers mit Federspannfunktion insgesamt auf eine einzige wettbewerbliche Lösung verengt und zugunsten der Klägerin monopolisiert. Durch Anbringung eines Herstellerkennzeichens könne die Täuschung nicht vermieden werden, weil der Ballon häufig als Werbefläche für die Unternehmen verwendet werde, die den Ballon einsetzen. Die bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten seien nur gering. Hierbei handle es sich um Größe und Form des Ballons. Die von der Beklagten vorgenommene Verschiebung der Größenverhältnisse zwischen oberer und unterer Hälfte reduziere die Herkunftstäuschung. Das Ausweichen auf andere geometrische Formen oder technische Ausführungen sei nicht zumutbar.

- 13 II. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision ohne Erfolg.
- 14 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs nach § 8 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Nr. 9 Buchst. a UWG aF nicht vorliegen.
- 15 a) Die Klägerin ist allerdings als Wettbewerberin im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG zur Geltendmachung des mit der Klage verfolgten Unterlassungsanspruchs aktivlegitimiert.
- 16 b) Ein auf Wiederholungsgefahr gestützter Unterlassungsanspruch ist nur gegeben, wenn das beanstandete Verhalten der Beklagten sowohl zum Zeitpunkt seiner Vornahme rechtswidrig war als auch zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Revisionsinstanz rechtswidrig ist (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 4. Februar 2016 - I ZR 194/14, GRUR 2016, 403 Rn. 9 = WRP 2016, 450 - Fressnapf; Urteil vom 4. Mai 2016 - I ZR 58/14, BGHZ 210, 144 Rn. 39 - Segmentstruktur). Die Änderung des § 4 Nr. 9 UWG durch Art. 1 Nr. 4 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (BGBl. I 2015, S. 2158 f.) mit Wirkung ab dem 10. Dezember 2015 hat keine Rechtsänderung bewirkt. Vielmehr findet sich der bisher in § 4 Nr. 9 UWG aF geregelte wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz nunmehr ohne inhaltliche Änderung in der Bestimmung des § 4 Nr. 3 UWG (BGHZ 210, 144 Rn. 39 - Segmentstruktur).
- 17 c) Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz nach § 4 Nr. 9 Buchst. a UWG aF und § 4 Nr. 3 Buchst. a UWG besteht, wenn ein Unternehmer das Leistungsergebnis eines Mitbewerbers nachahmt und auf dem Markt anbietet, das über wettbewerbliche Eigenart verfügt, und dieses Verhalten geeignet ist, eine vermeidbare Herkunftstäuschung hervorzurufen. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart (dazu unter II 1 d), der Art und Weise und der Intensität der Übernahme (dazu unter

II 1 e) sowie der Unlauterkeit der Herkunftstäuschung (dazu unter II 1 f). Je größer die wettbewerbliche Eigenart und je höher der Grad der Übernahme sind, desto geringere Anforderungen sind an die die Unlauterkeit begründende Herkunftstäuschung und ihre Vermeidbarkeit zu stellen und umgekehrt (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 21/12, GRUR 2013, 1052 Rn. 15 = WRP 2013, 1339 - Einkaufswagen III; Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13, GRUR 2015, 909 Rn. 9 = WRP 2015, 1090 - Exzenterzähne; Urteil vom 2. Dezember 2015 - I ZR 176/14, GRUR 2016, 730 Rn. 31 = WRP 2016, 966 - Herrnhuter Stern).

18 d) Die Annahme des Berufungsgerichts, das Produkt der Klägerin verfüge über durchschnittliche wettbewerbliche Eigenart, hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

19 aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, als in Wettbewerbssachen erfahrener Spruchkörper die wettbewerbliche Eigenart aus eigener Sachkunde beurteilen zu können, soweit nur der optische Gesamteindruck zu beurteilen sei. Die wettbewerbliche Eigenart ergebe sich aus ästhetisch wirkenden Formelementen. Für den Gesamteindruck prägend seien die zweifarbige und kugelförmige Ausgestaltung, bei der die beiden Hälften sichtbar aufeinander montiert erschienen, wobei die Hälften eine in etwa gleiche Größe und Form aufwiesen. Die Eigenart zeige sich bei den aufgespannten Schirmen, so dass die Spiegel folie im Inneren ebenso außer Betracht bleiben müsse wie Besonderheiten des Materials. Die Lichtdurchlässigkeit der unteren Seite sei technisch bedingt und könne im vorliegenden Zusammenhang keine Berücksichtigung finden. Die wettbewerbliche Eigenart sei im Ergebnis durchschnittlich. Die runde Form des Gesamtkörpers sei nicht einzigartig, sondern werde ebenfalls von anderen Herstellern mit anderen Aufrichtetechniken angeboten. Die Gestaltung der Klägerin sei nicht technisch zwingend. Die technische Aufgabe, eine effektive Nachtausleuchtung von Baustellen und Gefahrenorten mit einem zentralen Beleuch-

tungskörper vorzunehmen, sei auch durch andere geometrische Formen und Materialien erreichbar. Die Beklagte habe nicht vorgetragen, warum die von der Klägerin gewählte Gestaltung anderen Ausführungsformen so sehr überlegen sei, dass sie alternativlos sei. Diese Beurteilung ist frei von Rechtsfehlern.

20 bb) Ein Erzeugnis besitzt wettbewerbliche Eigenart, wenn seine konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen (BGH, GRUR 2015, 909 Rn. 10 - Exzenterzähne; GRUR 2016, 730 Rn. 33 - Herrnhuter Stern). Für die Bestimmung der wettbewerblichen Eigenart ist auf den Gesamteindruck des nachgeahmten Erzeugnisses abzustellen, wobei sich der Verkehr grundsätzlich nur an den äußeren Gestaltungsmerkmalen orientieren kann (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 2015 - I ZR 109/14, GRUR 2016, 720 Rn. 22 = WRP 2016, 854 - Hot Sox). Technisch notwendige Merkmale können aus Rechtsgründen keine wettbewerbliche Eigenart begründen. Technisch notwendig ist eine Gestaltung, wenn der erstrebte technische Erfolg nur durch das übernommene Gestaltungselement und nicht auf andere Weise erreicht werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 8. Dezember 1999 - I ZR 101/97, GRUR 2000, 521, 523 f. = WRP 2000, 493 - Modulgerüst I). Die Übernahme solcher - nicht oder nicht mehr unter Sonderrechtsschutz stehender - Gestaltungsmerkmale ist mit Rücksicht auf den Grundsatz des freien Stands der Technik wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden (BGH, GRUR 2015, 909 Rn. 18 - Exzenterzähne). Merkmale, die nicht technisch notwendig, sondern nur technisch bedingt, aber ohne Qualitätseinbußen frei austauschbar sind, können eine wettbewerbliche Eigenart (mit)begründen, sofern der Verkehr wegen dieser Merkmale auf die Herkunft der Erzeugnisse aus einem bestimmten Unternehmen Wert legt oder mit ihnen gewisse Qualitätserwartungen verbindet (BGH, GRUR 2015, 909 Rn. 19 - Exzenterzähne). Eine Kombination einzelner technischer Gestaltungsmerkmale kann ebenso wie eine Kombination

technischer und ästhetischer Merkmale der Formgestaltung wettbewerbliche Eigenart begründen, selbst wenn die einzelnen Merkmale für sich genommen nicht geeignet sind, im Verkehr auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen hinzuweisen (BGH, GRUR 2015, 909 Rn. 19 - Exzenterzähne).

21 Die Beurteilung der wettbewerblichen Eigenart ist eine Rechtsfrage, auch wenn ihr tatsächliche Feststellungen zugrunde liegen. Mit der Revision kann daher geltend gemacht werden, dass der Tatrichter bei seiner Würdigung von rechtlich unzutreffenden Maßstäben ausgegangen ist, seine tatsächlichen Feststellungen die Bejahung oder Verneinung des Rechtsbegriffs nicht tragen oder diese verfahrensfehlerhaft getroffen worden sind (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11, GRUR 2013, 951 Rn. 18 = WRP 2013, 1188 - Regal-system; BGH, GRUR 2016, 730 Rn. 34 - Herrnhuter Stern).

22 cc) Nach diesen Maßstäben ist die Beurteilung des Berufungsgerichts revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

23 Das Berufungsgericht hat sich unter Hinweis auf die lauterkeitsrechtliche Erfahrung seiner Mitglieder zu Recht in der Lage gesehen, mit Blick auf die für die wettbewerbliche Eigenart maßgeblichen ästhetischen Merkmale das Verkehrsverständnis der angesprochenen Fachkreise zu beurteilen, und es hat seinen Gesamteindruck nachvollziehbar und in rechtlich nicht zu beanstandender Weise dargelegt.

24 Das Berufungsgericht hat für die Beurteilung der wettbewerblichen Eigenart des Produkts der Klägerin auf die Kombination von zweifarbiger und kugelförmiger Ausgestaltung abgestellt, deren beide Hälften sichtbar aufeinander montiert erscheinen und in etwa eine gleiche Größe und Form aufweisen. Dabei hat es zu Recht die durch eine Federspannvorrichtung erreichte Kugelform als nicht technisch zwingend angesehen, weil die technische Aufgabe, Baustellen und Gefahrenort nachts mit einem zentralen Beleuchtungskörper auszuleuch-

ten, angesichts des von der Beklagten vorgetragenen Marktumfelds durch andere geometrische Formen und Materialien erreichbar ist. Die weitere Annahme des Berufungsgerichts, das Produkt der Klägerin sei anderen Gestaltungsformen nicht so sehr überlegen, dass ein Ausweichen der Beklagten nicht zumutbar sei, unterliegt ebenfalls keinen rechtlichen Bedenken. Zu Recht hat das Berufungsgericht hingegen die Lichtdurchlässigkeit des Materials der unteren Hälfte als technisch notwendiges Merkmal außer Betracht gelassen. Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, der auf der Oberseite angebrachte Haltering habe keine die Form besonders prägende Bedeutung.

25 Der Annahme wettbewerblicher Eigenart steht nicht entgegen, dass das Produkt der Klägerin nach den in anderem Zusammenhang getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts gelegentlich durch Dritte veräußert wird. Vertrieben verschiedene Großabnehmer das Produkt unter eigenen Namen und Marken, so steht dies zwar der Annahme eines Hinweises auf einen bestimmten Hersteller entgegen, wenn der Verkehr die Kennzeichnungen der Großabnehmer als Herstellerkennzeichen ansieht (vgl. BGH, GRUR 2015, 909 Rn. 14 - Exzenterzähne). Hieran fehlt es jedoch im Streitfall. Das Berufungsgericht hat unter Bezugnahme auf die Ausführungen im Urteil des Landgerichts in rechtsfehlerfreier Weise festgestellt, dass der Verkehr trotz des gelegentlichen Vertriebs durch Dritte annimmt, das entsprechend gestaltete Produkt stamme von nur einem bestimmten Hersteller.

26 Die Annahme des Berufungsgerichts, das Produkt der Klägerin weise durchschnittliche wettbewerbliche Eigenart auf, lässt Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision auch nicht angegriffen.

- 27 e) Die Beurteilung des Berufungsgerichts, das angegriffene Produkt stelle eine nachschaffende Übernahme des Produkts der Klägerin dar, hält der rechtlichen Nachprüfung ebenfalls stand.
- 28 aa) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagte habe das Produkt der Klägerin nicht identisch, sondern nachschaffend übernommen, indem sie die Kugelform in eine Birnenform abgewandelt habe. Dass sich eine reine Kugelform durch Fabrikationsfehler oder Gebrauchsabnutzung zu einer Birnenform entwickeln könne, sei nicht bedeutsam, weil für die Beurteilung der Nachahmung im Streitfall der Zeitpunkt entscheidend sei, in dem sich Original und Nachahmung beim Kauf gegenüber stünden. Diese Beurteilung ist frei von Rechtsfehlern.
- 29 bb) Die Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Erzeugnisse ist nach ihrem Gesamteindruck zu beurteilen (vgl. BGH, Urteil vom 2. April 2009 - I ZR 144/06, GRUR 2009, 1069 Rn. 20 = WRP 2009, 1509 - Knoblauchwürste; Urteil vom 28. Mai 2009 - I ZR 124/06, GRUR 2010, 80 Rn. 39 = WRP 2010, 94 - LIKEaBIKE; GRUR 2016, 730 Rn. 47 - Herrnhuter Stern). Dabei kommt es weniger auf die Unterschiede und mehr auf die Übereinstimmungen der Produkte an, weil der Verkehr diese erfahrungsgemäß nicht gleichzeitig wahrnimmt und miteinander vergleicht, sondern seine Auffassung aufgrund eines Erinnerungseindrucks gewinnt, in dem die übereinstimmenden Merkmale stärker hervortreten als die unterscheidenden (vgl. BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 - I ZR 198/04, GRUR 2007, 795 Rn. 34 = WRP 2007, 1076 - Handtaschen; GRUR 2010, 80 Rn. 41 - LIKEaBIKE; GRUR 2016, 730 Rn. 41 - Herrnhuter Stern). Dabei müssen gerade die übernommenen Gestaltungsmittel diejenigen sein, die die wettbewerbliche Eigenart des Erzeugnisses ausmachen, für das Schutz beansprucht wird (vgl. BGH, GRUR 2007, 795 Rn. 32 - Handtaschen;

BGH, Urteil vom 15. April 2010 - I ZR 145/08, GRUR 2010, 1125 Rn. 25 = WRP 2010, 1465 - Femur-Teil; BGH, GRUR 2016, 730 Rn. 41 - Herrnhuter Stern).

30 Die tatrichterliche Beurteilung der Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Produkte ist revisionsrechtlich nur eingeschränkt darauf überprüfbar, ob der Tatrichter von zutreffenden rechtlichen Gesichtspunkten ausgegangen ist, den Sachvortrag umfassend berücksichtigt hat und keine Verstöße gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze vorliegen (vgl. BGH, GRUR 2007, 795 Rn. 31 - Handtaschen; GRUR 2016, 730 Rn. 49 - Herrnhuter Stern). Diese Maßstäbe gelten auch, wenn der Richter die Verkehrsauffassung von Fachkreisen zu ermitteln hat. Häufig wird nicht ersichtlich sein, dass sich die besonderen Kenntnisse und Erfahrungen der Fachkreise auf die Beurteilung - etwa einer Werbung - auswirken. Zudem werden die Gerichte, die ständig mit Wettbewerbssachen befasst sind, vielfach aufgrund ihrer besonderen Erfahrung die erforderliche Sachkunde erworben haben, um die Verkehrsauffassung der Fachkreise zu beurteilen (BGH, Urteil vom 2. Oktober 2003 - I ZR 150/01, BGHZ 156, 250, 255 - Marktführerschaft). In diesem Zusammenhang ist grundsätzlich erforderlich, dass der Tatrichter die Feststellungen zur Verkehrsauffassung in einer Weise darlegt, die dem Revisionsgericht eine Überprüfung ermöglicht (BGH, GRUR 2013, 1052 Rn. 29 - Einkaufswagen III).

31 cc) Nach diesen Maßstäben ist die Beurteilung des Berufungsgerichts, das Produkt der Beklagten stelle eine nachschaffende Übernahme dar, nicht zu beanstanden.

32 (1) Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, das die Unterschiede in der Formgebung der Produkte der Parteien schlagwortartig mit Kugelform einerseits und mit Birnenform andererseits umschrieben hat, unterliegt keinen revisionsrechtlichen Bedenken.

33 (2) Entgegen der Auffassung der Revision kann nicht festgestellt werden, dass das Berufungsgericht den Grundsatz vernachlässigt hat, wonach für die Beurteilung der Ähnlichkeit auf den Erinnerungseindruck des Verkehrs abzustellen ist, bei dem die übereinstimmenden Merkmale stärker hervortreten als die unterscheidenden.

34 (3) Die Revision macht weiter ohne Erfolg geltend, das Berufungsgericht habe aufgrund des nur geringfügig abweichenden Gesamteindrucks von einer nahezu identischen Nachahmung ausgehen müssen. Hiermit kann sie in der Revisionsinstanz keinen Erfolg haben, weil sie lediglich ihre eigene Würdigung an die Stelle der rechtsfehlerfreien trichterlichen Würdigung des Berufungsgerichts setzt. Dies gilt auch für die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe allein auf die Unterschiede in der Formgebung der Ballonleuchten abgestellt und die Übernahme weiterer prägender Merkmale - die Verwendung von Federstäben, die farbliche Unterteilung in zwei Ballonhälften, die Ausstattung mit einer Spiegelfolie in der oberen und lichtdurchlässigem Stoff in der unteren Ballonhülle - außer Acht gelassen, deren Berücksichtigung zur Annahme einer identischen Übernahme hätte führen müssen. Der Hinweis auf die Übernahme von Spiegelfolie und lichtdurchlässigem Stoff verhilft der Revision schon deshalb nicht zum Erfolg, weil es sich hierbei um von außen nicht sichtbare Merkmale handelt, die für die Begründung der wettbewerblichen Eigenart außer Betracht zu bleiben haben (s. Rn. 20 und 24 [II 1 d bb und cc]). Den Umstand, dass die äußere Erscheinungsform der Ballonlampen durch die im Inneren angebrachten, zum Aufspannen benötigten Federstäbe mitbestimmt wird, hat das Berufungsgericht zwar nicht ausdrücklich erörtert. Dieser Gesichtspunkt ist jedoch erkennbar in die Gesamtwürdigung eingeflossen. Gleiches gilt für die Übernahme der farblichen Gestaltung.

35 Ohne Erfolg bleibt auch die Rüge der Revision, in der Benutzungssituation sei von einer identischen Nachahmung auszugehen, weil der Betrachter na-

hezu ausschließlich die Unterseite der auf einem Stativ montierten Ballonlampen wahrnehmen könne. Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts ist auch insoweit rechtsfehlerfrei.

36 f) Die Beurteilung des Berufungsgerichts, es liege keine vermeidbare Herkunftstäuschung vor, hält der rechtlichen Nachprüfung ebenfalls stand.

37 aa) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die angegriffene Produktgestaltung löse eine Herkunftstäuschung aus. Original und Nachahmung würden parallel und durch gleiche Vertriebswege angeboten; das Original sei beim Verkehr bekannt und könne im Zeitpunkt der Markteinführung der Nachahmung einem Hersteller zugeordnet werden. Diese Herkunftstäuschung sei jedoch nicht vermeidbar, weil keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestünden, um eine Herkunftstäuschung zu verhindern. Andernfalls würde das Prinzip eines runden Beleuchtungskörpers mit Federspannfunktion insgesamt auf eine einzige wettbewerbliche Lösung verengt und zugunsten der Klägerin monopolisiert. Durch Anbringung eines Herstellerkennzeichens am Beleuchtungskörper könne die Täuschung nicht vermieden werden, weil der Ballon häufig als Werbefläche für die Unternehmen verwendet werde, die den Ballon einsetzen. Eine farbliche Kennzeichnung scheidet ebenfalls aus, weil die Farbe der Oberdecke oft nach den Bedürfnissen des Nutzers gestaltet werde (etwa blau für das THW und rot für die Feuerwehr). Ein Austausch der charakteristischen Gestaltungsmerkmale komme zur Vermeidung der Herkunftstäuschung ebenfalls nicht in Betracht, weil die bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten - Größe und Form des Ballons - nur gering seien. Die von der Beklagten vorgenommene Verschiebung der Größenverhältnisse zwischen oberer und unterer Hälfte reduziere die Herkunftstäuschung. Das Ausweichen auf andere geometrische Formen sei nicht zumutbar. Diese Beurteilung ist frei von Rechtsfehlern.

38 bb) Die Annahme des Berufungsgerichts, das Produkt der Klägerin genieße eine gewisse Verkehrsbekanntheit, in deren Folge das angegriffene Produkt eine Herkunftstäuschung bewirke, unterliegt keinen rechtlichen Bedenken; die Revision nimmt sie als ihr günstig hin. Ohne Erfolg wendet sie sich gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Herkunftstäuschung sei unvermeidbar.

39 (1) Eine Herkunftstäuschung ist vermeidbar, wenn sie durch geeignete und zumutbare Maßnahmen verhindert werden kann. Ob und welche Maßnahmen zur Verhinderung einer Herkunftstäuschung dem Wettbewerber zugemutet werden können, ist anhand einer umfassenden Interessenabwägung zu beurteilen, bei der das Interesse des Herstellers des Originalprodukts an der Vermeidung einer Herkunftstäuschung, das Interesse der Wettbewerber an der Nutzung nicht unter Sonderrechtsschutz stehender Gestaltungselemente sowie das Interesse der Abnehmer an einem Preis- und Leistungswettbewerb zwischen unterschiedlichen Anbietern zu berücksichtigen sind (vgl. BGH, GRUR 2013, 951 Rn. 35 f. - Regalsystem; GRUR 2015, 909 Rn. 33 - Exzenterzähne; GRUR 2016, 730 Rn. 68 - Herrnhuter Stern). Die Übernahme ästhetischer Gestaltungsmerkmale, mit denen die angesprochenen Verkehrskreise Herkunftsvorstellungen verbinden, ist regelmäßig nicht sachlich gerechtfertigt, weil den Wettbewerbern in aller Regel ein Ausweichen auf andere Gestaltungsformen und damit ein Abstand zum Original möglich und zumutbar ist (vgl. BGH, GRUR 2013, 951 Rn. 38 - Regalsystem; GRUR 2013, 1052 Rn. 42 - Einkaufswagen III; GRUR 2015, 909 Rn. 34 - Exzenterzähne; GRUR 2016, 730 Rn. 68 - Herrnhuter Stern). Hingegen kann die Übernahme von Merkmalen, die dem freien Stand der Technik angehören und unter Berücksichtigung des Gebrauchszwecks, der Verkäuflichkeit der Ware sowie der Verbrauchererwartung der angemessenen Lösung einer technischen Aufgabe dienen, grundsätzlich nicht als wettbewerbsrechtlich unlauter angesehen werden. Wettbewerbern ist es regel-

mäßig nicht zuzumuten, auf eine angemessene technische Lösung zu verzichten, um die Gefahr einer Herkunftstäuschung zu vermeiden. Dagegen kann es ihnen zuzumuten sein, dieser Gefahr durch eine (unterscheidende) Kennzeichnung ihrer Produkte entgegenzuwirken (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2011 - I ZR 53/10, GRUR 2012, 58 Rn. 46 - Seilzirkus; BGH, GRUR 2015, 909 Rn. 35 - Exzenterzähne). Ein strengerer Maßstab gilt lediglich im Falle der (fast) identischen Übernahme (vgl. BGH, Urteil vom 22. März 2012 - I ZR 21/11, GRUR 2012, 1155 Rn. 39 = WRP 2012, 1379 - Sandmalkasten; BGH, GRUR 2015, 909 Rn. 36 - Exzenterzähne).

40 Die Frage, ob eine Herkunftstäuschung vermeidbar ist und welche Maßnahmen der Wettbewerber treffen muss, um eine Herkunftstäuschung zu verhindern, unterliegt in erster Linie der tatrichterlichen Würdigung im Einzelfall (vgl. BGH, Urteil vom 8. November 2001 - I ZR 199/09, GRUR 2002, 275, 277 = WRP 2002, 207 - Noppenbahnen; BGH, GRUR 2013, 951 Rn. 34 - Regal-system; GRUR 2016, 730 Rn. 69 - Herrnhuter Stern).

41 (2) Danach ist die vom Berufungsgericht vorgenommene Interessenabwägung revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

42 Die Beklagte hat das Produkt der Klägerin lediglich nachschaffend übernommen, so dass ihr die Übernahme des technisch bedingten Merkmals der Federspannvorrichtung, die eine gemeinfreie, angemessene technische Lösung darstellt, nicht verwehrt werden kann, weil sie zumutbare Maßnahmen ergriffen hat, der Herkunftstäuschung durch eine abweichende Gestaltung entgegenzuwirken.

43 Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist eine abweichende farbliche Gestaltung des Ballonkörpers der Beklagten ebenso wenig wie seine Kennzeichnung geeignet, der Herkunftstäuschung entgegenzuwirken. Das Berufungsgericht hat weiter festgestellt, dass die im Streitfall zur Verfügung ste-

henden Gestaltungsmöglichkeiten gering sind. Sie sind auf die beiden Gestaltungsmittel der Größe und der Form des Ballons beschränkt. Die Beklagte hat dadurch, dass sie bei ihrem Produkt unter Ausnutzung des bestehenden Gestaltungsspielraums die Größenverhältnisse zwischen oberer und unterer Hälfte gegenüber dem Erzeugnis der Klägerin verschoben hat, der Herkunftstäuschung entgegengewirkt. Da anderweitige Kennzeichnungsmöglichkeiten, die die Gefahr der Herkunftstäuschung hätten verringern können, nicht bestanden, und die Beklagte den zur Verfügung stehenden Gestaltungsspielraum ausgeschöpft hat, sind ihr darüber hinausgehende Abgrenzungsmaßnahmen an dem Beleuchtungskörper nicht abzuverlangen und ist eine etwaig verbleibende Herkunftstäuschung hinzunehmen. In dieser Konstellation hat das Interesse der Beklagten als Wettbewerberin an der Nutzung einer gemeinfreien technischen Lösung sowie das Interesse der Abnehmer an einem Preis- und Leistungswettbewerb gegenüber dem Interesse der Klägerin an der Vermeidung einer Herkunftstäuschung Vorrang.

44 Ohne Erfolg beruft sich die Revision darauf, der Beklagten sei es zumutbar, auf andere angemessene technische Lösungen auszuweichen. Soweit die Revision in diesem Zusammenhang rügt, das Berufungsgericht habe den Inhalt der Senatsentscheidung "Exzenterzähne" verkannt, weil dieser nicht eine identische, sondern eine nahezu identische Nachahmung zugrunde gelegen habe, verfängt dies nicht. Im Streitfall liegt eine nachschaffende Übernahme vor. Im Übrigen hat der Senat in der genannten Entscheidung - anders als die Revision meint - die identische und nahezu identische Übernahme einem einheitlichen Maßstab unterworfen (vgl. BGH, GRUR 2015, 909 Rn. 36 - Exzenterzähne).

45 Ohne Erfolg macht die Revision weiter geltend, die Würdigung des Berufungsgerichts sei widersprüchlich, weil es einerseits bei der Prüfung der wettbewerblichen Eigenart andere technische Gestaltungen berücksichtigt habe, bei der Prüfung der vermeidbaren Herkunftstäuschung andererseits davon ausge-

gangen sei, es liege ein zu geringer Gestaltungsspielraum vor, um die charakteristischen Gestaltungsmerkmale auszutauschen. Der von der Revision angenommene Widerspruch besteht nicht. Weist ein Produkt eine für seinen Einsatzzweck zwingende technische Gestaltung auf, fehlt ihm die wettbewerbliche Eigenart (s. Rn. 20 [II 1 d bb]). Die Vorteilhaftigkeit einer technischen Lösung steht ihrer wettbewerblichen Eigenart jedoch nicht entgegen, sofern nicht dem Verkehr die Nutzung anderer Produkte aus technischen Gründen unzumutbar ist. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Gestaltung des Produkts der Klägerin nicht in diesem Sinne technisch zwingend ist, weil andere Lösungen zur Verfügung stehen. Bei der Prüfung der vermeidbaren Herkunftstäuschung geht es im Streitfall hingegen nicht um anderweitige technische Lösungen, sondern darum, ob bei der nachschaffenden Übernahme einer gemeinfreien angemessenen technischen Lösung abweichende Gestaltungsmöglichkeiten in hinreichendem Maße genutzt worden sind. Dies hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei bejaht. Auf die Frage, ob die von der Revision angeführten anderen technischen Gestaltungsmöglichkeiten für den Einsatzzweck ebenso gut geeignet sind wie das Produkt der Klägerin, kommt es danach nicht an.

- 46 2. Liegen danach die Voraussetzungen des § 4 Nr. 9 Buchst. a UWG aF und des § 4 Nr. 3 Buchst. a UWG nicht vor, hat das Berufungsgericht die geltend gemachten Ansprüche auf Auskunft sowie Rechnungslegung und das Schadensersatzbegehren zu Recht als unbegründet angesehen.

47 III. Die Revision war danach zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Büscher

Schaffert

Koch

Löffler

Feddersen

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 30.04.2015 - 84 O 115/14 -

OLG Köln, Entscheidung vom 11.12.2015 - 6 U 77/15 -