

---

**Datum:** 15.09.2020  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 11. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 4 U 177/19  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2020:0915.4U177.19.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Münster, 21 O 76/17

---

**Tenor:**

Die Berufungen der Klägerin und der Beklagten gegen das am 30.10.2019 verkündete Urteil des Landgerichts Münster (21 O 76/17) werden zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird für die Klägerin zugelassen.

---

**Gründe:**

I.

Die Klägerin ist ein 1953 gegründetes Unternehmen mit Sitz in X/Österreich. Sie produziert Maschinen und Fahrzeuge für den Neubau, Umbau und für die Messarbeiten und die Instandhaltung von Gleisen und Oberleitungen. International ist sie eine führende Anbieterin einer Vielzahl von Bahnbaumaschinen und erreicht sowohl in Deutschland als auch weltweit hohe Marktanteile. Ihre Produkte sind den Teilnehmern des entsprechenden Marktes sehr bekannt.

1

2

3

Die Klägerin entwickelt, produziert und vertreibt u.a. über 200 technisch unterschiedlich ausgestattete Stopfaggregate, die europa- und weltweit vertrieben und gehandelt werden. Diese Aggregate finden in Stopfmaschinen Verwendung, die dem Verdichten und Nivellieren von Schotterbetten im Gleisbau durch das sogenannte Stopfen dienen. Das ist eine beim Bau und bei der Instandhaltung von Gleisen mit Schotteroberbau angewandte Methode, um Unebenheiten und Verschiebungen in der Gleislage zu beseitigen. Dabei werden durch Einsatz von Stopfmaschinen die Gleise angehoben, ggf. gerichtet und anschließend die Bahnschwellen mit Schotter unterfüttert. Für den Stopfvorgang werden dazu die durch eine Messeinrichtung ermittelten Werte ausgewertet und an ein Hebe- und Richtaggregat übermittelt. Dieses hebt und richtet das Gleis und bereitet damit den Einsatz des Stopfaggregats vor.

4

Fachkreise unterscheiden drei Arten von Stopfaggregaten: Strecken-, Weichen- und Universalstopfaggregate. Streckenstopfaggregate dienen der reinen Gleisbearbeitung unter Einsatz starrer Stopfpickelpaare. Universalstopfaggregate sind sowohl in Gleisen als auch in Weichen einsetzbar und verfügen daher für die Weichenbearbeitung über zusätzliche Verstellmöglichkeiten der Aggregate. Diese Aggregate sind für das Stopfen ganzer Weichenstraßen und für die Arbeit auf Streckengleisen einsetzbar. Weichenstopfaggregate kommen dort zum Einsatz, wo Leistung nicht im Vordergrund steht und dienen in erster Linie dem Stopfen von Weichen. Beim Einsatz taucht das Stopfaggregat bei leicht angehobenem Gleis mit seinen stählernen Stopfpickeln rechts und links einer Bahnschwelle von oben in das Schotterbett ein. Die Stopfpickel werden in horizontale Schwingungen versetzt und vibrierend wieder hochgezogen. Zugleich werden die Stopfpickel aufeinander zubewegt, was als „beistellen“ bezeichnet wird. Dadurch wird die Schotterpackung unter der jeweiligen Bahnschwelle verdichtet und die Gleislage fixiert.

5

Die für das Gleisstopfen erforderliche Vibration der Pickelarme wird herkömmlich durch eine Exzenterwelle erzeugt. Diese Technik wird seit den 1930er Jahren angewendet. Bereits in den 1950er Jahren entwickelte die Klägerin das erste hydraulische Stopfaggregat, das sie seither immer weiter entwickelte. Schon im Jahr 1961 bot die Klägerin eine Weichenstopfmaschine mit ausschwenkbaren Stopfwerkzeugen an.

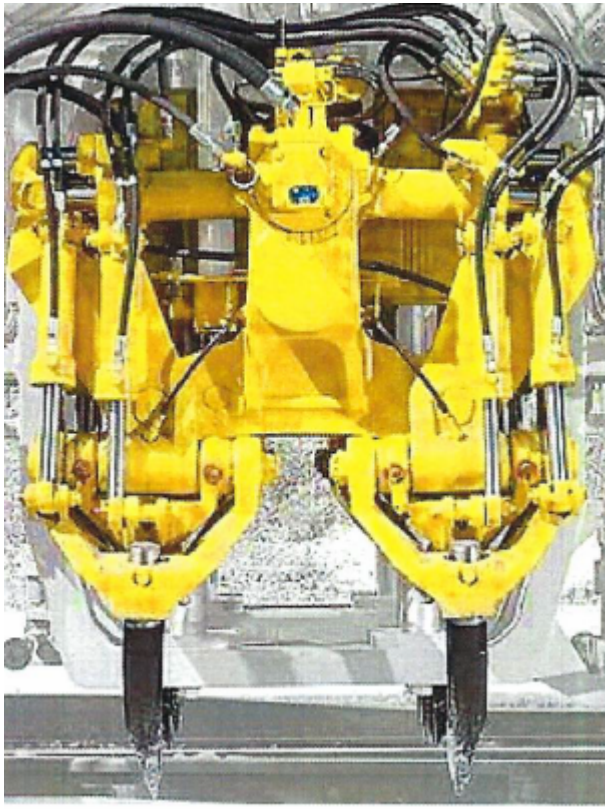
6

Ein früheres Schwesterunternehmen der Klägerin war Inhaberin des 1983 angemeldeten und 1985 veröffentlichten österreichischen Patents AT #### #78 B. Die technische Ausgestaltung zeigt einzeln schwenkbare Stopfpickel in Schwenklagern auf einer zentralen Drehachse. Die Schwenklager sind jeweils mit einem Pickelarm verbunden, an dem jeweils zwei hydraulische Schwenkzylinder verbaut sind. Die Vibration zur gerichteten Schwingungserzeugung wird am oberen Ende des Pickelarms erzeugt. Die Bauteile Pickelarm, Schwenklager und Pickelhalter (sowie die am Pickelarm angeordneten hydraulischen Schwenkzylinder) des Stopfaggregats sind bereits in der auch aktuell von der Klägerin gewählten Gestaltung zu sehen. In Bezug auf ein mehr als 20 Jahre älteres Patent AT #### #34 (der Klägerin) wird darauf verwiesen, dass es seit langem bekannt und üblich sei, die Stopfpickel so zu gestalten, dass sie mit Hilfe von Hydraulikzylindern, die am Pickelarm angeordnet sind, einzeln nach oben geschwenkt werden können, um z.B. in Weichen flexibler arbeiten zu können. Zu dem österreichischen Patent AT #### #78 B gab es zahlreiche, zur gleichen Patentfamilie gehörende Parallelschutzrechte in anderen Staaten. In Deutschland war das im Jahr 1983 angemeldete Patent DE ## ## #62 C2 in Kraft, das inhaltlich ganz weitgehend dem österreichischen Patent entsprach, dessen Priorität es in Anspruch nahm. Der Patentschutz ist erloschen (Patent in Österreich: 2002; Patent in Deutschland: 2003).

7

8

Zum Sortiment der Klägerin gehört unter anderem die in Deutschland vertriebene Gleisbaumaschine „V“ mit dem - nachfolgend dargestellten ? Universalstopfaggregat „####-#3“.



9

Dieses wird isoliert als „Ersatzteil“ in Deutschland von der E GmbH vertrieben.

10

Auch nach Weiterentwicklung der Stopfaggregate verwendet die Klägerin durchweg – und auch bei diesem Aggregat - das seit den 1930er Jahren benutzte, herkömmliche Exzenterwellen-Verfahren, um die Pickelarme ihrer Stopfaggregate in Vibration zu versetzen. Der dabei aktuell von der Klägerin benutzte Antrieb stammt in nahezu unveränderter Gestaltung aus dem Jahr 1965. In der streitgegenständlichen Form vertreibt die Klägerin die Stopfaggregate bereits seit 1992. Farblich werden die Aggregate – wie auch die Gleisbaumaschinen – grundsätzlich gelb gestaltet. Auf Kundenwunsch fertigt die Klägerin die Aggregate auch in anderen Farben, z.B. auch in blau.

11

Wesentliche Wettbewerber der Klägerin auf dem nationalen und internationalen Markt für Stopfaggregate waren zunächst die I mit Sitz in den USA und die N mit Sitz in der Schweiz.

12

Die am 14.11.2012 in X/Österreich gegründete Beklagte bietet ebenfalls Maschinen, Produkte und Dienstleistungen auf dem Gebiet der Gleisinstandhaltung an. Geschäftsführer und Mitgesellschafter der Beklagten sind jeweils seit dem 17.05.2013 zwei ehemalige leitende Angestellte der Klägerin – Herr M und Herr I2. Herr M ist Diplomingenieur der technischen Physik, promovierter Bauingenieur und habilitierter Universitätsdozent für Eisenbahnwesen an der TU H. In etwa 60 Patenten der Klägerin ist er als Erfinder benannt. Er war bei der Klägerin zunächst als Leiter der Forschungs- und Versuchsabteilung, zuletzt als technischer Leiter tätig. Bereits am 10.07.2011 erstellte er einen Businessplan zur Gründung eines Konkurrenzunternehmens der Klägerin, wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob dieser Grundlage der Gründung der Beklagten war. Sein Arbeitsverhältnis bei der Klägerin wurde am 16.11.2012 zum 31.12.2012 einvernehmlich aufgelöst. Herr I2 fungierte bei der Klägerin als Leiter des Service Innendienstes. In dieser Funktion war er u.a.

13

hauptverantwortlich für die Zulassung und Abnahme der Gleisbaumaschinen und für die Themenbereiche Dokumentation und Schulung. Im Zuge seiner täglichen Arbeit wurden ihm Schwachstellen der klägerischen Produkte bekannt, z.B. durch Reklamationen in Verbindung mit Serviceinformationen von Kunden. Sein Arbeitsverhältnis bei der Klägerin wurde am 10.09.2012 zum 31.12.2012 einvernehmlich aufgelöst.

Ein weiterer Gesellschafter der Beklagten – Herr I3 – war vormals Gesellschafter der Klägerin. Mit Wirkung zum Sommer 2013 schied er gegen Zahlung eines dreistelligen Millionenbetrages als Gesellschafter bei der Klägerin aus. 14

Die Beklagte vertreibt ein von ihr als „Flüsteraggregat“ bezeichnetes Universalstopfaggregat, das sie im Jahr 2013 in Zusammenarbeit mit der K GmbH (im Folgenden: K) entwickelte. Wie auch verschiedene andere Unternehmen produziert und vertreibt K Bauteile für Maschinen der Klägerin und führt für Kunden der Klägerin auf deren Wunsch Revisionen an den Maschinen durch. Mittlerweile ist zwischen den Parteien unstreitig, dass durch einen Mitarbeiter der deutschen Konzerngesellschaft der Klägerin zu einem nicht näher genannten Zeitpunkt – einige Jahre vor 2018 – Pläne der Bauteile Pickelhalter, Schwenklager und Pickelarm ohne Geheimhaltungsmaßnahmen an den Prokuristen, Betriebs- und Abteilungsleiter der K (Herrn L) übermittelt wurden. 15

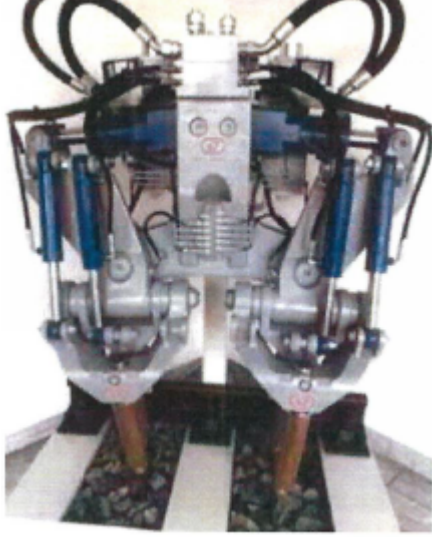
Das „Flüsteraggregat“ ist mit einem vollhydraulischen Stopfantrieb ausgestattet. Anders als beim Antrieb durch eine Exzenterwelle wird die Vibration der Stopfpickel allein durch Hydraulikzylinder mit jeweils eigenem Hydraulikantrieb erzeugt, was zugleich die Beistellbewegung bewirkt. Dadurch kann auf verschleißintensive rotierende Teile des herkömmlichen Antriebs verzichtet werden. Die Vibration kann auch gezielt in kurzen zeitlichen Abständen an- und abgeschaltet werden, so dass die Stopfpickel lediglich im eingetauchten Zustand vibrieren, nicht jedoch nach dem Herausziehen. In erster Instanz war unstreitig, dass dadurch die Lärmemission beim Stopfen (erheblich) reduziert wird. 16

Die Konsole des Stopfkastens ist durch Einsatz von zwei Befestigungsbolzen so konzipiert, dass – anders als bei dem Produkt der Klägerin - ein leichter Austausch des Antriebszylinders (z.B. auch am Einsatzort) ermöglicht wird. Im Unterschied zu dem Stopfaggregat der Klägerin sind Pickelhalter und Schwenklager symmetrisch ausgestaltet. Dies ermöglicht es, das gleiche Bauteil an beiden Pickelarmen zu verwenden. So können z.B. Ersatzteile an beiden Seiten des Aggregats eingesetzt werden. Die Stopfpickel können auf bis zu 90 Grad und damit höher ausgeschwenkt werden, als beim Aggregat der Klägerin (70 Grad). Die höhere Ausschwenkbarkeit soll verhindern, dass die Stopfpickel an Weichenantriebskästen anschlagen. 17

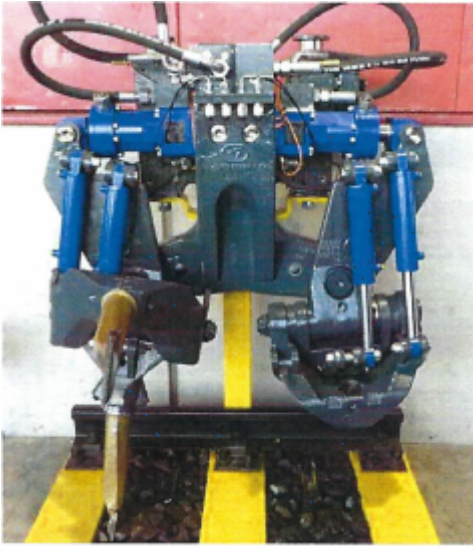
Das Flüsteraggregat und seine einzelnen Bauteile sind farblich in blau und silber gehalten und jeweils prominent und deutlich sichtbar mit dem Logo der Beklagten „T“ gekennzeichnet. 18

Die Beklagte vertreibt das Aggregat mittlerweile in zwei - wie folgt bildlich dargestellten - Ausführungen: 19

20



(ursprüngliche Ausführung)



(neuere Ausführung)

21

Das Stopfaggregat der Beklagten kann – wenn auch mit gewissem technischem Aufwand - auch in eine Gleisbaumaschine der Klägerin eingebaut werden. Die einzelnen Bauteile der Aggregate sind jedoch nicht beliebig austauschbar.

22

Für den Stopfantrieb mit linearen Hydraulikzylindern wurde der Beklagten ein Patent erteilt (AT #### #73 B1). Zunächst hatte die Klägerin die Beklagte auf Aberkennung, bzw. Übertragung des Patents und der Patentanmeldung in Anspruch genommen. Das österreichische Patentamt hat den Antrag der Klägerin zurückgewiesen. Die Entscheidung wurde in der Berufung bestätigt und der Österreichische Oberste Gerichtshof hat die außerordentliche Revision der Klägerin zurückgewiesen.

23

Im Anschluss an die Mitte 2014 erfolgte Fertigstellung präsentierte die Beklagte das „Flüsteraggregat“ erstmals im September 2014 auf der Messe InnoTrans in Berlin.

24

Nachdem die Klägerin durch einen ehemaligen Mitarbeiter der Beklagten - den von ihr benannten Zeugen X2 – schon Mitte des Jahres 2014 die Information erhalten hatte, dass die Geschäftsführer der Beklagten sich unerlaubt Betriebsunterlagen angeeignet haben sollen, stellte sie fest, dass M jedenfalls gegen Ende seiner Tätigkeit für die Beklagte zahlreiche E-Mails an seine private E-Mail-Adresse weitergeleitet hatte. In einem daraufhin von der Klägerin beim Landgericht Linz erhobenen Privatanklageverfahren (26 Hv 31/16b) erließ das Landgericht Linz am 12.04.2016 eine Durchsuchungsanordnung. Sodann wurden am

25

03.10.2016 Durchsuchungen an mehreren Standorten durchgeführt. Bei einer Hausdurchsuchung bei M wurden zahlreiche Dateien und Kopien von Unterlagen und Zeichnungen der Klägerin sichergestellt, wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob diese sich rechtmäßig in seinem Besitz befunden haben. Pläne für Pickelarm, Schwenklager und Pickelhalterung für das streitgegenständliche Aggregat wurden im Rahmen der Durchsuchung nicht sichergestellt. Auf dem Computer eines Mitarbeiters der Beklagten (Dipl.-Ing. D) wurden Fertigungszeichnungen für einzelne Bauteile des Aggregats der Klägerin aufgefunden (Pickelarm, Schwenklager, Pickelhalter). Dabei handelte es sich aber nicht um Originalzeichnungen, sondern um händisch erstellte (und nicht bei der Klägerin gefertigte) Zeichnungen. Die am Erwerb eines Stopfaggregates interessierten Fachkreise besichtigen vor einem Erwerb die Maschine im Regelfall im Einsatz unter Alltagsbedingungen.

Nachdem die Beklagte angekündigt hatte, an der zwischen dem 30.05. und 01.06.2017 in Münster stattfindenden 27. Internationalen Ausstellung für Fahrwegstechnik („iaf“) teilzunehmen, erwirkte die Klägerin gegen die Beklagte in dem beim Landgericht Münster unter dem Aktenzeichen 21 O 39/17 geführten Verfahren am 19.05.2017 im Beschlusswege ohne Anhörung der Beklagten eine einstweilige Verfügung. Mit dieser wurde der Beklagten im Ergebnis untersagt, das von ihr vertriebene Flüsteraggregat anzubieten, zu bewerben oder zu vertreiben.

Bei der „iaf“ handelt es sich um die international größte und wichtigste Messe in dem Bereich Fahrwegstechnik, die alle vier Jahre stattfindet. An allen drei Öffnungstagen (30.05. – 01.06.2017) war die Messe jeweils von 9:00 Uhr bis 18:00 Uhr geöffnet. Standplätze für die Messe werden nur für die gesamte Dauer der Messe vergeben und können nicht zeitweise gebucht werden. Auf der Messe stellte die Klägerin der Beklagten am Eröffnungstag (30.05.2017) die einstweilige Verfügung um 9.00 Uhr zu. Unmittelbar danach deckte die Beklagte das auf dem Messestand ausgestellte Flüsteraggregat mit einer Plane ab und entfernte die Werbematerialien zu dem Aggregat. Auf den noch am 30.05.2017 erhobenen Widerspruch ordnete das Landgericht Münster durch Beschluss vom 31.05.2017 an, dass die Zwangsvollstreckung aus der einstweiligen Verfügung nur gegen Sicherheitsleistung i.H.v. 1.000.000,00 € fortgesetzt werden darf. Nach dem Zugang dieses Beschlusses ließ die Beklagte am 31.05.2017 gegen 13.00 Uhr die Plane entfernen. Da die Klägerin die Sicherheit nicht stellte, konnte die Beklagte dann das von ihr angebotene Flüsteraggregat während der verbleibenden Zeit auf der Messe ausstellen und bewerben.

In der vor dem Landgericht Münster im einstweiligen Verfügungsverfahren durchgeführten mündlichen Verhandlung nahm die Klägerin den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung am 07.06.2017 zurück.

Nachdem die Beklagte im vorliegenden Verfahren mit Schriftsatz vom 08.08.2019 dargelegt hat, dass Herr L der Beklagten jedenfalls im November 2018 Zeichnungen der Klägerin von den maßgeblichen Bauteilen des Aggregats übermittelte, mahnte die Klägerin K und Herrn L ab und erwirkte prätorische Vergleiche mit Unterlassungsverpflichtungen der K (02.10.2019) und des Herrn L (20.12.2019).

Die Beklagte hat in Bezug auf die von der Klägerin mit der Klageschrift zu 3, 4 und 5 geltend gemachten Ansprüche auf Feststellung der Schadensersatzpflicht Auskunft und Rechnungslegung die Einrede der Verjährung erhoben und die Auffassung vertreten, dass diese jedenfalls verjährt seien, soweit sie auf Handlungen gerichtet sind, die mehr als sechs Monate vor Klageerhebung liegen.

Die Klägerin hat behauptet, dass die Beklagte das von ihr entwickelte Stopfaggregat nachgebaut habe, wozu sie detailliert zu den Gemeinsamkeiten der Aggregate vorgetragen hat. Die Geschäftsführer der Beklagten und deren Gesellschafter Herr I3 hätten noch während ihrer Tätigkeit bei der Klägerin die Gründung der Beklagten als Konkurrenzunternehmen geplant. Dazu hätten sie ab dem 2. Halbjahr des Jahres 2012 große Mengen vertraulicher und strengster Geheimhaltung unterliegender Entwicklungsunterlagen rechtswidrig vervielfältigt und mitgenommen. Unter den so erlangten Unterlagen hätten sich auch die Konstruktionszeichnungen für die wesentlichen Bauteile des Stopfaggregats befunden. Die auf dem Rechner des Mitarbeiters D sichergestellten Zeichnungen stellten unmittelbare Kopien der Pläne der Klägerin dar. Auf Grundlage dieser Unterlagen hätte die Beklagte neue Zeichnungen für diese Bauteile erstellen lassen, die in nahezu allen wesentlichen Eigenschaften mit den widerrechtlich bei der Klägerin entnommenen Unterlagen übereinstimmten. Dazu hat die Klägerin umfangreich vorgetragen.

Das von der Beklagten vertriebene Stopfaggregat basiere eindeutig auf den Konstruktionszeichnungen der Klägerin. Auf den sichergestellten Zeichnungen der Beklagten seien nicht nur die Maße von Originalzeichnungen, sondern auch zusätzliche Arbeitsanweisungen und Messtoleranzen übernommen worden. Diese Angaben seien extrem wertvolles und geheimes „Prozess-Know-How“. Sie beruhten auf jahrelangen Erfahrungswerten und könnten durch eine Vermessung der Teile oder andere Maßnahmen – wie z.B. des „Reverse Engineering“ - nicht ermittelt werden. Auch optisch sei das Aggregat dem der Klägerin nachgebildet. 32

Die Stopfaggregate der sonstigen Wettbewerber unterschieden sich im Hinblick auf die technischen Merkmale und das Erscheinungsbild deutlich von dem Produkt der Klägerin. Das von der Klägerin vertriebene Produkt zeichne sich insbesondere durch seine Beweglichkeit aus. Die wettbewerbliche Eigenart des streitgegenständlichen klägerischen Stopfaggregats werde dadurch gesteigert, dass die Klägerin eine ganze Modellreihe von Stopfaggregaten mit identischen Merkmalen (einzeln schwenkbare Stopfpickel und gerichtete Schwingungserzeugung durch in Vibration versetzte Pickelarme) anbiete. Aufgrund dieser Merkmale und seines prägnanten Erscheinungsbildes steche das Stopfaggregat der Klägerin aus dem wettbewerblichen Umfeld heraus. Da alle Universalstopfaggregate ähnlich gestaltet seien, schlossen die angesprochenen Verkehrskreise vom Vorhandensein der prägenden Merkmale gerade auf eine betriebliche Herkunft von der Klägerin. In der Kategorie „Universalstopfaggregate“ habe die Klägerin seit 2011 nur das hier streitgegenständliche Aggregat nach Deutschland geliefert, was für alle Arten von Stopfaggregaten einen Anteil von mehr als 83 % ausmache. Das Produkt der Beklagten sei eine nahezu identische Nachahmung. 33

Die Klägerin hat beantragt, 34

1. 35

Der Beklagten wird untersagt, im geschäftlichen Verkehr Stopfaggregate für den Einsatz in Gleisstopfmaschinen anzubieten, zu bewerben oder zu vertreiben, die sich durch folgende Merkmale auszeichnen: 36

- einzeln schwenkbare Stopfpickel, die in Schwenklagern auf einer zentralen Drehachse gelagert sind, 37

- Schwenklager, die jeweils mit einem Pickelarm verbunden sind, an dem jeweils zwei hydraulische Schwenkzylinder verbaut sind, 38

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| - Erzeugung der Vibration zur gerichteten Schwingungserzeugung am oberen Ende des Pickelarms                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 39 |
| wie in Anlage K71 wiedergegeben                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 40 |
| und/oder wie wiedergegeben auf dem Lichtbild Bl. 1417 der Akten.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 41 |
| 2.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 42 |
| Für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung gegen die in Ziff. 1 bezeichneten Handlungen wird der Beklagten ein Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfalle bis zu insgesamt zwei Jahren, wobei die Ordnungshaft an ihren jeweiligen gesetzlichen Vertretern zu vollziehen ist, angedroht. | 43 |
| 3.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 44 |
| Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin alle Schäden zu ersetzen, die dieser durch die unter Ziff. 1 bezeichneten Handlungen entstanden sind und noch entstehen werden.                                                                                                                                                                                         | 45 |
| 4.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 46 |
| die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Auskunft über Herkunft und Vertriebsweg der in Ziff. 1 beschriebenen Waren zu erteilen, insbesondere Angaben zu machen über                                                                                                                                                                                                                         | 47 |
| a)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 48 |
| Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer und Verkaufsstellen, für welche die Waren bestimmt waren,                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 49 |
| b)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 50 |
| die Menge der hergestellten, ausgelieferten und bestellten Waren, sowie                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 51 |
| c)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 52 |
| über die Preise, die für die Waren bezahlt wurden.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 53 |
| 5.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 54 |
| die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Rechnung zu legen über Art und Umfang der in Ziff. 1 beschriebenen Handlungen, und zwar durch Vorlage eines Verzeichnisses, aus dem sich folgendes ergibt:                                                                                                                                                                                          | 55 |
| a)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 56 |
| die mit den in Ziff. 1 beschriebenen Waren erzielten Umsätze und die Gestehungskosten einschließlich aller Kostenfaktoren, jeweils aufgeschlüsselt nach Kalendervierteljahren, sowie                                                                                                                                                                                                           | 57 |
| b)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 58 |
| Art und Umfang der betriebenen Werbung, gegliedert nach Werbeträger, Auflagenzahl, Erscheinungszeit und Verbreitungsgebiet.                                                                                                                                                                                                                                                                    | 59 |

|                                                                                                                                                                              |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 6.                                                                                                                                                                           | 60 |
| die folgenden, streitgegenständlichen Informationen als geheimhaltungsbedürftig einzustufen:                                                                                 | 61 |
| a)                                                                                                                                                                           | 62 |
| Klageschrift vom 31. August 2017: S. 30–32, 34–39                                                                                                                            | 63 |
| b)                                                                                                                                                                           | 64 |
| Klageerwiderung vom 14. November 2017: S. 34, 61, 64, 66–71, 73–75, 78, 90–92;                                                                                               | 65 |
| c)                                                                                                                                                                           | 66 |
| Replik vom 21. Dezember 2017: S. 16,18, 19,20-22, 24,31, 33,34, 36,42-43,46-47;                                                                                              | 67 |
| d)                                                                                                                                                                           | 68 |
| Duplik vom 6. Februar 2018: S. 37,42-46,48;                                                                                                                                  | 69 |
| e)                                                                                                                                                                           | 70 |
| Replik vom 13. März 2018: S. 12;                                                                                                                                             | 71 |
| f)                                                                                                                                                                           | 72 |
| Schriftsatz der Beklagten vom 4. April 2018: S. 25;                                                                                                                          | 73 |
| g)                                                                                                                                                                           | 74 |
| Schriftsatz der Beklagten vom 20. Juni 2018: S. 27;                                                                                                                          | 75 |
| h)                                                                                                                                                                           | 76 |
| Schriftsatz der Beklagten vom 14. Dezember 2018: S. 26, 27;                                                                                                                  | 77 |
| i)                                                                                                                                                                           | 78 |
| Schriftsatz der Beklagten vom 5. Februar 2019: S. 15;                                                                                                                        | 79 |
| j)                                                                                                                                                                           | 80 |
| Anlagen K 21 bis K 25, K 38/1, K 40, K 41/1, K 41/3, K 42/3, K 44 bis K 46, K 48, K 49, K 50/1, K 50/2, K 51/1, K 51/2, K 51/3, K 52, K 53, K 53 (neu), K 55, K 76, K 77 70; | 81 |
| k)                                                                                                                                                                           | 82 |
| Anlagen HL 37, HL 38, HL 39, HL 65.                                                                                                                                          | 83 |
| Hilfsweise hat die Klägerin beantragt:                                                                                                                                       | 84 |
| 1.                                                                                                                                                                           | 85 |
| Hilfsantrag zum Klageantrag zu 1)                                                                                                                                            | 86 |
|                                                                                                                                                                              | 87 |

der Beklagten wird untersagt, die Konstruktions- und Fertigungszeichnungen der Klägerin betreffend

|                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| a)                                                                                  | 88  |
| einen Pickelarm (W##.##61, W##.##62) (Anlage K 21/2),                               | 89  |
| b)                                                                                  | 90  |
| ein Schwenklager (W##.##01, W##.##02, UD##.##11; UD##.##12) (Anlagen K 24/2, K 49), | 91  |
| c)                                                                                  | 92  |
| einen Pickelhalter (CU##.##3/##4) (Anlage K 52),                                    | 93  |
| d)                                                                                  | 94  |
| einen Pickelarmbolzen (W##.##82) (Anlage K 41/1),                                   | 95  |
| e)                                                                                  | 96  |
| eine Büchse (2E##.##10) (Anlage K 42/1),                                            | 97  |
| f)                                                                                  | 98  |
| eine Achse (UD##.##51) (Anlagen K 44, K 53/1),                                      | 99  |
| g)                                                                                  | 100 |
| einen Bolzen (W##.##3-A) (Anlage K 53/3),                                           | 101 |
| h)                                                                                  | 102 |
| eine Unterlegscheibe (G##.##4) (Anlage K 53/5),                                     | 103 |
| i)                                                                                  | 104 |
| einen Pleuelbolzen (G##.##3) (Anlage K 53/6),                                       | 105 |
| j)                                                                                  | 106 |
| eine Lagerbüchse (CU##.##08) (Anlage K 53/8),                                       | 107 |
| k)                                                                                  | 108 |
| eine Druckscheibe (2E##.##11) (Anlage K 53/10),                                     | 109 |
| l)                                                                                  | 110 |
| einen Distanzring (W##.##40) (Anlage K 53/13),                                      | 111 |
| m)                                                                                  | 112 |
| eine Distanzhülse (2E##.##2A) (Anlage K 53/15),                                     | 113 |
| n)                                                                                  | 114 |

eine Distanzbüchse (G##.#6B) (Anlage K 53/17), 115

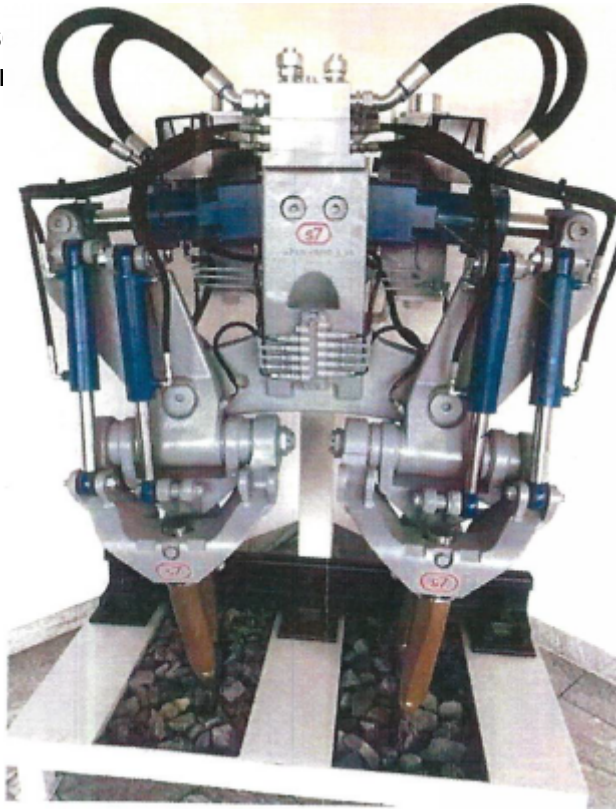
o) 116

einen Deckel (DL##.#1) (Anlage K 53/19) sowie 117

p) 118

eine Büchse (DL##.#6E) (Anlage K 53/51) 119

ganz oder teilweise  
nachfolgend und ii  
vertreiben: 120



eben, insbesondere das  
hat herzustellen und zu 121

und/oder wie auf dem Lichtbildblatt 1417 der Akte. 122

2. Hilfsantrag zum Klageantrag zu 1) 123

Der Beklagten wird untersagt, die Konstruktions- und Fertigungszeichnungen der Klägerin betreffend 124

a) 125

einen Pickelarm (W##.##61, W##.##62) (Anlage K 21/2), 126

b) 127

ein Schwenklager (W##.##01, W##.##02, UD##.##11; UD##.##12) (Anlagen K 24/2, K 49), 128

c) 129

einen Pickelhalter (CU.##.##3/##4) (Anlage K 52) 130

ganz oder teilweise zu verwerten und/oder an Dritte weiterzugeben, insbesondere die nachfolgend und in der Anlage K 72 wiedergegebenen Bauteile, insbesondere als Bestandteile von Stopfaggregaten für Gleisstopfmaschinen, herzustellen und zu vertreiben:

131

a) Pickelarm wie nachfolgend

132

133



b) Schwenklager wie nachfolgend wiedergegeben

134

135



136



c) Pickelhalter wie nachstehend wiedergegeben

137

138



|                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. Hilfsantrag zum Klageantrag zu 1)                                                               | 139 |
| der Beklagten wird untersagt, die Konstruktions- und Fertigungszeichnungen der Klägerin betreffend | 140 |
| a)                                                                                                 | 141 |
| einen Pickelarm (W##.##61, W##.##62) (Anlage K 21/2),                                              | 142 |
| b)                                                                                                 | 143 |
| ein Schwenklager (W##.##01, W##.##02, UD##.##11; UD##.##12) (Anlagen K 24/2, K 49),                | 144 |
| c)                                                                                                 | 145 |
| einen Pickelhalter (CU.##.##3/##4) (Anlage K 52),                                                  | 146 |
| d)                                                                                                 | 147 |
| einen Pickelarmbolzen (W##.##82) (Anlage K 41/1),                                                  | 148 |
| e)                                                                                                 | 149 |
| eine Büchse (2E##.##10) (Anlage K 42/1),                                                           | 150 |
| f)                                                                                                 | 151 |
| eine Achse (UD##.##51) (Anlagen K 44, K 53/1),                                                     | 152 |
| g)                                                                                                 | 153 |
| einen Bolzen (W##.##3-A) (Anlage K 53/3),                                                          | 154 |
| h)                                                                                                 | 155 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| eine Unterlegscheibe (G##.#4) (Anlage K 53/5),                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 156 |
| i)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 157 |
| einen Pleuelbolzen (G##.#3) (Anlage K 53/6),                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 158 |
| j)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 159 |
| eine Lagerbüchse (CU##.#08) (Anlage K 53/8),                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 160 |
| k)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 161 |
| eine Druckscheibe (2E##.#11) (Anlage K 53/10),                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 162 |
| l)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 163 |
| einen Distanzring (W##.##40) (Anlage K 53/13),                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 164 |
| m)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 165 |
| eine Distanzhülse (2E##.#2A) (Anlage K 53/15),                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 166 |
| n)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 167 |
| eine Distanzbüchse (G##.#6B) (Anlage K 53/17),                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 168 |
| o)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 169 |
| einen Deckel (DL##.#1) (Anlage K 53/19) sowie                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 170 |
| p)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 171 |
| eine Büchse (DL##.#6E) (Anlage K 53/51)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 172 |
| in identischer Form zu verwerten und/oder an Dritte weiterzugeben, insbesondere die Konstruktions- und Fertigungszeichnungen zu vervielfältigen, zu verbreiten und/oder zu veröffentlichen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 173 |
| Die Beklagte hat beantragt,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 174 |
| die Klage abzuweisen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 175 |
| Die Beklagte hat behauptet, dass die Klägerin allein zum Ziel habe, die Beklagte als jüngere Mitbewerberin vom Markt zu verdrängen. Mit umfangreichen Ausführungen hat sie in Abrede gestellt, dass die im Rahmen der Durchsuchung bei M aufgefundenen Unterlagen sich zu Unrecht in dessen Besitz befunden hätten. Unabhängig davon seien diese Informationen auch nicht an die Beklagte weitergegeben oder bei der Konstruktion des Aggregats verwendet worden. Original-Zeichnungen der Klägerin habe die Beklagte nie in Besitz gehabt. | 176 |
| Nahezu sämtliche technischen Details seien auch aus dem von der Klägerin im Jahre 1983 angemeldeten Patent AT #### #78 B ersichtlich. Die Details der Gestaltung des nicht mehr patentrechtlich oder als Geschäftsgeheimnis geschützten Stopfaggregats der Klägerin seien offenkundig und könnten von jedermann, insbesondere aber von Fachleuten, ohne                                                                                                                                                                                     | 177 |

erheblichen Zeit- und Kostenaufwand durch einfaches Vermessen („Reverse Engineering“) ermittelt werden.

Die bekannte Technik der Klägerin habe die Beklagte mit erheblichem Aufwand in Zusammenarbeit mit den Firmen C und K ab Juli 2013 weiterentwickelt und getestet. Informationen über Bauteile habe sie z.T. auch von Zulieferern der Klägerin erhalten. K sei im Besitz von Zeichnungen der drei Bauteile Pickelarm, Schwenklager und Pickelhalter mit den von der Klägerin verwendeten Maßen, Toleranzen und sonstigen Angaben gewesen. Ihr Angestellter – Dipl.-Ing. D – habe im Rahmen des Austauschs mit K u.a. auf Grundlage des dort vorliegenden Zeichnungsmaterials der Klägerin eigene Zeichnungen der Bauteile erstellt. Diese seien bei der Konstruktion aber nicht verwendet worden. 178

Diverse Schwachstellen, die das Aggregat der Klägerin aufweise, seien bei dem der Beklagten nicht mehr zu finden. Keines der am Markt angebotenen Aggregate biete die Vorteile, die bei dem Produkt der Beklagten zu finden seien. 179

Als eigenständige technisch deutlich abweichende Entwicklung beruhe das von der Beklagten entwickelte Aggregat nicht auf unredlich erlangten Kenntnissen oder Unterlagen. Pickelarm, Schwenklager und Pickelhalter seien auch tatsächlich nicht die gestaltungsprägenden Elemente des Aggregats. Sie unterschieden sich – wie auch das Aggregat in seiner Gesamtheit - in Form, Maßen und Gewicht deutlich von den Bauteilen der Klägerin, was jedenfalls für die angesprochenen fachkundigen Verkehrskreise – auch aufgrund der aus der schon optisch wahrnehmbaren technischen Gestaltung - sehr deutlich sei. Auch dazu hat die Beklagte umfangreich vorgetragen. Die Gestaltung werde maßgeblich durch das (unterschiedliche) Antriebssystem geprägt. Der von der Klägerin eingesetzte Antrieb mit Exzenterwelle sei ein markantes und auffälliges Merkmal der Aggregate. Dieser springe dem Laien, erst recht aber dem Fachmann sofort ins Auge. Der neuartige Antrieb der Beklagten sei bei Einführung eine Sensation gewesen und habe eine entsprechende Aufmerksamkeit in der Branche erfahren. Neben der unterschiedlichen Funktionsweise des Aggregats seien auch Bauteile fertigungsmäßig und gießtechnisch optimiert worden. 180

Mit näheren Ausführungen hat die Beklagte auch darauf verwiesen, dass im Internet Listen sämtlicher Bauteile der Klägerin mit den von der Klägerin verwendeten Bauteilnummern – insbesondere die vollständige Liste für das betreffende Stopfaggregat – und Pläne und Zeichnungen mit Maßen und Toleranzen heruntergeladen werden könnten. Toleranzen und weitere Angaben ergäben sich auch aus weiteren im Internet zugänglichen Unterlagen, wie z.B. einer Ausschreibung der indischen O. Auch könnten sämtliche Bauteile von Drittanbietern bezogen werden, um daraus ein vollständiges Aggregat zu bauen. Auch in sonstiger Weise seien Pläne der Klägerin verfügbar. So seien der Beklagten beispielsweise im März 2016 insgesamt sechs Ordner mit Unterlagen zu der Stopfmaschine „##-#6“ durch den Kunden „X3“ übergeben worden, die die Beklagte mit ihrer Technologie habe umbauen sollen. Zeichnungen mit Maßen und Toleranzen der Klägerin würden auch sonst außerhalb von Lizenzbeziehungen weitergegeben. Insoweit verweist die Beklagte darauf, dass ihr durch die E2 unstreitig mit E-Mail vom 11.11.2014 und vom 08.03.2017 Pläne der Klägerin übermittelt wurden (die allerdings nicht die hier maßgeblichen Bauteile betrafen). 181

Mit näheren Ausführungen hat die Beklagte behauptet, dass zahlreiche Mitbewerber (z.B. J und B und „D2“) seit Erlöschen des Patentschutzes Stopfaggregate anbieten, die dem Aggregat der Klägerin optisch und technisch - auch in der Funktionsweise – entsprächen. Zahlreiche Hersteller böten zudem Pickelarme, Schwenklager und Pickelhalter als Einzelteile an, die mit den Bauteilen der Klägerin baugleich seien und sowohl in den Stopfaggregaten der Klägerin und von J und B verwendet werden könnten. Auch weil eine Vielzahl 182

unterschiedlicher Unternehmen die Bauteile Pickelarm, Schwenklager und Pickelhalterung in exakt der gleichen Ausgestaltung wie die Klägerin anböten und zum Teil in von ihnen hergestellte Stopfaggregate verbauten, ordne der Verkehr diese Bauteile nicht der Klägerin zu. Daher hat die Beklagte die Auffassung vertreten, dass es an einer wettbewerblichen Eigenart fehle. Das angeblich nachgeahmte Stopfaggregat der Klägerin sei nur eines von vielen und steche nicht aus der Vielzahl der von der Klägerin angebotenen Aggregate heraus. Mit Nichtwissen hat die Beklagte die Behauptung der Klägerin bestritten, dass sie seit 2011 – mit einem Marktanteil von 83 % - als Stopfaggregat ausschließlich das streitgegenständliche Aggregat nach Deutschland geliefert habe.

#### Zur Widerklage:

183

Weiterhin hat die Beklagte mit näheren Ausführungen behauptet, dass die am 19.05.2017 durch das Landgericht Münster in dem Verfahren 021 O 39/17 erlassene einstweilige Verfügung zu Unrecht erlassen worden sei. Die einstweilige Verfügung sei wegen Fehlens eines Verfügungsgrundes aber auch in materieller Hinsicht von Anfang an ungerechtfertigt. Dies habe die Klägerin gewusst. Die Vollziehung auf der Messe sei gezielt erfolgt, um die Beklagte zu schädigen. Durch die Entfernung der Werbematerialien und das Abdecken des Aggregats – als „Herz“ der ausgestellten Maschine - sei der Messeauftritt praktisch während der Hälfte der Dauer der „iaf“ entwertet worden. Von der Klägerin begehrt sie einen Teilschadensersatz, den sie mit 60.000,00 € („etwa“ 40 % der behaupteten Aufwendungen für Standfläche Messestand, Werbematerialien, Transport und Transportversicherung i.H.v. 144.950,82) bemisst. Primär beruft sich die Beklagte zur Bezifferung des Anspruchs auf die von ihr behaupteten Kosten für die Standfläche i.H.v. 17.273,23 € und Kosten für den Messestand i.H.v. 39.550,00 € und 3.176,68 €, hilfsweise auf die übrigen Schadenspositionen in der dargelegten Reihenfolge.

184

Mit einem der Klägerin am 04.12.2017 zugestellten Schriftsatz hat die Beklagte Widerklage erhoben.

185

Die Beklagte hat widerklagend beantragt,

186

die Klägerin zu verurteilen, an sie 60.000,00 € nebst Zinsen i.H.v. 5 %punkten ü.B.Z. seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

187

Die Klägerin hat beantragt,

188

die Widerklage abzuweisen.

189

Insoweit hat die Klägerin mit näheren Ausführungen die Auffassung vertreten, dass die Widerklage bereits unzulässig sei. Auch dem Grunde nach komme ein Anspruch nicht in Betracht. Dazu hat sie ausgeführt, dass die einstweilige Verfügung zu Recht erlassen und vollzogen worden sei und gerügt, dass substantiierter Vortrag zur Höhe des Anspruchs fehle.

190

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Inaugenscheinnahme von Lichtbildern und Videos und durch Einholung eines mündlichen Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. C2 gem. Beweisbeschluss vom 07.03.2019 (Bl. 1233 d.A.). Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 10.07.2019 (Bl. 1603ff d.A.) Bezug genommen.

191

Durch das angefochtene Urteil hat das Landgericht die Klage und die Widerklage abgewiesen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird hinsichtlich der rechtlichen

192

Bewertung des Landgerichts auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Gegen diese Entscheidung wenden sich die Parteien jeweils wechselseitig mit der Berufung. 193

Die Klägerin wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und verfolgt mit der Berufung ihre erstinstanzlichen Anträge zur Sache weiter. Die im Tatbestand erstinstanzlich aufgenommenen Anträge nach § 16 GeschGehG sind nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens. 194

Zur Begründung der Berufung führt die Klägerin aus, dass das Landgericht zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass im Rahmen der rechtlichen Bewertung des § 4 Nr. 3 UWG auf die Sichtweise des durchschnittlich informierten und situationsadäquat aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers abzustellen sei. Fehlerhaft habe sich das Landgericht auch nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob es die betreffenden Feststellungen selbst treffen könne, obwohl es nicht zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehöre. 195

Auch bei der Feststellung der wettbewerblichen Eigenart habe das Landgericht den zutreffenden rechtlichen Maßstab verkannt. Fehlerhaft sei das Landgericht davon ausgegangen, dass die wettbewerbliche Eigenart des Aggregats der Klägerin durch das Angebot von „Konkurrenzprodukten“ geschwächt werde. Feststellungen dazu, ob und in welchem Umfang etwaige Konkurrenzprodukt am deutschen Markt – auf den allein abzustellen sei - vertreten seien, habe das Landgericht nicht getroffen. Nur solche Produkte, die in großem Umfang am Markt erschienen, seien aber überhaupt potentiell geeignet, die Verkehrswahrnehmung zu beeinflussen und gegebenenfalls die wettbewerbliche Eigenart eines Produktes zu schwächen. Zu Unrecht habe das Landgericht streitigen Vortrag der Beklagten zum Angebot von vergleichbaren Produkten der (angeblichen) Konkurrenten J, „D2“ (bzw. „1. Mai Maschinenfabrik D2“) und B als unstreitig qualifiziert, was die Klägerin näher ausführt. 196

Unzutreffend sei auch die Annahme des Landgerichts, das Angebot von Ersatzteilen für das Aggregat der Klägerin habe dessen wettbewerbliche Eigenart geschmälert. Vielmehr steigere der Vertrieb von Ersatzteilen für das Aggregat der Klägerin dessen Bekanntheit. 197

Entgegen der Auffassung des Landgerichts habe das Auslaufen des Patents die wettbewerbliche Eigenart des Produkts der Klägerin in Deutschland nicht geschmälert. Die wettbewerbliche Eigenart sei unabhängig von etwaigen Sonderschutzrechten zu beurteilen. 198

Auch die Feststellungen des Landgerichts zur Frage der Nachahmung seien nicht tragfähig. Bereits erstinstanzlich habe die Klägerin ihre Ansprüche im Haupt – und im 2. Hilfsantrag darauf gestützt, dass die Beklagte gemäß § 4 Nr. 3c) UWG die für die Nachahmung des streitgegenständlichen Aggregats erforderlichen Kenntnisse und Unterlagen unredlich erlangt habe. In den Entscheidungsgründen habe das Landgericht dagegen fehlerhaft auf eine – insoweit nicht relevante – Herkunftstäuschung abgestellt. 199

Maßgeblich sei allein, ob ein im Wesentlichen übereinstimmender Gesamteindruck bestehe. Den rechtlichen Maßstab für die Bewertung der Nachahmung der Aggregate habe das Landgericht auch insoweit unzutreffend bestimmt. Verschiedentlich habe das Landgericht darauf abgehoben, dass bei den sehr großen und schweren Maschinen „Teile im Detail stark verändert“ seien. Zudem habe es wesentlich auf kaum wahrnehmbare, kleinste Abweichungen abgestellt. Fehlerhaft habe das Landgericht dementsprechend nicht die zahllosen prägenden Übereinstimmungen zum Mittel – und Ausgangspunkt seiner 200

Feststellungen gemacht, sondern primär auf nicht im Erinnerungseindruck haftende Detailabweichungen abgestellt, ohne zu begründen, warum diese – und nicht die großen Übereinstimmungen – den Gesamteindruck prägen. Unzutreffend sei das Landgericht ferner davon ausgegangen, dass Bauteile, die (auch) eine technische Funktion erfüllten, für die Bewertung von wettbewerblicher Eigenart und Nachahmung nicht oder nicht im selben Umfang wie sonstige Bauteile zu berücksichtigen seien. Unstreitig – und auch vom Sachverständigen so bestätigt - seien bei den Aggregaten abweichende technische Gestaltungen möglich und würden von anderen Wettbewerbern auch eingesetzt.

Zu Unrecht habe das Landgericht in seiner Entscheidung bezüglich der Nachahmung ganz maßgeblich auf die (angeblich) unterschiedliche Farbgebung der Aggregate abgestellt. Insoweit habe das Landgericht relevanten Vortrag der Klägerin übergangen. Dazu verweist die Klägerin darauf, dass sie unbestritten vorgetragen habe, dass sie je nach Kundenwunsch die Aggregate in unterschiedlichen Farben – einschließlich blau – anbiete. Damit scheide die Farbgebung als Unterscheidungskriterium zwischen den Aggregaten aus. Aus Sicht der angesprochenen, fachkundigen Verkehrskreise stelle sich die Farbe ohnehin nicht als Unterscheidungsmerkmal dar. 201

Auch die Feststellungen des Landgerichts zur Anspruchsvoraussetzung der unredlichen Erlangung von Kenntnissen seien fehlerhaft. Schon im Ausgangspunkt habe das Landgericht unzutreffend darauf abgestellt, dass die Klägerin nicht hinreichend dargelegt und bewiesen habe, dass die Beklagte noch immer über die streitgegenständlichen Unterlagen verfüge, die sie nicht weiterverwenden bzw. weitergeben solle. Selbst die Beklagte habe aber nicht behauptet, dass sie – nachdem sie die Unterlagen der Klägerin ursprünglich in ihrem Besitz hatte – den Zugang zu den Informationen später aufgegeben oder verloren habe. Es gebe keine Grundlage dafür, von der Klägerin den Gegenbeweis zu einem nicht einmal von der Beklagten vorgetragenen Sachverhalt zu verlangen. 202

Aus dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen C2, dem Gutachten des Privatsachverständigen Dipl.-Ing. C3 und letztlich sogar aus der von der Beklagten beauftragten Stellungnahme von I4 ergebe sich, dass die Beklagte für die technischen Zeichnungen ihres Aggregats auf die technischen Zeichnungen der Klägerin zurückgegriffen habe. Die Angaben aus den Zeichnungen der Klägerin seien daher in den Zeichnungen für das Aggregat der Beklagten verkörpert. Diese technischen Zeichnungen würden von der Beklagten auch für die Produktion ihres Aggregats verwendet. Damit sei auch eine Verwendung der Zeichnungen der Klägerin dann noch gegeben, wenn die Beklagte die Originale nach Übernahme der Informationen in Verdunkelungsanlagen vernichtet oder beiseitegeschafft haben sollte. 203

Die Wechselwirkung zwischen den Tatbestandsmerkmalen der wettbewerblichen Eigenart, der Nachahmung und den besonderen, die Unlauterkeit begründenden Umständen habe das Landgericht fehlerhaft nicht berücksichtigt und keine Feststellungen dazu getroffen. Auch eine Prüfung von Ansprüchen nach dem GeschGehG habe das Landgericht nicht vorgenommen, obwohl dies nach der aktuellen Gesetzeslage geboten gewesen sei. 204

Da die Tatsachenfeststellungen des Landgerichts fehlerhaft und unvollständig seien, sei eine erneute Tatsachenfeststellung geboten. 205

Fälschlich habe das Landgericht als unstreitig unterstellt, dass die Bauteile Pickelarm, Pickelhalterung und Schwenklager des Aggregats der Beklagten „deutlich schwerer und größer“ ausgestaltet seien als beim Aggregat der Klägerin. Diese Feststellung sei nicht nur nicht unstreitig, sie widerspreche auch den Feststellungen des gerichtlichen 206

Sachverständigen C2, der ausgeführt habe, die Bauteile der Beklagten seien „etwas größer und schwerer“. Dies sei „schwer erkennbar“ und es handele sich um „geringfügige Unterschiede“, die eine „vernachlässigbare Rolle spielen“. Mit näheren Ausführungen greift die Klägerin insoweit auch die Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen zum Gewicht der Bauteile an und behauptet weiter, dass sich die Bauteile optisch im Gesamteindruck nicht unterscheiden.

Wie die Klägerin mit dem erstinstanzlich gestellten Tatbestandsberichtigungsantrag gerügt habe, habe die Beklagte auch nicht behauptet, „Reverse Engineering“ mit 3D-Scannern betrieben zu haben. Auch die Verwendung eines „3D-Koordinatenmessgeräts“ habe die Beklagte nicht behauptet. Soweit das Landgericht angenommen habe, eine Ermittlung von Maßen sei „problemlos“ und „insbesondere“ durch „3D-Koordinatenmessgeräte“ möglich gewesen, habe es fehlerhaft streitigen Vortrag der Beklagten seiner Entscheidung als unstreitig zugrunde gelegt. 207

Überdies habe das Landgericht auch den erhobenen Sachverständigenbeweis in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft gewürdigt, wozu die Klägerin umfangreiche Ausführungen macht. Zu Unrecht und ohne Ausschöpfung der zur Verfügung stehenden Beweismittel habe das Landgericht daher festgestellt, dass die Klägerin nicht ausreichend dargelegt und bewiesen habe, dass die Beklagte die technischen Zeichnungen der Klägerin verwendet habe. Auch dazu trägt die Klägerin umfangreich vor. 208

Die Feststellungen des Landgerichts zur wettbewerblichen Eigenart seien – unabhängig von den fehlerhaften Tatsachenfeststellungen – widersprüchlich und unzutreffend. Wie das Landgericht zu der Erkenntnis gelangt sei, dass die wettbewerbliche Eigenart im „unteren Bereich“ anzusiedeln sei, sei selbst auf Grundlage der Feststellungen zu den stärkenden und schwächenden Faktoren nicht nachvollziehbar. 209

Keine der Parteien habe zudem im Verfahren behauptet, dass die Bauteile des Aggregats der Beklagten so ausgestaltet werden müssten, um den Einbau in die Maschinen der Klägerin zu ermöglichen. Um den Vertrieb von Ersatzteilen für das Aggregat der Klägerin sei es der Beklagten gerade nicht gegangen. Vielmehr habe die Beklagte wiederholt darauf hingewiesen, dass gewisse Maße übernommen worden seien, um das gesamte Aggregat in die Stopfmaschine der Klägerin einbauen zu können. Entgegen der Feststellungen des Landgerichts beruhten die Übereinstimmungen der Bauteile Pickelarm, Pickelhalter und Schwenklager gerade nicht auf Kompatibilitätserwägungen. Damit bestehe auch keine Berechtigung, die Teile gleich zu gestalten. 210

In hohem Maße widersprüchlich seien auch die Feststellungen zur Verwertung der Unterlagen der Klägerin durch die Beklagte, was die Klägerin ebenfalls vertieft ausführt. 211

Auch die behauptete Verwendung der technischen Zeichnungen der Klägerin für weitere Bauteile des Aggregats sei vollkommen unberücksichtigt geblieben, obwohl diese ausdrücklich Gegenstand der Hilfsanträge gewesen seien. Feststellungen fehlten vollständig. Selbst die Beklagte habe zudem eingeräumt, dass diese Teile auch äußerlich sichtbar seien. Die planmäßige Verwendung der technischen Zeichnungen der Klägerin durch die Beklagte werde nicht zuletzt dadurch belegt, dass die Beklagte das Aggregat in wesentlichen Teilen „bis zur letzten Unterlegscheibe“ auf Grundlage der klägerischen Zeichnungen nachgebaut habe. So erhöhe sich der unrechtmäßig erlangte wirtschaftliche Vorteil der Beklagten beträchtlich. 212

Im Zusammenhang mit der vom Landgericht festgestellten „deutlich geringeren Geräuschentwicklung“ merkt die Klägerin an, dass diese Behauptung der Beklagten erstinstanzlich unstreitig geblieben sei, weil sie diesem Umstand keine entscheidungserhebliche Bedeutung beigemessen habe. Dies sei auch aus ihrem Vortrag deutlich geworden. Insoweit vertritt sie die Auffassung, dass das Landgericht darauf hätte hinweisen müssen, dass auch die Geräuschentwicklung für die Entscheidung maßgeblich sein könnte. In diesem Fall hätte die Klägerin die geringere Geräuschentwicklung beim Aggregat der Beklagten bestritten und – wie nunmehr nachgeholt – (unter Verwahrung gegen die Darlegungs- und Beweislast) Beweis angeboten.

Übergangen habe das Landgericht auch den Vortrag, dass im Rahmen der Durchsuchung bei 214 der Beklagten selbst Unterlagen der Klägerin sichergestellt worden seien. Insoweit verweist sie auf die sichergestellten Handzeichnungen. Ferner habe das Landgericht auch den Vortrag der Klägerin zur planvollen Entwendung von Unterlagen der Klägerin durch die Geschäftsführer der Beklagten nicht berücksichtigt, obwohl die Klägerin zahlreiche Indizien für den lange geplanten Diebstahl ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dargelegt habe.

Prozessordnungswidrig seien auch weitere Beweisangebote der Klägerin übergangen 215 worden. Sie habe zum Beweis der Mitnahme und der unbefugten Verwertung der Konstruktionspläne u.a. den Zeugen X2 angeboten. Dieser könne aus eigener Wahrnehmung – insbesondere zu in den Büroräumlichkeiten der Beklagten befindlichen Plänen der Klägerin und zu Ordnern mit Unterlagen der Klägerin bei M aussagen. Selbst wenn es sich bei dem Zeugen – wie vom Landgericht angenommen – um einen Zeugen vom Hörensagen gehandelt haben sollte, habe von der Vernehmung nicht abgesehen werden dürfen.

Das Vorgehen gegen die K GmbH und Herrn L belegen - nach Auffassung der Klägerin 216 (eindrucksvoll) -, dass sie Hinweise auf Verletzung der Vertraulichkeit ihrer geheimen Unterlagen stets verfolge und die Geheimhaltung durch angemessene Maßnahmen sicherstelle. Der Sachverhalt rund um die Übersendung der technischen Zeichnungen der Klägerin an die Beklagte stelle sich so dar, dass Herr L Zeichnungen der Klägerin zum Zwecke der Weitergabe in das System seiner Arbeitgeberin (K) geladen habe, welche die Daten weder nutzte, noch überhaupt in Besitz gehabt habe. Diese habe er kommentarlos an die Beklagte übersandt.

Der Kläger beantragt nunmehr, 217

unter Abänderung des am 30.10.2019 verkündeten Urteils des Landgerichts Münster 218

1. 219

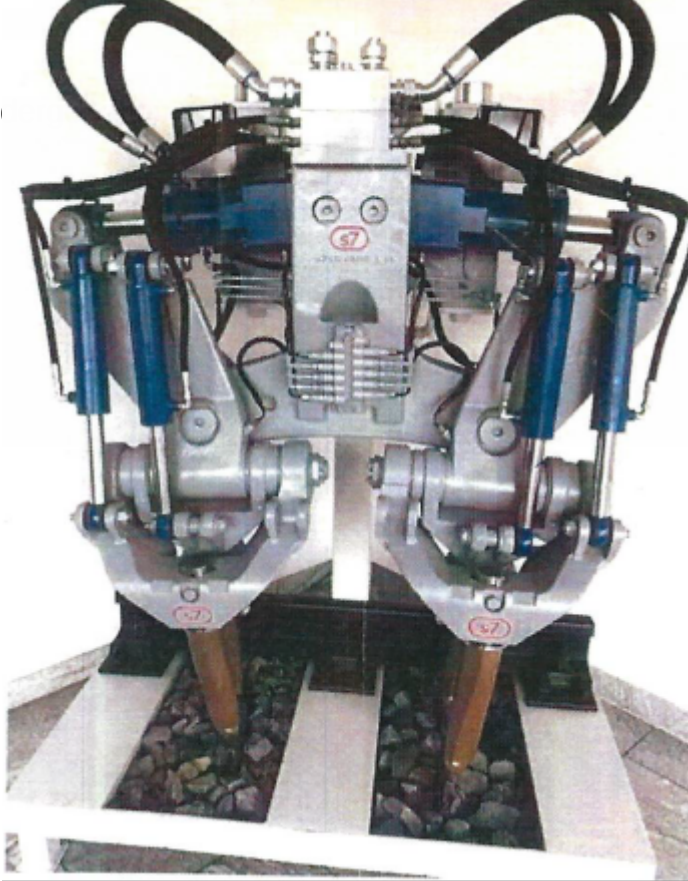
der Beklagten zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr Stopfaggregate für den Einsatz in 220 Gleisstopfmaschinen anzubieten, zu bewerben oder zu vertreiben, die sich durch folgende Merkmale auszeichnen:

- einzeln schwenkbare Stopfpickel, die in Schwenklagern auf einer zentralen Drehachse 221 gelagert sind,

- Schwenklager, die jeweils mit einem Pickelarm verbunden sind, an dem jeweils zwei 222 hydraulische Schwenkzylinder verbaut sind,

- Erzeugung der Vibration zur gerichteten Schwingungserzeugung am oberen Ende des 223 Pickelarms

wie nachfolgend in Anlage K71 wie



und/oder wie wiedergegeben auf dem Lichtbild Bl. 1417 der Akten;

hilfsweise

1. Hilfsantrag zum Klageantrag zu 1)

der Beklagten wird untersagt, die Konstruktions- und Fertigungszeichnungen der Klägerin betreffend

a)

einen Pickelarm (W##.##61, W##.##62) (Anlage K 21/2),

b)

ein Schwenklager (W##.##01, W##.##02, UD##.##11; UD##.##12) (Anlagen K 24/2, K 49),

c)

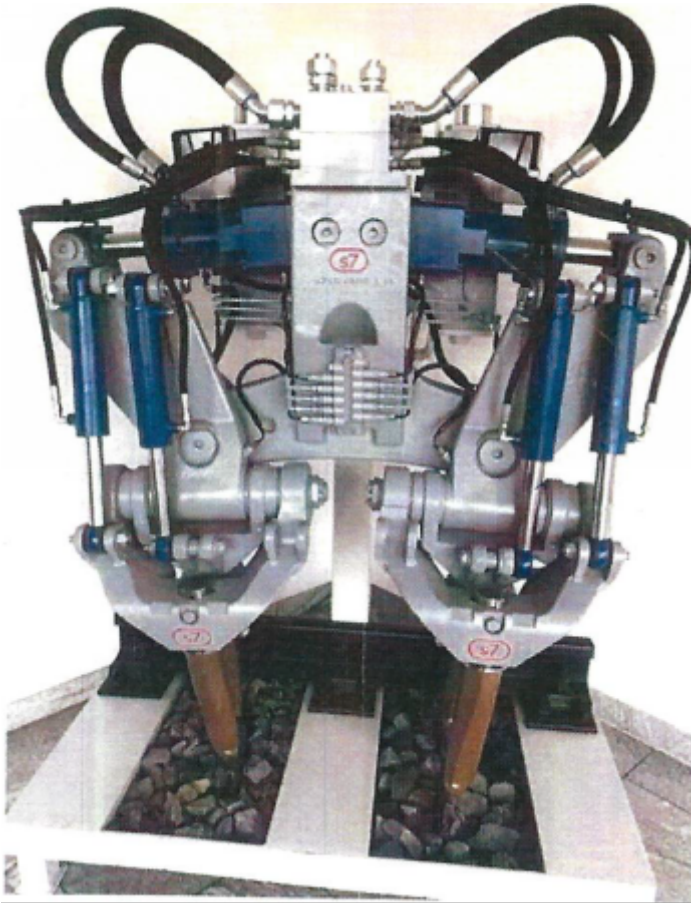
einen Pickelhalter (CU.##.##3/##4) (Anlage K 52),

d)

einen Pickelarmbolzen (W##.##82) (Anlage K 41/1),

e)

|                                                                                                                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| eine Büchse (2E##.#10) (Anlage K 42/1),                                                                                                                                               |     |
| f)                                                                                                                                                                                    | 240 |
| eine Achse (UD##.##51) (Anlagen K 44, K 53/1),                                                                                                                                        | 241 |
| g)                                                                                                                                                                                    | 242 |
| einen Bolzen (W##.##3-A) (Anlage K 53/3),                                                                                                                                             | 243 |
| h)                                                                                                                                                                                    | 244 |
| eine Unterlegscheibe (G##.#4) (Anlage K 53/5),                                                                                                                                        | 245 |
| i)                                                                                                                                                                                    | 246 |
| einen Pleuelbolzen (G##.#3) (Anlage K 53/6),                                                                                                                                          | 247 |
| j)                                                                                                                                                                                    | 248 |
| eine Lagerbüchse (CU##.#08) (Anlage K 53/8),                                                                                                                                          | 249 |
| k)                                                                                                                                                                                    | 250 |
| eine Druckscheibe (2E##.#11) (Anlage K 53/10),                                                                                                                                        | 251 |
| l)                                                                                                                                                                                    | 252 |
| einen Distanzring (W##.##40) (Anlage K 53/13),                                                                                                                                        | 253 |
| m)                                                                                                                                                                                    | 254 |
| eine Distanzhülse (2E##.#2A) (Anlage K 53/15),                                                                                                                                        | 255 |
| n)                                                                                                                                                                                    | 256 |
| eine Distanzbüchse (G##.#6B) (Anlage K 53/17),                                                                                                                                        | 257 |
| o)                                                                                                                                                                                    | 258 |
| einen Deckel (DL##.#1) (Anlage K 53/19) sowie                                                                                                                                         | 259 |
| p)                                                                                                                                                                                    | 260 |
| eine Büchse (DL##.#6E) (Anlage K 53/51)                                                                                                                                               | 261 |
| ganz oder teilweise zu verwerten und/oder an Dritte weiterzugeben, insbesondere das<br>nachfolgend und in Anlage K 71 wiedergegebene Stoppaggregat herzustellen und zu<br>vertreiben: | 262 |
|                                                                                                                                                                                       | 263 |



|                                                                                                                                                                                                                                                             |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| und/oder wie auf dem Lichtbildblatt 1417 der Akten;                                                                                                                                                                                                         | 264 |
| höchst hilfsweise (2. Hilfsantrag zum Klageantrag zu 1)                                                                                                                                                                                                     | 265 |
| der Beklagten wird untersagt, die Konstruktions- und Fertigungszeichnungen der Klägerin betreffend                                                                                                                                                          | 266 |
| a)                                                                                                                                                                                                                                                          | 267 |
| einen Pickelarm (W##.##61, W##.##62) (Anlage K 21/2),                                                                                                                                                                                                       | 268 |
| b)                                                                                                                                                                                                                                                          | 269 |
| ein Schwenklager (W##.##01, W##.##02, UD##.##11; UD##.##12) (Anlagen K 24/2, K 49),                                                                                                                                                                         | 270 |
| c)                                                                                                                                                                                                                                                          | 271 |
| einen Pickelhalter (CU.##.##3/##4) (Anlage K 52)                                                                                                                                                                                                            | 272 |
| ganz oder teilweise zu verwerten und/oder an Dritte weiterzugeben, insbesondere die nachfolgend und in der Anlage K 72 wiedergegebenen Bauteile, insbesondere als Bestandteile von Stopfaggregaten für Gleisstopfmaschinen, herzustellen und zu vertreiben: | 273 |
| a) Pickelarm wie nachfolgend wiedergegeben                                                                                                                                                                                                                  | 274 |
|                                                                                                                                                                                                                                                             | 275 |



b) Schwenklager wie nachfolgend wiedergegeben

276



277



278

c) Pickelhalter wie nachstehend wiedergegeben

279

280



|                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| äußerst hilfsweise (3. Hilfsantrag zum Klageantrag zu 1):                                          | 281 |
| der Beklagten wird untersagt, die Konstruktions- und Fertigungszeichnungen der Klägerin betreffend | 282 |
| a)                                                                                                 | 283 |
| einen Pickelarm (W##.##61, W##.##62) (Anlage K 21/2),                                              | 284 |
| b)                                                                                                 | 285 |
| ein Schwenklager (W##.##01, W##.##02, UD##.##11; UD##.##12) (Anlagen K 24/2, K 49),                | 286 |
| c)                                                                                                 | 287 |
| einen Pickelhalter (CU.##.##3/##4) (Anlage K 52),                                                  | 288 |
| d)                                                                                                 | 289 |
| einen Pickelarmbolzen (W##.##82) (Anlage K 41/1),                                                  | 290 |
| e)                                                                                                 | 291 |
| eine Büchse (2E##.##10) (Anlage K 42/1),                                                           | 292 |
| f)                                                                                                 | 293 |
| eine Achse (UD##.##51) (Anlagen K 44, K 53/1),                                                     | 294 |
| g)                                                                                                 | 295 |
| einen Bolzen (W##.##3-A) (Anlage K 53/3),                                                          | 296 |
| h)                                                                                                 | 297 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| eine Unterlegscheibe (G##.#4) (Anlage K 53/5),                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 298 |
| i)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 299 |
| einen Pleuelbolzen (G##.#3) (Anlage K 53/6),                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 300 |
| j)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 301 |
| eine Lagerbüchse (CU##.#08) (Anlage K 53/8),                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 302 |
| k)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 303 |
| eine Druckscheibe (2E##.#11) (Anlage K 53/10),                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 304 |
| l)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 305 |
| einen Distanzring (W##.##40) (Anlage K 53/13),                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 306 |
| m)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 307 |
| eine Distanzhülse (2E##.#2A) (Anlage K 53/15),                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 308 |
| n)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 309 |
| eine Distanzbüchse (G##.#6B) (Anlage K 53/17),                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 310 |
| o)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 311 |
| einen Deckel (DL##.#1) (Anlage K 53/19) sowie                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 312 |
| p)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 313 |
| eine Büchse (DL##.#6E) (Anlage K 53/51)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 314 |
| in identischer Form zu verwerten und/oder an Dritte weiterzugeben, insbesondere die Konstruktions- und Fertigungszeichnungen zu vervielfältigen, zu verbreiten und/oder zu veröffentlichen.                                                                                                                                                                                                                   | 315 |
| 2.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 316 |
| Der Beklagten für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung gegen die in Ziff. 1 bezeichneten Handlungen wird der Beklagten ein Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfalle bis zu insgesamt zwei Jahren, wobei die Ordnungshaft an ihren jeweiligen gesetzlichen Vertretern zu vollziehen ist, anzudrohen; | 317 |
| 3.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 318 |
| festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin alle Schäden zu ersetzen, die dieser durch die unter Ziff. 1 bezeichneten Handlungen entstanden sind und noch entstehen werden;                                                                                                                                                                                                               | 319 |
| 4.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 320 |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 321 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin Auskunft über Herkunft und Vertriebsweg der in Ziff. 1 beschriebenen Waren zu erteilen, insbesondere Angaben zu machen über                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |     |
| a)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 322 |
| Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer und Verkaufsstellen, für welche die Waren bestimmt waren,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 323 |
| b)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 324 |
| die Menge der hergestellten, ausgelieferten und bestellten Waren, sowie                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 325 |
| c)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 326 |
| über die Preise, die für die Waren bezahlt wurden;                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 327 |
| 5.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 328 |
| die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin Rechnung zu legen über Art und Umfang der in Ziff. 1 beschriebenen Handlungen, und zwar durch Vorlage eines Verzeichnisses, aus dem sich folgendes ergibt:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 329 |
| a)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 330 |
| die mit den in Ziff. 1 beschriebenen Waren erzielten Umsätze und die Gestehungskosten einschließlich aller Kostenfaktoren, jeweils aufgeschlüsselt nach Kalendervierteljahren, sowie                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 331 |
| b)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 332 |
| Art und Umfang der betriebenen Werbung, gegliedert nach Werbeträger, Auflagenzahl, Erscheinungszeit und Verbreitungsgebiet.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 333 |
| Die Beklagte beantragt,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 334 |
| die Berufung zurückzuweisen                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 335 |
| Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil mit umfangreichen Ausführungen gegen die Berufung der Beklagten.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 336 |
| Mit ihrer eigenen Berufung verfolgt die Beklagte unter Wiederholung und Vertiefung des erstinstanzlichen Vorbringens die Verurteilung der Klägerin nach dem Widerklageantrag weiter. Dazu behauptet sie erneut mit näherer Darlegung, dass die einstweilige Verfügung zu Unrecht erlassen worden sei. Durch ihre Vorgehensweise habe die Klägerin gezeigt, dass es ihr um eine möglichst große Schädigung der Beklagten gegangen sei. Für die Messe seien Aufwendungen in Höhe von 144.950,82 € nachgewiesen.                                                                                                                                                                                                         | 337 |
| Entgegen der Auffassung des Landgerichts stehe der Beklagten ein Anspruch aus § 945 ZPO zu. Unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb stehe ihr auch ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB zu. Zu Unrecht stelle das Landgericht darauf ab, dass die Beklagte nicht hinreichend dargelegt habe, welche Aufwendungen nutzlos geworden seien. Bereits erstinstanzlich habe sie dazu vorgetragen, dass sie einen pauschalen Betrag von 60.000,00 € als Schadensersatz fordere. Dabei handele es sich um den Anteil der Gesamtaufwendungen, der nach ihrer Einschätzung durch die Vollziehung der ungerechtfertigten einstweiligen Vollziehung frustriert worden sei. Wie sie | 338 |

zu dieser Schätzung gelangt sei, habe sie substantiiert dargelegt. Der Messestand sei während etwa der Hälfte der Dauer insgesamt entwertet und weitgehend funktionslos gewesen. Zwar seien die übrigen Teile der Stopfmaschine zugänglich, ohne Stopfaggregat sei die Maschine aber praktisch unverkäuflich und für den Messebesucher von allenfalls geringem Interesse gewesen. Tatsächlich seien die Aufwendungen auch deutlich höher als die konkret nachgewiesenen 144.950,82 €.

Auch stehe der Beklagten ein Anspruch aus § 826 BGB zu. Damit habe sich das Landgericht überhaupt nicht befasset. Tatsächlich stelle das Verhalten der Klägerin jedoch eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung dar. 339

Da die Frage, ob im Rahmen des § 945 ZPO frustrierte Aufwendungen als Schadensersatz erstattungsfähig seien, höchststrichterlich nicht geklärt sei, regt die Beklagte die Zulassung der Revision an. 340

Die Beklagte beantragt, 341

das Urteil des Landgerichts Münster vom 30.10.2019 abzuändern, soweit die Widerklage der Beklagten abgewiesen wurde und die Klägerin auf die Widerklage zu verurteilen, an die Beklagte 60.000,00 € nebst Zinsen i.H.v. 5 %punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 04.12.2017 zu zahlen. 342

Die Klägerin beantragt, 343

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 344

Mit näheren Ausführungen verteidigt sie das angefochtene Urteil gegen die Berufung der Beklagten. 345

II. 346

Die zulässigen Berufungen der Parteien haben jeweils in der Sache keinen Erfolg. 347

A. Berufung der Klägerin 348

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet. Entgegen der (umfangreich dargelegten) Auffassung der Beklagten ist die Fassung der Klageanträge nicht zu beanstanden. Insbesondere sind die Unterlassungsanträge durch Bezugnahmen und bildliche Wiedergaben eindeutig hinreichend konkretisiert und genügen den Anforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Ferner ist die Klägerin unzweifelhaft auch prozessführungsbefugt. Dies folgt bereits daraus, dass sie behauptet, selbst Inhaber der geltend gemachten Rechte zu sein. Die Tatsache, dass sie in Deutschland nur (vollständige) Gleisbaumaschinen und keine einzelnen Stopfaggregate vertreibt, ändert daran nichts. 349

In der Sache hat das Landgericht die Klage jedoch zu Recht abgewiesen. 350

1. Hauptantrag Unterlassung 351

Der mit dem Hauptantrag zu 1) geltend gemachte Unterlassungsanspruch steht der Klägerin nicht zu. 352

a) 353

354

Der Anspruch könnte zunächst aus §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 3c) UWG folgen. Die Voraussetzungen der vorgenannten Anspruchsgrundlage sind jedoch nicht erfüllt. Danach kann, wer eine nach § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden (§ 8 Abs. 1 UWG). Unzulässig sind unlautere Handlungen (§ 3 Abs. 1 UWG). Unlauter handelt wiederum, wer u.a. Waren anbietet, die eine Nachahmung der Waren eines Mitbewerbers sind, wenn er die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt hat (§ 4 Nr. 3c) UWG).

aa) 355

Da der Unterlassungsanspruch in die Zukunft gerichtet ist, muss das Verhalten der Beklagten sowohl nach dem zur Zeit der beanstandeten Handlung geltenden Recht als auch nach dem zur Zeit der Berufungsentscheidung geltenden Recht wettbewerbswidrig sein (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 15.12.2016 – I ZR 197/15 = GRUR 2017, 734 m.w.N.). Nach dem auf Grundlage des Klägervortrags maßgeblichen Zeitpunkt der in Rede stehenden Zuwiderhandlung vor dem 31.12.2012 (Beendigung der Arbeitsverhältnisse der Gesellschafter der Beklagten bei der Klägerin) ist das Lauterkeitsrecht mit Wirkung ab dem 10. Dezember 2015 durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (BGBl. I 2015, S. 2158) novelliert worden. Der bisher in § 4 Nr. 9 Buchst. a bis c UWG aF geregelte wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz findet sich nunmehr ohne inhaltliche Änderung in der Bestimmung des § 4 Nr. 3a) bis c) UWG (BGH GRUR 2017, 734 – Bodendübel, Urteil vom 4. Mai 2016 - I ZR 58/14 = GRUR 2017, 79 Rn. 39 - Segmentstruktur).

bb) 357

Das Anbieten, Bewerben und Vertreiben der Stopfaggregate stellt unzweifelhaft eine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar, zumal es sich um die Handlung eines Unternehmens handelt (vgl.: Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 38. Auflage § 4 Rn. 3.18). Die Klägerin ist als Mitbewerberin der Beklagten im Sinne von § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG auch aktivlegitimiert. Ansprüche aus wettbewerbslichem Leistungsschutz sollen grundsätzlich nur von demjenigen geltend gemacht werden können, der die zu schützenden Leistungen erbracht hat. Das ist in der Regel der Hersteller der Ware. Hersteller ist, wer das Erzeugnis in eigener Verantwortung herstellt oder von einem Dritten herstellen lässt und über das Inverkehrbringen entscheidet (BGH, Urteil vom 02.12.2015 – I ZR 176/14 = GRUR 2016, 713 – Hernhuter Stern m.w.N.). Damit kommt es – entgegen der nunmehr von der Beklagten vertretenen Auffassung - nicht darauf an, dass die Klägerin das Aggregat nur verbaut in Gleisbaumaschinen – und nicht isoliert als Ersatzteil – vertreibt.

cc) 359

Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz nach § 4 Nr. 3c) UWG besteht, wenn ein Unternehmer das Leistungsergebnis eines Mitbewerbers nachahmt und auf dem Markt anbietet, das über wettbewerbsliche Eigenart verfügt und er die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt hat. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerbslichen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie der Unlauterkeit der Kenntniserlangung. Je größer die wettbewerbsliche Eigenart und je höher der Grad der Übernahme sind, desto geringere Anforderungen sind an die die Unlauterkeit begründenden Umstände zu stellen und umgekehrt (st. Rspr.; vgl. u.a. BGH, Urteil vom 14.09.2017 – I ZR 2/16 = GRUR 2017, 1332 = GRUR 2017, 1135 – Leuchtkugeln, Urteil vom 15.12.2016 – I ZR 197/15 = GRUR 2017, 734 –

Bodendübel, Urteil vom 02.12.2015 – I ZR 176/14 = GRUR 2016, 730 – Herrnhuter Stern, Urteil vom 22.01.2015 – I ZR 107/13 = GRUR 2015, 909 – Exzenterzähne I; jew. m.w.N.).

(1) 361

Nur Leistungsergebnisse mit wettbewerblicher Eigenart genießen Nachahmungsschutz. 362  
Dieses von der Rechtsprechung zu § 1 UWG (1909) entwickelte Schutzerfordernis kommt zwar nicht im Wortlaut des § 4 Nr. 3 zum Ausdruck, aus der Gesetzesbegründung ergibt sich aber, dass insoweit keine Änderung gegenüber der früheren Rechtslage beabsichtigt war (vgl. Begr. RegE 2004 zu § 4 Nr. 9, BT-Drs. 15/1487; BGH GRUR 2012, 58 – Seilzirkus, Köhler a.a.O. Rn. 3.24 m.w.N.).

(aaa) 363

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. Das gilt auch für technische Erzeugnisse (vgl. BGH GRUR 2017, 1135 – Leuchtbällons, GRUR 2017, 734 – Bodendübel, GRUR 2015, 909 – Exzenterzähne I, jew. m.w.N.). Die wettbewerbliche Eigenart muss sich gerade aus den übernommenen Gestaltungsmerkmalen des Erzeugnisses ergeben. Gerade diese müssen also geeignet sein, im Verkehr auf eine bestimmte betriebliche Herkunft oder auf eine Besonderheit des jeweiligen Erzeugnisses hinzuweisen (BGH, Urteil vom 06.05.1999 – I ZR 199/96 = GRUR 1999, 923 – Tele-Info-CD, Köhler a.a.O. Rn. 3.24f). Das ist immer dann der Fall, wenn sich das Produkt - unabhängig von der Anzahl der Merkmale – von anderen Produkten im Marktumfeld so abhebt, dass der Verkehr es einem bestimmten Hersteller zuordnet (BGH, Urteil vom 24.01.2013 – I ZR 136/11 = GRUR 2013, 951 – Regalsystem, Köhler a.a.O. Rn. 3.24f).

(bbb) 365

Für die Bestimmung der wettbewerblichen Eigenart ist der Gesamteindruck des nachgeahmten Erzeugnisses maßgebend (vgl. BGH GRUR 2017, 1135 – Leuchtbällons, GRUR 2017, 734 – Bodendübel, GRUR 2015, 909 – Exzenterzähne I, jew. m.w.N., Köhler a.a.O. Rn. 3.24f), nicht etwa eine zergliedernde und auf einzelne Elemente abstellende Betrachtung (BGH GRUR 2010, 80 Rn. 32 – LIKEaBIKE). Grundsätzlich kann sich der Verkehr nur an äußeren Gestaltungsmerkmalen orientieren (BGH GRUR 2017, 1135 – Leuchtbällons, Urteil vom 19.11.2015 – I ZR 109/14 = GRUR 2016, 720 – Hot Sox). Der Gesamteindruck kann durch Gestaltungsmerkmale bestimmt oder mitbestimmt werden, die zwar nicht für sich genommen, aber in ihrem Zusammenwirken geeignet sind, im Verkehr auf die Herkunft des nachgeahmten Produkts aus einem bestimmten Unternehmen hinzuweisen (BGH, GRUR 2017, 734 – Bodendübel, GRUR 2015, 909 – Exzenterzähne I, GRUR 2016, 730 Rn. 33 - Herrnhuter Stern). Dabei können einzelne Gestaltungsmerkmale für sich oder zusammen die Eigenart verstärken oder begründen (BGH, Urteil vom 28.05.2009 – IZR 124/06 = GRUR 2010, 80 – LIKEaBIKE, Köhler a.a.O. Rn. 3.24f). Das Gericht kann auch Merkmale heranziehen, die in der Klageschrift nicht gesondert benannt sind, sofern das Produkt selbst vorgelegt oder – wie hier - bildlich wiedergegeben wird (vgl. dazu: OLG Köln WRP 2019, 1055 Rn. 37, Köhler a.a.O. Rn. 3.33).

(ccc) 367

Die wettbewerbliche Eigenart eines Erzeugnisses kann sich aus seinen ästhetischen Merkmalen (Formgestaltung; Design) ergeben (BGH GRUR 1984, 453 f. – Hemdblusenkleid; 368

BGH GRUR 1985, 876 (877) – Tchibo/Rolux I). Es kommt darauf an, ob die ästhetischen Merkmale in ihrer Kombination, ggf. auch mit technisch bedingten Merkmalen (BGH GRUR 2013, 951 – Regalsystem), dem Produkt ein Gepräge geben, das dem Verkehr einen Rückschluss auf die betriebliche Herkunft ermöglicht (BGH GRUR 2013, 951 – Regalsystem; Köhler a.a.O. Rn. 3.27 m.w.N.). Das Produkt muss sich von anderen vergleichbaren Erzeugnissen oder vom Durchschnitt in einem Maße abheben, dass der Verkehr auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen schließt (BGH GRUR 2006, 79 – Jeans I; Köhler a.a.O. Rn. 3.27).

Technisch notwendige Merkmale können aus Rechtsgründen keine wettbewerbliche Eigenart 369 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, GRUR 2017, 1135 – Leuchtbildschirm, Urteil vom 8. Dezember 1999 - I ZR 101/97 = GRUR 2000, 521, 523 f. Modulgerüst I). Der technische Erfolg beurteilt sich nach der technischen Funktion des Erzeugnisses im Hinblick auf den konkreten Gebrauchszweck (vgl. BGH, GRUR 2017, 734 – Bodendübel, GRUR 2015, 909 Rn. 24 – Exzenterzähne I, Urteil vom 19.11.2015 – I ZR 109/14 = GRUR 2016, 720 – Hot Sox). Eine für den Gebrauchszweck „optimale“ Kombination technischer Merkmale ist aber nicht gleichbedeutend mit einer technisch notwendigen Gestaltung (BGH GRUR 2009, 1073 – Ausbeinmesser; Köhler a.a.O. Rn. 328f). 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.

Technisch nicht notwendige, sondern technisch lediglich bedingte, aber ohne 370 Qualitätseinbußen frei austauschbare Gestaltungsmerkmale 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 2017, 1135 – Leuchtbildschirme, GRUR 2017, 734 – Bodendübel, GRUR 2015, 909 Rn. 24 – Exzenterzähne I). Der Vergleich mit anderen marktgängigen, denselben technischen Zweck erfüllenden Produkten kann zeigen, dass die Ausgestaltung der technischen Merkmale für sich genommen oder zumindest in ihrer Kombination nicht technisch notwendig ist (BGH, GRUR 2017, 734 – Bodendübel, GRUR 2015, 909 Rn. 24 – Exzenterzähne I).

Auch ein ehemals patentrechtlich geschütztes Element eines Erzeugnisses kann diesem 371 daher wettbewerbliche Eigenart verleihen, wenn die konkrete Gestaltung dieses Elements technisch nicht notwendig ist, sondern durch eine frei wählbare und austauschbare Gestaltung, die denselben technischen Zweck erfüllt, ersetzt werden kann, ohne dass damit Qualitätseinbußen verbunden sind (vgl. BGH, GRUR 2015, 909 – Exzenterzähne I m.w.N.). Insbesondere können nicht nur solche Merkmale eines derartigen Erzeugnisses einen wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz begründen, die von der patentierten technischen Lösung unabhängig sind (vgl. BGH, GRUR 2017, 734 – Bodendübel unter Hinweis auf das Urteil vom 28. 01.1988 - I ZR 34/86 = GRUR 1988, 385, 386 f. – Wäsche-Kennzeichnungsbänder, vgl. auch: BGH, GRUR 2015, 909 – Exzenterzähne I m.w.N.).).

Eine Kombination einzelner technischer Gestaltungsmerkmale kann ebenso wie eine 372 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 2017, 1135 – Leuchtbildschirm, GRUR 2015, 909 Rn. 19 – Exzenterzähne, Köhler a.a.O. Rn. 3.28). Maßgebend ist der Gesamteindruck (BGH GRUR 2010, 80

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (ddd)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 373 |
| Danach ist festzustellen, dass dem Stopfaggregat der Klägerin grundsätzlich eine wettbewerbliche Eigenart zukommt, die mindestens durchschnittlich ist.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 374 |
| Maßgebend für die Feststellung der wettbewerblichen Eigenart ist die Verkehrsauffassung (BGH WRP 2012, 1179 Rn. 19 – Sandmalkasten, Köhler a.a.O. Rn. 3.33). Abzustellen ist daher auf das Verständnis der angesprochenen Fachkreise – hier der am Erwerb von Gleisstopfaggregaten interessierten Abnehmer. Dabei handelt es sich ersichtlich um einen mit besonderer Fachkenntnis ausgestatteten und spezialisierten Kundenkreis. Dennoch kann der ständig und überwiegend mit Wettbewerbssachen befasste Senat unter Berücksichtigung des dargelegten Sach- und Streitstandes die entsprechende Feststellung wettbewerblicher Eigenart aus eigener Sachkunde feststellen, obwohl die Mitglieder des Spruchkörpers ersichtlich nicht unmittelbar zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören (vgl. dazu: BGH GRUR 2006, 79 Rn. 27 – Jeans I; Senat, Urteil vom 16.06.2015 – 4 U 32/14 = WRP 2015, 1374 – Le Pliage, OLG Köln GRUR-RR 2014, 336 (339)).                                                                                                                       | 375 |
| Dabei hat der Senat den unstreitigen Sachvortrag zu Grunde zu legen, dass es sich bei dem Stopfaggregat um das „Herz“ der Gleisbaumaschine handelt, dem die angesprochenen fachkundigen Abnehmer <u>ganz besondere</u> Aufmerksamkeit entgegenbringen. Die Klägerin ist weltweit eine der marktführenden Anbieter von Gleisbaumaschinen und Stopfaggregaten. Alle von ihr angebotenen Universalstopfaggregate sind unstreitig ähnlich gestaltet und weisen als charakteristische Merkmale schwenkbare Stopfpickel auf, deren Schwenkbarkeit durch am Pickelarm angeordnete Hydraulikzylinder erreicht wird. Die Aggregate sind alle mit Pickelarmen ausgestattet, die mittels Exzenterwelle in Vibration versetzt werden.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 376 |
| Da sich die wettbewerbliche Eigenart des nachgeahmten Produkts gerade aus den übernommenen Gestaltungsmerkmalen des Erzeugnisses ergeben muss, kann für die wettbewerbliche Eigenart des Aggregats der Klägerin nicht auf den sog. Stopfkasten und die (auch von der Klägerin i.E. nicht in Abrede gestellte) grundsätzlich gelbe Farbgebung des Aggregats abgestellt werden. Es müssen gerade die übernommenen Gestaltungsmerkmale geeignet sein, im Verkehr auf eine bestimmte betriebliche Herkunft oder auf die Besonderheit des jeweiligen Erzeugnisses hinzuweisen (vgl. dazu: BGH GRUR 2007, 795 – Handtaschen, GRUR 1999, 923 – Tele-Info-CD, Köhler a.a.O. Rn. 3.24f). Eine Übernahme der Gestaltung des Stopfkastens oder der Farbe ist aber gerade nicht erfolgt. Insoweit setzen sich die Parteien zwar kontrovers über die (grundsätzliche) Farbgestaltung der klägerischen Aggregate auseinander, eine Übernahme der grundsätzlichen und den angesprochenen Verkehrskreisen bekannten Farbgestaltung durch die Beklagte behauptet die Klägerin aber gerade nicht. | 377 |
| In Bezug auf die Feststellung der wettbewerblichen Eigenart des gesamten Aggregats kann auch nicht auf die „Kleinteile“ abgestellt werden, da diese teilweise schon nicht äußerlich sichtbar sind. Wie diese das Gesamtbild prägen sollten, erschließt sich nicht. Es ist nicht ersichtlich, dass diese für sich genommen oder in Zusammenhang mit den sonstigen – angeblich übernommenen Gestaltungselementen – überhaupt maßgeblich sind. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Behauptung der Klägerin, dass diese jedenfalls teilweise sichtbar sein sollen. Eine Prägung des Gesamtbildes ist jedenfalls nicht feststellbar.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 378 |
| Im Ergebnis ist zwischen den Parteien unstreitig, dass es sich bei den gestaltprägenden Elementen Pickelarm, Schwenklager und Pickelhalterung um technisch nicht notwendige                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 379 |

Gestaltungselemente handelt, soweit es darum geht, überhaupt ein Konzept für das Stopfen der Gleise zu erreichen. Ein Rückgriff auf die entsprechenden (und insoweit auch nicht angegriffenen) Feststellungen des Sachverständigen erübrigt sich damit in diesem Zusammenhang. Da die Beklagte ausdrücklich erklärt hat, dass es nicht ihr Geschäftsmodell sei, Ersatzteile für die Klägerin herzustellen und zu vertreiben, kann die technische Notwendigkeit sich nicht daran orientieren, ob die Fertigungsteile der Beklagten mit denen der Klägerin kompatibel sind.

(eee)

380

Für das Ausmaß der – im Rahmen der wettbewerblichen Eigenart bedeutsamen - Bekanntheit kann es eine Rolle spielen, welchen Marktanteil und welche werbliche Präsenz das Produkt hat und wie lange es auf dem Markt ist (BGH GRUR 2013, 1052 Rn. 24 – Einkaufswagen III; BGH WRP 2015, 1090 Rn. 28 – Exzenterzähne: *jahrelanger Vertrieb*). In diesem Zusammenhang ist damit nach Auffassung des Senats unerheblich, ob – wie die Beklagte behauptet, einzelne Mitbewerber Stopfaggregate (auch in Deutschland) anbieten, die denen der Klägerin sehr ähnlich sein sollen („D2“, bzw. „1. Mai Maschinenfabrik D2“, B, N, J). Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass es tatsächlich weltweit neben den Parteien nur zwei weitere große Anbieter (I und N) in diesem Bereich gibt. Beim Markt für Gleisstopfaggregate handelt es sich um einen sehr engen und spezialisierten Markt. In der Marktpräsenz dieses sehr eng begrenzten Wirtschaftszweiges spielen die sonstigen Wettbewerber damit im Ergebnis unstreitig keine große Rolle. Auch in diesem Verfahren behauptet die Beklagte i.E. nicht, dass sich die Marktverhältnisse wesentlich verschoben hätten. Entsprechendes Vorbringen zu zunehmender Marktpräsenz der „kleineren“ Konkurrenten fehlt und eine maßgebende Bedeutung für die Wahrnehmung der angesprochenen Verkehrskreise ist auch sonst nicht ersichtlich.

381

Von den Produkten der in der Wahrnehmung der angesprochenen Verkehrskreise bedeutsamen weiteren Mitbewerbern (I und N) unterscheidet sich das Aggregat der Klägerin jedoch aufgrund der gestaltprägenden Elemente unstreitig deutlich. Dies gilt auch, wenn unterstellt wird, dass diese – wie von der Beklagten behauptet - (als technisch nicht notwendige Gestaltungselemente) ebenfalls einzeln schwenkbare Stopfzylinder aufweisen sollten.

382

Feststellbar ist damit, dass die Klägerin den Markt unstreitig über Jahrzehnte beherrscht und dabei Stopfelemente angeboten hat, die in unterschiedlicher Ausgestaltung – und für die angesprochenen Verkehrskreise - anders als die der relevanten Mitbewerber jeweils die oben dargestellten technischen Eigenschaften aufwiesen. Unabhängig davon, ob es sich – wie von der Klägerin behauptet – bei dem streitgegenständlichen Stopfaggregat um ihr „Flaggschiff“ handelt, kann daher festgestellt werden, dass die technische Gestaltung des Aggregats auf die Klägerin als Herstellerin hinweist.

383

Ferner ist auch unstreitig, dass die beiden weiteren Haupt-Konkurrenten der Parteien vollständig andere Konzepte verwirklicht haben, die sich auch nach Wahrnehmung der angesprochenen Abnehmer von den Produkten der Klägerin unterscheiden. Die ehemals patentrechtlich geschützten, aber frei wählbaren Gestaltungselemente können daher bei der Beurteilung der wettbewerblichen Eigenart zu Grunde gelegt werden. Auch insoweit kann offenbleiben, ob die Stopfpickel der beiden Haupt-Mitbewerber einzeln schwenkbar sind. Dies würde ggf. den Grad der wettbewerblichen Eigenart des Produkts der Klägerin nicht maßgeblich schwächen, da es sich dabei um einzelne übereinstimmende Gestaltungsmerkmale handeln würde, der Gesamteindruck sich aber dennoch unterscheidet (vgl. dazu OLG Köln GRUR-RR 2015, 441 (443), Köhler a.a.O. Rn. 3.25 m.w.N.).

384

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Zutreffend weist die Klägerin i.Ü. auch darauf hin, dass die Tatsache, dass mehrere Unternehmen Ersatzteile (insb. Pickelarm, Schwenklager, Pickelhalter) für die Klägerin fertigen würden, die wettbewerbliche Eigenart nicht schmälert. Dies wäre nur dann ggf. anzunehmen, wenn die Ersatzteile unter eigener „Kennung“ der Ersatzteilverfabrikanten vertrieben würden und/oder es sich bei den Ersatzteilen mittlerweile um so gängige Ware handelt, dass die angesprochenen Verkehrskreise eine Zuordnung zu den Aggregaten nicht mehr vornehmen. Dies ist aber ebenfalls weder vorgetragen noch ersichtlich.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 385 |
| (2)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 386 |
| Das Stopfaggregat der Beklagten ist aber <u>keine Nachahmung</u> des Aggregats der Klägerin.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 387 |
| (aaa)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 388 |
| Die Nachahmung einer Ware oder Dienstleistung im Sinne von § 4 Nr. 3 UWG hat eine hersteller- und eine produktbezogene Komponente: Erstens muss dem Hersteller im Zeitpunkt der Herstellung des Produkts das Original als Vorbild bekannt gewesen sein. Zweitens muss das Produkt (oder ein Teil davon) mit dem Originalprodukt übereinstimmen oder ihm zumindest so ähnlich sein, dass es sich in ihm wiedererkennen lässt (ebenso BGH, vom 11.01.2018 – I ZR 187/16 = GRUR 2018, 950 – Ballerinaschuh, BGH GRUR 2017, 1135 – Bodendübel, Köhler a.a.O. Rn. 3.34 f m.w.N.).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 389 |
| Die Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Erzeugnisse ist nach ihrem Gesamteindruck zu beurteilen (vgl. BGH, GRUR 2017, 1135 – Leuchtbällons, GRUR 2016, 730 Rn. 47 – Herrnhuter Stern, jew. m.w.N.). 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 seines Erinnerungseindrucks gewinnt, in dem die übereinstimmenden Merkmale stärker hervortreten als die unterscheidenden (vgl. BGH, GRUR 2017, 1135 – Leuchtbällons, GRUR 2016, 730 – Herrnhuter Stern, Köhler a.a.O. Rn. 3.37). Der Verkehr nimmt ein Produkt in seiner Gesamtheit mit allen seinen Bestandteilen wahr, ohne es einer analysierenden Betrachtung zu unterziehen (stRspr; BGH GRUR 2010, 80 Rn. 39 – LIKEaBIKE). Daher genügt es nicht, nur einzelne Gestaltungsmerkmale zu vergleichen, um den Grad der Ähnlichkeit zu bestimmen. Unerheblich ist es, wenn das Original und die Nachahmung unterschiedliche Eigenschaften aufweisen, die beim bestimmungsgemäßen Gebrauch des Produkts von außen nicht erkennbar sind (Senat, Urteil vom 16.06.2015 – 4 U 32/14 = WRP 2015, 1374 – Le Pliage; OLG Köln GRUR-RR 2014, 287 (290), Köhler a.a.O. Rn. 3.37a). | 390 |
| Das Originalprodukt muss nicht in allen seinen Gestaltungsmerkmalen übernommen worden sein. Bei einer nur teilweisen Übernahme muss sich die wettbewerbliche Eigenart des Originals aber gerade aus dem übernommenen Teil ergeben. Es müssen also gerade die übernommenen Gestaltungsmerkmale geeignet sein, die wettbewerbliche Eigenart zu begründen (BGH GRUR 2017, 1135 – Leuchtbällons, GRUR 2017, 734 – Bodendübel, GRUR 2016, 730 – Herrnhuter Stern, BGH GRUR 2007, 795 Rn. 32 – Handtaschen, Köhler a.a.O. Rn. 3.34 f m.w.N.).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 391 |
| (bbb)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 392 |
| Hinsichtlich der Intensität sind drei Erscheinungsformen der Nachahmung zu unterscheiden (BGH GRUR 2018, 832 – Ballerinaschuh, Köhler a.a.O. Rn. 3.34f): die identische Nachahmung, die nahezu identische Nachahmung und die nachschaffende Nachahmung. Eine identische Nachahmung ist bei einer unveränderten Übernahme anzunehmen. Eine                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 393 |

nahezu identische Nachahmung liegt vor, wenn die Nachahmung nur geringfügige, im Gesamteindruck unerhebliche Abweichungen vom Original aufweist (vgl. BGH GRUR 2018, 950 – Ballerinaschuh, GRUR 2000, 521 (524) – Modulgerüst I; Köhler a.a.O. Rn. 3.34f). Dabei kommt es darauf an, ob gerade die übernommenen Gestaltungsmittel die wettbewerbliche Eigenart des nachgeahmten Produkts begründen (BGH GRUR 2007, 795 Rn. 32 – Handtaschen, GRUR 2010, 1125 Rn. 25 – Femur-Teil, Köhler a.a.O. Rn. 3.34f). Auch bei der nahezu identischen Übernahme gilt allerdings, dass die Anforderungen an die wettbewerbliche Eigenart und an die besonderen wettbewerblichen Umstände geringer sind als bei der nur nachschaffenden Übernahme (st. Rspr; BGH GRUR 2016, 730 Rn. 61 – Herrnhuter Stern, Köhler a.a.O. Rn. 3.34f m.w.N.).

Eine nachschaffende Nachahmung liegt vor, wenn die fremde Leistung nicht identisch oder nahezu identisch nachgeahmt, sondern lediglich als Vorbild benutzt und nachschaffend unter Einsatz eigener Leistung wiederholt wird (BGH GRUR 1992, 523 (524) – Betonsteinelemente), somit eine bloße Annäherung an das Originalprodukt vorliegt (BGH GRUR 2018, 832 – Ballerinaschuh, GRUR 2007, 795 Rn. 22 – Handtaschen, Köhler a.a.O. Rn. 3.34f). Entscheidend ist, ob die Nachahmung wiedererkennbare prägende Gestaltungselemente des Originals aufweist oder sich deutlich davon absetzt (OLG Hamburg MarkenR 2011, 275 (280); OLG Köln WRP 2014, 337 Rn. 15). Geringfügige Abweichungen vom Original sind unerheblich, solange das Original als Vorbild erkennbar bleibt (OLG Köln GRUR-RR 2015, 441 (444); OLG Köln GRUR-RR 2016, 203 Rn. 50; OLG Hamburg GRUR-RR 2018, 360 Rn. 36; OLG Düsseldorf GRUR-RR 2019, 112 Rn. 52, Köhler a.a.O. Rn. 3.34f).

(ccc) 395

Bei der Beurteilung der Übereinstimmung oder Ähnlichkeit ist auf die Sichtweise des durchschnittlich informierten und situationsadäquat aufmerksamen Durchschnittsinteressenten abzustellen, der die betreffenden Produkte nicht nebeneinander sieht und unmittelbar miteinander vergleicht, sondern auf Grund seiner Erinnerung in Beziehung zueinander setzt (BGH BGH, GRUR 2017, 1135 Rn. 29 – Leuchtballon; Köhler a.a.O. Rn. 3.37a m.w.N.). 396

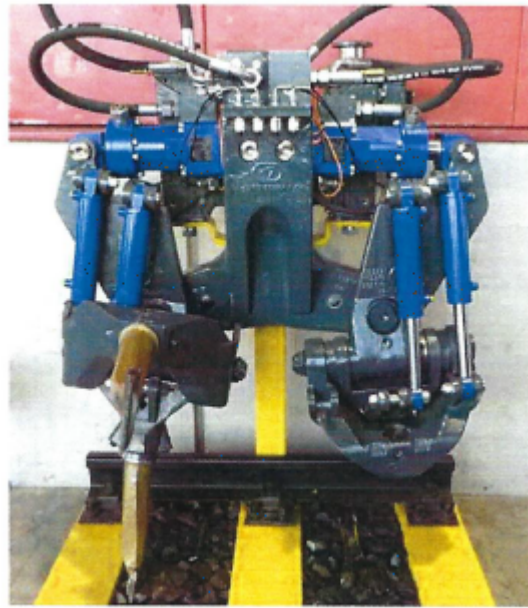
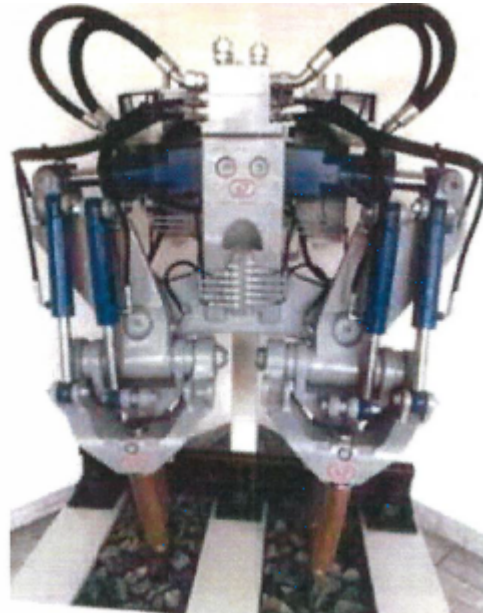
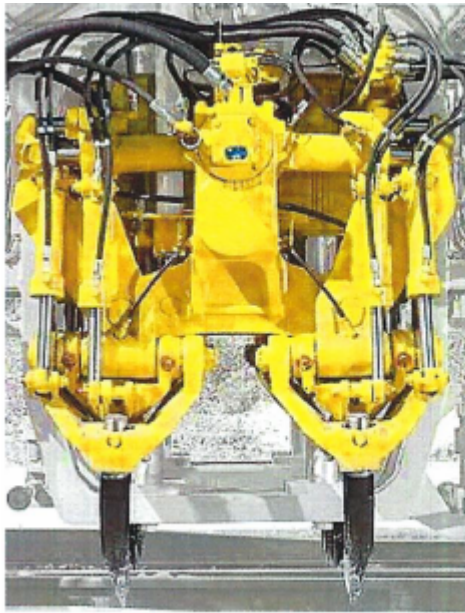
Auch insoweit ist daher auf die am Erwerb einer Gleisbaumaschine/eines Stopfaggregats interessierten Verkehrskreise abzustellen. Die Mitglieder des - ständig und überwiegend mit Wettbewerbssachen befassten- Senats sind dennoch unter Berücksichtigung des Sachvortrags zur Feststellung der Verkehrsauffassung der angesprochenen Fachkreise in der Lage (vgl: BGH GRUR 2016, 730 – Herrnhuter Stern, Urteil vom 02.10.2003 – I ZR 150/01 - Marktführerschaft). 397

Dabei ist insbesondere von Bedeutung, dass es für die Frage der Nachahmung in diesem Sinne nicht auf eine Übereinstimmung/Auswertung des technischen Datenmaterials und Verwendung von ähnlichen/übereinstimmenden Einzelteilen, sondern auf den Gesamteindruck des Aggregats ankommt. Damit ist nicht entscheidend, in welchem Maße sich die – im Rahmen einer technischen Analyse darstellbaren – Fertigungsdaten u.ä. ähneln. 398

(ddd) 399

Im – rein optischen - Vergleich stellen sich die Aggregate jeweils wie folgt dar: (linke Seite – Aggregat der Klägerin; rechte Seite: Aggregate der Beklagten) 400

401



Eine identische Nachahmung liegt ersichtlich nicht vor und wird von der Klägerin auch nicht behauptet. 402

Eine nahezu identische Nachahmung scheitert daran, dass zwar Gestaltungsmittel des Aggregats der Beklagten übernommen wurden, diese begründen aber jedenfalls nicht die wettbewerbliche Eigenart des nachgeahmten Produkts (vgl. dazu nochmals: BGH GRUR 2007, 795 Rn. 32 – Handtaschen, GRUR 2010, 1125 Rn. 25 – Femur-Teil, Köhler a.a.O. Rn. 3.34f). 403

Da der Verkehr ein Produkt in seiner Gesamtheit mit allen seinen Bestandteilen wahrnimmt, ohne es einer analysierenden Betrachtung zu unterziehen (vgl. dazu nochmals: vgl. BGH GRUR 2010, 80 Rn. 39 – LIKEaBIKE), kommt es zunächst nicht auf mögliche Unterschiede in der Linienführung und der Materialdicke der Schwenklager, der Pickelverdrehssicherung, Gewindebohrungen und angegossene Befestigungslaschen oder das Gewicht der einzelnen Bauteile an. 404

Vielmehr ist im Ansatz darauf abzustellen, dass die angesprochenen Fachkreise dem Aggregat selbst in seiner Gesamtheit eine erhöhte Aufmerksamkeit entgegenbringen, da 405

dessen Funktionsweise eine ganz maßgebliche Bedeutung hat. Prägend für den Gesamteindruck ist dabei nicht maßgeblich die reine Optik, sondern die Art und Weise, wie sich die in diesem Zusammenhang allein entscheidende Technik darstellt.

Unstreitig ist schon aus der Gestaltung des sog. Stopfkastens für die angesprochenen Fachkreise ganz offensichtlich, dass das Aggregat der Beklagten – anders als das Aggregat der Klägerin - nicht über den herkömmlichen Exzenterantrieb, sondern über einen hydraulischen Antrieb verfügt. Dies stellt – ebenfalls unstreitig – im Vergleich zu der seit Jahrzehnten üblichen Antriebsart eine grundlegende Änderung dar. Dabei kommt es nicht darauf an, ob den angesprochenen Verkehrskreisen die genaue Funktionsweise des Hydraulikantriebs bekannt ist. Dieser ist als Neuerung zu dem seit Jahrzehnten üblicherweise eingesetzten Antrieb – der es mit sich bringt, dass die Stopfpickel dauerhaft in Vibration versetzt werden – erkennbar und stellt damit für die angesprochenen Verkehrskreise als Hinweis auf eine technische Neuerung ein ganz prägendes Gestaltungsmerkmal dar. Die für die angesprochenen Verkehrskreise bereits aus der optischen Gestaltung des Stopfkastens ersichtliche abweichende Antriebsart prägt die wettbewerbliche Eigenart des Aggregats der Beklagten ganz maßgeblich. Damit liegt eine nicht nur eine unerhebliche Abweichung vom Aggregat der Klägerin vor. 406

Auch eine nachschaffende Nachahmung liegt nicht vor. Es ist nicht feststellbar, dass die Leistung der Klägerin als Vorbild benutzt und nachschaffend unter Einsatz eigener Leistung wiederholt wurde (vgl. BGH GRUR 1992, 523 (524) – Betonsteinelemente), und damit eine Annäherung an das Originalprodukt vorliegt (BGH GRUR 2007, 795 Rn. 22 – Handtaschen; BGH GRUR 2018, 832 – Ballerinaschuh, Köhler a.a.O. Rn. 3.37). Obwohl das Aggregat der Beklagten Gestaltungselemente des Aggregats der Klägerin aufweist (Pickelarm, Schwenklager und Pickelhalter), setzt es sich durch andere, für das Aggregat der Beklagten prägende Elemente deutlich davon ab. 407

Insoweit kann nochmals auf die bereits dargestellten, die wettbewerbliche Eigenart des Aggregats der Beklagten begründenden optischen Unterschiede verwiesen werden. Nach Auffassung des Senats ist vorliegend jedoch auch in diesem Zusammenhang auf die – durch den Hydraulikantrieb bedingte - abweichende Funktionsweise des Aggregats der Beklagten abzustellen. Maßgeblich ist dabei, dass die interessierten Verkehrskreise eine hohe technische Sachkunde in diesem Bereich besitzen und das Aggregat im Regelfall vor einem geplanten Erwerb im Einsatz besichtigen (was zwischen den Parteien unstreitig ist). 408

Da der Antrieb mittels Exzenterwelle seit Jahrzehnten üblich ist, ist den angesprochenen, fachkundigen Verkehrskreisen dessen Funktionsweise bekannt. Folglich sind bei einer Inbetriebnahme des Aggregats ganz beträchtliche Unterschiede offenkundig. Die abweichende Antriebsart führt dazu, dass - anders als beim Antrieb durch eine Exzenterwelle - die Vibration der Stopfpickel allein durch Hydraulikzylinder mit jeweils eigenem Hydraulikantrieb erzeugt und die Beistellbewegung bewirkt wird. Da die Vibration gezielt in kurzen zeitlichen Abständen an- und abgeschaltet werden kann, vibrieren die Stopfpickel lediglich im eingetauchten Zustand, nicht jedoch nach dem Herausziehen. Unabhängig davon, ob sich dies im tatsächlichen Einsatz im Vergleich zu dem Antrieb der Klägerin als Vorteil darstellt, tritt diese abweichende Funktionsweise ganz deutlich in den Vordergrund. 409

In erster Instanz war unstreitig, dass dadurch die Lärmemission beim Stopfen erheblich reduziert wird. Soweit die Klägerin diesen Umstand nunmehr mit der Berufungsbegründung bestreitet, ist das nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht zu berücksichtigen. Danach sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur zuzulassen, wenn sie einen Gesichtspunkt betreffen, der vom Gericht des ersten Rechtszuges erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten 410

worden ist, infolge eines Verfahrensmangel im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht wurde oder im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden ist, ohne dass dies auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht. Diese Voraussetzung für die Zulassung neuen Vortrags sind nicht erfüllt. Die Klägerin behauptet nunmehr, dass sie die von der Beklagten vorgetragene erheblich geringere Geräuscentwicklung nicht bestritten habe, weil sie diesem Umstand keine entscheidungserhebliche Bedeutung beigemessen habe. Dies sei auch aus ihrem Vortrag deutlich geworden. Insoweit vertritt sie die Auffassung, dass das Landgericht darauf hätte hinweisen müssen, dass auch die Geräuscentwicklung für die Entscheidung maßgeblich sein könnte. In diesem Fall hätte die Klägerin die geringere Geräuscentwicklung beim Aggregat der Beklagten bestritten und – wie nunmehr nachgeholt – (unter Verwahrung gegen die Darlegungs- und Beweislast) Beweis angeboten. Eine Verletzung der Hinweispflicht gem. § 139 ZPO ist in diesem Zusammenhang jedoch nicht im Ansatz ersichtlich. Der Senat hat damit eine erheblich geringere Geräuscentwicklung beim Einsatz des Aggregats der Beklagten als unstreitig zu unterstellen.

Unabhängig vom tatsächlichen Ausmaß der jeweiligen Geräuscentwicklung ist zudem 411  
unstreitig, dass die Pickelarme beim Aggregat der Beklagten nicht durchgehend vibrieren. Allein der Umstand, dass das Eintauchen der Pickelarme ohne Vibration erfolgt, bringt unzweifelhaft eine geringere Geräuscentwicklung mit sich. Dies ist für die angesprochenen Verkehrskreise im Zusammenhang mit der abweichenden Funktionsweise des Aggregats auch offensichtlich.

Ferner ist in diesem Zusammenhang auch die höhere Ausschwenkbarkeit der Stopfpickel 412  
beim Aggregat der Beklagten zu berücksichtigen. Der mit 90 Grad höher ausschwenkbare Stopfpickel ist im Rahmen der Besichtigung wahrnehmbar und stellt für die angesprochenen Fachkreise einen – im Vergleich zur herkömmlichen Technik und Ausführung – deutlichen Unterschied dar. Das gesteigerte Maß der Ausschwenkbarkeit ist deshalb von Interesse, weil es sich dabei um einen Ansatz handelt, den Einsatz des Universalstopfgeräts im Bereich von Weichen zu erleichtern.

Für die angesprochenen Fachkreise ist auch die – vom Aggregat der Klägerin abweichende - 413  
symmetrische Ausführung der Schwenklager und Pickelhalter erkennbar. Insoweit ist aus den dargelegten Gründen davon auszugehen, dass die angesprochenen Verkehrskreise mit der grundsätzlichen Funktionsweise von Stopfaggregaten vertraut sind. Daher ist auch die Kenntnis von dem Umstand, dass einige Bauteile sehr verschleißintensiv sind, vorauszusetzen. Folglich werden die angesprochenen Verkehrskreise auch dem Umstand, dass aus der symmetrischen Ausführung der Bauteile eine vereinfachte Ersatzteilbeschaffung und –lagerung verbunden ist, eine besondere Aufmerksamkeit zukommen lassen.

Auffällig in diesem Zusammenhang ist auch, dass der Antriebszylinder mit (lediglich) zwei an 414  
der Konsole des Stopfkastens eingesetzte Befestigungsbolzen eingebaut ist. Im Gegensatz zu dem Aggregat der Klägerin wird so ein einfacher Austausch (ggf. auch vor Ort im Einsatz) ermöglicht. Auch dieser Unterschied ist im Hinblick auf denkbare Wartungs- und Reparaturkosten und auf mögliche Ausfallzeiten in diesem Zusammenhang relevant und wird von den angesprochenen Verkehrskreisen mit der entsprechenden Aufmerksamkeit bedacht werden.

Insgesamt wurde die sich in dem Aggregat der Klägerin verkörpernde Technik bei dem 415  
Produkt der Beklagten ersichtlich fortentwickelt und nicht etwa nur das Produkt der Klägerin nachschaffend und unter Annäherung an das Originalprodukt wiederholt.

Selbst wenn aber unterstellt würde, dass das Aggregat eine Nachahmung darstellt, lägen auch die weiteren Voraussetzungen des § 4 Nr. 3c) UWG nicht vor, da auch nicht feststellbar ist, dass die Beklagte die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse und Unterlagen unredlich erlangt hat. 417

(aaa) 418

Zunächst ist klarzustellen, dass die Klägerin ausdrücklich nicht behauptet, dass die Gesellschafter der Beklagten allein aufgrund der früheren Tätigkeit bei ihr Kenntnisse erlangt hätten, die sie in unredlicher Weise (z.B. unter Verstoß gegen eine Konkurrenzklausel o.ä.) bei der Entwicklung des Aggregats zum Einsatz gebracht hätten. Ferner wirft die Klägerin der Beklagten auch nicht vor, dass sie die Kenntnisse in der Zeit nach ihrem Ausscheiden in unredlicher Weise erlangt hat. 419

(bbb) 420

Der Vorwurf der Klägerin zielt vielmehr allein darauf ab, dass die Geschäftsführer der Beklagten im Jahr 2012 oder vorher (jedenfalls während ihrer Zeit als Mitarbeiter der Klägerin) als Geschäftsgeheimnisse einzustufende Unterlagen (insb. Zeichnungen) unberechtigt mitgenommen (kopiert), der Beklagten zur Verfügung gestellt und mit diesen Unterlagen als Nachahmung das „Flüsteraggregat“ gebaut haben sollen. Das hat die Klägerin mit umfangreichem Vortrag so dargelegt und die Prozessbevollmächtigten der Klägerin haben dies in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nochmals ausdrücklich so bestätigt. 421

(ccc) 422

Diesen Vorwurf hat die Beklagte substantiiert bestritten. Schon mit der Klageerwiderung hat die Beklagte darauf verwiesen, dass sie ihr Aggregat in Zusammenarbeit mit K entwickelt habe. Dort lägen die technischen Zeichnungen mit Maßen und Toleranzen vor. Bereits mit Schriftsatz vom 06.02.2018 hat die Beklagte vorgetragen, dass K im Besitz der „drei Bauteile Pickelarm, Schwenklager und Pickelhalter mit den von der Klägerin verwendeten Maßen, Toleranzen etc.“ sei. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Geschäftsführer Herr I2 nochmals erklärt, dass er selbst und auch Herr M umfangreiches Erfahrungswissen eingebracht hätten, wobei z.B. die Toleranzen auch bekannt gewesen seien. Die Bauteile Pickelhalter, Schwenkarm und Pickelarm seien vermessen worden. Bei der Entwicklung seien die – auch bei „K“ - bekannten Schwachstellen berücksichtigt und verbessert worden. 423

Auf Grundlage des Beklagtenvorbringens erübrigt sich zunächst eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Beklagte die Kenntnis von den entsprechenden Maßen, Toleranzen und sonstigen Werten ggf. durch „Reverse Engineering“ hätte erlangen können. Zwar würde ein unredliches Erlangen im Sinne des § 4 Nr. 3 UWG nicht vorliegen, wenn die Entwicklung durch das „Reverse Engineering“ erlangt worden wäre, die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte beruft sich jedoch gar nicht darauf. Maßgeblich ist nicht, wie die Kenntnisse zu erlangen gewesen wären, sondern allein, wie die Beklagte tatsächlich die Kenntnisse erlangt hat. 424

Der dargestellte Vortrag zu der Entwicklung des Aggregats in Zusammenarbeit mit K und auf Grundlage der gemeinsamen Kenntnisse ist durchaus nachvollziehbar und reicht zum Bestreiten des klägerischen Vortrags aus. Die Beklagte war auch nicht – etwa in Erfüllung einer sekundären Darlegungslast – gehalten, noch genauer zu den Umständen der 425

Entwicklung vorzutragen. Der Gegner der (primär) darlegungspflichtigen Partei kann sich nur dann nicht auf einfaches Bestreiten beschränken, wenn die darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, während der Prozessgegner sie hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind. In diesen Fällen kann vom Prozessgegner im Rahmen des Zumutbaren das substantiierte Bestreiten der behaupteten Tatsache unter Darlegung der für das Gegenteil sprechenden Tatsachen und Umstände verlangt werden (BGH NJW 2008, 982, Greger in: Zöller, 33. Auflage § 138 Rn. 8a m.w.N.). Nach diesen Maßstäben genügt das Vorbringen der Beklagten. Maßgebend nach dem Klägervortrag sind allein die Umstände, die dazu geführt haben, dass die Geschäftsführer der Beklagten sich während der Zeit ihrer Anstellung die entscheidenden Pläne der Bauteile verschaffen konnten. Zu den näheren Umständen der Entwicklung des Aggregats in Zusammenarbeit mit K musste die Beklagte daher keine weiteren Einzelheiten darlegen.

Anlass dazu, von der Beklagten im Rahmen der sekundären Darlegungslast weiteren Vortrag zu verlangen, hätte allenfalls dann bestanden, wenn die Klägerin sich das diesbezügliche Vorbringen der Beklagten (hilfsweise) zu Eigen gemacht hätte. Das kann aber nicht festgestellt werden. Die Klägerin hat sich mit dem Vorbringen der Beklagten umfangreich auseinandergesetzt und bestreitet dieses ausdrücklich. Noch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Klägerin auf Nachfrage allein an dem von ihrem erhobenen, oben dargestellten Vorwurf festgehalten.

(ddd)

427

Ihr Vorbringen hat die darlegungs- und beweisbelastete Klägerin nicht bewiesen. Zunächst ist ein direkter Beweis dafür, dass die Geschäftsführer der Beklagten sich unrechtmäßig die für die Entwicklung des Aggregats relevanten Pläne und Zeichnungen verschafft und an die Beklagte weitergegeben wurden, nicht geführt oder auch nur angeboten. Die Feststellungen wären allein auf Grundlage eines Indizienbeweises zu treffen. Allerdings lassen hier unstrittige oder bewiesene Hilfstatsachen weder für sich genommen (dazu unter (aaaa) – (cccc)) noch im Rahmen einer Gesamtwürdigung (dazu unter (dddd)) mit der erforderlichen Sicherheit den Schluss auf die Behauptung der Klägerin zu.

(aaaa)

429

Im Ansatz ist allerdings festzustellen, dass die Geschäftsführer der Beklagten noch während ihrer Anstellung bei der Klägerin konkrete Pläne für die Gründung eines Konkurrenzunternehmens gehabt haben. Dies belegt allein die Tatsache, dass die Beklagte am 14.11.2012 gegründet wurde und die Arbeitsverhältnisse der Geschäftsführer der Beklagten bei der Klägerin in engem zeitlichem Zusammenhang jeweils zum 31.12.2012 aufgelöst wurden (M am 10.09.2012 und Herr I2 am 16.11.2012). Die Gründung eines derartigen Unternehmens in Form einer GmbH bedarf unzweifelhaft einiger Planung und Vorbereitung. Damit liegt es sehr nahe, dass es schon vor Beendigung der jeweiligen Arbeitsverhältnisse der Gesellschafter konkrete Planungen für ein Konkurrenzunternehmen – hier die Beklagte - gegeben haben muss. Die Beklagte bestreitet auch lediglich, dass das von der Klägerin aufgefundene Konzept für eine GmbH das Konzept für die Beklagte gewesen sein soll. Die Gründung der Beklagten noch während der Beschäftigung der Geschäftsführer der Beklagten bei der Klägerin stellt die Beklagte aber gar nicht in Abrede stellen.

Aus dieser damit als unstrittig zu behandelnden Hilfstatsache allein folgt aber nicht, dass die Geschäftsführer der Beklagten damit auch Unterlagen der Klägerin unberechtigt mitgenommen und der Beklagten verschafft haben.

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (bbbb)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 432 |
| Die sich aus der Durchsuchung ergebenden Befunde lassen für sich genommen ebenfalls nicht mit der erforderlichen Sicherheit darauf schließen, dass die Geschäftsführer der Beklagten sich während ihrer Anstellung bei der Klägerin unberechtigt die Pläne von den hier entscheidenden Bauteilen verschafft haben.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 433 |
| Mittlerweile ist zwischen den Parteien unstreitig, dass im Rahmen der Durchsuchungen Zeichnungen für die betreffenden Bauteile weder bei der Beklagten noch bei deren Gesellschaftern aufgefunden wurden.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 434 |
| Sichergestellt wurden diverse technische Zeichnungen der Klägerin bei M. Dazu hat die Beklagte aber auch umfangreich dargelegt, dass dieser die Unterlagen während seiner Anstellung bei der Klägerin erhalten und genutzt habe. Insofern hat die Beklagte z.B. durch Vorlage mehrerer Mails belegt, dass M auch an seine private Mail-Adresse dienstliche Unterlagen erhalten hat. Es kann offenbleiben, ob M ursprünglich in rechtmäßiger Weise in den Besitz der sichergestellten Unterlagen gelangt ist. Selbst wenn zu Gunsten der Klägerin unterstellt würde, dass M sich diese Daten unrechtmäßig verschafft hat, könnte aus einer derartigen Hilfstatsache allein nicht der Schluss gezogen werden, dass M sich auch die Zeichnungen für die streitgegenständlichen Bauteile unberechtigt vor Beendigung des Anstellungsverhältnisses verschafft und an die Beklagte weitergegeben hat. Ein derartiger Rückschluss allein auf Grundlage der sichergestellten Unterlagen als Hilfstatsache wäre allenfalls denkbar, wenn die Verwendung der bei M sichergestellten Unterlagen für die Beklagte feststellbar wäre. Das ist allerdings weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. | 435 |
| Die auf einem PC eines Mitarbeiters der Beklagten aufgefundenen „Handzeichnungen“, lassen für sich genommen nicht mit der erforderlichen Sicherheit den Schluss zu, dass der Zeichnung eine im Sinne des Klägervortrags unzulässig erlangte Originalzeichnung der Klägerin zu Grunde lag. Das wäre nur denkbar, wenn die sichergestellten Handzeichnungen mit einer Zeichnung der Klägerin als Vorlage erstellt wurde, die allein dadurch verfügbar war, weil die Geschäftsführer sich diese zuvor während ihrer Anstellung in unrechtmäßiger Weise in ihren Besitz gebracht und an die Beklagte weitergegeben haben.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 436 |
| Ein derartiger Schluss kann allerdings nicht gezogen werden, weil keinesfalls ausgeschlossen ist, dass die Handzeichnung in anderer Weise, z.B. auf Grundlage von Vorlagen erstellt wurden, die in sonstiger Weise verfügbar waren. Insoweit hat die Beklagte vorgetragen, dass die Zeichnung auf Grundlage der bei K vorliegenden Unterlagen erstellt worden sei und dass den Geschäftsführern Maße und Toleranzen bekannt gewesen seien. Insbesondere hätten bei K Zeichnungen mit den von der Klägerin verwendeten Maßen, Toleranzen und sonstigen Angaben vorgelegen. Das ist schon auf Grundlage des unstreitigen Parteivorbringens keinesfalls ausgeschlossen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 437 |
| Ausreichend ist, dass sich ein anderer nachvollziehbarer Weg aufzeigt, wie die Beklagte Kenntnis von den in den Plänen enthaltenen Informationen erlangt haben könnte. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass K schon zu diesem Zeitpunkt Herstellerin von Ersatzteilen u.a. für das Aggregat der Klägerin war und damit unzweifelhaft über vertiefte Kenntnisse in Bezug auf die Bauteile verfügt hat.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 438 |
| Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang aber vor allem, dass mittlerweile unstreitig Zeichnungen der Klägerin von den hier maßgeblichen Bauteilen verfügbar waren. Jedenfalls lagen diese dem Prokuristen der K vor, der dazu angegeben hat, dass ein Mitarbeiter der deutschen Konzerngesellschaft der Klägerin ihm diese einige Jahre vor 2018 übermittelt                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 439 |

habe. Unerheblich ist insoweit, ob diese Zeichnungen K oder nur Herrn L als Prokuristen, Betriebsleiter und Abteilungsleiter persönlich vorlagen. Auch wenn K und Herr L gegenüber der Klägerin im Rahmen der geschlossenen Vergleiche versichert haben, in der Vergangenheit keine Konstruktionszeichnungen der Klägerin verwertet zu haben, hat die Beklagte sehr substantiiert dazu vorgetragen, dass Pläne der maßgeblichen Bauteile außerhalb des gesicherten PZA der Klägerin ohne Geheimhaltungsvorgaben schon einige Jahre vor 2018 verfügbar waren. Die Klägerin stützt ihr gesamtes Vorbringen jedoch auf die Behauptung, dass heute – und auch schon bis Ende 2012 – aufgrund der bestehenden Sicherungsmaßnahmen die Pläne für die Geschäftsführer der Beklagten nur durch unzulässige Umgehung der internen Sicherungsmaßnahmen greifbar gewesen sein sollen. Das ist so nicht mehr haltbar, da ganz offensichtlich die Geheimhaltungsmaßnahmen der Klägerin zu einem Zeitpunkt einige Jahre vor 2018 durchaus zu umgehen waren. Es geht zu Lasten der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Klägerin, dass nicht ersichtlich oder feststellbar ist, dass diese Umgehung der Sicherheitsmaßnahmen nach der Fertigung der Handzeichnung oder der Entwicklung des Aggregats der Beklagten erfolgt ist. Soweit das Vorbringen der Klägerin dahin ausgelegt werden könnte, dass die über Herrn L verfügbaren Pläne ursprünglich von der Beklagten, bzw. von deren Geschäftsführern stammen, gibt es dafür keine greifbaren Anhaltspunkte.

Da die Klägerin sich nicht darauf beruft, dass die Beklagte ihre Kenntnisse unberechtigt über K erlangt hat, war nicht weiter aufzuklären, ob die Beklagte – ihren Vortrag zu Grunde gelegt – in berechtigter Weise auf die bei K vorhandenen Kenntnisse und Unterlagen zurückgreifen konnte. 440

Folglich ist auf Grundlage der Durchsuchungsergebnisse für sich genommen nicht feststellbar, dass ein Gesellschafter der Beklagten die Pläne in Besitz hatte. Ein Besitz der Beklagten oder gar eine Verwendung der Pläne ist ebenfalls auf diesem Wege nicht feststellbar. 441

(cccc) 442

Verzichtbar ist auch in diesem Zusammenhang eine Auseinandersetzung mit dem umfangreichen Parteivortrag zu den Unterschieden und Übereinstimmungen in den Fertigungszeichnungen der jeweiligen Aggregate. Auch auf Grundlage des in erster Instanz eingeholten Sachverständigengutachtens kann der erforderliche Rückschluss nicht gezogen werden. Das Gutachten befasst sich im Wesentlichen mit dem Vergleich der jeweiligen Konstruktionszeichnungen der Parteien. Selbst wenn das Ergebnis der Begutachtung so auszulegen wäre, dass die Planung des Aggregats der Beklagten auf Grundlage von Plänen der Klägerin erfolgt sein muss, würde dies aus den genannten Gründen nicht den Schluss zulassen, dass die Beklagte die in den Plänen verkörperten Kenntnisse allein über ihre Geschäftsführer in der von der Klägerin allein behaupteten Art und Weise erlangt hat. 443

(dddd) 444

Auch im Rahmen einer Gesamtwürdigung der dargelegten Hilfstatsachen kann nicht mit der erforderlichen Sicherheit der Schluss gezogen werden, dass die Konstruktion des Aggregats der Beklagten auf Grundlage der im Sinne des Klägervortrags unrechtmäßig erlangten Pläne erfolgt ist. 445

Allein die Tatsache, dass nach den Feststellungen des Senats die Geschäftsführer der Beklagten schon während ihrer Anstellung bei der Klägerin die Gründung der Beklagten geplant haben, lässt darauf schließen, dass diese zur Vorbereitung und Sicherung ihrer 446

späteren Existenzgrundlage ein Interesse gehabt haben könnten, sich die maßgeblichen Pläne der Klägerin zu verschaffen. Selbst wenn unterstellt wird, dass ein Vergleich der Fertigungszeichnungen eine Verwendung der Pläne der klägerischen Zeichnungen nahe legt, besagt dies allerdings nichts über die Herkunft der Pläne, da die Beklagte sich diese Kenntnisse auch auf anderen Wegen verschafft haben kann.

(eeee) 447

Zu Recht hat das Landgericht in diesem Zusammenhang auf die Vernehmung des Zeugen X2 verzichtet. Dieser soll nach Behauptung der Klägerin (lediglich) aus eigener Wahrnehmung Angaben dazu machen können, dass sich – zu einem nicht näher benannten Zeitraum - in den Büroräumlichkeiten der Beklagten Pläne und Ordner mit Unterlagen der Klägerin befunden haben sollen. Die Beklagte hat aber selbst vorgetragen, dass ihr von einer Kundin („X3“) insgesamt sechs Ordner mit Unterlagen der Klägerin zu der Stopfmaschine „##-#6“ übergeben worden seien. Aus welchem Grund der Zeuge in der Lage sein sollte, Angaben zu den hier allein maßgeblichen Konstruktionszeichnungen zu machen, erschließt sich aus dem Vorbringen der Klägerin nicht. 448

(4) 449

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass ein Anspruch aus §§ 8 Abs. 1, 4 Nr. 3c UWG nicht in Betracht kommt. Da weder eine Nachahmung noch eine unredliche Kenntniserlangung feststellbar ist, erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen. 450

b) 451

Auch ein Unterlassungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte nach § 6 GeschGehG kommt nicht in Betracht. 452

aa) 453

Rechtsgrundlage könnte allein das am 26.04.2019 in Kraft getretene GeschGehG sein. Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes sind die vormals geltenden Regelungen §§ 17, 19 UWG, in denen der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen bislang geregelt war, außer Kraft getreten. 454

Das GeschGehG enthält weder Übergangsfristen noch Übergangsregelungen. Wird - wie hier - ein Unterlassungsanspruch geltend gemacht, hängt die Entscheidung über diesen von der Beurteilung der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung der Tatsacheninstanz ab. Ändert sich die Rechtslage im Hinblick auf einen ausschließlich zukunftsbezogenen Anspruch, ist das im Entscheidungszeitpunkt geltende (neue) Recht heranzuziehen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.11.2019 – 2 U 34/19; Hoppe/Oldekop, GRUR-Prax 2019, 324, 325 unter Hinweis auf BGH, NJW 2009, 3371 Rn. 17). Auch wenn ein Unterlassungsanspruch auf eine noch unter altem Recht vorgefallene Verletzungshandlung gestützt wird, ist der Unterlassungsanspruch deshalb nunmehr an § 6 GeschGehG zu messen. Ob ein auf Wiederholungsgefahr gestützter Unterlassungsanspruch in solchen Fällen voraussetzt, dass die beanstandete Handlung auch nach dem bisherigen Recht gemäß § 17 UWG a.F. verboten war (vgl. hierzu Hoppe/Oldekop, GRUR-Prax 2019, 324, 325), bedarf vorliegend keiner Erörterung. 455

bb) 456

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Die Voraussetzungen des § 6 GeschGehG sind nicht erfüllt. Danach kann der Inhaber des Geschäftsgeheimnisses den Rechtsverletzer bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch nehmen (§ 6 GeschGehG).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 457 |
| Damit müsste zunächst ein Geschäftsgeheimnis im Sinne von § 2 Nr. 1 GeschGehG vorliegen. Danach ist Geschäftsgeheimnis eine Information, die weder insgesamt noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne Weiteres zugänglich ist und daher von wirtschaftlichem Wert ist (Nr 1a) und die Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch den rechtmäßigen Inhaber ist (Nr. 2b) und bei der ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht.                                                                                                                                                                                                                                                                    | 458 |
| (1)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 459 |
| Es kann offenbleiben, ob es sich bei den Zeichnungen überhaupt um Geschäftsgeheimnisse in diesem Sinne handelt und ob bei einer etwa vorliegenden Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses in Form von Konstruktionszeichnungen für Teile des Aggregats der mit dem Hauptantrag zu 1) geltend gemachte Unterlassungsanspruch (Anbieten/Bewerben/Vertrieb des gesamten Aggregats) folgen könnte.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 460 |
| (2)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 461 |
| Jedenfalls sind den Umständen nach angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen (§ 2 Nr. 1b) GeschGehG nicht feststellbar.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 462 |
| (aa)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 463 |
| Die vom Inhaber des Geschäftsgeheimnisses getroffenen Geheimhaltungsmaßnahmen müssen angemessen sein. Bei der Angemessenheit handelt es sich um ein flexibles und offenes Tatbestandsmerkmal, das dem Gedanken der Verhältnismäßigkeit folgt. Die Angemessenheit setzt keinen optimalen Schutz voraus, weil anderenfalls der Geheimnisbegriff zu stark eingeschränkt würde. Es ist also nicht erforderlich, dass der Unternehmer zum Schutz seiner vertraulichen Informationen die nach den Umständen bestmöglichen und sichersten Maßnahmen ergreift (Ohly GRUR 2019, 441 (443)). Umgekehrt kann es zur Wahrung der Angemessenheit nicht genügen, wenn der Unternehmer – vielleicht um hohe Kosten und einen gesteigerten Organisationsaufwand zu vermeiden – lediglich ein Minimum an Schutzvorkehrungen ergreift (Alexander in: Köhler/Bornkamm/Feddersen a.a.O. § 6 GeschGehG Rn. 65 m.w.N.). | 464 |
| Die Angemessenheit bestimmt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. Es handelt sich nicht um einen absoluten, sondern einen relativen und dynamischen Maßstab. Für die rechtliche Bewertung ist auf die Sichtweise eines objektiven und verständigen Betrachters aus denjenigen (Fach-)Kreisen abzustellen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen. Bei der Bestimmung der Angemessenheit sind mehrere Wertungskriterien zu berücksichtigen (Alexander a.a.O. Rn. 66 m.w.N.):                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 465 |
| Von besonderer Bedeutung sind die Art und der wirtschaftliche Wert des Geheimnisses. Die Kosten für die Geheimhaltungsmaßnahmen müssen in einem vernünftigen Verhältnis zum Wert des Geschäftsgeheimnisses stehen, wobei sich kein festes Kosten-Wert-Verhältnis angeben lässt. Die Schwelle zur Unangemessenheit ist jedenfalls dann überschritten, wenn die Kosten für die Schutzmaßnahmen den Wert des Geschäftsgeheimnisses übersteigen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 466 |

Weitere Kriterien sind der Grad des Wettbewerbsvorteils durch die Geheimhaltung, etwaige Schwierigkeiten der Geheimhaltung sowie die konkrete Gefährdungslage. Auch die Unternehmensgröße und die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens sind in die Betrachtung mit einzubeziehen. Von einem weltweit tätigen Unternehmen können bspw. größere und finanziell aufwändigere Sicherungsvorkehrungen erwartet werden als von einem Handwerksbetrieb mit wenigen Angestellten. Ein weiteres Kriterium bildet die Wirtschaftsbranche, in der das Unternehmen tätig ist. Die branchenüblichen Sicherheitsstandards bilden einen wichtigen Anhaltspunkt für die Angemessenheit von Geheimhaltungsmaßnahmen (Alexander a.a.O. Rn. 67f m.w.N.).

Stellt sich heraus, dass die von einem Unternehmen getroffenen Sicherungsmaßnahmen überwindbar sind, dann steht dies einem Geheimnisschutz nach dem GeschGehG nicht grundsätzlich entgegen, solange die Maßnahmen bei objektiver Betrachtung angemessen sind und der Unternehmer auch keine Anhaltspunkte hatte, von einer unzureichenden Sicherung auszugehen (Alexander a.a.O.). 467

(bb) 468

Zur Wahrung des in den Plänen der Klägerin liegenden Geschäftsgeheimnisses ist ein hohes Maß an Sicherungsvorkehrungen angemessen. 469

Die Klägerin ist ein weltweit agierendes Unternehmen, das über Jahrzehnte eine marktbeherrschende Stellung innehatte. Die beträchtliche wirtschaftliche Bedeutung der Klägerin lässt sich auch daran ersehen, dass dem früheren Gesellschafter I3 bei seinem Ausscheiden ein dreistelliger Millionenbetrag zufiel. Auch noch heute bestimmt die Klägerin den Markt der Gleisbaumaschinen jedenfalls ganz maßgeblich mit. Das hier streitgegenständliche Stopfaggregat hat für das Unternehmen der Klägerin erhebliche Bedeutung. So beruft sie sich selbst darauf, dass es sich dabei um ihr „Flaggschiff“ handele. 470

(cc) 471

Die Klägerin hat umfangreich zu den von ihr getroffenen Sicherungsmaßnahmen vorgetragen (EDV-Sicherheitsrichtlinie, reglementierter Zugriff zum sog. PZA und Geheimhaltungsvereinbarungen mit Lizenznehmern). Es kann allerdings offenbleiben, welche Geheimhaltungsmaßnahmen zum Zeitpunkt der angeblichen Rechtsverletzung vor 2012 konkret getroffen worden waren. Die getroffenen Sicherheitskehrungen genügen den Anforderungen nicht und sind zu nicht näher feststellbaren Zeitpunkten in der Vergangenheit mehrfach umgangen worden, ohne dass die Klägerin angemessen darauf reagiert hätte, obwohl sie deutliche Anhaltspunkte dafür hatte, von einer unzureichenden Sicherung auszugehen. 472

(aaa) 473

Dies zeigt bereits der – hier ganz maßgebliche – Vorgang im Zusammenhang mit der Übermittlung der Unterlagen an K. Die Beklagte hat bereits mit Schriftsatz vom 06.02.2018 vorgetragen, dass K im Besitz von Zeichnungen der drei Bauteile Pickelarm, Schwenklager und Pickelhalter mit den von der Klägerin verwendeten Maßen, Toleranzen etc. sei. Die Beklagte und K hätten diese Zeichnungen bei der gemeinsamen Entwicklung des Flüsteraggregats verwendet. Dies war unzweifelhaft ein ganz deutlicher Hinweis darauf, dass ggf. Geheimhaltungsmaßnahmen der Klägerin unzureichend gewesen sein könnten. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass dieses Vorbringen eine durchaus nachvollziehbare Erklärung dafür bietet, dass die technischen Zeichnungen der Parteien 474

deutliche Übereinstimmungen aufweisen.

Erst in Folge des nochmals konkretisierten Beklagtenvorbringens hat sich die Klägerin mit 475  
Schriftsatz vom 21.06.2019 an K gewandt und eine Abmahnung ausgesprochen. Unabhängig  
davon, ob bereits Anfang 2018 Anlass für eine Abmahnung bestanden hätte, wäre in  
Anbetracht der Bedeutung des Geschäftsgeheimnisses zu erwarten gewesen, dass die  
Klägerin entsprechende Erkundigungen zu etwaigen Verletzungen von  
Geschäftsgeheimnissen bei K einholt, um ihre Maßnahmen überprüfen und verbessern zu  
können. Dies gilt in Anbetracht der Bedeutung der Pläne für das Unternehmen der Klägerin  
selbst dann, wenn sie den Vortrag der Beklagten – als aus ihrer Sicht vorgeschobene  
Begründung zur Verteidigung gegen die Klage – nicht für überzeugend erachtet haben sollte.

(bbb) 476

Mittlerweile ist unstreitig, dass dem Prokuristen der K jedenfalls im November 2018 477  
Zeichnungen der streitgegenständlichen Bauteile vorlagen. Nach eigenen Angaben hat er die  
Zeichnungen von einem Mitarbeiter der deutschen Konzerngesellschaft der Klägerin zu  
einem nicht näher mitgeteilten Zeitpunkt - mehrere Jahre vor 2018 - ohne  
Geheimhaltungsaufgabe erhalten. Diese Zeichnungen weisen sog. PZA-Stempel zwischen  
2005 und 2011 auf, die auf einen Zugriff verschiedener Mitarbeiter hinweisen. Teils sind die  
Unterlagen nicht mit einem PZA-Stempel versehen und/oder mehrfach übersandt worden.

Dieser Vorfall hat die Klägerin in zweiter Instanz zu einem Vorgehen gegen die K und dessen 478  
Prokuristen veranlasst, wobei sie Unterlassungserklärungen erwirkt hat. Obwohl nach den  
Angaben des Prokuristen der K deutliche Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass die (angeblich)  
getroffenen Geheimhaltungsmaßnahmen zu umgehen sind, ist weder vorgetragen noch sonst  
ersichtlich, dass die Klägerin überhaupt Maßnahmen ergriffen hat, um die Übermittlungen der  
Zeichnungen durch einen Mitarbeiter der dt. Konzerngesellschaft an Herrn L aufzuklären und  
entsprechende Schritte einzuleiten.

(ccc) 479

Ferner ist festzustellen, dass unstreitig mehrfach Zeichnungen der Klägerin von 480  
verschiedenen Bauteilen ohne Geheimhaltungsmaßnahmen frei zugänglich waren (z.B.  
Übermittlung durch die E2 oder durch den Kunden X3 für Stopfmaschine „##-#6“). Die  
pauschale Behauptung, dass mit Lizenznehmern Geheimhaltungsmaßnahmen vereinbart  
würden und dass kein Hinweis vorliege, dass diese nicht eingehalten würden, ist im Hinblick  
auf diese Vorfälle nicht hinreichend konkret. Dabei ist von Bedeutung, dass die Klägerin zu  
der Geheimhaltung für sämtliche Zeichnungen/Pläne einheitlich vorträgt. Folglich ist nach  
ihrem Vorbringen insoweit ein einheitlicher Maßstab für sämtliche Pläne anzulegen. Damit  
kann sich die Klägerin nicht darauf zurückziehen, dass sie keinen Anlass für die Annahme  
hatte, dass Sicherheitsvorgaben nicht eingehalten würden. Welche Maßnahmen die Klägerin  
im Zusammenhang mit der Freigabe der Pläne durch Kunden wie die E2 und den Kunden X3  
ergriffen hat, ist nicht ersichtlich.

(ddd) 481

Aus der Sichtweise eines objektiven und verständigen Betrachters aus den Fachkreisen der 482  
Parteien ist es aber zwingend erforderlich, in Anbetracht der Bedeutung des  
Geschäftsgeheimnisses jedem Hinweis auf eine Umgehung von (angeblichen)  
Geschäftsgeheimnissen sorgfältig nachzugehen und das Sicherheitskonzept zeitnah  
anzupassen oder Sanktionen zu ergreifen. Die aktuell ergriffenen Maßnahmen sind insoweit

nicht ausreichend und es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass diese bis Ende 2012 einen deutlich höheren Standard hatten. Vielmehr ist auf Grundlage der Angabe der Klägervertreterin im Senatstermin davon auszugehen, dass die aktuell getroffenen Maßnahmen eine Verbesserung darstellen. Insoweit hat die Vertreterin der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auch eingeräumt, dass „früher“ den Mitarbeitern ein größeres Vertrauen entgegengebracht worden sei. Die Geheimhaltungsmaßnahmen seien aber fortlaufend verbessert worden. Dass diese Maßnahmen zum Zeitpunkt der angeblichen Rechtsverletzung ausreichend waren, ist damit auf Grundlage des klägerischen Vorbringens im Hinblick auf die mehrfache Umgehung der jeweiligen Maßnahmen und die Reaktion der Klägerin nicht feststellbar.

(2) 483

Zudem müssen sich die Maßnahmen nach § 6 GeschGehG gegen den Rechtsverletzer richten. Wie sich bereits aus den Ausführungen zu dem Anspruch nach § 8 Abs. 1, 3, 4 Nr.3c UWG ergibt, ist aber nicht feststellbar, dass die Beklagte eine derartige Rechtsverletzung begangen hat. 484

2. Hilfsantrag zu 1) 485

Der Klägerin steht gegen die Beklagte auch der mit dem 1. Hilfsantrag geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht zu. Dieser könnte allein aus § 6 GeschGehG folgen. Die Voraussetzungen sind jedoch aus den bereits dargelegten Gründen nicht erfüllt. 486

3. Hilfsantrag zu 2) 487

Auch der mit dem 2. Hilfsantrag geltend gemachte Unterlassungsanspruch steht der Klägerin nicht zu. Denkbar wären wiederum Ansprüche aus §§ 8 Abs. 1, 3, 4 Nr. 3c UWG oder aus § 6 GeschGehG. Die Voraussetzungen liegen jedoch nicht vor. Insoweit wird auf die dargestellte rechtliche Bewertung verwiesen. 488

4. Hilfsantrag zu 3) 489

Der mit dem 3. Hilfsantrag geltend gemachte Unterlassungsanspruch könnte allenfalls aus § 6 GeschGehG folgen, die Voraussetzungen sind jedoch aus den dargelegten Gründen nicht erfüllt. Ein Anspruch der Klägerin kommt auch insoweit nicht in Betracht. 490

5. Anträge zu 3) – 5) 491

Die mit den Anträgen zu 3) – 5) geltend gemachten Annexansprüche stehen der Klägerin nicht zu. Weder die Voraussetzungen der Anspruchsnormen nach dem UWG (§ 9) oder § 242 BGB, noch nach dem GeschGehG (§§ 8, 10) sind erfüllt. 492

D. Berufung der Beklagten 493

Die zulässige Berufung der Beklagten ist ebenfalls unbegründet. Zu Recht hat das Landgericht die Widerklage zurückgewiesen. Die Beklagte hat einen Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin nicht schlüssig dargelegt. 494

1. 495

In Betracht kommt zunächst ein Anspruch nach § 945 ZPO. Erweist sich die Anordnung einer einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt, ist die Partei, welche die 496

einstweilige Verfügung erwirkt hat, danach verpflichtet, dem Gegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Vollziehung der angeordneten Maßregel entsteht.

Es kann offenbleiben, ob die einstweilige Verfügung bei richtiger Beurteilung der tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten zum Zeitpunkt des Erlasses nicht hätte ergehen dürfen. Rechtsfolge der genannten Voraussetzungen ist ein Anspruch auf Ersatz des durch die Vollziehung adäquat kausal verursachten unmittelbaren oder mittelbaren Schadens. Schaden im Sinne des § 945 ZPO sind die durch die Vollstreckung entstandenen Vermögensnachteile. Gemäß §§ 249 ff BGB ist der Betroffene so zu stellen, wie er stünde, falls die Vollziehung der einstweiligen Verfügung nicht stattgefunden hätte. Vorrangig hat dies nach § 249 BGB in Form der Naturalrestitution zu geschehen. Ist dies nicht möglich, hat der Schuldner für die unmittelbar betroffenen Rechtsgüter Schadenersatz in Geld nach § 251 Abs. 1 BGB zu leisten und für den entgangenen Gewinn des Gläubigers nach § 252 BGB einzustehen. 497

Entgangener Gewinn aufgrund der Vollstreckung aus einer ungerechtfertigten einstweiligen Verfügung ist mithin Teil des zu ersetzenden Schadens. Es fehlt allerdings schon Vorbringen dazu, wie die Beklagte (wirtschaftlich) ohne die Vollziehung der einstweiligen Verfügung gestanden hätte. Auch ohne die einstweilige Verfügung wären der Beklagten die für die Teilnahme an der Messe behaupteten Aufwendungen entstanden. Damit wären die hier angesetzten Aufwendungen in jedem Fall entstanden und stellen keine durch die Vollstreckung entstandenen Vermögensnachteile dar. Dabei ist auch zu beachten, dass es nur möglich war, für die gesamte Dauer der Messe einen Platz zu buchen. 498

Da das Aggregat jedenfalls für die hälftige Zeit der Messe ausgestellt werden konnte, wäre es unabhängig davon erforderlich gewesen, dass die Beklagte zu entsprechenden Einkünften/Vertragsabschlüssen vorträgt. Entgegen der Auffassung der Beklagten kommt es keinesfalls streitentscheidend darauf an, ob vorliegend ggf. eine Rentabilitätsvermutung greifen könnte (vgl. dazu: OLG Düsseldorf, Urteil vom 04.09.2003 – 2 U 24/02). Im Hinblick auf den Verkaufspreis des Aggregats hätten sich die Aufwendungen schon bei einem einzelnen Verkauf rentiert und könnten nicht als Schaden geltend gemacht werden. Da Vortrag zu den Einkünften auf der Messe fehlt, kann ein denkbarer Schaden auch nicht nach § 287 ZPO geschätzt werden. 499

2. 500

Ansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB (Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) und § 826 BGB kommen ebenfalls nicht in Betracht. Auch insoweit fehlt es an einem schlüssig dargelegten Schaden der Beklagten. 501

III. 502

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 503

Die Revision war für die Klägerin zuzulassen, soweit es den von ihr geltend gemachten Unterlassungsanspruch (Klageantrag zu 1) und diesbezüglicher 2. Hilfsantrag)) betrifft. Bei der insoweit streitentscheidenden Frage, ob im Rahmen einer Nachahmung im Sinne des § 4 Nr. 3c UWG auch auf die für die angesprochenen Verkehrskreise bedeutsame (technische) Funktionsweise des angeblich nachgeahmten Gegenstandes abgestellt werden kann, handelt es sich um eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO). 504

505

Dagegen war die Revision für die Beklagte nicht zuzulassen. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO).

---