
Datum: 31.08.2007
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 80/02
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2007:0831.6U80.02.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 81 O 78/99
Normen: UWG §§ 4 Nr. 9, 17; InsO §§ 47, 85, 86

Tenor:

A) Auf die Berufung der Klägerin wird das am 22.3.2002 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 81 O 78/99 – teilweise abgeändert und, soweit der Senat noch nicht durch das Teilurteil vom 17.1.2003 – 6 U 80/02 - entschieden hat, im Hauptausspruch insgesamt wie folgt neu gefasst:

I.) Der Beklagte zu 1) wird verurteilt,

1.) es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten zu unterlassen,

in der Bundesrepublik Deutschland ein Gerüst und/oder Bauteile eines Gerüsts anzubieten und/oder in den Verkehr zu bringen, bei denen die zur Verbindung der Vertikalstiele mit den Riegeln, Diagonalen und sonstigen Bauteilen des Gerüsts dienenden Köpfe der Riegel und/oder die Köpfe der Diagonalen und/oder die Köpfe sonstiger Bauteile wie aus den nachstehend eingeblendeten Abbildungen ersichtlich ausgebildet sind:

am Rundrohrriegel:

pp.

am U-Querriegel:

pp.

an der Diagonale:

pp.

wenn die betreffenden Riegel, Diagonalen und sonstigen Bauteile des Gerüsts mit den Bauteilen des M.-B. Gerüsts der Klägerin vermischt werden können und bei der Produktgestaltung die auf den nachfolgenden Seiten 5 – 8 dieses Urteils verkleinert wiedergegebenen vier Konstruktionszeichnungen benutzt worden sind;

2.) der Klägerin unter Beifügung gut lesbarer Kopien der Aufträge (Bestellungen), der Lieferscheine und der Rechnungen in Form einer geordneten, nach Kalendermonaten gegliederten Aufstellung vollständig Rechnung über Handlungen der Schuldnerin gemäß vorstehender Ziff. 1 in dem Zeitraum zwischen dem 10.11.1998 und dem 12.3.2003 zu legen, und zwar beim Inverkehrbringen von Gerüstteilen jeweils unter Angabe des betreffenden Teils mit Artikelnummer, Menge, Lieferzeit, Rechnungswert und Abnehmer mit Firma und Adresse sowie ferner unter Darlegung ihrer Gestehungskosten (Herstellungs- und/oder Beschaffungskosten) und Vertriebskosten, mit der Angabe der einzelnen Kostenfaktoren, soweit diese unmittelbar auf Beschaffung oder Vertrieb der Gerüstteile entfallen, sowie des erzielten Gewinns, der nicht durch Abzug von Fixkosten und variablen Gemeinkosten gemindert ist, wobei es ihm freigestellt ist, die Angaben über die Abnehmer nicht der Klägerin bekanntzugeben, sondern einem von dieser benannten, zur Verschwiegenheit verpflichteten Wirtschaftsprüfer, sofern er diesen ermächtigt und verpflichtet, der Klägerin darüber Auskunft zu geben, ob bestimmte Lieferungen oder bestimmte Abnehmer in der erteilten Auskunft enthalten sind.

II.) Es wird festgestellt, dass der durch Forderungsanmeldung vom 16.05. 2003 (laufende Nr. 267) zur Insolvenztabelle angemeldete Schadensersatzanspruch dem Grunde nach berechtigt ist.

III.) Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

B) Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

C) Die Kosten des Verfahrens beider Instanzen – bis auf die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2) – 5) - haben die Klägerin zu 85 % und der Beklagte zu 1) zu 15 % zu tragen.

D) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte kann jedoch die Vollstreckung des Unterlassungs- und des Auskunftsanspruches durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Sicherheitsleistung beträgt hinsichtlich der Unterlassungsverpflichtung 35.000 € und hinsichtlich der Verpflichtung zur Rechnungslegung 7.500 €.

Die Vollstreckung des Kostenerstattungsanspruches kann der jeweilige Vollstreckungsschuldner durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

E) Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

1

Die Klägerin ist Herstellerin und Vertreiberin von Gerüsten. Sie bietet u.a. das Modul-Gerüst "M.-B." an. Modulgerüste sind solche, deren Einzelelemente nicht – zum Beispiel als sogenannte "Stellrahmen" – vorgefertigt sind, sondern die aus einzelnen Bauteilen, den "Modulen", zusammengesetzt werden. Entscheidend für die Qualität und den Verkaufserfolg eines derartigen Modulgerüstes ist insbesondere die Verbindungstechnik, also die Technik, mit der die Vertikalrohre (= "Vertikalstiele") mit den Horizontalrohren (= "Riegel") verbunden werden. Bei dem Gerüst "M.-B." ist die Verbindungstechnik unter Verwendung einer "Lochscheibe" gestaltet. Diese Lochscheibe ist in regelmäßigen Abständen auf den Vertikalstielen angebracht und weist abwechselnd vier größere und vier kleinere Aussparungen auf. Mit ihrer Hilfe können die erwähnten Riegel in nahezu beliebigen Winkeln mit wenigen Handgriffen sicher angebracht werden. Die Technik, mit einer solchen Lochscheibe und den dazugehörigen Anschlussstücken die beschriebenen Verbindungen herzustellen, hat sich bewährt, sie war früher zugunsten der Klägerin bzw. ihrer Rechtsvorgänger patentiert, der Patentschutz ist indes seit langem abgelaufen.

2

Der Beklagte zu 1) ist Insolvenzverwalter der im Laufe des Berufungsverfahrens in Insolvenz gefallenen q. c. GmbH & Co. KG (im folgenden: "Schuldnerin").

3

- Die Klägerin hat in dem Vorprozess 84 O 110/95 LG Köln = 6 U 161/96 OLG Köln = I ZR 101/97 BGH u.a. die Schuldnerin wegen unlauterer Nachahmung ihres Modulgerüstes "M.-B." durch ein von der Schuldnerin früher unter der Bezeichnung "c.-s." vertriebenes Gerüst in Anspruch genommen. Das Verfahren, das zu der Entscheidung "Modulgerüst" des Bundesgerichtshofs geführt hat (BGH GRUR 2000, 521 ff.), ist durch Rücknahme der Berufung der Schuldnerin und der weiteren Beklagten jenes Verfahrens inzwischen abgeschlossen. 4
- Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, das sich in erster Instanz nur gegen die damals noch solvente Schuldnerin und ihre ehemaligen Geschäftsführer, die Beklagten zu 2) und 3), gerichtet hat, ist u.a. der Vorwurf der unlauteren Nachahmung im Sinne des (heutigen) § 4 Nr. 9 UWG durch das damals von der Schuldnerin vertriebene Gerüst "c.-g.". Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, auch hinsichtlich dieses Gerüstes bestehe die Gefahr vermeidbarer Herkunftstäuschungen, die sie insbesondere wegen qualitativer Mängel des angegriffenen Gerüstes nicht hinnehmen müsse. Außerdem hat sie – wie bereits in dem vorerwähnten Vorprozess bezüglich des Gerüstes "c.-s." – den Vorwurf des Geheimnisverrates (§ 17 UWG) erhoben. Hierzu hat die Klägerin folgendes vorgetragen: 5
- Sie habe für die Anschlussköpfe der Vertikalstiele und der Riegel ihres Modulgerüstes "M.-B." Fertigungszeichnungen erstellt und diese ihrer Vorlieferantin, der R. X. GmbH & Co. KG, zur Verfügung gestellt. Bei diesen Zeichnungen handele es sich um jene, die in Kopie dem als Anlage K 27 bei der Akte befindlichen Gutachten des Patentanwalts D. beigelegt sind. Diese weisen die Firma der Klägerin nebst einem Firmenlogo und ihrer Anschrift auf und enthalten folgenden Vermerk: 6
- "Weitergabe sowie Vervielfältigung dieser Unterlage, Verwertung und Mitteilung ihres Inhalts nicht gestattet, soweit nicht ausdrücklich zugestanden. Zuwiderhandlungen verpflichten zu Schadensersatz. Alle Rechte für den Fall der Patenterteilung oder Gebrauchsmuster – Eintragung vorbehalten ..."* 7
- Die Klägerin hat behauptet, die Schuldnerin habe diese Zeichnungen von der X. GmbH & Co. KG erhalten und sowohl für das im Vorprozess angegriffene Gerüst "c.-s." als auch für das im vorliegenden Verfahren streitgegenständliche Gerüst "c.-g." verwendet. 8
- Mit ihrem Klageantrag zu 1), dessen Wortlaut einschließlich eines Hilfsantrages auf den Seiten 5 -11 der angefochtenen Entscheidung wiedergegeben ist, hat die Klägerin begehrt, der Schuldnerin und den Beklagten zu 2) und 3) das Anbieten oder Inverkehrbringen eines Gerüstes zu untersagen, bei dem die zur Verbindung näher bezeichneter Bauteile dienenden Lochscheiben und/oder die Köpfe der Riegel, der Diagonalen und/oder sonstiger Bauteile in der aus den Farabbildungen Blatt 4 -7 ersichtlichen Weise ausgestaltet sind. Die Klägerin hat in der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz weiter entsprechend ihrer Ankündigung unter Ziffern 2) und 3) der Klageschrift Rechnungslegung und die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Schuldnerin und der Beklagten zu 2) und 3) begehrt, ohne dass dies in den Tatbestand der landgerichtlichen Entscheidung Eingang gefunden hätte. 9
- Die Schuldnerin und die Beklagte zu 2) und 3), die die Abweisung der Klage begehrt haben, haben sich auf eine eigene Entwicklung des streitgegenständlichen Gerüstes berufen und vorgetragen, wegen dessen unterschiedlicher Ausgestaltung kämen Ansprüche aus unlauterer Nachahmung, insbesondere vermeidbarer Herkunftstäuschung, nicht in Betracht. Auch ein Geheimnisverrat oder die unlautere Ausnutzung fremder Pläne liege nicht vor, weil zum Einen für sie nicht ersichtlich gewesen sei, dass die ihnen von der R. X. GmbH & Co. KG übergebenen Zeichnungen vertraulich gewesen seien. Zum Anderen seien jene Zeichnungen 10

für das hier streitgegenständliche Gerüst "c.-g." nicht Grundlage gewesen. Das sei auch nicht möglich gewesen, weil dieses Gerüst in seinen Maßen dafür zu sehr von dem klägerischen Gerüst "M.-B." abweiche.

Das Landgericht hat mit der angefochtenen Entscheidung, auf deren Wortlaut im Übrigen Bezug genommen wird, die Klage – und zwar ausdrücklich auch hinsichtlich der Annexansprüche auf Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzpflicht – mit der Begründung abgewiesen, im Lichte der Entscheidung "Modulgerüst" des BGH könnten die Voraussetzungen einer wegen der Gefahr vermeidbarer Herkunftstäuschung unlauteren Nachahmung nicht bejaht werden. Soweit Ähnlichkeiten in der Ausgestaltung vorlägen, seien diese in dem von dem BGH der Schuldnerin zugebilligten Kompatibilitätsinteresse hinzunehmen, zumal nicht festgestellt werden könne, dass das angegriffene Gerüst von geringerer Qualität als dasjenige der Klägerin sei. 11

In dem gegen diese Entscheidung gerichteten Berufungsverfahren hat die Klägerin ihre erstinstanzlichen Klageanträge in modifizierter Form weiter verfolgt. Das Gerüst stelle eine unter verschiedenen Aspekten unlautere Nachahmung ihres Gerüsts "M.-B." dar, es liege ein Fall planmäßiger Behinderung vor, zudem seien die Klageansprüche deswegen begründet, weil die Schuldnerin auf die beschriebene Weise die Fertigungszeichnungen unredlich erlangt habe bzw. insoweit ein Geheimnisverrat im Sinne des § 17 UWG vorliege. 12

Durch Teilurteil vom 17.01.2003 – 6 U 80/02 – hat der Senat die Berufung hinsichtlich des Unterlassungs- und der Annexansprüche zurückgewiesen, soweit diese die Lochscheibe des Gerüsts "c.-g." zum Gegenstand haben, weil eine unlautere Nachahmung nicht vorliege und der Vorwurf des Geheimnisverrats die Lochscheibe nicht betreffe. Das Teilurteil ist rechtskräftig geworden, nachdem der Bundesgerichtshof im Verfahren I ZR 38/03 die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision, soweit sie die Beklagten zu 2) und 3) betraf, zurückgewiesen und die Klägerin anschließend die Beschwerde im Übrigen zurückgenommen hat. 13

Nachdem die Schuldnerin in Insolvenz gefallen und der Beklagte zu 1) durch Beschlüsse des Amtsgerichts Hagen vom 10.01.2003 und 12.03.2003 – 109 IM 13/03 – zum vorläufigen und durch den weiteren Beschluss vom 28.3.2003 zum Insolvenzverwalter bestellt worden war, hat die Klägerin die Klage mit der Begründung auf die Beklagte zu 4) und deren Geschäftsführer, den Beklagten zu 5), erweitert, die Beklagte zu 4) führe die Geschäfte der Schuldnerin fort und müsse daher wie diese haften. Nachdem die Beklagten zu 4) und 5) dieser Klageerweiterungen nicht zugestimmt und der Senat dieses Prozessverhalten als nicht missbräuchlich erklärt hatte, hat die Klägerin die Klage gegen die Beklagten zu 4) und 5) wieder zurückgenommen. Einen Kostenantrag haben die Beklagten zu 4) und 5) nicht gestellt. 14

Soweit der auf Unterlassung gerichtete Berufungsantrag zu 1) ursprünglich gegen die Beklagten zu 2) und 3) gerichtet war und nicht die von dem Teilurteil erfasste Lochscheibe zum Gegenstand hatte, haben die Parteien ihn in der mündlichen Verhandlung vom 03.12.2004 übereinstimmend für erledigt erklärt. Die weitergehenden Anträge gegen die Beklagten zu 2) und 3) hat die Klägerin sodann zurückgenommen. Die Klägerin und die Beklagten zu 2) und 3) haben Einigkeit darüber erzielt, wechselseitig einen Kostenantrag nicht stellen zu wollen. 15

Mit Schriftsatz vom 31.05.2005 hat die Klägerin bezüglich der Schuldnerin den Rechtsstreit gegen den nunmehrigen Beklagten zu 1), den Insolvenzverwalter, aufgenommen. Sie stützt sich insbesondere auf die behauptete Verwendung ihrer Fertigungszeichnungen (auch) für 16

das streitgegenständliche Gerüst "c.-g.".

Die Klägerin beantragt nach mehrfacher Neufassung ihrer Berufungsanträge,	17
unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung	18
1.) den Beklagten zu 1) entsprechend Ziffer A I 1.) dieser Entscheidung, jedoch ohne Beschränkung auf die Verwendung der vier aus S. 5 – 8 dieses Urteils ersichtlichen Zeichnungen,	19
hilfsweise mit der Maßgabe zu verurteilen, dass bei dem Gerüst die betreffenden Riegel (einschließlich Rohrriegel, U-Querriegel, verstärkte Riegel und Doppelriegel) Längen von 0,42 m, 0,73 m, 1,09 m, 1,40 m, 1,57 m, 2,07 m, 2,57 m, 3,07m und/oder 4,14 m und die betreffenden Diagonalen (für eine Feldhöhe von 2,00 m) Längen von 2,12 m, 2,25 m, 2,49 m, 2,81 m, 3,18 m und/oder 3,58 m, (für eine Feldhöhe von 0,50 m) Längen von 1,55 m, 2,02 m, 2,51 m und/oder 3,00 m, für eine Feldhöhe von 1,00 m) Längen von 1,77 m, 2,20 m, 2,60 m, und/oder 3,12 m, und/oder (für eine Feldhöhe von 1,50 m) Längen von 2,10 m, 2,47 m, 2,89 m und/oder 3,32 m aufweisen;	20
weiter hilfsweise die Verurteilung des Beklagten zu 1) entsprechend der obigen Tenorierung zu A I 1.);	21
letztlich hilfsweise, den Unterlassungsanspruch gegen die Schuldnerin, soweit er auf Handlungen vor der Anordnung des allgemeinen Verfügungsverbots am 12. März 2003 beruht und durch Forderungsanmeldung vom 16. Mai 2003 mit dem Betrag von € 5.652.000,00 zur Insolvenztabelle angemeldet wurde (laufende Nr. der Anmeldung: 265), zur Insolvenztabelle festzustellen;	22
2.) den Beklagten zu 1) nach Maßgabe von Ziff. A I 2) des vorstehenden Tenors, jedoch ohne Befristung auf den 12.3.2003 zur Rechnungslegung zu verurteilen;	23
hilfsweise, den Anspruch auf Rechnungslegung über Handlungen der Schuldnerin gemäß dem Klageantrag zu Ziff. 1 bis zur Anordnung des allgemeinen Verfügungsverbots am 12. März 2003, der durch Forderungsanmeldung vom 16. Mai 2003 mit dem Betrag von € 1.884.000,00 zur Insolvenztabelle angemeldet wurde (laufende Nr. der Anmeldung: 266), zur Insolvenztabelle festzustellen;	24
3.) den Schadensersatzanspruch, der durch Forderungsanmeldung vom 16.05.2003 (laufende Nr. 267) zur Insolvenztabelle angemeldet worden ist, dem Grunde nach zur Insolvenztabelle festzustellen;	25
4.) festzustellen, dass der Beklagte zu 1) verpflichtet ist, ihr allen Schaden zu ersetzen, der ihr seit Anordnung des allgemeinen Verfügungsverbotes am 12.03.2003 bis zum 31.12.2003 durch Handlungen des Beklagten zu 1), nach dem 01. Januar 2004 durch Handlungen der E. q. c. GmbH, gemäß dem Klageantrag zu 1) entstanden ist oder noch entstehen wird.	26
Schließlich beantragt die Klägerin, dem Beklagten zu 1) aufzugeben, zu den in der Sitzung vom 15.06.2007 überreichten Anlagen SA II bis V (verkleinert = S. 5 – 8 dieses Urteils) besser lesbare Kopien zu den Akten zu reichen.	27
Der Beklagte zu 1) beantragt,	28
die Berufung sowie den Antrag auf Vorlage weiterer Kopien zurückzuweisen.	29

Er wiederholt zum Vorwurf des Geheimnisverrates den erstinstanzlichen Vortrag der Schuldnerin, wegen der unterschiedlichen Gestaltung der Lochscheibe sei es ausgeschlossen, dass die Konstruktionspläne der Klägerin (auch) für das Gerüst "c.-g." ursächlich geworden seien. Außerdem behauptet er erstmals mit Schriftsatz vom 04.10.2006, weder die Schuldnerin, noch die X. GmbH & Co. KG hätten die fraglichen Zeichnungen von der Klägerin zur Verfügung gestellt erhalten. Tatsächlich habe die X. GmbH & Co. KG von der Klägerin allenfalls Rohzeichnungen, aber nicht die Konstruktionsbezeichnungen mit den maßgeblichen produktionsbezogenen Werten bekommen. Solche Werte habe die Klägerin gar nicht zur Verfügung gehabt, weil sie die Lochscheiben und Riegelköpfe für ihr Allround-Gerüst nicht selber herstelle, sondern diese Teile gerade von der X. GmbH & Co. KG herstellen und sich zuliefern lasse. Diese habe die Werte ermittelt, weswegen eine weitgehende Übereinstimmung der Maße und Toleranzen vorgezeichnet gewesen sei. Aus diesem Grunde seien die von der Klägerin erwähnten Maße auch in der Zeichnung der X. GmbH & Co. KG für die Fertigung des Gerüstes "c.-s." angegeben worden. Diese seien als Zeichnungen der X. GmbH & Co. KG gekennzeichnet gewesen und hätten einen Hinweis auf das Gerüst der Klägerin oder einen Vertraulichkeitsvermerk nicht enthalten.

Im Übrigen könnten die Maße der Gerüstteile der Klägerin durch eine 3 D-Koordinatenmessmaschine von den freiverkäuflichen Exemplaren des Anschlusskopfes der Klägerin abgenommen werden. Hierzu hat der Beklagte zu 1) mit Schriftsatz vom 19.04.07 noch vorgetragen, über eine derartige Koordinatenmessmaschine habe die "q. Umformtechnik", die heutige "Schmiedetechnik R.", damals verfügt.

Der Senat hat ein Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. Dr. I. T. über die Behauptung der Klägerin eingeholt, den Konstruktionszeichnungen für die Bauteilköpfe des Gerüstes "c.-g." der Schuldnerin, lägen ihre, der Klägerin, Zeichnungen für die entsprechenden Bauteilköpfe ihres Gerüstes "M.-B." zugrunde. Wegen des Ergebnisses dieser Beweiserhebung wird auf das ab Blatt 1078 bei der Akte befindliche schriftliche Gutachten und das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 15.6.2007 Bezug genommen, in dem das Gutachten – auch im Hinblick auf die Möglichkeit einer Verwendung der erwähnten 3 D-Koordinatenmessmaschine – von dem Sachverständigen erläutert worden ist.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Akten 84 O 110/95, 81 O 37/97 und 81 O 119/97, alle LG Köln, Bezug genommen, die sämtlich Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

Entscheidungsgründe

Nachdem der Senat durch inzwischen rechtskräftiges Teilurteil vom 17.01.2003 – 6 U 80/02 – die Berufung teilweise, nämlich soweit mit ihr die Lochscheibe betreffende Ansprüche weiter verfolgt worden sind, abgewiesen hat, ist durch das vorliegende Schlussurteil über die weiteren noch geltend gemachten, die Köpfe der Gerüstteile betreffenden Ansprüche zu befinden. Diese sind im zuerkannten Umfang begründet, im übrigen ist die Berufung zurückzuweisen.

A. Unterlassungsantrag

Der Unterlassungsanspruch ist in der Fassung des zweiten Hilfsantrages begründet.

I.

39

Das ursprünglich gegen die Schuldnerin gerichtete Verfahren ist durch die Insolvenz zunächst unterbrochen, dann aber gegen den Beklagten zu 1) aufgenommen worden.

1. 40

Nachdem das Insolvenzgericht bereits durch Beschluss vom 10.01.2003 – 109 IN 13/03 AG Hagen – den Beklagten zu 1) zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt hatte, ist durch das mit dem ergänzenden Beschluss vom 12.03.2003 gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 2 1. Alt. InsO ausgesprochene allgemeine Verfügungsverbot gemäß § 240 Satz 1 und 2 ZPO das gegen die Schuldnerin gerichtete Verfahren unterbrochen worden. Die die Verfahrensunterbrechung im Falle der Insolvenz anordnende Vorschrift des § 240 ZPO greift auch dann ein, wenn – wie im vorliegenden Verfahren – gegen den Insolvenzschuldner wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche geltend gemacht werden (vgl. nur Teplitzky, Kap. 48, Rz. 7; Harte/Henning/Brüning, vor § 12 UWG, Rz. 217; Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 85 Rz. 11 a. E.; MünchKomm InsO-Schumacher, vor §§ 85 – 87 Rz 28). 41

2. 42

Die Klägerin hat mit – diesem im Hinblick auf § 250 ZPO am 10. 6. 2005 zugestelltem - Schriftsatz vom 31.05.2005 das Verfahren gegen den Beklagten zu 1) als Insolvenzverwalter aufgenommen. Die Aufnahme des wegen der Insolvenz unterbrochenen Verfahrens richtet sich als Passivprozess nach § 86 InsO, dessen Voraussetzungen erfüllt sind. 43

Ob ein Verfahren einen Passiv- oder einen nicht § 86 InsO, sondern § 85 InsO unterfallenden Aktivprozess darstellt, ist aus der Sicht der Schuldnerin zu beurteilen. Dabei kommt es nicht auf die Parteirolle im Prozess, sondern auf die materielle Rechtslage an (vgl. BGH ZIP 95, 643 f; Braun/Kroth, InsO, 2. Aufl., § 85 Rz. 2; MünchKommInsO-Schumacher, § 85 Rz 4; Kübler/Prütting-Lüke, InsO § 86 Rz. 4; Graf-Schlicker/Scherer, InsO, § 86 Rz.1). 44

Während der BGH in älteren Entscheidungen zur Rechtslage nach der früheren Konkursordnung die Auffassung vertreten hat, es handele sich bei gegen den Gemeinschuldner gerichteten Unterlassungsansprüchen um Aktivprozesse (BGH GRUR 66, 218 f – "Dia-Rähmchen III"; GRUR 83, 179 f – "Stapel-Automat"), wird inzwischen ganz überwiegend die Meinung vertreten, es handele sich um Passivprozesse, und zwar entweder generell, oder doch für den Fall, dass dem Kläger ein Aussonderungsrecht zur Verfügung steht (vgl. Schmidt, ZZP, 38, 56 ff ; Jaeger/Henkel, KO, § 10 Rz 21 – 23 [beide zur Konkursordnung]; MüKo InsO-Schumacher, § 86 Rz. 7; Braun-Kroth, § 86 Rz. 4; Uhlenbruck, § 86 Rz. 6; Graf-Schlicker/Scherer a. a. O. § 86 Rz. 2, FK-InsO/App § 86 Rz. 10 (Patent(; Hamburger Kommentar InsO-Kuleisa; vgl. auch Teplitzky, Kap. 48 Rz 14 f). Nach Auffassung des Senats handelt es sich bei dem hier in Rede stehenden Unterlassungsantrag der Klägerin aus der maßgeblichen Sicht der Schuldnerin um einen Passivprozess. Die Insolvenzmasse ist durch das Verfahren passiv betroffen, weil – insofern vergleichbar wie bei einer Leistungsklage aus § 985 BGB – verhindert werden soll, dass die streitgegenständlichen Gerüste bzw. Gerüstteile weiter vertrieben werden. 45

Die Klägerin war auch berechtigt, das Verfahren aufzunehmen, weil mit dem Klageantrag zu 1) im Sinne des § 86 Abs. 1 Nr.1 InsO ein Aussonderungsanspruch geltend gemacht wird oder die Klägerin sich doch sinngemäß auf die Bestimmung stützen kann. Es ist allgemein anerkannt, dass Unterlassungsansprüche unter die Regelung des § 86 Abs. 1 Ziffer 1 InsO fallen können: Dies wird insbesondere angenommen für Rechte aus Patenten und Marken (z. B. MünchKommInsO-Schumacher, § 86 Rz. 7 (Patent(; Uhlenbruck, § 86 Rz. 6 (Marke oder Patent(; Braun-Kroth, § 86 Rz. 4 (Marke(; FK-InsO/App § 86 Rz. 10 (Patent(; Hamburger 46

Kommentar InsO-Kuleisa (Marken, Lizenzen(; Graf-Schlicker/Scherer a. a. O. § 86 Rz. 2 (aussonderungsfähige Patente und sonstige Immaterialgüterrechte()). Über die Verfolgung von Ansprüchen hinaus, die sich aus absoluten Rechten wie Marken oder Patenten ergeben, wird ein Aussonderungsrecht im Sinne des § 86 Abs. 1 Ziffer 1 InsO teilweise auch für die Fälle bejaht, in denen sich der geltend gemachte Anspruch auf bzw. gegen ein Verhalten richtet, das die Masse vermögensmäßig mehren würde (Kübler/Prütting-Lüke, § 86 Rz. 9); es wird auch vertreten, der Unterlassungsstreit sei deswegen ein Aussonderungsstreit, weil der durchzusetzende Unterlassungsanspruch der Verteidigung eines aussonderungsfähigen Rechtes gegen die Masse diene (Schmidt, ZZP 90, 38 ff, 53). Nach Auffassung von Häsemeyer (Insolvenzrecht, 3. Aufl., Rz. 10.52) muss der im Wettbewerb auf Unterlassung in Anspruch genommene Kläger den Prozess aufnehmen können.

Vor dem dargestellten Hintergrund kann zunächst als gefestigte Meinung angesehen werden, dass Unterlassungsansprüche, die auf Patente bzw. Marken (oder vergleichbare absolute Rechte) gestützt werden, im Sinne der Vorschrift zur Aussonderung berechtigten. Dem schließt sich der Senat an. Gemäß § 47 Satz 1 InsO ist u. a. derjenige nicht Insolvenzgläubiger, der aufgrund eines dinglichen Rechts geltend machen kann, dass ein Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gehöre. Durch die Bestimmung werden Gegenstände, die rechtlich nicht zur Insolvenzmasse gehören, einem Aussonderungsanspruch dergestalt zugeordnet, dass diese Rechte nicht in die Insolvenzmasse fallen, sondern von dem Gläubiger nach den Regeln außerhalb der Insolvenzordnung geltend zu machen sind (§ 47 Satz 2 InsO). Auch die Ansprüche aus Marken und anderen gewerblichen Schutzrechten gehören hierher, weil sie allein ihrem Inhaber und nicht dem Verletzervorwurf ausgesetzten Insolvenzschuldner das Recht auf Benutzung verleihen. Dem entspricht es, die Durchsetzung eines Anspruchs auf Unterlassung der unberechtigten Nutzung von Rechten, die nicht dem Schuldner gehören, als aussonderungsfähig im Sinne des § 86 Abs. 1 Satz 1 InsO anzusehen. 47

Im vorliegenden Verfahren stützt sich die Klägerin allerdings nicht auf ein derartiges absolutes Recht. Sie macht vielmehr schuldrechtliche Ansprüche aus §§ 3, 4 Nr. 9 c, 8 Abs. 1, Abs. 3 Ziffer 1 UWG bzw. § 1 UWG a. F. sowie § 17 UWG geltend. Es muss insoweit nach Auffassung des Senats jedoch dasselbe gelten: Soweit sich die Klägerin mit der Klage durchsetzt, dürfen die streitgegenständlichen, unlauter nachgeahmten Gerüste bzw. Gerüstteile ebenso nicht mehr in Verkehr gebracht werden, wie wenn sich die Klägerin auf ein absolutes (z. B. Marken-) Recht stützen würde. Es verwirklicht sich damit das Recht allein der Klägerin, Gerüste unter Verwendung der von ihr bzw. für sie erstellten Konstruktionszeichnungen zu bauen bzw. bauen zu lassen und alsdann zu vertreiben. Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche aus § 4 Nr. 9 UWG sind damit den absoluten, aus dem in Betracht kommenden Sonderrechtsschutz (Markenrecht, Geschmacksmusterrecht) hergeleiteten absoluten Rechten stark angenähert, weswegen z. B. auch bei ihnen die ansonsten nur bei Schadensersatzansprüchen aus der Verletzung absoluter Rechte eingeräumte Möglichkeit der sogenannten dreifachen Schadensberechnung anerkannt ist (vgl. schon BGH GRUR 77, 539, 541 – "Prozessrechner"; BGH GRUR 81, 517, 520 – "Rollhocker"; BGH GRUR 02, 795, 797; - "Titel Exklusivität"). Es kommt hinzu, dass die Behandlung des Unterlassungsanspruches als Insolvenzforderung im Sinne des § 38 InsO auch angesichts seiner Unteilbarkeit weder sachdienlich noch auch nur praktikabel wäre: Der Unterlassungsanspruch könnte nach Anmeldung zur Insolvenztabelle und Zuerkennung einer bestimmten Verteilungsquote nicht nur entsprechend dieser Quote, sondern nur entweder vollständig oder gar nicht erfüllt werden. Aus diesem Grunde werden durch die Anwendung des § 86 Abs.1 Ziff.1 InsO die Rechte anderer Gläubiger auch nicht tangiert. 48

Der Senat neigt danach der auf die Veröffentlichung von Schmidt (ZZP, a. a. O.) zurückgehenden Auffassung zu, das Unterlassungsklagen als Aussonderungsansprüche gewertet werden können, wenn der Anspruch sich gegen ein Verhalten richtet, das die Masse vermögensmäßig mehrten würde (vgl. Kübler/Prütting-Lüke a. a. O.) bzw. der Gläubiger überhaupt einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch verfolgt (Häsemeyer, a. a. O.). Jedenfalls für den vorliegenden Fall, in dem die Klägerin Ansprüche aus § 4 Nr. 9 c UWG bzw. aus ergänzendem Leistungsschutz entsprechend § 1 UWG a. F. geltend macht, unterfällt der Unterlassungsanspruch dem Aussonderungsrecht aus § 86 Abs. 1 Ziffer 1 InsO.

II. 50

Der mit dem in zulässiger Weise aufgenommenen Verfahren weiter verfolgte Unterlassungsanspruch ist im zuerkannten Umfange begründet. 51

Die Klägerin wirft dem Beklagten zu 1) vor, die Schuldnerin habe im Jahre 1998 bei der Entwicklung des Gerüsts "C. g." auf von ihr gefertigte Konstruktionszeichnungen zurückgegriffen. Liegt damit der behauptete Verletzungsfall in der Zeit vor In-Kraft-Treten des UWG n. F. zum 01.07.2004, so setzt eine Verurteilung voraus, dass das beanstandete Verhalten sowohl nach altem als auch nach neuem Recht als unlauter anzusehen ist. Das ist indes der Fall. 52

Gemäß § 4 Nr. 9 c UWG handelt unlauter im Sinne von § 3 UWG insbesondere, wer Waren anbietet, die eine Nachahmung der Waren eines Mitbewerbers sind, wenn er die für die Nachahmung erforderlichen Unterlagen unredlich erlangt hat. Dieses nunmehr ausdrücklich kodifizierte Verhalten galt gemäß § 1 UWG a. F. als sittenwidrig und war demnach auch nach altem Recht zu unterlassen (vgl. BGH GRUR 61, 40, 42 – "Wurftaubenpresse"; GRUR 03, 356 f – "Präzisionsmessgeräte"). Die Klägerin erhebt den Vorwurf der unlauteren Nachahmung im Sinne des § 4 Nr. 9 c UWG zu Recht. 53

1. 54

Die angegriffenen Gerüste bzw. Gerüstteile stellen Nachahmungen des Gerüsts bzw. von Teilen des klägerischen Gerüsts "M. B." dar. Das ergibt sich für die hier noch streitgegenständlichen Köpfe der Riegel bzw. Diagonalen aus den im Einzelnen im Verfahren 6 U 161/96 Oberlandesgericht Köln dargelegten Gründen sowie dem Umstand, dass – was zwischen den Parteien unstreitig ist – die angegriffenen Gerüstteile mit den Gerüsten der Klägerin kompatibel sind. Für die Konstruktion der angegriffenen Gerüstteile sind die von der Klägerin mit der Anlage K 27 vorgelegten Konstruktionszeichnungen, die ihre Firmierung tragen, verwendet worden. Das ergibt sich zur Überzeugung des Senats aus dem schriftlichen Gutachten des Sachverständigen Dr. T. und dessen mündlichen Erläuterungen. 55

Der Sachverständige, der seinen Untersuchungen neben den von den Parteien für die Erstellung ihrer Gerüste verwendeten Konstruktionszeichnungen auch Tischmodelle der Gerüstteile zugrunde gelegt hat, hat insgesamt 40 Konstruktionsmerkmale einschließlich des verwendeten Werkstoffes der Kopfstücke der Gerüstteile der Parteien untersucht. Für fünf dieser Konstruktionsmerkmale ist er zu dem Ergebnis gelangt, dass eine hohe Wahrscheinlichkeit von mindesten fünf zu eins für eine Übernahme des betreffenden Merkmals aus der Zeichnung der Klägerin stammt. In fünf weiteren Fällen hat der Sachverständige eine mäßige Wahrscheinlichkeit, nämlich zwischen fünf zu eins und zwei zu eins hierfür angenommen. Aufgrund dieser Ergebnisse und der ihnen zugrunde liegenden Feststellungen ist der Senat davon überzeugt (§ 286 ZPO), dass die Beklagte bei der Anfertigung der Konstruktionspläne für das Gerüst "c.-g." die Pläne der Klägerin verwendet 56

hat. Insbesondere lassen die Übereinstimmungen im Detail den Schluss darauf zu, dass bei der Konstruktion der angegriffenen Kopfteile die Pläne nicht nur in jenen 10 Punkten, sondern insgesamt verwendet worden sind.

Der Sachverständige hat zu den erwähnten 10 Konstruktionsmerkmalen, bei denen er eine mäßige oder sogar hohe Wahrscheinlichkeit für die Übernahme festgestellt hat, durchweg ausgeführt, die Maße, bei denen er bei beiden Zeichnungen jeweils Identität festgestellt habe, seien zum einen zumindest in Grenzen frei wählbar und zum anderen für die Kompatibilität der Gerüste nicht notwendig. In der Bewertung der Summe dieser Übereinstimmungen ist der Sachverständige abschließend (Gutachten Seite 14) zu dem Ergebnis gekommen, dass mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden könne, dass den Konstruktionszeichnungen für die Bauteilköpfe des Gerüsts "G." die Zeichnungen der entsprechenden Bauteilköpfe des Gerüsts "M.-B." zugrunde lagen. Dieser Bewertung schließt sich der Senat an. Die hiergegen von dem Beklagten zu 1) vorgebrachten Einwände greifen nicht durch: 57

Der Beklagte zu 1) beruft sich darauf, die Maße hätten von den auf dem freien Markt erhältlichen Bauteilen der Klägerin – notfalls unter Entfernen des Zinkanstriches – mechanisch abgegriffen werden können. Hierzu haben schon die Beklagten zu 2) und 3) mit Schriftsatz vom 29.10.2004 (Seite 15) bzw. der Beklagte zu 1) mit Schriftsatz vom 04.10.2006 (Seite 4) vorgetragen, die Maße könnten mit einer 3D-Koordinatenmessmaschine abgegriffen werden. Dieser Vortrag gibt – auch nachdem der Sachverständige hierzu gehört worden ist und bestätigt hat, dass einzelne Maße mit einer gewissen Genauigkeit durch eine solche Maschine ermittelt werden können – dem Senat keinen Anlass, seiner Entscheidung ein anderes als das Ergebnis des schriftlichen Sachverständigengutachtens zugrunde zu legen: 58

Dem Beklagten zu 1) wird vorgeworfen, dass das früher von der Schuldnerin vertriebene Gerüst, dessen weiteren Vertrieb er im vorliegenden Verfahren verteidigt, unter Verwendung von Plänen gefertigt worden sei, die die Klägerin für ihr Gerüst "M. B." gefertigt habe. Zur Verteidigung gegen diese Behauptung genügt der Vortrag des Beklagten zu 1) nicht, die übereinstimmenden Werte hätten auch durch den Einsatz der erwähnten Maschine erreicht werden können. Vielmehr wäre diese technische Möglichkeit im vorliegenden Verfahren nur dann zu berücksichtigen, wenn der Beklagte zu 1) auf den erwähnten konkreten Vorwurf erwidert hätte, tatsächlich sei eine solche Maschine bei der Konstruktion der Bauteilköpfe zum Einsatz gekommen. Die durch die 3D-Koordinatenmessmaschine bestehende Möglichkeit des Abgreifens der Maße von den Bauteilen der Klägerin vermag die Übereinstimmung nämlich nur dann zu erklären, wenn die Schuldnerin von ihr auch Gebrauch gemacht hat. Indes trägt der Beklagte zu 1) dies nicht vor. Das gilt auch für sein Vorbringen im Schriftsatz vom 19.04.2007. Dort ist erneut aufgegriffen worden, dass mit einer derartigen Messmaschine komplizierte Schmiedeteile exakt aufgemessen werden können. Weiter hat der Beklagte zu 1) ergänzend vorgetragen, über eine solche 3D-Koordinatenmessmaschine habe die (damals so firmierende) "Q. Umformtechnik" zu jener Zeit verfügt. Dieser Vortrag besagt nicht, dass die Maschine auch tatsächlich zum Einsatz gekommen sei. Dass dies der Beklagte zu 1) auch tatsächlich nicht vortragen wollte, ergibt sich auch aus Seite 4 des erwähnten Schriftsatzes. Dort heißt es – in Fettdruck –, der Sachverständige möge überprüfen, ob eine Übermittlung der übereinstimmenden Maße "mittels einer solchen 3D-Koordinatenmessmaschine (Zeiss UMM 500) möglich gewesen wäre" (Unterstreichung hinzugefügt). Die Verwendung des Konjunktivs an dieser Stelle bestätigt, dass der Beklagte zu 1) selbst nicht vortragen will, die Schuldnerin habe im Jahre 1998 bereits eine solche Maschine eingesetzt. 59

Der Beklagte zu 1) stützt sich im übrigen – abgesehen von seinem Einwand zu "Maß" 39 – auf die Verwendung einer Schieblehre, wie sie in der Anlage BB 51 abgebildet sei, sowie eines Zollstockes. Auch insoweit enthält sein Vortrag indes nicht die Behauptung, dass insbesondere eine solche Schieblehre eingesetzt worden sei. Ungeachtet dessen würde eine Berücksichtigung der Einwände des Beklagten zu 1) das Beurteilungsergebnis nicht ändern können. Es würde sich dann nämlich eine Reduzierung des Grades der Wahrscheinlichkeit einer Übernahme der klägerischen Pläne lediglich zu Maß 9 (Öffnung des Schlitzes) ergeben. Während der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten noch angenommen hatte, das übereinstimmende Maß von 7,2 mm rechtfertige den Schluss auf eine hohe Wahrscheinlichkeit der Übernahme, hat er dies unter Berücksichtigung des Einwandes, die Maße hätten auch mit einer Schieblehre, wie sie aus der Anlage BB 51 ersichtlich sei, exakt abgegriffen werden können, auf eine (mäßige) Wahrscheinlichkeit von eins zu drei reduziert. Im übrigen ist nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen hinsichtlich der weiteren Einwände gegen das schriftliche Gutachten folgendes festzustellen:

Bezüglich der äußeren Durchmesser der Zentrierlappen (Maße 21 und 22) wäre – selbst wenn eine derartige Schieblehre verwendet worden sein sollte – weiter von einer hohen Wahrscheinlichkeit der Übernahme des Maßes von 41,2 mm auszugehen, weil konkrete Ergebnisse einer Messung von einzelnen Chargen mit jener Schieblehre nicht vorliegen. Dasselbe gilt hinsichtlich des Maßes 40 (Außendurchmesser Keilkopf), weil auch bei unterstellter Verwendung einer Schieblehre nicht hinreichend erklärlich bleibt, warum sich übereinstimmend exakt der Wert von 51,0 mm ergeben hat. Bezüglich des Maßes 15 (Abstand der Zentrierlappen) scheidet die eingewandte Möglichkeit der Verwendung eines Zollstockes angesichts der Notwendigkeit, exakte Maße zugrunde zu legen, entsprechend den Ausführungen des Sachverständigen im Termin aus. Schließlich begründet hinsichtlich des "Maßes" 39 die übereinstimmende Verwendung der Gussallgemeintoleranzreihe 16/5 der GTA nach DIN 1684-1 eine mäßige Wahrscheinlichkeit der Übernahme. Der Sachverständige hat nicht bestätigt, dass entsprechend der Behauptung des Beklagten zu 1) grundsätzlich die Gießerei vom Konstrukteur hinsichtlich der Gussallgemeintoleranz befragt werde. Er hat im Übrigen näher dargelegt, dass aus Gründen der Senkung der Produktionskosten ein Interesse des Konstrukteurs bestehe, der Gießerei Vorgaben zu machen. Dass der Gießerei X. GmbH & Co. KG damals – was nach den Bekundungen des Sachverständigen nicht ausgeschlossen ist – gleichwohl freie Hand gelassen worden sein könnte, behauptet der Beklagte zu 1) nicht.

61

Wegen der Vielzahl der Übereinstimmungen stünde die Verwendung der Konstruktionspläne auch dann fest, wenn die Schuldnerin tatsächlich die erwähnte Schieblehre verwendet hätte und deswegen die Übernahmewahrscheinlichkeit zu Maß 9 (Öffnung des Schlitzes) aus den dargelegten Gründen zu reduzieren wäre. Der Senat sieht sich in dieser Überzeugung durch den Umstand bestärkt, dass der Sachverständige bei seiner Anhörung abschließend zum Ausdruck gebracht hat, er halte die Übernahme sogar bei Berücksichtigung des Einsatzes einer 3D-Koordinatenmessmaschine trotz der damit bei einzelnen Maßen verbundenen Reduzierung der Übernahmewahrscheinlichkeit weiter für sehr wahrscheinlich.

62

2.

63

Die Schuldnerin hat schließlich die Konstruktionszeichnungen der Klägerin im Sinne des § 4 Nr. 9 c UWG auch auf unlautere Weise erlangt.

64

Die Klägerin hat die Konstruktionszeichnungen für die Bauteilköpfe ihres Gerüsts, die auch Grundlage des Gutachtens des Sachverständigen Dr. T. geworden sind, selbst gefertigt und der Gießerei R. X. GmbH & Co. KG als Vorlieferantin zur Verfügung gestellt. Diese hat,

65

nachdem sie später auch von der Schuldnerin den Auftrag erhalten hatte, die Bauteile zu gießen, diese Konstruktionszeichnungen der Schuldnerin überlassen. Dieser Vortrag der Klägerin ist der Entscheidung als feststehend zugrunde zu legen, weil weder die Schuldnerin noch der Beklagte zu 1) ihr widersprochen haben. Die Schuldnerin hat in erster Instanz insbesondere nicht in Abrede gestellt, dass die Klägerin die Pläne gefertigt und der Firma R. X. GmbH & Co. KG zur Verfügung gestellt habe. Sie hat lediglich vorgetragen, diese Zeichnungen seien nicht Grundlage der von ihr gefertigten Konstruktionszeichnungen gewesen, was wegen der abweichenden Gestaltung der Bauteile für das Gerüst "C. g." angeblich auch gar nicht möglich gewesen sei. Auch in zweiter Instanz haben die Schuldnerin (mit Schriftsatz vom 29.10.2004) und später der Beklagte zu 1) (mit Schriftsatz vom 13.09.2005) dieses erstinstanzliche Vorbringen wiederholt. Erstmals mit Schriftsatz vom 28.09.2006 behauptet der Beklagte zu 1), tatsächlich habe die Gießerei X. von der Klägerin allenfalls Rohzeichnungen erhalten, die die maßgeblichen produktionsbezogenen Werte (noch) nicht enthalten hätten. Diese Werte hätten bei der Klägerin gar nicht vorgelegen, weil die Klägerin die Lochscheiben und Riegelköpfe für ihr Gerüst nicht selber herstelle. Vielmehr lasse sie die Teile gerade von der R. X. GmbH & Co. KG herstellen und zuliefern, welche die Werte ermittle. Dieser Vortrag rechtfertigt – ungeachtet der Frage, ob er gemäß § 528 Abs. 1 bzw. Abs. 2 ZPO i. V. m. § 26 Nr. 5 EGZPO noch zugelassen werden könnte – von dem Vortrag der Klägerin abweichende Feststellungen nicht:

Die Klägerin stützt sich auf Konstruktionszeichnungen der streitgegenständlichen Bauteile für ihr Gerüst, die ausweislich der mit der Anlage K 27 vorgelegten Kopien ihre Firma, das Firmenlogo sowie ihre Anschrift aufweisen. Dass diese vorgelegten Kopien nicht mit dem Original übereinstimmen, behauptet der Beklagte zu 1) nicht. Die Urkunden belegen damit, dass die Konstruktionszeichnungen von der Klägerin stammen. Angesichts dessen kann der Beklagte zu 1) mit seinem neuen Vortrag nicht gehört werden, weil dieser mit der Existenz der klägerischen Pläne nicht in Einklang zu bringen ist: Danach sollen die maßgeblichen Konstruktionspläne (erst) von der R. X. GmbH & Co. KG erstellt worden sein. Wenn das so wäre, könnte es indes die streitgegenständlichen Pläne der Klägerin, deren Echtheit der Beklagte zu 1) andererseits nicht in Abrede stellt, nicht geben. 66

Die Übernahme der klägerischen Zeichnungen zum Zwecke der Verwendung für die eigenen Gerüste stellt sich auch als im Sinne von § 4 Ziffer 9 c UWG bzw. § 1 UWG a. F. unredlich dar. Die Klägerin hatte die Pläne der Gießerei nicht zu dem Zwecke übergeben, dass diese sie auch Wettbewerbern überlassen dürfe. Das wird vorliegend noch durch den Umstand unterstrichen, dass die Pläne den Vermerk: 67

"Weitergabe sowie Vervielfältigung dieser Unterlage, Verwertung und Mitteilung ihres Inhalts nicht gestattet, soweit nicht ausdrücklich zugestanden. Zuwiderhandlungen verpflichten zum Schadensersatz. Alle Rechte für den Fall der Patenterteilung oder Gebrauchsmuster-Eintragung vorbehalten..." 68

aufwiesen. Die Schuldnerin hat damit die Konstruktionspläne der Klägerin im Sinne der früheren Rechtsprechung zu § 1 UWG a. F. bzw. von § 4 Nr. 9 c UWG unredlich erlangt. Dem steht nicht entgegen, dass die Pläne nicht auf ihr Betreiben, sondern durch die Gießerei R. X. GmbH & Co. KG in den Besitz der Schuldnerin gelangt sind. Denn der Tatbestand ist und war auch nach altem Recht auch dann erfüllt, wenn die Unterlagen zunächst redlich erlangt, dann aber unter Vertrauensbruch und damit missbräuchlich zur Nachahmung ausgenutzt worden sind (vgl. BGH a.a.O. S. 357 – "Präzisionsmessgeräte", näher Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rz. 9.62). So verhält es sich hier: Der Nachbau der Gerüste ist zwar nicht per se unlauter, wird es aber dadurch, dass die Schuldnerin dabei Pläne verwendet hat, die erkennbar von 69

der Klägerin stammten und den zitierten Vertraulichkeits- bzw. Vervielfältigungsvermerk enthielten.

Schließlich trifft auch der Einwand des Beklagten zu 1) ersichtlich nicht zu, der Streit über die unberechtigte Verwendung der Konstruktionszeichnungen sei durch den Vergleichsschluss vom 21.06.2001 erledigt: Es heißt in jenem, als Anlage BE 30 vorgelegten Vergleichstext unter Ziffer 11 ausdrücklich im Gegenteil, dass alle diejenigen Verfahren, die einleitend nicht erwähnt und nicht rechtskräftig abgeschlossen seien, durch den Vergleich gerade nicht erledigt oder sonst geregelt würden. Anschließend ist sogar ausdrücklich aufgeführt, dass auch das vorliegende Verfahren von dieser Ausnahme erfasst sein solle. 70

3. 71

Der mithin feststehende Verstoß rechtfertigt die Verurteilung des Beklagten zu 1) (nur) nach dem zweiten Hilfsantrag. 72

Eine Verurteilung des Beklagten zu 1) nach dem Hauptantrag zu 1) kann deswegen nicht erfolgen, weil dieser nach seinem Wortlaut und Sinn jegliche Bauteilköpfe erfasst, die den bildlichen Wiedergaben entsprechen. Es ist indes eine Vielzahl von Konstruktionen denkbar, bei denen sich die Bauteilköpfe so darstellen, wie dies auf den in den Antrag einbezogenen bildlichen Darstellungen wiedergegeben ist, die aber tatsächlich nicht auf den auf unredliche Weise entstandenen Bauzeichnungen der Schuldnerin beruhen. Aus demselben Grunde kann auch der erste Hilfsantrag keinen Erfolg haben. Dieser unterscheidet sich von dem Hauptantrag nur dadurch, dass – jeweils mehrere - Längenmaße der Bauteile angegeben sind, die mit den streitgegenständlichen Köpfen versehen sind. Auch mit dieser Einschränkung, die die Ausgestaltung der Bauteilköpfe selber nicht betrifft, werden indes weiter sämtliche Bauteilköpfe, die den Abbildungen entsprechen, und damit auch solche erfasst, deren Konstruktion die streitgegenständlichen Pläne der Klägerin nicht zugrunde liegen. 73

Der Beklagte zu 1) ist demgegenüber nach dem zweiten Hilfsantrag zu verurteilen. Durch diesen Antrag wird das Verbot auf den Vertrieb solcher Bauteilköpfe begrenzt, die unter Verwendung der auf den Seiten 5 – 8 dieses Urteils wiedergegebenen Konstruktionszeichnungen gebaut worden sind. Dieser Antrag entspricht dem der Klägerin zustehenden Unterlassungsanspruch, weil jene Zeichnungen aus den dargestellten Gründen unter Verwendung der klägerischen Konstruktionspläne und damit in unlauterer Weise erstellt worden sind. 74

Der der Verurteilung zugrunde liegende Hilfsantrag ist entgegen den Einwänden des Beklagten zu 1) im Sinne des § 253 Abs. 2 Ziffer 2 ZPO hinreichend bestimmt. Das gilt auch angesichts der Qualität der im Termin vom 15.06.2007 vorgelegten und zum Bestandteil des Antrags gemachten Plankopien. Der Senat hat diese auf den Seiten 5 – 8 dieses Urteils zur Anpassung an die für das Urteil verwendete Seitengröße in verkleinerter Form wiedergegeben. In diesen Ablichtungen finden sich die Einzelheiten der Pläne in wesentlich genauerer Form wieder, als dies in den vorgelegten größeren Kopien der Fall ist. Soweit einzelne Maße dieser Darstellung nicht hinreichend genau entnommen werden können sollten, stünde dies den Bestimmtheitsanforderungen des § 253 Abs. 2 Ziffer 2 ZPO nicht entgegen: Streitgegenständlich sind nur diejenigen Konstruktionszeichnungen, die die Schuldnerin für die Herstellung der Bauteilköpfe verwendet hat. Welche das sind, ist dem Beklagten zu 1) bekannt. Es kommt hinzu, dass in einem möglichen Strafungsverfahren gemäß § 890 ZPO ohnehin nur mit Sachverständigenhilfe wird geklärt werden können, ob erneut die im vorliegenden Verfahren streitgegenständlichen Pläne der Schuldnerin 75

verwendet worden sind. Nachdem es dem Sachverständigen Dr. T. indes gelungen ist, im vorliegenden Erkenntnisverfahren hierzu Feststellungen zu treffen, ist davon auszugehen, dass dies auch künftig in einem Bestrafungsverfahren möglich sein wird.

Soweit der Beklagte zu 1) einwendet, auf diese Weise werde die Klärung des Sachverhalts in das Vollstreckungsverfahren verschoben, trifft dies nicht zu: Der bloße Umstand, dass das Gericht voraussichtlich in einem Bestrafungsfall erneut die Hilfe eines Sachverständigen zur Beurteilung der Frage in Anspruch nehmen müssen, ob die Pläne weiter verwendet worden sind, besagt nicht, dass das ausgesprochene Verbot nicht hinreichend konkret bestimmt sei, sondern nur, dass ein eventueller Verstoß nicht ohne gutachterliche Hilfe aufgeklärt werden kann. 76

Stellen sich damit die vorgelegten Pläne als hinreichend genau dar, so fehlt dem deswegen abzuweisenden Antrag der Klägerin, dem Beklagten die Vorlage besser lesbarer Pläne aufzugeben, das Rechtsschutzinteresse. Es kommt daher nicht darauf an, dass auch die Voraussetzungen des § 423 ZPO nicht vorliegen dürften. 77

B. Schadensersatz- und Rechnungslegungsansprüche 78

Im zuerkannten Umfange sind auch sowohl der Rechnungslegungsanspruch als auch der Antrag auf Feststellung der Schadensersatzpflicht begründet. 79

Die Geltendmachung der Ansprüche auf Rechnungslegung und Schadensersatz im Berufungsverfahren stellt eine Klageerweiterung nicht dar. Der Tatbestand der angefochtenen Entscheidung weist zwar – offensichtlich versehentlich – die Geltendmachung dieser Ansprüche nicht aus, es steht indes aufgrund des Protokolls der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht fest, dass die Klägerin entsprechend ihrer Ankündigung unter Ziffern 2 und 3 der Klageschrift auch die Anträge auf Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzpflicht gestellt hat. Überdies hat das Landgericht – wie sich aus den die Entscheidungsgründe einleitenden Formulierungen ergibt – ausdrücklich auch über jene Anträge entschieden. 80

I. 81

Die Berufungsanträge, eine Schadensersatzverpflichtung dem Grunde nach festzustellen, sind nur teilweise begründet. 82

1. 83

Mit dem Berufungsantrag zu 3) begehrt die Klägerin die Feststellung, dass diejenigen Schadensersatzansprüche, die durch die Forderungsanmeldung vom 16.05.2003 zur Insolvenztabelle angemeldet worden sind, dem Grunde nach zur Insolvenztabelle festgestellt werden. Dieser gemäß §§ 179, 180 InsO zulässige Antrag ist begründet. 84

Die mit der Forderungsanmeldung vom 16.05.2003 zur Insolvenztabelle (laufende Nummer 267 der Anmeldung) geltend gemachten Schadensersatzansprüche betreffen Verletzungshandlungen der Schuldnerin in der Zeit vom 10.11.1998 bis zur Anordnung des allgemeinen Verfügungsverbots. Es handelt sich damit um Insolvenzforderungen. Nachdem (auch) diese von dem Beklagten zu 1) bestritten worden waren, oblag es der Klägerin, außerhalb des Insolvenzverfahrens die Feststellung der Begründetheit der Forderungen zu betreiben. Da (auch) über diese Ansprüche das vorliegende Verfahren bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits rechtshängig gewesen war, hatte die Klägerin diese Feststellung 85

gemäß § 180 Abs. 2 InsO durch Aufnahme des vorliegenden Rechtsstreites zu betreiben.

Der Klägerin, die die fraglichen Schadensersatzansprüche lediglich dem Grunde nach festgestellt wissen will, steht auch das hierfür gemäß § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse zur Seite. Denn sie vermag die Höhe des ihr entstandenen Schadens vor der Rechnungslegung durch den Beklagten zu 1) nicht zu beziffern. Andererseits ist die Klägerin zur Wahrung ihrer Rechte berechtigt, ihre Ansprüche bereits jetzt als jedenfalls dem Grunde nach berechtigt in die Insolvenztabelle einstellen zu lassen. 86

Der Antrag hat schließlich auch in der Sache Erfolg: Dass die Klägerin durch den Vertrieb der mit ihrem Gerüst kompatiblen Gerüste bzw. Gerüstteile der Schuldnerin einen Schaden in Form einer Umsatzeinbuße erlitten hat, ist nach der Lebenserfahrung ohne Weiteres zu vermuten (§ 287 ZPO) und die Schuldnerin trifft auch das für einen Schadensersatzanspruch erforderliche Verschulden. 87

2. 88

Demgegenüber ist der Klageantrag zu 4) nicht begründet: 89

Mit dem Antrag zu 4) soll zum einen festgestellt werden, dass der Beklagte zu 1) verpflichtet sei, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der ihr seit Anordnung des allgemeinen Verfügungsverbotes am 12.03.2003 bis zum 31.12.2003 durch Handlungen des Beklagten zu 1) selbst entstanden sei. Dieser Anspruch kann zwar als sonstige Masseverbindlichkeit im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO außerhalb des Insolvenzverfahrens geltend gemacht werden, er ist jedoch nicht begründet. Die Klägerin meint, ihr stünden Schadensersatzansprüche deswegen zu, weil der Beklagte zu 1) in seiner Funktion als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Schuldnerin an deren Stelle weiter gewirtschaftet und insbesondere die streitgegenständlichen Gerüste bzw. Gerüstteile vertrieben habe. Dies kann indes nicht festgestellt werden: 90

Die Klägerin hat hierzu mit Schriftsatz vom 08.09.2004 lediglich vorgetragen, es sei davon auszugehen, dass der Beklagte zu 1) bis zum 09.01.2004 das Gerüst weiter verkauft habe. Dies ergebe sich aus dem – später erst von dem Beklagten zu 1) selbst als Anlage BE 22 vorgelegten – Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 16.06.2004. Das ist indes nicht der Fall. In jenem Schreiben ist ein tatsächlicher Verkauf nicht behauptet worden und die während der langen Vergleichsverhandlungen mitgeteilte Absicht, noch vorhandene Restbestände zu veräußern, begründet auch keine Erstbegehungsgefahr. Aus dem Schreiben geht nicht hervor, dass der Beklagte zu 1) noch vorhandene Restbestände und etwa an die Masse zurückgelangte Gerüstmaterialien unabhängig vom Ausgang der Vergleichsverhandlungen verkaufen wollte, sondern lediglich, dass es Ziel des Beklagten zu 1) war, das Recht hierzu in dem damals beabsichtigten Vergleich zu erhalten und festzuschreiben. 91

Mit dem Antrag zu 4) begehrt die Klägerin darüber hinaus, die Ersatzpflicht des Beklagten zu 1) auch insoweit festzustellen, als Schäden nach dem 01.01.2004 durch Handlungen der E. q. c. GmbH entstanden sind oder noch entstehen werden. 92

Auch dieser Antrag ist unbegründet, weil ein dahingehender Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten zu 1) nicht besteht. Dabei kann offen bleiben, ob die E. q. c. GmbH überhaupt die streitgegenständlichen Konstruktionspläne für die Herstellung der weiteren Gerüstteile verwendet hat. Auch wenn das der Fall sein sollte, ist nicht ersichtlich, aus welchem Grunde der Beklagte zu 1) hierfür haften sollte. Die E. q. c. GmbH ist eine eigenständige Gesellschaft 93

und insbesondere nicht Rechtsnachfolgerin der Schuldnerin. Dass ihre geschäftliche Tätigkeit auf einer Initiative des Beklagten zu 1) beruhe, dessen Aufgabe als Insolvenzverwalter darin besteht, die Schuldnerin zu sanieren oder deren Geschäfte abzuwickeln, kann nicht festgestellt werden. Insbesondere hat die Klägerin nicht vorgetragen, der Beklagte zu 1) habe den Verantwortlichen der neuen Gesellschaft die Pläne und sonstigen Herstellungsunterlagen für die streitgegenständlichen Bauteilköpfe bewusst überlassen, damit diese auf der Grundlage der vorhandenen Pläne (weiter) produzieren könne. Auch ein dahingehender Lebenserfahrungssatz existiert nicht, insbesondere können die Konstruktionsunterlagen – wenn dies überhaupt geschehen ist – auch auf anderem Wege von der Schuldnerin an die E. q. c. GmbH gelangt sein.

II. 94

Im zuerkannten Umfang ist auch der Rechnungslegungsanspruch begründet. 95

Auch bzgl. dieses Antrages ist das aufgrund der Insolvenz der Schuldnerin zunächst gem. § 240 ZPO unterbrochene Verfahren durch die Klägerin wirksam gem. §§ 250 ZPO, 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO aufgenommen worden. Rechnungslegungsansprüche, die 96

sich – wie der im vorliegenden Verfahren geltend gemachte – auf einen Anspruch gegen die Masse beziehen, sind – soweit man sie nicht ohnehin als Masseverbindlichkeiten ansehen will – jedenfalls in entsprechender Anwendung des § 86 InsO aufzunehmen (vgl. MüKo-Schumacher, § 86 Rz. 16). Jedenfalls der vorliegend geltend gemachte Rechnungslegungsanspruch kann schon deswegen nicht als Insolvenzforderung angesehen werden, weil nach Zuerkennung einer Quote im Verteilungsverfahren die geschuldete Rechnungslegung nicht lediglich anteilig erteilt werden könnte. Überdies werden durch die bevorzugte Behandlung des Rechnungslegungsanspruches auch Rechte der übrigen Gläubiger nicht geschmälert und schließlich eine Beschleunigung des Insolvenzverfahrens dadurch erreicht, dass die Klägerin mit erfolgter Rechnungslegung in die Lage versetzt wird, ihre zur Tabelle angemeldeten Schadensersatzansprüche zu beziffern. 97

Der Anspruch ist auch begründet. Dem durch eine unlautere Nachahmung im Sinne des § 4 Nr. 9 UWG Verletzten steht grundsätzlich anstelle bzw. neben einem in Betracht kommenden Auskunftsanspruch auch der Anspruch auf Rechnungslegung zu (BGH GRUR 81, 517, 520 – "Rollhocker"; GRUR 86, 673, 676 – "Beschlagprogramm"; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 9 Rz. 4.7). Der Rechnungslegungsanspruch ist in seinem konkret geltend gemachten, von dem Beklagten zu 1) auch nicht angegriffenen Umfang begründet. Die Klägerin benötigt die verlangten Angaben, um ihren objektiven Schaden nach den hierfür in Betracht kommenden drei Berechnungsmethoden (vgl. näher Hefermehl/Köhler/Bornkamm § 9 Rz 1.36 ff) zu beziffern. 98

Der Antrag ist allerdings dahingehend zu begrenzen, dass der Beklagte zu 1) lediglich bis zum 12.03.2003, dem Datum des der Schuldnerin der auferlegten Verfügungsverbotes, Rechnung zu legen hat. Dass die Schuldnerin sich an das gerichtliche Verfügungsverbot nicht gehalten hätte, ist weder vorgetragen noch ersichtlich und Vertriebshandlungen des Beklagten zu 1) selbst sind, wie bereits dargelegt, dem Vortrag der Klägerin ebenfalls nicht zu entnehmen. 99

C Nebenentscheidungen 100

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs.1 ZPO. Über die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2) – 5) ist nicht zu entscheiden, weil diesbezüglich Kostenanträge nicht gestellt 101

worden sind.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 102

Der Senat lässt gem. §§ 26 Nr. 5 EGZPO, 546 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 ZPO die Revision zu, weil die 103
Frage der Aufnahme von gem. § 240 ZPO unterbrochenen Verfahren, mit denen
wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche geltendgemacht werden, höchstrichterlich
noch nicht geklärt ist.

Durch die Aufnahme des Verfahrens gegen den Beklagten zu 1) ist eine Erhöhung des durch 104
Senatsbeschluss vom 15.12.2004 festgesetzten Streitwertes nicht eingetreten, weil die
Klägerin in der Sache lediglich ihre ursprünglich geltendgemachten Ansprüche der
insolvenzrechtlichen Situation angepasst hat. Ebenso wirkt sich der Streitwert durch die
Entscheidung über die Hilfsanträge der Klägerin zu dem Unterlassungsanspruch nicht auf
den Streitwert aus, weil diese als Minus in dem Hauptantrag enthalten waren (§ 72 Nr. 1 GKG
i.V.m. § 19 Abs.1 S. 2 und 3 GKG a.F.).