Wettbewerblich eigenartige Sportschuhsohle kann nicht nachgeahmt werden

Oberlandesgericht Düsseldorf

Urteil vom 19.04.2016

Az.: I-20 U 143/15

Tenor

Die Berufung der Antragstellerin gegen das Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf vom 23. Oktober 2015 wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Antragstellerin.

Entscheidungsgründe

A.

Die Parteien sind bekannte Hersteller und Vertreiber unter anderem von Sportschuhen.

Die Antragstellerin vertreibt seit Anfang 2013 eine Serie von Schuhmodellen unter der Bezeichnung „A“, deren Sohle jeweils ganz oder teilweise aus dem von der X SE (im Folgenden: Fa. X) stammenden Werkstoff „expandiertes thermoplastisches Polyurethan“ (im Folgenden: eTPU) besteht, unter anderem die im Original vorgelegten Modelle „B“ und „C“. Dieses eTPU besteht aus einem Granulat, das zunächst aufgeschäumt und sodann formgebend durch Hitze und Wasserdampf „verschweißt“ wird. Das von der Antragstellerin verwendete eTPU wurde aufgrund eines rückwirkend zum 01.07.2010 geschlossenen Vertrags mit der Fa. X über eine exklusive Zusammenarbeit vom 31.08.2012 entwickelt. Nachstehend wiedergegeben ist ein Ausschnitt der Sohle eines Modells der „A“-Serie:

[Abbildung]

Die Antragsgegnerin zu 1) arbeitete bis zur Kündigung der Zusammenarbeit durch die Fa. X von Mitte 2009 bis Mitte 2011 mit dieser an der Entwicklung eines Werkstoffes für Schuhsohlen aus eTPU. Als Folge dieser Entwicklungsarbeit meldete sie im Jahr 2011 mehrere, aus Anlage ASt 37 ersichtliche Gemeinschaftsgeschmacksmuster an, u.a. das nachstehend wiedergegebene Gemeinschaftsgeschmacksmuster Nr. …, das in Kraft steht und über eine Priorität zum 20.07.2011 verfügt:

[Abbildung]

Aus der Zusammenarbeit resultiert weiter der im Original im Verhandlungstermin am 05.04.2016 überreichte und in Anlage ASt 22 gezeigte Prototyp aus dem Jahr 2010 (im Folgenden: „Prototyp 2010“), wie nachstehend wiedergegeben:

[Abbildung]

Die Antragsgegnerinnen als Konzernmutter und –tochter vertreiben seit dem Frühjahr 2015 einen Sportschuh mit einer eTPU-Sohle unter der Bezeichnung „D“, wie er im einstweiligen Verfügungsantrag wiedergegeben ist. Das eTPU stammt von der Fa. S.

Die Antragsgegnerin zu 1) hat die Antragsgegnerin vor dem Landgericht Frankfurt a.M. auf Unterlassung des Vertriebs verschiedener „A“-Modelle gestützt unter anderem auf das vorstehend wiedergegebene Gemeinschaftsgeschmacksmuster in Anspruch genommen. Das Landgericht Frankfurt a.M. hat die Verletzungsklage ebenso wie die Nichtigkeitswiderklage der hiesigen Antragstellerin durch Urteil vom 17.06.2015 abgewiesen (Az. 2-06 O 459/13, Anlage ASt 2). Gegen das Urteil haben sowohl die Antragsgegnerin zu 1) als auch die Antragstellerin Berufung eingelegt, die beim Oberlandesgericht Frankfurt a.M. anhängig ist.

Durch Urteil vom 25.09.2015 hat die 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf, Az. 38 O 82/15, den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen, mit der die Antragstellerin begehrt hatte, es den Antragsgegnerinnen bei Meidung der gesetzlich vorgesehenen Ordnungsmittel zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland Schuhe, die eine Sohle aufweisen, die wie nachfolgend abgebildet gestaltet ist (allerdings unabhängig von der konkreten Farbwahl des Oberschuhs), selbst oder über Dritte zu bewerben, anzubieten, anzukündigen, zu vertreiben und/oder in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen:

[Abbildungen]

Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, der Antrag sei zwar zulässig. Er sei insbesondere hinreichend bestimmt und die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs nicht gemäß § 8 Abs. 4 Satz 1 UWG wegen Rechtsmissbrauchs unzulässig. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass die Antragstellerin überwiegend sachfremde Ziele verfolge, die für sich betrachtet nicht schutzwürdig seien. Das erhebliche wirtschaftliche Interesse der Antragstellerin, ein Konkurrenzprodukt vom Markt zu entfernen, zeige evident eine ausdrücklich wettbewerbsrechtliche Motivlage. Ob aus sonstigen Gründen eine unzulässige Rechtsausübung vorliege, sei im Rahmen der materiellen Prüfung zu untersuchen. Einer Entscheidung im vorliegenden Rechtsstreit stehe auch nicht eine Vorgreiflichkeit des zwischen der Antragsgegnerin zu 1. und der Antragstellerin derzeit noch vor dem Oberlandesgericht Frankfurt anhängigen Geschmacksmusterrechtsstreits umgekehrten Rubrums entgegen. Unabhängig davon, dass sich wegen der Natur des vorliegenden Eilverfahrens eine Aussetzung gemäß § 148 ZPO grundsätzlich verbiete, seien auch verschiedene Streitgegenstände betroffen.

Die Antragstellerin habe indes keinen Anspruch auf Unterlassung des im Antrag beschriebenen Verhaltens aus

ergänzendem wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, der allerdings neben etwaigen Sonderrechten der Parteien anwendbar sei. Es bestünden schon Zweifel am Vorliegen wettbewerblicher Eigenart. Dem allgemeinen Verbraucher als potentiellen Erwerber von Sportschuhen werde die hier allein streitgegenständliche Sohle nicht isoliert präsentiert, sondern stets in Form eines kompletten Schuhs, der wiederum die bekannten Markenzeichen der Antragstellerin trage. Eine abstrakte Betrachtung der Sohlenseitengestaltung unabhängig von üblichen Herkunftshinweisen dürfte unüblich und eher fernliegend sein. Auch handele es sich bei der mosaikartigen Noppenstruktur der Sohle zu einem erheblichen Anteil um einen Hinweis auf ein Herstellungsverfahren als solches und ein bestimmtes Material. Jedenfalls aber lasse sich nicht mit der für eine Entscheidungsfindung notwendigen Sicherheit eine Nachahmung feststellen. Zwar sei, da Schuhe der „A“-Serie der Antragstellerin seit Frühjahr 2013 vertrieben werden, von einer entsprechenden Kenntnis der Antragsgegnerinnen bei der Herstellung auszugehen. Der für den vorliegenden Rechtsstreit allein maßgebliche Aspekt der ästhetischen Oberflächengestaltung sei aber durch die von der Antragsgegnerin zu 1) im Rahmen der Kooperation mit Z und der daraus resultierenden Geschmacksmusteranmeldungen aus Juli 2011 schon vor dem Frühjahr 2013 durch die Muster in ihrem Grunddesign so präzisiert gewesen, dass etwaige Abweichungen zum letztlich angebotenen „D“-Schuh als so geringfügig angesehen werden müssten, dass sie eine fremde Leistungsübernahme auszuschließen geeignet seien.

Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit der form- und fristgerecht eingelegten und innerhalb der Berufungsbegründungsfrist begründeten Berufung. Sie macht unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens geltend, dass sie entgegen der Annahme des Landgerichts die Ästhetik der eTPU-Mosaikstruktur (sog. „A-Look“) ihrer Sportschuhe der „A“-Serie werblich hervorhebe, und verweist auf das als Anlage BB 1 vorgelegte Ergebnis einer

kursorischen Internetrecherche. Entgegen der vom Landgericht vertretenen Auffassung würden auch weder der von der Antragsgegnerin zu 1) in Kooperation mit Z im Jahr 2010 entwickelte „Prototyp 2010“ noch die für die Antragsgegnerin zu 1) registrierten Gemeinschafts-geschmacksmuster auf einer Leistung der Antragsgegnerinnen beruhen, sondern zeigten ausschließlich die ursprüngliche Z-eTPU-Sohlenstruktur. Die Beauftragung der Fa. S mit der Produktion einer Nachahmung des Z-eTPU stelle vor diesem Hintergrund ebenfalls kein wettbewerbsrechtlich schützenswertes oder gar eigenes Leistungsergebnis der Antragsgegnerinnen dar. Die Antragsgegnerinnen hätten insoweit nicht substantiiert vorgetragen, dass sie in Bezug auf die Verwendung von eTPU als Zwischensohle entwicklungstechnische Arbeit geleistet hätten. Die – mit Nichtwissen bestrittene – Stellung einer Gussform sei ein rein handwerklicher Vorgang ohne innovativen Beitrag. Die Sohlenstruktur der angegriffenen Schuhe sei auch frei wählbar gewesen, wie als Gestaltungsvarianten etwa das Gemeinschaftsgeschmacksmuster Nr. … bis … und der „Prototyp 2010“ zeigten. Die deutlich größere Ähnlichkeit der „D“-Sohlenstruktur zu der der „A“-Serie als zu den vorgenannten Sohlen belege, dass eine Nachahmung der „A“-Sohle und nicht etwa eigener Vorgängermodelle der Antragsgegnerinnen vorläge.

Verbraucher würden vorliegend auch deshalb annehmen, dass der „D“ eine „A“-Sohle aus Z-eTPU besäße, weil die Antragsgegnerinnen in der Vergangenheit und bei anderen Projekten auch heute noch intensiv mit Z zusammenarbeiten würde und diese Zusammenarbeit öffentlich offensiv bewerbe (Anlage BB 4). Zudem werde der Verkehr die Bezeichnung TPU und eTPU realistischer Weise nicht auseinanderhalten können. Im Hinblick auf die Ausnutzung bzw. Beeinträchtigung der Wertschätzung sei neben der bewussten Übernahme des „A“-Looks und der schlechteren Qualität (begründet durch die deutlich schlechteren Temperatureigenschaften, das höhere Gewicht und die nachteilige Haptik und Optik der „C“-Sohle gegenüber der „A“-Sohle) insbesondere auch die Übernahme des mit dem A“-

Modell „C“ phonetisch identischen Produktnamens und die Tastsache zu berücksichtigen, dass, so die Behauptung der Antragstellerin, die angegriffenen „C“-Schuhmodelle mehr als 50 % günstiger verkauft würden als die „A“-Modelle. Dass das „D“-Schuhmodell im Vergleich zu aktuellen Modellen der Antragsgegnerinnen geradezu plump und unsportlich wirke, zeige, dass es die Antragsgegnerinnen wohl gerade auf eine Rufbeeinträchtigung der Antragstellerprodukte anlegten. Es liege wegen der Irreführung der Verbraucher über die der „A“-Sohle entsprechenden Qualität der „D“-Sohle schließlich gleichzeitig eine Täuschung der angesprochenen Verkehrskreise über wesentliche Eigenschaften der Waren im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG vor.

Die Antragstellerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 23.10.2015 – Az. 38 O 82/15 aufzuheben und wie erstinstanzlich beantragt zu erkennen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Berufung der Antragstellerin aus dem Schriftsatz vom 26.11.2015 zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerinnen verteidigen das erstinstanzliche Urteil als zutreffend. Insbesondere habe das Landgericht zutreffend festgestellt und gewürdigt, dass es sich bei den angegriffenen Schuhsohlen um eigenständige Parallelentwicklungen der Antragsgegnerinnen zur „A“-Sohle gehandelt habe, die schon deshalb nicht wettbewerbswidrig sein könne. Worin die individuelle schöpferische Leistung und damit die wettbewerbliche Eigenart der „A“-Sohle liegen solle, sei nach wie vor nicht vorgetragen. Die Annahme, der Verbraucher erkenne die in Anspruch genommene Besonderheit der sog. „Mosaikstruktur“ in Abgrenzung zu der für eTPU typischen styropor- bzw. modularartigen Oberfläche allgemein, sei lebensfremd. Auch zeigten zahlreiche „A“-Modelle diese

überhaupt nicht bzw. nicht in klar abgegrenzter Weise. Es werde mit Nichtwissen bestritten, dass die von der Antragstellerin zum Beleg der Bewerbung der „A“-Sohlengestaltung vorgelegten Internetauszüge sich auf den deutschen Markt bezögen. Auch zeigten diese gerade nicht den von der Antragstellerin reklamierten „A“-Look und gäbe es zahlreiche andere Schuhe mit eTPU-Sohlen auf dem Markt. Ferne lasse sich eine entsprechende Oberflächenstruktur auch mit dem herkömmlichen Material Ethylenvinylacetat (EVA) erzielen. Schließlich habe die Antragstellerin im geschmacksmusterrechtlichen Rechtsstreit vor dem Landgericht Frankfurt stets selbst geltend gemacht, dass die Oberflächenstruktur der dort streitgegenständlichen Gemeinschaftsgeschmacksmuster ausschließlich technisch bedingt sei.

Der Vortrag der Antragstellerin zum Vorliegen einer Nachahmung sei widersprüchlich, da sie selbst im Rahmen der Prüfung der Rufbeeinträchtigung auf zahlreiche Unterschiede zwischen den sich gegenüberstehenden Sohlengestaltungen hinweise. Einen einheitlichen „A“-Qualitätsstandard, von dem die angegriffenen Sohlen abweichen könnten, gebe es ersichtlich schon nicht, erst recht keine Qualitätsabweichung. Relevante Preisunterschiede zwischen den eTPU-Schuhen der Parteien bestünden nicht. Der Vortrag zu ihrer andauernden Kooperation mit Z sei verspätet und irrelevant.

Die Antragsgegnerinnen sind der Ansicht, dass die Antragstellerin, wenn sie auf eine Nachahmung des „A“-Looks unabhängig vom Schuhmodell abstelle, einen neuen Streitgegenstand einführe, da sie erstinstanzlich auf die „A“-Modelle „C“ bzw. „B A“ abgestellt habe. Insoweit fehle es auch an der Dringlichkeit. Die Antragsgegnerinnen erheben diesbezüglich die Einrede der Verjährung.

Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf die von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 ZPO die tatsächlichen Feststellungen

im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

B.

Die zulässige Berufung der Antragstellerin bleibt in der Sache ohne Erfolg. Es fehlt, wie bereits vom Landgericht zutreffend festgestellt, an dem erforderlichen Verfügungsanspruch. Ausführungen zum Vorliegen eines Verfügungsgrundes bedarf es von daher nicht.

I.

Der Antrag ist allerdings zulässig. Im Hinblick auf die Bestimmtheit des Verfügungsantrags und den Einwand des Rechtsmissbrauchs nach § 8 Abs. 4 UWG wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen der erstinstanzlichen Entscheidung verwiesen.

II.

Die Antragstellerin hat einen Unterlassungsanspruch gegen die Antragsgegnerinnen aus § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. §§ 3, 4 Nr. 3 lit. b) UWG in der seit dem 10.12.2015 gültigen Fassung (n.F.) bzw. – insoweit textgleich – § 4 Nr. 9 lit. b) UWG 2008 (a.F.) nicht glaubhaft gemacht (soweit im Folgenden das UWG n.F. zitiert wird, beziehen sich die Ausführungen auch auf die Rechtslage für den Zeitraum der Benutzung der angegriffenen Schuhe bis zum 09.12.2015 (UWG a.F.)). Denn die Gestaltungsmerkmale der „A“-Schuhsohlenoberfläche, hinsichtlich derer eine wettbewerbliche Eigenart allenfalls begründet sein könnte, werden von der angegriffenen „D“-Sohle gerade nicht übernommen, so dass es jedenfalls an der erforderlichen Nachahmung fehlt.

1.

Die Parteien als namhafte Hersteller und Vertreiber von Sportschuhen sind Mitbewerber im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG, die Antragstellerin ist mithin klagebefugt und aktivlegitimiert. In der Bewerbung bzw. dem Vertrieb der

Sportschuhe mit der angegriffenen Sohlengestaltung durch beide Antragsgegnerinnen liegt auch jeweils ein Handeln derselben im geschäftlichen Verkehr.

2.

Nach § 4 Abs. 3 lit. b) UWG n.F. handelt unlauter, wer Waren oder Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind, wenn er die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder beeinträchtigt. Auf die Gefahr einer Herkunftstäuschung im Sinne des § 4 Abs. 3 lit. a) UWG n.F. hat sich die Antragstellerin im Hinblick auf die auf den Schuhen angebrachten, gut sichtbaren und bekannten Marken demgegenüber nicht berufen, da sie nicht geltend macht, dass die Gefahr besteht, dass der Verbraucher über die betriebliche Herkunft des mit der angegriffenen Sohlengestaltung versehenen „X“-Schuhs getäuscht wird.

a)

Die Geltendmachung ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes ist vorliegend nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil die Gestaltung einer Schuhsohle auch einem Sonderrechtsschutz zugänglich ist. Denn der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz ist nach Schutzzweck, Voraussetzungen und Rechtsfolgen anders als die Sonderschutzrechte ausgestaltet. Ansprüche aus wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz wegen der Verwertung eines fremden Leistungsergebnisses können unabhängig vom Bestehen von Ansprüchen aus einem Schutzrecht gegeben sein, wenn besondere Begleitumstände vorliegen, die außerhalb des sondergesetzlichen Tatbestands liegen (vgl. BGH GRUR 2010, 80 Rn. 19 – LIKEaBIKE; BGH GRUR 2013, 951 Rn. 20 – Regalsystem; GRUR 2015, 909 Rn. 23 – Exzenterzähne).

b)

Es ist kann im Streitfall letztlich dahinstehen, ob der

Oberflächengestaltung der „A“-Sohle die für die Inanspruchnahme ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes erforderliche wettbewerbliche Eigenart zukommt. Herkunftshinweisend könnte allenfalls die besondere sog. „Mosaikstruktur“ sein, die die Antragstellerin als „A-Look“ für das bei den verschiedenen Modellen der „A“-Serie im Bereich der Sohle gezeigte eTPU in Anspruch nimmt.

aa)

Die Antragstellerin hat zur Begründung der wettbewerblichen Eigenart der aus eTPU bestehenden, sichtbaren Sohlenoberfläche ihrer „A“-Schuhe (im Folgenden zur Vereinfachung als „A“-Material bzw. „A“-Sohle bezeichnet) entgegen der von den Antragsgegnerinnen vertretenen Ansicht von Anfang an geltend gemacht, dass sich die Oberflächenstruktur der „A“-Sohle in Abgrenzung zu einer nicht gesondert bearbeiteten eTPU-Oberflächenstruktur dadurch auszeichne, dass die einzelnen Partikel mit gerade und scharf definierten Kanten getrennt seien und einzeln nachgezählt werden können, und insgesamt eine nahezu glatte Oberfläche bildeten. Die hierdurch entstehende Optik hat sie als sog. „Mosaikstruktur“ bezeichnet. Die Antragstellerin hat diesbezüglich bereits in der Antragsschrift vorgetragen, dass sämtlich 265 „A“-Modelle der Antragstellerin bei ansonsten sehr unterschiedlichem Design des Oberschuhs stets das markante „A“-Sohlendesign aufwiesen und so sofort die Antragstellerin als Herstellerin erkennen ließen, und hat neben den Modellen „C“ und „B“ die Modelle „W“, „I“, „U“ und „M“ bildlich wiedergegeben, um sodann die diesen gemeinsame, „besonders wertig anmutenden mosaikartige Sohlenstruktur“ darzustellen. Damit hat sie die wettbewerbliche Eigenart von Anfang an – auch nach dem Verständnis des erstinstanzlichen Gerichts – unmissverständlich an die sog. besondere „Mosaikstruktur“ der Oberfläche geknüpft. Soweit sie in der Antragsschrift Ausführungen zur Marktbedeutung und Bewerbung der Modelle „C“ und „B“ gemacht und diese im Original zur Gerichtsakte

gereicht hat, ist dies ersichtlich exemplarisch erfolgt und nicht, weil sie für diese konkreten Schuhsohlen bzw. -modelle wettbewerbliche Eigenart in Anspruch nehmen wollte. Auf Gestaltungsmerkmale, die die Schuhsohlen nur einzelner Modelle kennzeichnen, wie etwa Kerben oder Wülste, wie sie z.B. das Modell „C“ zeigt, kommt es deshalb für die Prüfung der wettbewerblichen Eigenart nach dem Vortrag der Antragstellerin nicht an. Entgegen der von den Antragsgegnerinnen vertretenen Auffassung ist der Streitgegenstand damit erst- und zweitinstanzlich ein und derselbe.

bb)

Für die Annahme wettbewerblicher Eigenart genügt es, dass der Verkehr bei den in Rede stehenden Produkten Wert auf deren betriebliche Herkunft legt und aus deren Gestaltung Anhaltspunkte dafür gewinnen kann. Dafür wiederum ist maßgeblich, ob sich das unter Rückgriff auf vorhandene Formen und Stilelemente entwickelte Leistungsergebnis von anderen vergleichbaren Erzeugnissen in einem Maß abhebt, dass hierdurch im angesprochenen Verkehr die Vorstellung ausgelöst wird, dieses Produkt stamme aus einem bestimmten Betrieb (BGH, GRUR 2012, 1155 Rn. 19 – Sandmalkasten; BGH WRP 2013, 1189 Rn. 24 – Regalsystem; OLG Köln, GRUR-RR 2004, 21 – Küchen-Seiher, jeweils m.w.N).

cc)

Grundsätzlich kann nicht nur für einzelne Schuhmodelle, sondern auch für die Oberflächengestaltung der Sohlen einer ganzen Modellserie als gemeinsames Merkmal unabhängig von deren sonstiger Ausgestaltung wettbewerbliche Eigenart begründet sein. Denn die wettbewerbliche Eigenart muss sich nicht notwendigerweise auf ein bestimmtes Produkt beziehen, sondern kann auch aus den übereinstimmenden Merkmalen verschiedener Exemplare einer Modellreihe hergeleitet werden, solange nicht nur Schutz für einzelne Stilmittel oder eine dem Sonderschutz nicht zugängliche Grundidee begehrt wird, sondern

für konkrete Gestaltungsmerkmale, die jeweils allen Modellen der Reihe eigen sind und deren wettbewerbliche Eigenart begründen (BGH, GRUR 2007, 795 Tz. 27 – Handtaschen; OLG Köln, GRUR-RR 2013, 24, 25 – Gute Laune Drops; GRUR-RR 2014, 25, 27 – Kinderhochstuhl „Sit up“; OLG Köln, GRUR-RR 2014, 287 – Damenhandtasche). Vorliegend zeigt jedenfalls die große Vielzahl der „A“-Schuhmodelle der Antragstellerin eine Oberfläche, wie sie vorstehend unter A. wiedergegeben ist. Dabei ist es unschädlich, dass einzelne Modelle vollständig aus dem „A“-Material hergestellt sind und andere Modelle dieses nur an einzelnen Stellen zeigen, etwa weil es an anderer Stelle verdeckt ist oder die Sohle teilweise auch aus dem herkömmlichen Material EVA besteht. Die aus „A“-Material bestehende Oberfläche („A“-Sohle) ist jedenfalls bei diesen Schuhmodelle als übereinstimmendes Merkmal zu erkennen.

dd)

Die Annahme wettbewerblicher Eigenart der Oberflächengestaltung der „A“-Sohle bezogen auf die sich aus der Verschmelzung von eTPU-Partikeln ergebende styroporartige Modularstruktur als solche kommt schon aus Rechtsgründen nicht in Betracht und wird von der Antragstellerin letztlich auch nicht in Anspruch genommen.

Zwar war eine solche Modularstruktur bis zur Markteinführung der „A“-Serie auf dem Markt nicht bekannt und können nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung grundsätzlich auch technisch bedingte Gestaltungsmerkmale die wettbewerbliche Eigenart eines Erzeugnisses begründen. Technisch notwendige Merkmale – also Merkmale, die bei gleichartigen Erzeugnissen aus technischen Gründen zwingend verwendet werden müssen – können allerdings aus Rechtsgründen keine wettbewerbliche Eigenart begründen. Die Übernahme solcher nicht (mehr) unter Sonderrechtsschutz stehender Gestaltungsmerkmale ist mit Rücksicht auf den Grundsatz der Freiheit des Stands der Technik wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden. Dagegen können Merkmale, die zwar technisch

bedingt, aber frei wählbar oder austauschbar sind, einem Erzeugnis wettbewerbliche Eigenart verleihen (BGH, GRUR 2010, 80 Rn. 27 – LIKEaBIKE; BGH GRUR 2012, 58, 63 – Seilzirkus; BGH GRUR 2015, 909, Rn. 18 f. – Exzenterzähne).

Die Antragstellerin ist vorliegend dem Vortrag der Antragsgegnerinnen, dass die styroporartige Modularstruktur dadurch erzeugt wird, dass durch das Wärme-/ Dampfverfahren eTPU-Partikel miteinander verschmolzen werden, nicht entgegengetreten und hat vielmehr in dem parallelen Geschmacksmusterstreitverfahren der Parteien umgekehrten Rubrums vor dem Landgericht Frankfurt a.M. (Az. 2-06 O 459/13) selbst ausdrücklich geltend gemacht, dass die Schuhaußenkontur der für die Antragsgegnerin zu 1) eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmuster, die eine „typische“ eTPU-Sohle ohne besondere Verarbeitungsparameter zeigt, ausschließlich technisch bedingt sei. Gleichzeitig ist unstreitig, dass es sich bei dem Verschmelzen von eTPU-Partikel zum Herstellen einer Sportschuhsohle um ein innovatives Verfahren handelt, dass etwa im Hinblick auf die Dämpfungs- und Temperatureigenschaft Vorteile gegenüber dem bisher üblicherweise verwandten Material EVA hat. Damit aber gibt es keine zu eTPU-basierten Materialien vergleichbaren Erzeugnisse, auf die die Wettbewerber ausweichen könnten. Die sich unmittelbar aus der Beschaffenheit und Verarbeitung des eTPU-Materials ergebende Oberflächengestaltung ist mithin technisch bedingt und kann von der Antragstellerin nicht über die Geltendmachung ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes für sich monopolisiert werden.

Unabhängig hiervon ist darauf hinzuweisen, dass eine styroporartige Modularstruktur der Sohle bereits von dem der Antragsgegnerin zu 1) zustehenden Gemeinschaftsgeschmacksmuster Nr. … gezeigt wird. Wenn man die styroporartige Modularstruktur der Oberfläche nicht als technisch bedingt ansähe und sie deshalb auch nicht der Rechtsbeständigkeit des Gemeinschaftsgeschmacksmusters

entgegengehalten werden könnte, könnte der Antragsgegnerin zu 1) als materiell-rechtlicher Inhaberin des Musters im Falle von dessen Rechtsbeständigkeit auch im Übrigen dessen Benutzung nicht wegen eines später auf den Markt gekommenen Erzeugnisses, für das wettbewerbliche Eigenart in Anspruch genommen wird, als wettbewerbswidrig untersagt werden. Denn Art. 96 Abs. 1 Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung (GGV), wonach die GGV Bestimmungen des deutschen Rechts über den unlauteren Wettbewerb unberührt lässt, will nicht dem deutschen Recht die unbeschränkte Begründung von Gegenrechten etwa auf wettbewerbsrechtlichen Grundlage erlauben, die die Regelungen der GGV zu Bestand und Durchsetzung eines Gemeinschaftsgeschmacksmuster berühren (Ruhl, Gemeinschaftsgeschmacksmuster 2. Aufl., Art. 96 Rn. 5). Eine Art. 110 Unionsmarkenverordnung entsprechende Vorschrift, die in bestimmten Fällen die Geltendmachung nationaler Rechte gegenüber der Benutzung einer Unionsmarke erlaubt, fehlt in der GGV. Die Frage, ob das Gemeinschaftsgeschmacksmuster Nr. … rechtsbeständig ist und die angegriffene Schuhsohle des „D“-Schuhmodells ein geschmacksmustergemäßes Erzeugnis darstellt, bedarf vorliegend aber keiner Beantwortung.

ee)

Letztlich offenbleiben kann, ob aufgrund der Unterschiede, die zwischen der styroporartigen Modularoptik, die durch das Verschmelzen der eTPU-Partikel entsteht, und der sog. „Mosaikoptik“ der „A“-Sohle die Annahme wettbewerblicher Eigenart letzterer begründet ist. Tatsächlich lässt sich bei genauer Betrachtung der „A“-Sohle feststellen, dass diese – anders als etwa das Gemeinschafts-geschmacksmuster Nr. … oder der „Prototyp 2010“ – aufgrund besonderer Verarbeitungsparameter eine nahezu ebene, geschlossene Oberfläche mit einer regelmäßigen und klar definierten Partikelgröße aufweist, die an eine Reptilienhaut erinnert und damit nicht wie die herkömmlich hergestellte eTPU-Sohle in erster Linie styroporartig wirkt.

Dagegen, dass die angesprochenen Verkehrskreise die optischen Unterschiede zwischen der styroporähnlichen Modularstruktur allgemein und der sog. „Mosaikstruktur“ als besondere Ausgestaltung wahrnehmen, spricht, dass diese nur bei genauer Betrachtung der jeweiligen Oberflächen ersichtlich sind.

Zwar werden die angesprochenen Verkehrskreise einen hochwertigen Sportschuh mit einer gewissen Aufmerksamkeit betrachten. Die angesprochenen Verkehrskreise bestehen dabei zum einen aus den Endabnehmern, d.h. den Verbrauchern allgemein, die sich potentiell alle für den Kauf eines Sportschuhs interessieren werden, und zu denen die Senatsmitglieder zählen. Weiterhin umfassen die interessierten Verkehrskreise auch die Sportschuhgroß- und Einzelhändler, da zu dem angesprochenen Verkehr neben den Endabnehmer auch die Abnehmer eines Produkts auf vorangegangenen Vertriebsstufen zählen (BGH GRUR 2015, 909 Rn. 15 – Exzenterzähne). Auch diese werden der Gestaltung eines Sportschuhs eine gewisse Aufmerksamkeit schenken.

Weder Endverbraucher noch Händler sind indes daran gewöhnt, aus der Gestaltung der Sohlenoberfläche auf die Herkunft eines Sportschuhs zu schließen, zumal diese üblicherweise mit deutlichen anderen Herkunftshinweise versehen sind, etwa den bekannte oder gar berühmten Marken der Parteien, und der Sohlenoberfläche schon deshalb wenig Beachtung schenken. Darüber hinaus erkennen die angesprochenen Verkehrskreise sowohl bei der Betrachtung im Geschäft als auch bei der bestimmungsgemäßen Benutzung, dem Tragen des Schuhs, die mit einer Betrachtung auf eine bestimmte Entfernung von 1,50 m oder mehr verbunden ist, dass die styroporartige Modularstruktur durch das Material hervorgerufen wird und haben auch deshalb keine Veranlassung, sich mit der Oberflächengestaltung genauer zu beschäftigen, um hierdurch Hinweise auf die Herkunft des Schuhs zu gewinnen. Schließlich hat die Antragstellerin auch nicht geltend gemacht, auf dem deutschen Markt die Besonderheiten der Oberflächenstruktur

gesondert werblich hervorzuheben. Insbesondere lässt sich den von ihr als Anlage BBS 2 vorgelegten Screenshots betreffend die Bewerbung sogar entnehmen, dass sie die einzelnen länglichen („Tic-Tac-förmigen“) eTPU-Partikel deutlich hervorhebt, was die bereits dargelegte Wahrnehmung des angesprochenen Verkehrs, dass die Oberfläche aufgrund des verwendeten Materials eine aus der Zusammenfügung der länglichen Partikel resultierende styroporartige Modularstruktur aufweist, verstärkt.

b)

Die sog. „Mosaikstruktur“ der Oberfläche – ihre wettbewerbliche Eigenart gleichwohl unterstellt – wird von der Sohle des angegriffenen „D“-Schuhs gerade nicht übernommen, so dass jedenfalls keine Nachahmung vorliegt.

Der Begriff der Nachahmung hat, so Köhler/Bornkamm-Köhler, UWG, 34. Aufl., § 4 Rn. 3.34, eine hersteller- und eine produktbezogene Komponente: Erstens muss dem Hersteller im Zeitpunkt der Herstellung des Produkts das Original als Vorbild bekannt gewesen sein. Bei einer selbstständigen Zweitentwicklung ist daher schon begrifflich eine Nachahmung ausgeschlossen (BGH GRUR 2002, 629 – Blendsegel; BGH GRUR 2008, 1115 Rn. 24 – ICON). Zweitens muss das Produkt (oder ein Teil davon) mit dem Original-Produkt übereinstimmen oder ihm zumindest so ähnlich sein, dass es sich in ihm wiedererkennen lässt. Es müssen gerade die übernommenen Gestaltungsmerkmale geeignet sein, die wettbewerbliche Eigenart zu begründen (BGH GRUR 1999, 1999, 923 – Tele-Info-CD; BGH GRUR 2007, 795 Rn. 32 – Handtaschen).

Dahinstehen kann vorliegend, ob es sich bei der Sohle des angegriffenen Schuhmodells „D“ schon im Hinblick auf die von den Antragsgegnerinnen vorgetragene Entwicklungsgeschichte des Schuhmodells um eine selbstständige Zweitentwicklung handelt (vgl. Köhler/Bornkamm-Köhler, a.a.O., § 4 Rn. 3.34 m.w.N.).

Die angegriffene „D“-Sohle ist in ihrer Oberflächengestaltung ist jedenfalls der der „A“-Modelle nicht so ähnlich, dass sie diese wiedererkennen ließe. Wie bereits ausgeführt, vermag ein Herkunftshinweis bezüglich der „A“-Schuhsohle allenfalls darin liegen, dass diese in Abgrenzung zu der für eTPU typischen styroporartigen Modularstruktur eine sog. „Mosaikstruktur“ aufweist, d.h. die bereits beschriebene nahezu glatte Oberfläche, die durch gerade und scharf definierte Kanten voneinander deutlich abgegrenzte, regelmäßige Partikel erkennen lässt. Gerade dieses Unterschiedsmerkmal aber übernimmt das angegriffene Schuhmodell nicht. Zum einen zeigt die angegriffene Schuhsohle die einzelnen Partikel in deutlich ungeordneter und uneinheitlicher Weise. Die einzelnen Partikel sind nicht nur kleiner, sondern auch weniger scharf konturiert als bei der „Mosaikstruktur“ der „A“-Sohlen. Die Antragstellerin hat diesbezüglich selbst darauf hingewiesen, dass sich bei der angegriffenen Schuhsohlengestaltung zahlreiche Fehlstellen zeigen. Die gewisse Harmonie und Gefälligkeit, die durch die mosaikartige Zusammensetzung der einzelnen Partikel bei der Oberfläche der „A“-Sohlen erzeugt wird, fehlt. Vielmehr erinnert die angegriffene Sohlenstruktur wieder deutlich an Styropor oder vergleichbare Erscheinungsbilder, wie sie beim unstrukturierten und ungeordneten Zusammenfügen kleiner Partikel entstehenden, wie dies etwa bei Reiswaffeln der Fall ist. Zum anderen wirkt die Oberfläche der „D“-Sohle – auch wegen der Fehlstellen – bei weitem nicht so glatt und damit reptilienhautähnlich, sondern eher wie geschnittenes Styropor.

Die Schuhsohle des „D“ kommt damit der Gestaltung der Schuhsohle, wie sie jedenfalls der bei den Gerichtsakten befindliche und von den Erzeugnissen der Antragstellerin unbeeinflusste „Prototyp 2010“ zeigt, näher als der Sohle der „A“-Modelle. Der „Prototyp 2010“ aber weist die – technisch bedingte – Erscheinung einer typischen eTPU-Oberfläche auf, von der sich die „A“-Gestaltung nach dem eigenen Vortrag der Antragstellerin gerade absetzt.

c) Nach alledem bedarf es keiner Ausführungen dazu, ob als besonderes Unlauterkeitsmerkmale eine Rufausnutzung oder –beeinträchtigung infolge einer Nachahmung der „Mosaikstruktur“ im Ansatzpunkt überhaupt in Betracht käme und eine solche nach den Umständen des vorliegenden Falls unangemessen wäre.

III.

Auch die Voraussetzungen für eine Irreführung nach § 5 Abs. 1 S. 1 UWG nicht vor. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass ein Irrtum des angesprochenen Verkehrs über die Herkunft bzw. die Qualität der Sohle des angegriffenen Schuhs „D“ ausgeschlossen ist, weil dieser etwaige positive Herkunftsvorstellung, die er allenfalls aufgrund der sog. „Mosaikstruktur“ der „A“-Sohle der Antragstellerin gewinnen könnte, nicht auf das angegriffene, von den Antragsgegnern vertriebene Schuhmodell übertragen wird, da dieses die „A“-Gestaltung gerade nicht zeigt.

IV.

Eine Aussetzung im Hinblick auf das zwischen den Parteien zwischenzeitlich vor dem Oberlandesgericht Frankfurt a.M. anhängige geschmacksmusterrechtliche Klageverfahren umgekehrten Rubrums kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil § 148 ZPO wegen der Eilbedürftigkeit nicht auf das einstweilige Verfügungsverfahren anwendbar ist (Zöller-Greger, ZPO, 31. Aufl., § 148 Rn. 3; Münchener Kommentar-Wagner, ZPO, 4. Aufl., § 148 ZPO Rn. 3; BeckOK ZPO/Wendtland ZPO, 19. Edition, § 148 Rn. 3, jeweils m.w.N.). Hiervon abgesehen ist vorliegend, wie sich aus den vorstehenden rechtlichen Erwägungen ergibt, weder die Frage der Rechtsbeständigkeit der von der Antragsgegnerin zu 1) im dortigen Verfahren herangezogenen Gemeinschaftsgeschmacksmuster noch die Fragen, ob der Vertrieb einzelner „A“-Modelle eine Verletzung derselben darstellt oder sich die Antragsgegnerinnen auf ein positives Benutzungsrecht bezogen auf das angegriffenen Schuhmodell aus einem der Gemeinschaftsgeschmacksmuster berufen kann, entscheidungserheblich.

V.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Das Urteil ist gemäß § 545 Abs. 2 ZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig.

Streitwert: 100.000,00 Euro.