

Verkündet
am 9. Januar 1962
Grunau, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2519 070

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma P [REDACTED] - Sportschuhfabrik Rudolf D [REDACTED],
H [REDACTED] bei N [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma M [REDACTED] & Co., Sportschuhfabrik, C [REDACTED],
vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin
Frau Frieda M [REDACTED] geb. S [REDACTED], C [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 9. Januar 1962 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Bock, Dr. Krüger-Nieland, Dr. Löscher,
Pohle und Dr. Spengler

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Nürnberg vom 2. Juni 1960 wird auf Kosten
der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien stehen als Sportschuhfabriken miteinander in Wettbewerb. Sie stellen u.a. Fußball-, Renn-, Trainings- und Turnschuhe her. Seit längerer Zeit ist es üblich, Sportschuhe der genannten Art mit Außenriemen in auffallender Farbe zu versehen. Das geschieht teils zur Zierde, teils zur Verstärkung (als Schutz gegen Ausbeulen, Durchscheuern u.ä.).

Seit dem Jahre 1956 verkauft die Klägerin Sportschuhe, die sie mit längsseits des Schuhschaftes angeordneten Außenriemen herstellt. Diese Riemen beginnen auf beiden Schuhseiten im Ballenbereich an der Sohle und werden nach oben und hinten um die Fersenkappe herumgeführt. Zum Schutze der mit dieser Riemenanordnung versehenen Sportschuhe meldete die Klägerin am 15. März 1956 ein Gebrauchsmuster an, das am 25. Mai 1956 unter Nr. 1 723 040 erteilt wurde. Die Schutzansprüche lauteten:

- "1. Sportschuh, insbesondere Rennschuh, mit an beiden Längsseiten angeordneten Außenriemen, dadurch gekennzeichnet, daß ein ein- oder mehrteiliger Riemen auf beiden Seiten im Ballenbereich an der Sohle beginnend nach oben und hinten und um die Fersenkappe herumgeführt ist.
2. Sportschuh nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß der Riemen an seinem Anfang am breitesten ist und sich der Fersenkappe zu allmählich verjüngt.
3. Sportschuh nach Ansprüchen 1 und 2, dadurch gekennzeichnet, daß die beiden außen- und innenseitig am Schaft angeordneten Stränge des Riemens einstückig sind."

- 3 -

In dem von einem anderen Wettbewerber eingeleiteten Löschungsverfahren Gm Lö 1-15/58 hat die Gebrauchsmusterabteilung des Deutschen Patentamts durch den inzwischen rechtskräftig gewordenen Beschluß vom 27. Januar 1959 dieses Gebrauchsmuster zum Teil gelöscht und die bisherigen 3 Schutzansprüche durch folgende ersetzt:

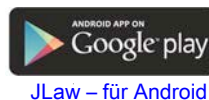
- "1. Rennschuh mit einem um die Fersenkappe herum und auf beiden Seiten in Längsrichtung des Schuhs bis mindestens zum Ballen verlaufenden Verstärkungsband, das einer Dehnung des Schaftes in Längs- und Querrichtung entgegenwirkt, dadurch gekennzeichnet, daß die vorderen Enden des als ein- oder mehrsträngiger Riemen ausgebildeten Verstärkungsbandes im Ballenbereich etwa senkrecht an der Sohle ansetzen und bogenförmig nach oben und hinten verlaufen.
2. Rennschuh nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß der Riemen an seinem Anfang am breitesten ist und sich der Fersenkappe zu allmählich verjüngt.
3. Rennschuh nach Ansprüchen 1 und 2, dadurch gekennzeichnet, daß die beiden fußaußen- und fußinnenseitig am Schaft angeordneten Stränge des Riemens einstückig sind."

Seit Ende 1957 hat die Klägerin für Sportschuhe, die mit der dem Gebrauchsmuster 1 723 040 entsprechenden Riemenanordnung ausgestattet sind, unter dem Schlagwort "formstrip - die neue P-Linie" mit großem Geldaufwand geworben. Nach ihren Prospekten wurden die Außenriemen, auch als "Flügelstreifen" bezeichnet, in den Farben weiß, blau, grün, rot und schwarz - fast stets im Gegensatz zur Farbe des Schuhschaftes stehend - hergestellt.

Die Beklagte vertreibt unter der Bezeichnung "Breit-Band-Schuh" seit Anfang März 1958 Sportschuhe mit Außenlängsriemen, die ebenfalls auf beiden Seiten an der Sohle im Ballen-



JLaw - Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

bereich beginnen, schräg nach oben und hinten verlaufen, um die Persenkappe herum geführt und auch in einer vom Schaftleder abweichenden Farbe gehalten sind.

Mit der in erster Linie auf Ausstattungsschutz, in zweiter Linie auf unlauteren Wettbewerb und erst in dritter Linie auf Gebrauchsmusterschutz gestützten Klage macht die Klägerin Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung, Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzpflicht geltend. Sie vertritt die Auffassung, ihre "form-strip"-Ausstattung sei nicht nur eine technische Verbesserung, sondern eine neuartige Ausstattung mit kennzeichnender und einprägsamer Bildwirkung. Diese Ausstattung habe sich innerhalb der beteiligten Verkehrskreise als Hinweis auf ihre - der Klägerin - Erzeugnisse durchgesetzt. Zwischen den Erzeugnissen beider Parteien bestehe Verwechslungsgefahr. Die Beklagte verstoße auch gegen § 1 UWG, da sie durch verwechselbare Nachahmung einer eigenartigen Ausstattung aus der Leistung und dem Werbeerfolg der Klägerin in unlauterer Weise Nutzen ziehe und durch Herbeiführung der Verwechslungsgefahr Irreführungen der Abnehmerkreise über die Warenherkunft veranlasse und dulde. Schließlich mache die Beklagte auch von der durch das Gebrauchsmuster 1 723 040 geschützten technischen Lehre Gebrauch.

Die Klägerin hat beantragt, wie folgt, zu erkennen:

"I. Die Beklagte hat bei Meidung einer Haftstrafe bis zu 6 Monaten oder einer Geldstrafe in unbeschränkter Höhe für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu unterlassen, Sportschuhe herzustellen, feilzuhalten, in den Verkehr zu bringen oder zu gebrauchen,

a) welche außen an den Längsseiten des Schaftes derart mit Riemen ausgerüstet sind, daß ein ein- oder mehrteiliger Riemen auf beiden Seiten an der Sohle

im Ballenbereich beginnend nach oben und hinten sowie gegebenenfalls um die Fersenkappe herum geführt ist,

- b) bei welchen die unter a) erläuterten Außenriemen an ihrem Anfang am breitesten sind und sich der Fersenkappe zu allmählich verjüngen,
- c) bei welchen die unter a) angegebenen Außenriemen in anderer Farbe gehalten sind als das Schaftleder.

- II. Die Beklagte hat bei Meidung einer Haftstrafe bis zu 6 Monaten oder einer Geldstrafe in unbeschränkter Höhe für jeden Fall der Zuwiderhandlung jegliche Werbung für Sportschuhe der in Ziff. I gekennzeichneten Ausführungsart zu unterlassen, hierauf bezügliche Werbeprospekte, Ankündigungen, Preislisten, Empfehlungen oder sonstige Geschäftspapiere zu vernichten und soweit sie bereits in Verkehr gebracht sind, einzuziehen.
- III. Die Beklagte hat der Klägerin unter Angabe der Abnehmer, Lieferpreise, Lieferzeiten und -mengen Rechnung über alle Geschäfte zu legen, welche die Beklagte über Sportschuhe der unter Ziff. I bezeichneten Ausführungsart abgeschlossen hat.
- IV. Die Beklagte hat der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser dadurch entstanden ist oder noch entstehen wird, daß die Beklagte Sportschuhe der unter Ziff. I bezeichneten Ausführungsart hergestellt; feilgehalten, in Verkehr gebracht oder sonstwie gebraucht hat."

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie hat das Vorliegen einer schutzfähigen Ausstattung bestritten und ausgeführt, das eigentliche Ausstattungsmerkmal sei die Anordnung des Riemens; sein Verlauf sei jedoch technisch bedingt. Er ergebe sich notwendigerweise aus der beabsichtigten technischen Funktion, und zwar als einfachste, nächstliegende und billigste Gestaltungsmöglichkeit. Im übrigen habe die Klägerin am 3. März 1958, als die Beklagte erstmals mit einem "Breitband"-Sportschuh auf den Markt gekommen

sei, für ihre "form-strip"-Riemenanordnung noch keine Verkehrsgeltung gehabt. Hierfür sei die Zeit seit Beginn des Jahres 1958 viel zu kurz gewesen. Sofern überhaupt eine rechtlich beachtliche Verkehrsdurchsetzung in Betracht komme, könne sie nur die besondere Formgebung des Verstärkungsriemens, nicht aber die Art der Anordnung am Schuhschaft betreffen. Auch die Art der Farbgebung, die Andersfarbigkeit, könne keinen Ausstattungsschutz begründen; denn sie sei allgemein marktüblich und weise so wenig Eigenart auf, daß sie vom Verkehr nicht als Unterscheidungszeichen oder Herkunftshinweis gewertet werde. Im übrigen bestehe auch keine Verwechslungsgefahr; denn das Band an den Sportschuhen der Beklagten verlaufe nicht geschwungen, sondern geradlinig und erscheine für den Beschauer gleich breit. Dagegen verlaufe das Band der Klägerin stark bogenförmig und verjünge sich auf ein Fünftel seiner Anfangsbreite. Diese Unterschiede fielen deutlich ins Auge und schlossen eine Verwechslungsgefahr aus. Die Beklagte habe also die Ausstattung der Klägerin nicht verwechslungsfähig nachgeahmt und sich auch nicht sonstwie an die Werbung der Klägerin angehängt. Sie sei vielmehr mit ihren Sportschuhen bereits auf dem Markt gewesen, als sich die Werbung der Klägerin noch in sehr bescheidenen Grenzen gehalten habe. Auch sonst seien keine besonderen wettbewerbswidrigen Umstände gegeben, so daß von einem Verstoß gegen § 1 UWG nicht die Rede sein könne. Das Gebrauchsmuster 1 723 040 ermangele der Schutzfähigkeit. Wie sich insbesondere aus der US-Patentschrift Re. 23 922 und aus dem deutschen Patent 918 250 ergebe, gehöre sein Grundgedanke zum Stand der Technik. Aber auch bereits durch das Gebrauchsmuster 1 623 153 aus dem Jahre 1951 und dem auch in Deutschland vertriebenen Sportschuh der Firma S-B, Cambridge, aus dem Jahre 1955 sei der vermeintliche Fortschritt des Gebrauchsmusters der Klägerin vorweggenommen. Im übrigen mache die Beklagte von dem

im Lösungsverfahren eingeschränkten Gegenstand des Gebrauchsmusters der Klägerin überhaupt keinen Gebrauch.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Klaganträge weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Ausstattungsschutz

1. Das Berufungsgericht hat Ansprüche aus Ausstattung (§ 25 WZG) verneint mit der Begründung, der von der Klägerin an ihren Sportschuhen angebrachte - als "Flügelstreifen" oder "form-strip" bezeichnete - Außenlängsriemen sei nach seiner Anordnung und Formgebung im wesentlichen technisch-funktionell bedingt. Auch aus dem Umstand, daß dieser "Flügelstreifen" zu- meist vom Schaftleder farblich abgesetzt sei, könne die Klägerin keinen Ausstattungsschutz herleiten; denn das kaufende Publikum sei bereits seit langem daran gewöhnt, Sportschuhe in verschiedenen Farben zu erwerben, denen vor allem ein aufgesetzter oder mehrere aufgesetzte Riemen ein buntes Bild gäben. In der Jetztzeit lasse sich der Verkauf von Sportschuhen in der Regel nur durch eine gezielte Farbgebung durchführen. Solche Effekte könnten aber, so führt das Berufungsgericht unter Hinweis auf Baumbach/Hefermehl (Wettbowerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., WZG § 25 Anm. 38) weiter aus, nicht als Ausstattung monopolisiert werden. Die Farbe als solche weise nicht auf eine bestimmte Herkunftsstätte hin; sie sei nur Beiwerk ohne selbständige Kennzeichnungskraft (Baumbach/Hefermehl aaO). Selbst wenn aber der "Flügelstreifen" an den Sportschuhen der Klägerin an sich ausstattungsschutzfähig wäre, fehle es im Verhältnis

zu den angegriffenen Erzeugnissen der Beklagten an der Verwechslungsgefahr. Auf die Verkehrsgeltung des Sportschuhes mit dem "Flügelstreifen" komme es daher nicht an; sie brauche nicht festgestellt zu werden (BU S. 21). In anderem Zusammenhang hat das Berufungsgericht die Verkehrsgeltung des "Flügelstreifens" ausdrücklich unterstellt (BU S. 23).

2. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe verkannt, daß die Elemente, die das äußere Gesamtbild der "Puma-form-strip-Sportschuhe" der Klägerin ausmachten, nicht in einem "beliebigen" vom Ballen zur Ferse hoch gezogenen, sondern in einem durch zwei Besonderheiten der Formgebung und der Farbgestaltung gekennzeichneten Riemen beständen, der nämlich

- a) "sich verjüngend" vom Ballen zur Ferse verlaufe und
- b) sich in charakteristischer Weise farblich von seinem Untergrund - dem Schaftleder - abhebe.

Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des erkennenden Senates vom 8. Mai 1959 (I ZR 16/58 - Fußballstiefel, GRUR 1959, 423) vertritt die Revision die Auffassung, weder die vom Ballen zur Ferse sich verjüngende Form des Riemens noch die farbliche Abhebung des Riemens vom Untergrund gehörten zum Wesen der Ware; beide Merkmale seien nicht allein durch den technischen Gebrauchszweck der Ware bedingt, sondern willkürlich gewählt und daher "Ausstattung", die bei der vom Berufungsgericht unterstellten und daher auch für die Revisionsinstanz zu unterstellenden Verkehrsgeltung Schutzansprüche nach § 25 WZG begründe.

3. Der Angriff der Revision kann keinen Erfolg haben. Die Erwägungen des Berufungsgerichts halten zwar nicht in allen Einzelheiten einer rechtlichen Nachprüfung stand. Das Berufungsgericht hat aber nach dem von ihm festgestellten Sachverhalt im Ergebnis mit Recht dem "Flügelstreifen" der Klägerin die Eigenschaft einer Ausstattung im Sinne des § 25 WZG abgesprochen; denn die als "Flügelstreifen" oder "form-strip" bezeichnete Riemenanordnung stellt nach der Verkehrsauffassung kein Warenkennzeichnungsmittel, sondern sowohl nach Formgebung wie nach Farbgestaltung ein wesensbestimmendes Merkmal der Ware dar. Die beiden von der Revision als kennzeichnend hervorgehobenen Gestaltungsmerkmale erfüllen weder einzeln noch zusammen den Rechtsbegriff der Ausstattung (vgl. hierzu BGHZ 5, 1, 6 - Hummelfiguren; 11, 129, 132 - Zählkassette; 29, 62, 64 - Rosenthal-Vase; 35, 341, 345 f - Buntstreifensatin). Dem steht auch die von der Revision angeführte Fußballstiefel-Entscheidung des Senats vom 8. Mai 1959 nicht entgegen.
- a) Wie das Berufungsgericht in rechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt hat, ist die "Flügelstreifen"-Riemenanordnung der Klägerin bei Sportschuhen im wesentlichen technisch-funktionell bedingt. Die Darlegungen des Berufungsgerichts (BU S. 18) betreffen entgegen der Auffassung der Revision auch keineswegs einen "beliebigen" vom Ballen zur Ferse hochgezogenen Riemen, sondern die besondere "Flügelstreifen"-Riemenanordnung, für welche die Klägerin Ausstattungsschutz begehrt. Das Berufungsgericht ist nach eingehender Darlegung und Würdigung aller für diese Riemenanordnung wesentlichen technisch-funktionellen Aufgaben unter Bezugnahme auf Reimer (Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl., 39. Kap. Anm. 10 S. 414) zu dem Ergebnis gelangt, daß die Anbringung des Außenriemens in der ge-

schehenen Form ein zwingendes Mittel zur Förderung der praktischen Brauchbarkeit der Ware sei". Die Riemenanordnung soll festgestelltermaßen das Ausbeulen des Sportschuhs nach der Seite und nach der Länge, insbesondere auch an der Ferse, verhindern und außerdem das Schaftleder im Ballenbereich gegen Abscheuern schützen. Diese bei der starken Beanspruchung der Schuhe im Sport besonders wichtigen Funktionen können, wie das Berufungsgericht feststellt, nur erfüllt werden, wenn der Verstärkungsriemen in bestimmter Weise außen am Sportschuh angebracht wird.

- aa) Nach diesen im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegenden Darlegungen des Berufungsgerichts kann nicht zweifelhaft sein, daß die "Flügelstreifen"-Riemenanordnung als solche wegen ihrer für die Brauchbarkeit und Haltbarkeit der Sportschuhe wesentlichen Eigenschaften technisch-funktionell bedingt ist. Eine solche Gestaltung der Ware betrifft das nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilende Wesen der Ware selbst (BGHZ 11, 129, 133; 35, 341, 348). Ob die Gestaltungselemente, für die Ausstattungsschutz begehrt wird, das Wesen der Ware bestimmen, entscheidet sich nach dem Zweck, den sie erfüllen sollen, und weiterhin danach, ob dieser Zweck für die Wertschätzung der Ware nach der durchschnittlichen Auffassung ihres Abnehmerkreises von maßgebender Bedeutung ist. Im vorliegenden Fall besteht der für die "Flügelstreifen"-Riemenanordnung wesentliche und auch für die Abnehmer erkennbare Zweck darin, die Sportschuhe in technischer Hinsicht zu verbessern, sie, wie dargelegt, insbesondere gegen Quer- und Längsdehnungen, vor allem auch an der Ferse, unempfindlicher zu machen und zugleich ein Durchscheuern des Schaftleders in der Ballengogend zu verhindern. Es handelt sich dabei also um Merkmale, die der Ware als solcher für die Nachfrage der Käufer entscheidende Eigenschaften verleihen (BGHZ 35, 341, 345 f).

- bb) Eine durch den Gebrauchszweck der Ware technisch bedingte Gestaltung kann aber grundsätzlich nicht Gegenstand eines Ausstattungsschutzes sein, weil es sich insoweit regelmäßig um die Ware selbst und nicht um ihre Ausstattung handelt. Dabei ist es an sich gleichgültig, ob für die betreffende Anordnung ein Sonderschutz (Patent- oder Gebrauchsmuster) besteht oder bestanden hat. Immerhin kann das gegenwärtige - oder frühere - Vorhandensein eines solchen Schutzrechts als ein Beweisanzeichen dafür gelten, daß die betreffenden Gestaltungsmerkmale, für die Ausstattungsschutz begehrt wird, in der Tat technisch bedingt und damit auch für das Wesen der Ware bestimmend sind (BGH GRUR 1957, 603, 604 1.Sp. - Taschenstreifen). Die Anerkennung eines Ausstattungsschutzes an derartigen wesenbestimmenden Merkmalen der Ware würde aber einem Alleinherstellungsrecht an der Ware gleichkommen und sich damit als Sperre gegen die Herstellung und den Vertrieb gleicher oder gleichartiger Waren durch andere auswirken. Das wäre unvereinbar mit dem begrenzten Zweck des Ausstattungsrechts, das nur ein Warenkennzeichnungsmittel schützen soll (BGHZ 35, 341, 345). Ein solches Alleinherstellungsrecht ließe sich nur durch ein Patent oder Gebrauchsmuster für die technische Lehre begründen, die in der besonderen Gestaltung der Ware verwirklicht wird. Diese technische Lehre bleibt jedoch, wenn für sie ein besonderer Schutz nicht oder nicht mehr besteht, grundsätzlich für jedermann frei. Niemals kann der Ausstattungsschutz die technische Lehre umfassen, die in der Gestaltung der Ware gegenständlich geworden ist (BGHZ 11, 129, 131 - Zählkassette).
- cc) Im vorliegenden Fall hat die Klägerin für die "Flügelstreifen"-Riemenanordnung, und zwar insbesondere auch für die sich verjüngende Ausführung des Verstärkungshandes, Gebrauch

5

musterschutz in Anspruch genommen und auch erlangt. Hierin liegt eine nachdrückliche Bestätigung für die technische Bedingtheit des "Flügelstreifens" und seinen für den Sportschuh als solchen zugleich wesenbestimmenden Charakter. Wie später noch näher auszuführen sein wird (unter III), hat die Gebrauchsmusterabteilung des Deutschen Patentamts im Lösungsverfahren, wie der Beschluß vom 27. Januar 1959 ergibt, in dem "etwa senkrecht an der Sohle ansetzenden und bogenförmig nach oben und hinten verlaufenden Verstärkungsriemen" den für die Begründung der Schutzfähigkeit wesentlichen technischen Fortschritt erblickt und gerade diese für den "form-strip" wesentlichen Merkmale zum Gegenstand des kennzeichnenden Teils des neuen Schutzanspruchs 1 gemacht. Die Klägerin selbst hat aber auch die besondere Art der Verjüngung des Verstärkungsriemens, der im Ballenbereich an der Sohle vorzugsweise verhältnismäßig breit ansetzen kann, so daß er dann sich verjüngend um die Fersenkappe herumgeführt werden kann, zum Gegenstand eines "echten" Unteranspruchs 2 gemacht. Die Gebrauchsmusterabteilung hat diese "Verjüngung" ausdrücklich als eine vorteilhafte Ausgestaltung des Gegenstandes nach Schutzanspruch 1 anerkannt (Beschl. S. 8). Danach ist entgegen der Auffassung der Revision auch das Merkmal der Verjüngung des Verstärkungsbandes nicht geeignet, der Riemenanordnung der Klägerin einen die Herkunft der Ware kennzeichnenden Ausstattungscharakter im Sinne des § 25 WZG zu verleihen. Daß die ebenfalls technisch bedingte Verjüngung des Verstärkungsbandes zugleich eine ansprechende ästhetische Wirkung hervorbringen kann, ändert nichts daran, daß die Formgebung der Riemenanordnung als solche keine zu der Ware hinzutretende Ausstattung oder Aufmachung darstellt.

dd) Demgegenüber kann sich die Revision auch nicht mit Erfolg auf die Fußballstiefel-Entscheidung des Senates vom 8. Mai 1959 (GRUR 1959, 423) berufen. Daß in diesem Fall die Riemen, für die Ausstattungsschutz beansprucht wurde, möglicherweise auch den Gebrauchszweck der Schuhe durch Aufnahme des Gelenkzuges unterstützen und fördern konnten, machte sie noch nicht zu wesensbestimmenden Merkmalen der Ware, weil nämlich die Anordnung gerade von 3 mit einigem Abstand parallel zueinander laufenden Riemen keineswegs allein durch den technischen Zweck der Ware bedingt, sondern "willkürlich gewählt" war, wie es in der angeführten Entscheidung unter Hinweis auf die Zählkassette-Entscheidung des Senats (BGHZ 129, 132) heißt. Soweit in den vorgenannten Entscheidungen den "allein durch die ihnen eigentümliche technische Funktion bedingten" Elementen die "willkürlich gewählten" Elemente, die auch technische Zwecke erfüllen können, gegenübergestellt werden, soll hiermit für die im wesentlichen technischen Gebrauchszwecken dienenden Waren die Unterscheidung zwischen den das Wesen der Ware bestimmenden Elementen und den sonstigen Merkmalen deutlich gemacht werden, die für die Wertschätzung der Ware vom Verkehr deshalb als nicht wesentlich angesehen werden, weil sie ohne weiteres durch andersartige aber gleichwertige und gleichwirkende Elemente ersetzt werden können, so daß insofern wohl von einer "willkürlichen Wahl" der Elemente gesprochen werden kann. Derartige Gestaltungselemente können als Ausstattung in Betracht kommen. Handelt es sich dagegen nicht um technischen Zwecken dienende, sondern aus künstlerischen oder geschmacklichen Gründen gewählte Formgebungen, so kann es sich allerdings auch bei "willkürlich gewählten" Gestaltungselementen durchaus um wesensbestimmende Merkmale der Ware handeln, falls nach der Verkehrsauffassung bei Waren der betreffenden Art ästhetische Fragen eine entscheidende Rolle spielen (vgl.

hierzu die bereits angeführten Entscheidungen "Hummelfiguren", "Rosenthal-Vase" und "Buntstreifensatin").

eo) Das Berufungsgericht hat seine Ausführungen zum Ausstattungsschutz mit dem Satz eingeleitet, die Ausstattung sei "vielfach, so auch hier, rechtlich als 'äußere Zutat' zu bezeichnen, denn der Sportschuh als solcher wäre sehr wohl auch ohne Zierriemen denkbar" (BU S. 18 oben). Dieser Satz könnte für sich allein mißverständlich wirken, sofern man hieraus als Auffassung des Berufungsgerichts entnehmen würde, es handele sich im vorliegenden Fall nicht um "technisch bedingte" Verstärkungsriemen, sondern um reine Zierriemen, die als solche allerdings durchaus "äußere Zutaten" wären und damit auch ausstattungsschutzfähig sein könnten. Aus den weiteren Darlegungen des Berufungsgerichts ergibt sich aber deutlich, daß es entscheidend auf die funktionelle Aufgabe der Außenriemen abstellt und ihre Gestaltung und Anordnung sogar als das einzige, "zwingende" Mittel ansieht, um eine bestimmte technische Lehre zu verwirklichen. Bei dieser Sachlage kann es nicht zweifelhaft sein, daß die Riemenanordnung als Element des äußeren Gesamtbildes der Ware durch den mit ihr verfolgten Zweck funktionell bedingt ist, zur Ware gehört und deren Wesen selbst ausmacht.

ff) Für die Beantwortung der Frage, ob ein Gestaltungselement der Ware wesenbestimmendes Merkmal der Ware selbst und daher kein Warenkennzeichnungsmittel sein kann, kommt es an sich nicht darauf an, ob eine mit dem besonderen Element erstrebte technische Wirkung auch mit Hilfe anderer technischer Lehren oder Gestaltungsmöglichkeiten erreicht werden kann. Das Berufungsgericht weist unter Bezugnahme auf Baumbach/Hofermehl (aaO Anm. 22, 23) und von der Osten (Die Verkehrsgeltung im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht und

ihre Feststellung im Prozeß, 1960, 2. Kap. § 3 III 3 b, c, S. 46 bis 49) zur Begründung der Verneinung des Ausstattungsschutzes abschließend darauf hin, daß die mit der "Flügelstreifen"-Riemenanordnung erstrebte Wirkung in anderer Form nur durch Anbringen mehrerer Riemen umständlicher und nicht ohne erheblich höheren Kostenaufwand zu erreichen wäre; das sei daher aber unzumutbar (BU S. 18 unten). Diese Erwägungen gehören jedoch, genau genommen, nicht in den Rahmen der Prüfung, ob der Rechtsbegriff der Ausstattung, wie er in der Rechtsprechung des erkennenden Senats entwickelt worden ist, erfüllt ist. Sie können aber von Bedeutung sein bei der noch vorzunehmenden Prüfung eines wettbewerblichen Leistungsschutzes, nämlich für die Frage, ob der Beklagten eine nach § 1 UWG unzulässige Nachahmung der Waren der Klägerin vorzuwerfen ist (unten unter II).

- b) Um den Ausstattungscharakter ihrer "Flügelstreifen"-Riemenanordnung zu begründen, zieht die Klägerin als weiteres angeblich kennzeichnendes Merkmal die besondere Art der farblichen Gestaltung der Sportschuhe heran. Die Klägerin nimmt für den von ihr behaupteten Ausstattungsschutz keine bestimmte Farbgebung für den "Flügelstreifen" in Anspruch; denn dieser wird nicht durch eine bestimmte Farbe oder Farbzusammenstellung kenntlich gemacht. Dementsprechend kann die Klägerin auch nicht behaupten, daß sich für ihre mit der "Flügelstreifen"-Riemenanordnung ausgestatteten Sportschuhe bestimmte Farben oder Farbzusammenstellungen als ein Hinweis auf ihr Unternehmen durchgesetzt hätten. Aus dem von ihr überreichten Prospekt "Puma-Kollektion 1958" ergibt sich, daß z.B. das Modell 110 Puma-Trainings-schuh "Endspurt" ("für die Jugend") ganz in schwarz gehalten ist. Der "Flügelstreifen" hebt sich also bei diesem Modell farblich überhaupt nicht vom Schaftleder ab. Bei allen

übrigen Modellen dagegen ist der Außenriemen ("Flügelstreifen") in anderer Farbe gehalten als das Schaftleder, und zwar werden dabei in verschiedenen Kombinationen die Farben weiß, schwarz, rot, blau und grün benutzt. Die Klägerin hält gerade diese Anders- oder Verschiedenfarbigkeit von "Flügelstreifen" und Schaftleder für ein auf ihr Unternehmen hinweisendes Ausstattungsmerkmal. Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt kann jedoch die von der Klägerin bei Sportschuhen angewandte Art der farblichen Gestaltung nicht als Warenkennzeichnungsmittel, sondern nur als ein das Wesen der Ware mitbestimmendes Merkmal angesehen werden.

- aa) Daß auch Farben und Farbzusammenstellungen Ausstattungsschutz genießen können, wenn sie auf eine bestimmte Herkunftsstätte hinweisen, also eine selbständige Kennzeichnungskraft besitzen, ist in der Rechtsprechung anerkannt (vgl. BGH GRUR 1957, 369 - Rosa-Weiß-Packung). Um einen solchen Fall, der nur bestimmte Farben und Farbzusammenstellungen betrifft, handelt es sich, wie gesagt, hier jedoch nicht. Denn die Klägerin beansprucht Ausstattungsschutz für jede Art der Verschiedenfarbigkeit von "Flügelstreifen" und Schaftleder. Anders als bei Warenzeichen, die grundsätzlich alle Farben umfassen, kann sich der Schutz einer Ausstattung nur auf die im Verkehr durchgesetzte Farbe und die mit ihr verwechslungsfähigen Farben erstrecken (vgl. BGH GRUR 1953, 40, 43 r.Sp. oben - Goldzuck). Da die Klägerin für jede Art der farblichen Abhebung des "Flügelstreifens" vom Schaftleder Schutz begehrt, besteht das nach ihrer Auffassung Charakteristische der Ausstattung ihrer Sportschuhe, wie auch die Revision hervorhebt, in der durch diese farbliche Abhebung vom Untergrund betonten "Linienführung" des etwa in der Ballengegend ansetzenden und bis zur Ferse an-

steigenden Verstärkungsriemens. Es handelt sich also nicht um eine durch eine bestimmte Farbe oder Farbzusammenstellung geschaffene Ausstattung, sondern lediglich um die durch irgendwelche unterschiedlichen Farben hervorgerufene Sichtbarmachung einer bestimmten "Linienführung", die sich aus der Form des "Flügelstreifens" und seiner Anordnung auf dem Schuhschaft ("form-strip - die neue P--Linie") ergibt. Die Klägerin will dementsprechend gemäß dem Merkmal unter I c ihres Klagantrages der Beklagten schlechthin verbieten, die von ihr verwendeten Außenriemen in anderer Farbe als das Schaftleder zu halten. Ein solches Schutzbegehren könnte aber nur Erfolg haben, wenn der Klägerin für die "Flügelstreifen"-Linie als solche Ausstattungsschutz zustehen würde. Das ist aber, wie bereits unter II 3 a) ausgeführt worden ist, wegen der im wesentlichen technisch-funktionellen Bedeutung der Form und Anordnung des Verstärkungsbandes nicht der Fall.

bb) Scheidet danach für die reine Linienführung des "Flügelstreifens" ein Ausstattungsschutz mangels Erfüllung des Rechtsbegriffs der Ausstattung von vornherein - ohne Rücksicht auf eine etwaige Verkehrsgeltung - aus, so wäre nach den bisherigen Darlegungen die Erlangung eines Ausstattungsschutzes für bestimmte farbliche Gestaltungen des Flügelstreifens an sich rechtlich denkbar. Nach ständiger Rechtsprechung kann grundsätzlich auch eine an sich alltägliche Aufmachung, zu der auch die Anbringung andersfarbiger Zierriemen an Sportschuhen gehören könnte, auch wenn sie nicht von Haus aus geeignet ist, eine Kennzeichnungsfunktion im Sinne eines Herkunftshinweises auszuüben, Gegenstand eines Ausstattungsschutzes sein. Über die Kennzeichnungskraft einer solchen Warenaufmachung entscheidet allein die tatsächlich innerhalb der beteiligten Verkehrskreise herrschende

Auffassung (BGHZ 35, 341, 343 m.w.N.). Entscheidend ist allein, ob der Verkehr mit den fraglichen Gestaltungselementen (Form und/oder Farbe) die Vorstellung verbindet, sie dienten der kennzeichnungsmäßigen Unterscheidung gegenüber gleichartigen Erzeugnissen anderer Hersteller. Insoweit kommt es also allein auf einen tatsächlich im Verkehr bestehenden Zustand an (BGH aaO S. 343 f). Deshalb können auch die Erwägungen des Berufungsgerichts nicht für zutreffend erachtet werden, nach denen unter Hinweis auf Baumbach/Hefermehl (aaO WZG § 25 Anm. 38) das "Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit" dem von der Klägerin für die farbliche Gestaltung in Anspruch genommenen Ausstattungsschutz entgegenstehen soll. Der Verkauf von Sportschuhen lasse sich, so führt das Berufungsgericht hierzu aus, heutzutage nur durch eine gezielte Farbgebung durchführen; solche Effekte könnten aber nicht als Ausstattung monopolisiert werden. Farbliche Zusammenstellungen ständen grundsätzlich im Gemeingebrauch. Die Klägerin könne ein Vorrecht auf bestimmte Farbzusammensetzungen (wie schwarz-weiß oder rot-weiß) nicht beanspruchen. Die Wahl einer bestimmten Farbe sei zur Warenausstattung nicht notwendig (BU S. 20 f).

Entgegen dieser Auffassung des Berufungsgerichts besteht, wie der erkennende Senat zuletzt in der Buntstreifensatin-Entscheidung (aaO S. 344 f) dargelegt hat, kein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts, daß ein Ausstattungsschutz nicht in Betracht komme, wenn das in ihm liegende Monopol zu einer unbilligen Beschränkung der freien Betätigung der Mitbewerber führe. Ist eine ausreichende Verkehrsanerkennung einer Warenaufmachung als Kennzeichnungsmittel für die Warenherkunft gegeben, so kann der Rechtsschutz aus § 25 WZG nicht schon wegen eines sog. Freihaltebedürfnisses der Mitbewerber versagt werden. Ein etwaiges Freihaltebedürfnis könnte viel-

mehr nur für die Anforderungen, die an die Breite der Verkehrsdurchsetzung zu stellen sind, Bedeutung gewinnen (BGHZ 30, 357, 371 - Nährbier). Mag auch, wie das Berufungsgericht ausführt, "eine bestimmte Farbe zur Warenausstattung nicht notwendig sein", so könnte sich trotzdem eine bestimmte Farbe bei entsprechender Verkehrsgeltung als schutzfähige Ausstattung nach § 25 WZG durchsetzen.

Das Berufungsgericht weist in diesem Zusammenhang darauf hin, bei den Sportschuhen beider Parteien sei "die Farbe nur Beiwerk, nicht kennzeichnend". Wäre die Farbe nach der Verkehrsauffassung "Beiwerk" im Sinne einer nicht das Wesen der Ware bestimmenden, sondern zur Ware hinzutretenden "äußeren Zutat", so könnte die "Farbe" durchaus Gegenstand eines Ausstattungsschutzes nach § 25 WZG werden, und das Berufungsgericht hätte den Beweisangeboten der Klägerin über die Verkehrsgeltung des äußeren Erscheinungsbildes ihrer "form-strip"-Sportschuhe nachgehen müssen. Ersichtlich wollte das Berufungsgericht aber, wie der Zusammenhalt der Entscheidungsgründe ergibt, die farbliche Gestaltung der Sportschuhe nicht als eine ausstattungsschutzfähige "äußere Zutat" der Ware ansehen; denn es stellt ausdrücklich fest, daß die bei Sportschuhen verwendeten Farben als solche im Verkehr nicht als Hinweis auf eine bestimmte Herkunftsstätte dienen. Damit kommt das Berufungsgericht aufgrund des von ihm festgestellten Sachverhalts zu dem rechtlich nicht zu beanstandenden Ergebnis, daß die vielfältige farbliche Gestaltung der Sportschuhe, insbesondere die Verschiedenfarbigkeit von Verstärkungs- und/oder Zierriemen einerseits und Schaftleder andererseits, wesensbestimmende Bestandteile der Ware selbst sind. Wie das Berufungsgericht ausdrücklich feststellt, ist es bereits seit Jahrzehnten allgemein üblich, Sportschuhe mit Außenriemen in auffallender Farbe zu ver-

sehen. Diese Art der farblichen Gestaltung der Sportschuhe ist marktüblich. Mit ihr wird wie bei der üblichen Sportkleidung nicht nur geschmacklichen, sondern auch durch den Verwendungszweck bedingten Anforderungen der Abnehmerkreise Rechnung getragen, die bei der sportlichen Betätigung auf eine durch die Verschiedenfarbigkeit verbesserte Unterscheidungsmöglichkeit Wert legen können. Bei dieser Sachlage wird die allgemein üblich gewordene Verschiedenfarbigkeit der Sportschuhe nicht als Warenkennzeichnungsmittel im Sinne eines Herkunftshinweises, sondern als ein für die Ware als solche wesentliches Merkmal gewertet.

- cc) Die Revision stützt sich schließlich auch hinsichtlich des Merkmals der "farblichen Abhebung" auf die Fußballstiefel-Entscheidung des Senates vom 8. Mai 1959. In dieser Entscheidung heißt es im Anschluß an die Darlegungen über die mangelnde technische Bedingtheit der willkürlich gewählten Anordnung von gerade drei mit einigem Abstand zueinander laufenden Riemen: "und selbst wenn das zweifelhaft wäre, so würde doch die Ausstattungsschutzfähigkeit schon dadurch begründet werden können, daß die drei Riemen sich in charakteristischer Weise farblich von ihrem Untergrund abheben" (GRUR 1959, 423, 424 l.Sp.). Die Revision hat diesen letzten Satzteil wörtlich zur Kennzeichnung des zweiten von der Klägerin in Anspruch genommenen - farblichen - Ausstattungsmerkmals übernommen. Dieses Merkmal ist Gegenstand des Klagantrages I c). Die Klägerin verkennt aber, daß es sich in der angeführten Entscheidung um eine zusätzliche Erwägung handelt, mit der lediglich zum Ausdruck gebracht werden sollte, daß die - an sich bejahte - Ausstattungsschutzfähigkeit der drei in bestimmter Weise angeordneten Zierriemen jedenfalls dann nicht mehr zweifelhaft sein könnte, wenn - wie in dem damals zu entscheidenden Fall - der Ziercharakter

der drei Riemen noch besonders durch eine auffallende farbliche Abhebung betont wird. Als entscheidend für die Ausstattungsschutzfähigkeit wurde die willkürlich gewählte und nicht allein durch den technischen Zweck der Ware bedingte besondere Anordnung von drei mit einigem Abstand parallel zueinander laufenden Riemen angesehen. Die farbliche Gestaltung wurde nur als ein zusätzliches, die Drei-Riemen-Anordnung als solche in auffallender Weise kenntlich machendes Element gewertet. In der an der oben wiedergegebenen Stelle der Fußballstiefel-Entscheidung angeführten Wickelsterne-Entscheidung (BGHZ 16, 82, 85) wird übrigens auch nur eine bestimmte Farbe (grün) als ausstattungsschutzfähiger Herkunftshinweis behandelt.

Sollte jedoch die von der Revision angeführte Stelle der Fußballstiefel-Entscheidung dahin aufgefaßt werden können, daß bei Verstärkungs- und/oder Zierriemen von Sportschuhen jede Art der farblichen Abhebung vom Schaftleder ausstattungsschutzfähig sei, so könnte eine solche Auffassung aus den unter I 3 a), b), aa) und bb) dargelegten Gründen nicht aufrechterhalten werden.

4. Da nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt die "Flügelstreifen"-Riemenanordnung keine Ausstattung im Sinne des § 25 WZG darstellt, bedurfte es keiner Feststellung, ob die Klägerin für ihre mit dieser Riemenanordnung ausgestatteten Sportschuhe Verkehrsgeltung in dem Sinne erlangt hat, daß derartige Sportschuhe ihrem Aussehen nach von den beteiligten Verkehrskreisen als aus einem bestimmten Betrieb kommend angesehen werden. Das Berufungsgericht konnte also mit Recht die Verkehrsgeltung unterstellen, ohne daß sich die Revision hierauf mit Erfolg für die von ihr behauptete Ausstattungsschutzfähigkeit berufen könnte.

Schoidet hiernach für die "Puma-form-strip-Sportschuhe" ein Ausstattungsschutz nach § 25 WZG schlechthin aus, so stellt sich auch nicht mehr die Frage der Verwechslungsgefahr nach § 31 WZG. Es bedarf deshalb auch keiner weiteren Nachprüfung der Darlegungen, mit denen das Berufungsgericht die Verwechslungsgefahr verneint hat (BU S. 19 f). Sie sind lediglich als Hilfsbegründung zu werten.

II. Unlauterer Wettbewerb

Die Klägerin stützt ihre Ansprüche in zweiter Linie auf das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Sie will damit ebenso wie mit ihrer Hauptbegründung (Verletzung von Ausstattungsrechten) einen zeitlich unbegrenzten Schutz erreichen. Erst als weitere Hilfsbegründung soll das in seiner Wirkung zeitlich begrenzte Gebrauchsmuster dienen. Bei der Prüfung der Frage, ob ein wettbewerbsrechtlicher Schutz gegeben ist, kann aber der von der Klägerin ebenfalls in Anspruch genommene Sonderrechtsschutz - Ausstattungsschutz und Gebrauchsmusterschutz - insofern nicht völlig unbeachtet bleiben, als der allgemeine wettbewerbsrechtliche Schutz im Falle der Nachahmung einer Kennzeichnung oder einer Ware nur bei Vorliegen besonderer Umstände ergänzend eingreifen kann.

1. Wie der erkennende Senat in der bereits mehrfach erwähnten Buntstreifensatin-Entscheidung (aaO S. 348 f) ausgeführt hat, stehen die Bedenken, die gegen ein Ausstattungsrecht an wesensbestimmenden Merkmalen einer Ware sprechen, der Anerkennung eines wettbewerbsrechtlichen Schutzes nach § 1 UWG nicht entgegen. Dieser Schutz ist - anders als der Ausstattungsschutz - kein Kennzeichnungsschutz. Er ist aber auch - anders als der Patent- oder Gebrauchs-

musterschutz - kein reiner Leistungsschutz. Er setzt vielmehr stets ein subjektives Unlauterkeitsmoment auf seiten des Verletzers voraus. Es genügt für sein Eingreifen in der Regel auch nicht, daß die Nachahmung eines Erzeugnisses zu Herkunftsverwechslungen führt. Es müssen vielmehr durch Warenformen, die die Gefahr einer Verwechslung mit Waren anderen Ursprungs heraufbeschwören, im Verkehr verankerte Gütevorstellungen in objektiv vorwerfbarer Weise ausgebeutet werden.

Bei der Frage, ob der angebliche Verletzer die ihm zumutbaren Maßnahmen zur Vermeidung einer derartigen Verwechslungsgefahr getroffen hat, ist im Rahmen des wettbewerbsrechtlichen Tatbestandes - anders als bei der Anerkennung eines Ausstattungsschutzes, dem ein Freihaltebedürfnis der Mitbewerber im Grundsatz nicht entgegengehalten werden kann - auch zu berücksichtigen, ob es sich bei den fraglichen Formgebungen um naheliegende, dem gegenwärtigen Geschmack oder sonstiger Marktüblichkeit entsprechende Warengestaltungen handelt, auf die zu verzichten dem Nachahmer nicht zugemutet werden kann, falls er bei der Verweisung auf abweichende Lösungen des Gestaltungsproblems weder dem Zeitgeschmack noch sonstigen gebrauch- und fertigungstechnischen Anforderungen gerecht werden könnte und damit in wirtschaftlich untragbarer Weise benachteiligt wäre.

2. Daß die Beklagte ebenso wie die Klägerin ihre Sportschuhe mit einem vom Ballenbereich bis zur Ferse verlaufenden Außenlängsriemen versieht, kann für sich allein nicht als unzulässiges Ausnutzen fremder Arbeitsleistung gewertet werden. Denn die Anbringung eines derartigen technisch bedingten Verstärkungsriemens steht an sich jedem frei, es

sei denn, daß, wie hier noch für das Gebrauchsmuster zu prüfen sein wird, ein Sonderrechtsschutz entgegensteht oder daß besondere die Unlauterkeit des Verhaltens begründende Umstände hinzutreten.

Den Umständen nach kann sich ein Schutz aus § 1 UWG hier nur in verhältnismäßig engen Grenzen halten. Selbst wenn die Beklagte durch das Erzeugnis der Klägerin zu der Herstellung ihres "Breitbandes" angeregt worden wäre, so könnte die Wahl dieser im wesentlichen auf Zweckmäßigkeitsgründen beruhenden Gestaltungsform ebensowenig wie die Beibehaltung einer dem Zeitgeschmack entsprechenden farblichen Absetzung des außenseitig angebrachten Verstärkungsriemens als wettbewerbswidrig beanstandet werden, und zwar selbst dann nicht, wenn möglicherweise infolge einer - vielleicht sogar durch die Inanspruchnahme von Sonderrechtsschutz, hier eines Gebrauchsmusters, geförderten - beherrschenden Stellung der Klägerin auf diesem Marktgebiet für einen gewissen Zeitraum die Gefahr einer "Warenverwechslung" und dadurch bedingter irriger Herkunftsvorstellungen nicht ganz zu vermeiden gewesen wäre. Die von der Klägerin behaupteten Fälle von Verwechslungen können also als richtig unterstellt werden.

Wie das Berufungsgericht bei dem Vergleich des "Flügelstreifens" der Klägerin und des "Breitbandes" der Beklagten festgestellt hat, führen beide Verstärkungsbänder am Sportschuh außen vom Ballen zur Ferse; sie sind beide in auffallender Farbe vom Schuhschaft unterschieden. Diese übereinstimmenden Merkmale, die nach Ansicht der Revision den Sportschuhen der Parteien ihr charakteristisches Aussehen geben sollen, reichen jedoch trotz der Möglichkeit einer nicht ganz von der Hand zu weisenden Warenverwechs-

lung nicht aus, das Verhalten der Beklagten, die sich im wesentlichen nur der technischen Lehre bedient, den Sportschuh durch einen Außenlängsstreifen zu verstärken, als unlauter erscheinen zu lassen. Als unlauter könnte es nur angesehen werden, wenn die Beklagte, obwohl ihr ausreichende abweichende technische und geschmackliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung gestanden hätten, sich ohne Beachtung zumutbarer Ausweichmöglichkeiten sklavisch an das Flügelmuster der Klägerin angeklammert hätte, um auf diese Weise zugleich aus einem überdurchschnittlichen Werbeaufwand der Klägerin für ihre eigenen Erzeugnisse Nutzen zu ziehen. Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten und rechtsfehlerfrei gewürdigten Sachverhalt liegen derartige Unlauterkeitsmomente jedoch nicht vor.

- a) Wie das Berufungsgericht festgestellt hat, stehen den dargelegten Übereinstimmungen so viel charakteristische Unterschiedlichkeiten gegenüber, daß der Gesamteindruck der von den Parteien hergestellten Sportschuhe auch im Erinnerungsbild mühelos auseinanderzuhalten sei: Der "Flügelstreifen" schwinde sich in eleganter Weise, breit am Ballen ansetzend, nach oben bis nahe an die Schnüröffnung und verlaufe dann mit einer Biegung, erheblich schmaler werdend, zur Ferse. Der breite Ballenansatz sei derart auffallend und kennzeichnend, daß er auch auf Bildern von Fußballmannschaften sofort deutlich ins Auge falle. Er wirke ähnlich wie ein Kreisausschnitt, auf Fotos ähnlich wie ein Punkt. Das "Breitband" dagegen sehe unelogant und massig, fast plump aus; es erscheine als gleichbreiter Streifen vom Ballen zur Ferse in einer geraden Linie schräg hochgezogen. Es erreiche die Breite des "Flügelstreifens" am Ballen so wenig wie seine Schmalheit an der Ferse und wirke auf den Beschauer als gleichbreiter Riemen. Das

senkrechte Ansteigen des "Flügelstreifens" in erheblicher Breite mit dem fast rechtwinkligen Abbiegen zur Ferse und sein starkes Schmälerwerden träten derart hervor, daß sie sich dem Erinnerungsbild der infrage kommenden Kreise - Sportler, Turner, Leichtathleten, Fußballspieler, Schüler, Studenten u.ä. - auch bei flüchtiger Betrachtung unverwischbar einprägten. Für diese Abnehmerkreise, die gewohnt seien, auf die Unterschiede der üblicherweise farblich abgesetzten und in Form und Anordnung voneinander abweichenden Außenriemen genauer zu achten, seien beide Riemen hinreichend einprägsam und eigenartig.

Diese Feststellungen des Berufungsgerichts beziehen sich sinngemäß insbesondere auch auf das von der Revision als besonders charakteristisch hervorgehobene Merkmal der "Verjüngung" des Verstärkungsbandes der Klägerin.

Das Berufungsgericht hält darüber hinaus das Anbringen weiterer Unterscheidungsmerkmale, etwa von gezackten Rändern o.ä., wie es die Klägerin angeregt hat, nicht nur für unnötig, sondern wegen des größeren Arbeitsaufwandes, der leichteren Beschädigungsmöglichkeit des Riemens sowie wegen des Verlustes technischer Wirkung auch für unzumutbar. Denn unlauter handle der Nachahmer erst, wenn er es unterlasse, alles Erforderliche und Zumutbare zu tun, um eine Verwechslungsgefahr zu beseitigen. Die Beklagte, welche ihren Außenriemen am Sportschuh im Gegensatz zum "Flügelstroifen" der Klägerin als "Breitband" bezeichne, könne bei der von ihr durch einen einzigen Riemen erstrebten und erfüllbaren Funktion diesen nicht anders führen und anbringen als geschehen. Sonst würde die technische Funktion nicht ausgeübt werden können. Es handle sich um das einfachste und wirksamste Mittel. Um den gleichen technischen Effekt in anderer Form zu erzielen, sei das Anbringen

mehrerer Riemen erforderlich; das sei aber umständlicher und kostspieliger und deshalb unzumutbar. Wenn die Beklagte das "Breitband" in gleicher Farbe wählen müßte wie den Schuhschaft, so würden ihre Fabrikate erheblich an Wettbewerbsfähigkeit einbüßen; denn die Kundschaft der Parteien habe sich seit Jahren daran gewöhnt, Sportschuhe mit farblich abgesetzten Außenriemen gegenüber einfarbigen Sportschuhen zu bevorzugen. Die Gleichfarbigkeit des ganzen Sportschuhes zu wählen, sei der Beklagten daher nicht zuzumuten (BU S. 23). Die Wahl der Form des "Breitbandes" beruhe festgestelltermaßen auf reinen Zweckmäßigkeitsgründen. Soweit überhaupt eine Ausnutzung des Arbeitsergebnisses der Klägerin in der Anbringung des "Breitbandes" an den Sportschuhen der Beklagten gesehen werden könne, sei dies - unbeschadet eines etwaigen Gebrauchsmusterschutzes der Klägerin - wegen der unabwendbaren technischen Funktion zulässig und der Verkauf der solchermaßen ausgerüsteten Sportschuhe durch die Beklagte statthaft (BU S. 24). Schließlich unterscheide sich das "Breitband" der Beklagten in der technischen Wirkung nicht unerheblich und auch nicht unvorteilhaft von dem "Flügelstreifen" der Klägerin. Das "Breitband" verspreche durch seine fast völlig gleichbleibende Breite eine größere Wirkung gegen Dehnung in Längs- und Querrichtung des Sportschuhes und gegen Ausbeulen der Ferse als der "Flügelstreifen", dessen Verschmälerung auf mehr als ein Fünftel an der Ferse abschwächende Wirkung haben müsse und auch habe. Auch sei die gerade Form des "Breitbandes" günstiger und zweckmäßiger in der Wirkung als der ästhetisch wirkende, geschwungene "Flügelstreifen", der nicht die straffe Wirkung des "Breitbandes" habe, dafür allerdings den Ballen besser schütze (BU S. 22).

Angesichts der dargelegten Unterschiede der beiden Riemen kommt das Berufungsgericht zu dem rechtlich nicht zu beanstandenden Ergebnis, daß auch keinerlei Anhaltspunkte für eine Irreführungs- und Täuschungsabsicht der Beklagten zu erkennen sei.

- b) Wie das Berufungsgericht schließlich in diesem Zusammenhang weiter darlegt, ist auch die Werbung der Parteien - Klägerin: "P■■■■, form-strip, die neue P■■■■-Linie"; Beklagte: "M■■■■, Breitband-Schuh" - so verschiedenartig, daß nicht von irreführender Nachahmung gesprochen werden könne. Die Werbung der Klägerin werde in keiner Weise durch die Werbung der Beklagten systematisch beeinträchtigt (BU S. 24).

Es kann unterstellt werden, daß die Klägerin durch ihre umfangreiche Werbung mit einem überdurchschnittlichen Aufwand die Aufmerksamkeit der interessierten Kreise auf ihren mit einem Außenlängsriemen ausgestatteten Sportschuh gelenkt hat und daß sie insoweit aufgrund ihrer Ende 1957 eingeleiteten Einführungsaktion und ihres hohen Marktanteils an dem Vertrieb von Sportschuhen für ihre "form-strip"-Sportschuhe Verkehrsgeltung erlangt hat. Das Berufungsgericht hat eine solche Verkehrsgeltung auch ausdrücklich unterstellt (BU S. 23). Entgegen der Auffassung der Revision kann hieraus jedoch aus den bereits dargelegten Gründen nichts Entscheidendes für die Annahme eines Wettbewerbsverstoßes hergeleitet werden.

III. Gebrauchsmusterschutz

Soweit die Klägerin - in dritter Linie - ihre Anträge auf §§ 5, 15 GebrMG stützt, kommt es, wie in der mündlichen Verhandlung klargestellt worden ist, auf das Merk-

mal der farblichen Gestaltung der "Siemenanordnung" - Klagantrag zu I c) - nicht mehr an.

1. Die Beklagte hält das Gebrauchsmuster Nr. 1 723 040 der Klägerin auch in der eingeschränkten Fassung, welche die Gebrauchsmusterabteilung diesem Gebrauchsmuster nach der Teillöschung gemäß dem inzwischen rechtskräftig gewordenen Beschluß vom 27. Januar 1959 gegeben hat, nicht für schutzfähig. An sich unterliegt auch im vorliegenden Verletzungsstreit die Schutzfähigkeit des Gebrauchsmusters vor der Ermittlung des Schutzbereiches der Prüfung durch den Verletzungsrichter; er ist an die vorbezeichnete Entscheidung auch insoweit, als der Löschungsantrag zurückgewiesen und das Gebrauchsmuster aufrechterhalten worden ist, nicht gebunden, weil das Lösungsverfahren nicht zwischen den Parteien des vorliegenden Rechtsstreits durchgeführt worden ist (§ 11 Satz 3 GebrMG; BGH GRUR 1957, 270 - Unfallverhütungsschuh). Es kann aber mit dem Berufungsgericht, ohne daß es insoweit einer weitergehenden Nachprüfung bedarf, davon ausgegangen werden, daß das Gebrauchsmuster in der neuen eingeschränkten Fassung rechtsbeständig ist. Denn auch unter Zugrundelegung der gegenwärtigen Fassung der Schutzansprüche des Gebrauchsmusters hat das Berufungsgericht das Vorliegen einer Verletzung rechtsirrtumsfrei verneint. Soweit die Gebrauchsmusterabteilung nach eingehender Prüfung dem Löschungsantrage stattgegeben, das Gebrauchsmuster - teilweise - vernichtet und demgemäß die Schutzansprüche neugefaßt hat, ist der Verletzungsrichter an diese rechtskräftig gewordene Schutzbeschränkung gebunden. Bei einem Gebrauchsmuster hat zwar der Inhalt der Ansprüche an sich nicht die gleiche Bedeutung wie bei einem Patent; denn die Fassung der Ansprüche unterliegt zunächst keiner Nachprüfung in der Richtung,

ob sie die neue Gestaltung, Anordnung oder Vorrichtung (§ 2 Abs. 2 Satz 1 GebrMG) zutreffend wiedergeben. Bei der Auslegung ist deshalb der Inhalt der Unterlagen in seiner Gesamtheit heranzuziehen (BGH aaO). Das ändert sich jedoch dann, wenn in einem Lösungsverfahren die Rechtsbeständigkeit der Schutzansprüche sachlich nachgeprüft worden ist und diese Nachprüfung zu einer - wie hier eingeschränkten - Neufassung geführt hat. Nunmehr hat auch hier der Verletzungsrichter für die Bestimmung des Gegenstandes des Gebrauchsmusters in erster Linie von den neuen Schutzansprüchen auszugehen.

2. Demgemäß hat auch das Berufungsgericht aufgrund der neuen Ansprüche nach dem Gebrauchsmuster als geschützt angesehen lediglich einen Außenriemen, "der etwa senkrecht im Ballenbereich an der Sohle ansetzt und bogenförmig nach oben und hinten verläuft", und nicht mehr die Führung eines Außenriemens vom Ballen des Schuhschaftes bis zur Ferse "in beliebiger Form". Da das "Breitband" der Beklagten, so führt das Berufungsgericht aus, im Gegensatz hierzu nicht etwa senkrecht, sondern deutlich schräg an der Sohle und auch erkennbar weiter vorn im Zehenbereich und nicht erst im Ballenbereich ansetze und dann in fast gerader Linie als praktisch gleichbreites diagonal über den Schuhenschaft verlaufe, verletze es nicht den "Flügelstreifen" des Gebrauchsmusters. Das "Breitband" folge vielmehr nur dem ursprünglichen Hauptanspruch des Gebrauchsmusters; dieser Anspruch sei aber von der Gebrauchsmusterabteilung mit Rücksicht auf den Stand der Technik, wie er sich insbesondere aus der US-Patentschrift Re. 23 922 ergebe, gelöscht worden. Auch die vom Anspruch 1 abhängigen Unteransprüche 2 und 3 seien nicht verletzt.

Demgegenüber macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe unzulässigerweise den Schutzbereich noch unter den Wortlaut des neuen Schutzanspruchs 1 eingeschränkt. Wie sich aus den Entscheidungsgründen des Beschlusses der Gebrauchsmusterabteilung vom 27. Januar 1959 (S. 8) ergebe, solle durch das in den kennzeichnenden Teil des Anspruchs 1 aufgenommene Merkmal eine wirksamere Unterbindung der Querdehnung des Schaftes im Ballenbereich und zugleich ein besserer Schutz des Schaftes gegen Aufscheuern erreicht werden. Das Wesentliche dieses Kennzeichens sei also, daß das Verstärkungsband im Ballenbereich in möglichst breiter Fläche von der Sohle in Richtung etwa senkrecht nach oben erstreckt werde. Die Mittel, durch die diese technische Wirkung erzielt werde, seien bei dem "Breitband" der Beklagten genau die gleichen wie bei dem "Flügelstreifen" nach dem Gebrauchsmuster. Auch das "Breitband" der Beklagten wirke einmal einer Dehnung des Schaftes nicht nur in Längs-, sondern auch in Querrichtung entgegen und gewähre zum anderen einen Schutz des Schaftes gegen Durchscheuern im Ballenbereich.

3. Diese von der Revision vorgenommene Auslegung des Gebrauchsmusters geht aber über den Wortlaut der Schutzansprüche und auch über den von der Gebrauchsmusterabteilung sinngemäß zugebilligten Erfindungsgedanken hinaus und berücksichtigt dabei nicht hinreichend, was bereits nach den Feststellungen der Gebrauchsmusterabteilung durch das entgegengehaltene Gebrauchsmuster 1 623 153 vom 29. März 1951, die deutsche Patentschrift 918 250 sowie die US-Patentschrift Re. 23 922 offenbart worden ist. Nach den beiden zuerst genannten Veröffentlichungen waren bereits zugestrichelte Bänder aus Leder bekannt, die sich auf der Außenseite des Schuhschaftes über den Fersenteil beiderseits "bis mindesten

zum Ballen hin" erstreckten. Das nach der US-Patentschrift Re. 23 922 vorgesehene Textilband soll zwar in erster Linie die Längsdehnung des Sportschuhes in Grenzen halten; es soll darüber hinaus aber auch ein Dehnen in Querrichtung in hohem Maße einschränken ("means ... which will, also, greatly limit the amount of transverse stretch"; S. 1 l.Sp. Z. 53 bis 54). Mit Rücksicht auf den sich aus diesen Vorveröffentlichungen ergebenden Stand der Technik hat die Gebrauchsmusterabteilung nicht nur den Oberbegriff des Schutzanspruches 1, sondern auch den kennzeichnenden Teil völlig neu gefaßt und hierzu in dem Beschluß vom 27. Januar 1959 (S. 6) ausgeführt, daß der etwa senkrecht an der Sohle ansetzende und bogenförmig nach oben und hinten verlaufende Verstärkungsriemen bei Querdehnung des Schaftes im Ballenbereich in Richtung seiner größten Festigkeit, d.h. in Längsrichtung, und zwar auf Zug beansprucht werde, während die Beanspruchung des bekannten Textilbandes an der gleichen Stelle des Schuhs etwa in diagonalen Richtung des Bandes erfolge. Aufgrund dieser Unterschiede hat die Gebrauchsmusterabteilung einen die Schutzfähigkeit begründenden technischen Fortschritt der Lehre nach Anspruch 1 des Gebrauchsmusters gegenüber dem Schuh nach der US-Patentschrift Re. 23 922 bejaht und ausgeführt, das Textilband gemäß dieser Patentschrift vermöge eine Diagonal-Beanspruchung nicht so gut aufzunehmen wie eine Zugbeanspruchung, da die größte Widerstandsfähigkeit des bewegten Bandes in der Längsrichtung liege (S. 6, 8). Zutreffend weist die Beklagte darauf hin, daß das Patentamt das Gebrauchsmuster nur deshalb aufrechterhalten habe, weil es die bessere Wirkung in dem senkrechten Ansatz der Riemen gesehen habe. Gerade durch seine rechtwinklige Anbringung soll das Verstärkungsband erfindungsgemäß bei einer Querdehnung des Schaftes in Richtung seiner größten Festigkeit beansprucht

werden. Das ist jedoch nach Ansicht der Gebrauchsmusterabteilung bei einer Anbringung des Verstärkungsbandes nach der Art der US-Patentschrift wegen der diagonalen Beanspruchung nicht der Fall.

Die Revision versucht, dem von der Gebrauchsmusterabteilung entsprechend dem Stand der Technik eindeutig eingeschränkten Schutzanspruch 1 im Wege einer erweiternden Auslegung einen Schutzzumfang zu geben, der dem Inhalt des ursprünglichen Schutzanspruches 1 entsprechen würde. Demgemäß deckt sich auch das im Klagantrag I a) angegebene entscheidende Merkmal der angegriffenen Verletzungsform im wesentlichen wörtlich mit dem ursprünglichen Schutzanspruch des Gebrauchsmusters der Klägerin. Dabei verkennt die Klägerin aber die Bindung des Verletzungsrichters an die Beschränkung des Schutzanspruches ihres Gebrauchsmusters. Diese Bindung wäre selbst dann gegeben, wenn die Gebrauchsmusterabteilung bei der eindeutig vorgenommenen Einschränkung der Schutzansprüche von unrichtigen rechtlichen oder tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen wäre. Es ist eben schlechthin unzulässig, den Schutzbereich des Gebrauchsmusters unter völliger Außerachtlassung der vorgenommenen Beschränkung wieder auf den im ursprünglichen Schutzanspruch enthaltenen Gedanken auszudehnen (vgl. hierzu für Patentansprüche BGH GRUR 1961, 335, 337 1.Sp. - Bettcouch). Da die Beklagte aber - wie bereits dargelegt - von den kennzeichnenden und für die Rechtsbeständigkeit des Gebrauchsmusters Nr. 1 723 040 entscheidenden Merkmalen des etwa senkrochten Ansatzes des Verstärkungsbandes im Ballenbereich und der sich hieraus ergebenden bogenförmigen Führung nach oben und hinten keinen Gebrauch macht, hat das Berufungsgericht im Ergebnis mit Recht eine Verletzung des Gebrauchsmusters der Klägerin verneint. Bei dieser rechtlichen

Bourteilung bedurfte es keines weiteren Eingehens auf die Angriffe, welche die Beklagte im übrigen gegen die Rechtsbeständigkeit der neugefaßten Ansprüche des Gebrauchsmusters gerichtet hat.

Nach alledem war die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Bock

Krüger-Nieland

Löscher

Pehle

Spengler