



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 109/14

Verkündet am:
19. November 2015
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Hot Sox

UWG § 4 Nr. 9; ZPO § 945

- a) Die Merkmale und die Gestaltung eines Produkts sind regelmäßig nicht geeignet, einen Rückschluss auf seine betriebliche Herkunft zu ermöglichen, wenn es sich bei dem angesprochenen Verkehr um den Endverbraucher handelt und identische Produkte unter verschiedenen Herstellermarken angeboten werden.
- b) Zu dem nach § 945 ZPO ersatzfähigen Schaden können Kosten gehören, die dadurch entstehen, dass ein Unternehmen zur Befolgung eines Unterlassungsgebots Produkte aus den Vertriebswegen zurückruft.

BGH, Urteil vom 19. November 2015 - I ZR 109/14 - OLG Oldenburg
LG Osnabrück

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. November 2015 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Koch, Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke und den Richter Feddersen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 29. April 2014 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien handeln mit Sonderposten. Die Beklagte vertreibt seit dem Jahr 2004 in Deutschland Pantoffeln unter anderem unter der Marke "Hot Sox". Dabei handelt es sich um Pantoffeln aus Fleece-Material mit einer Füllung, die in der Mikrowelle oder im Backofen erwärmt werden kann. Die Pantoffeln werden mit folgendem Produkteinleger vertrieben:

Hot Sox

NIE WIEDER KALTE FÜßE!

Die **HOT Sox** wärmen Ihre Füße optimal
- und das für Stunden!

Die Pantoffeln lassen sich ganz einfach in der Mikrowelle oder im Backofen in ein paar Minuten erwärmen. Die natürliche Füllung speichert die Wärme für Stunden.

Das kuschelige Obermaterial ist besonders weich und angenehm an den Füßen.

M
36 - 40
(4 - 7)



Hergestellt für:
ProVina Warenhandels GmbH
Rückertstr. 8
D-33729 Bielefeld



800 W 90 sek.	80°C 10 min.
------------------	-----------------

2 Die Beklagte bietet identische Wärmepantoffeln selbst und über ihr Kooperationsunternehmen G. GmbH (im Folgenden: G.) unter weiteren Markennamen und zu unterschiedlichen Preisen am deutschen Markt an. Die Klägerin bot im November 2010 ebenfalls Wärmepantoffeln mit folgendem Produkteinleger an:

WÄRMEPANTOFFEL

NIE WIEDER KALTE FÜßE!

Die Wärmepantoffeln wärmen ihre Füße optimal
- und das für Stunden!

- Herausnehmbare Sohle
- Waschbares Obermaterial

Die Wärmepantoffeln lassen sich ganz einfach in der Mikrowelle oder im Backofen in ein paar Minuten erwärmen. Die natürliche Füllung speichert die Wärme für Stunden.

Das Kuschelige Obermaterial ist besonders weich und angenehm an den Füßen.

L
39-42
(6.5-8.5)

Hergestellt für:
Expo Börse GmbH
Industriestraße 12
49577 Ankum.

800 W
90 sek.

80 C
10 min.

4 036812 731111

3 Die Beklagte hält die Wärmepantoffeln der Klägerin für unlautere Nachahmungen ihres Produkts. Auf ihren Antrag erging gegen die Klägerin mit Beschluss des Landgerichts Hamburg vom 7. Dezember 2010 eine einstweilige Verfügung, mit der der Klägerin unter Androhung von Ordnungsmitteln verboten wurde,

Fußwärmer in Gestalt von Wärmepantoffeln aus dem reißfesten, fusselfreien und schwer entflammaren Material Polarfleece, deren Front durch zwei vertikale Nähte abgesetzt ist und dadurch vorn zwei Falten geworfen werden, die weiter den Fuß umschließen und an der Ferse geschlossen sind und über eine hufeisenförmige Fußöffnung mit Gummizug sowie über eine der Wärmespeicherung dienende mit Körnern gefüllte Kammer in der herausnehmbaren Innensohle verfügen, wobei es auf die konkrete Farbe des Fußwärmers nicht ankommt, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs anzubieten,

zu bewerben, zu importieren und/oder in den Verkehr zu bringen, wie nachstehend wiedergegeben:



- 4 Die einstweilige Verfügung wurde der Klägerin am selben Tag zugestellt. Auf den Widerspruch der Klägerin wurde sie mit rechtskräftigem Urteil des Landgerichts Hamburg vom 16. Februar 2011 aufgehoben.
- 5 Am 7. Dezember 2010 erwirkte die Beklagte, gestützt auf ein ihr zustehendes Recht an einem Lichtbild, gegen die Klägerin eine einstweilige Verfügung des Landgerichts Oldenburg, mit der der Klägerin untersagt wurde, auf ihren vorstehend eingblendeten Produkteinlegern das oben links abgebildete Foto zu verwenden.
- 6 Im vorliegenden Verfahren macht die Klägerin einen Anspruch auf Ersatz des Schadens wegen Vollziehung der am 7. Dezember 2010 ergangenen, später wieder aufgehobenen einstweiligen Verfügung des Landgerichts Hamburg geltend, der ihr nach ihrer Behauptung durch die Rückholung von bereits an

den Groß- und Einzelhandel ausgelieferter Ware und durch den Umstand entstanden ist, dass sie erhebliche Mengen an Wärmepantoffeln nicht habe verkaufen können. Sie hat eine Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines Betrages in Höhe von 107.434,50 €, die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz des darüber hinausgehenden Schadens sowie die Erstattung vorgerichtlicher Kosten begehrt.

7 Das Landgericht hat der Klägerin Schadensersatz für die bis zum Erlass und der Zustellung der einstweiligen Verfügung noch nicht verkauften Wärmepantoffeln in Höhe von 9.212,00 € nebst Zinsen zugesprochen und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

8 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin stehe gegen die Beklagte kein Schadensersatzanspruch gemäß § 945 Fall 1 ZPO wegen der Vollziehung der von dem Landgericht Hamburg erlassenen einstweiligen Verfügung vom 7. Dezember 2010 zu. Dazu hat es ausgeführt:

9 Die einstweilige Verfügung sei zu Recht erlassen worden und hätte nicht aufgehoben werden dürfen. Der Beklagten habe ein Unterlassungsanspruch gemäß §§ 8, 3, 4 Nr. 9 Buchst. a UWG gegen die Klägerin zugestanden. Die eine erwärmbare Körnerfüllung enthaltenden Pantoffeln der Beklagten seien aufgrund ihrer typischen Gestaltung wettbewerblich eigenartig. Am Vorliegen einer Herkunftstäuschung könnten keine ernsthaften Zweifel bestehen. Den Produkteinlegern der Parteien sei zu entnehmen, dass es sich nach der äuße-

ren Gestaltung um identische Produkte handele. Dieser Beurteilung stehe das die einstweilige Verfügung aufhebende Urteil des Landgerichts Hamburg vom 16. Februar 2011 nicht entgegen. Das über den Schadensersatzanspruch entscheidende Gericht sei nicht an das die einstweilige Verfügung aufhebende Urteil des Verfügungsverfahrens gebunden.

10 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte nicht verneint werden.

11 1. Nach § 945 Fall 1 ZPO ist die Partei, die eine von Anfang an ungerechtfertigte einstweilige Verfügung erwirkt hat, verpflichtet, dem Gegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus deren Vollziehung entsteht. Die Vorschrift des § 945 ZPO beruht auf dem Rechtsgedanken, dass die Vollstreckung aus einem noch nicht endgültigen Vollstreckungstitel auf Gefahr des Gläubigers erfolgt (BGH, Urteil vom 10. Juli 2014 - I ZR 249/12, GRUR 2015, 196 Rn. 14 = WRP 2015, 209 - Nero).

12 2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war die von der Beklagten erwirkte einstweilige Verfügung vom 7. Dezember 2010 von Anfang an ungerechtfertigt.

13 a) Im Streitfall kann dahinstehen, ob die einstweilige Verfügung bereits deshalb als von Anfang an ungerechtfertigt im Sinne des § 945 ZPO anzusehen ist, weil das Landgericht Hamburg diese Verfügung durch rechtskräftiges Urteil vom 16. Februar 2011 aufgehoben hat. Von einer entsprechenden Bindungswirkung sind das Reichsgericht (RGZ 58, 236, 237; 59, 355, 359) und der Bundesgerichtshof in älteren Entscheidungen ausgegangen (vgl. BGH, Urteil vom

4. Dezember 1973 - VI ZR 213/71, BGHZ 62, 7, 10 f.; Urteil vom 20. März 1979 - VI ZR 30/77, BGHZ 75, 1, 5; Urteil vom 26. März 1992 - IX ZR 108/91, NJW 1992, 2297; für eine Bindung an das im Hauptsacheverfahren ergangene Urteil BGH, Urteil vom 7. Juni 1988 - IX ZR 278/87, NJW 1988, 3268 f.). Der Senat hat die umstrittene Frage, ob eine Entscheidung im summarischen Verfahren, durch die eine einstweilige Verfügung (formell rechtskräftig) als unbegründet aufgehoben worden ist, das Gericht im Schadensersatzprozess bindet, bislang offengelassen (vgl. BGH, Urteil vom 3. Dezember 1954 - I ZR 262/52, BGHZ 15, 356, 358 f. - Progressive Kundenwerbung; Urteil vom 28. November 1980 - I ZR 182/78, NJW 1981, 2579, 2580 = WRP 1981, 269 - Fotoartikel I; Urteil vom 7. Juli 1994 - I ZR 63/92, BGHZ 126, 368, 374 - Fortsetzungsverbot; Urteil vom 15. Januar 1998 - I ZR 282/95, GRUR 1998, 1010, 1011 = WRP 1998, 877 - WINCAD). Diese Frage muss auch im Streitfall nicht entschieden werden.

14 b) Nach der Annahme des Berufungsgerichts hat das Landgericht Hamburg die einstweilige Verfügung zu Recht erlassen und fälschlicherweise mit rechtskräftigem Urteil vom 16. Februar 2011 wieder aufgehoben, weil der Beklagten der im Verfügungsverfahren verfolgte Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1, §§ 3, 4 Nr. 9 Buchst. a UWG nach Ansicht des Berufungsgerichts zustand. Das hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

15 aa) Der Vertrieb einer Nachahmung ist nach § 4 Nr. 9 UWG wettbewerbswidrig, wenn das nachgeahmte Produkt wettbewerbliche Eigenart aufweist und besondere Umstände - wie eine vermeidbare Täuschung über die betriebliche Herkunft (§ 4 Nr. 9 Buchst. a UWG) oder eine unangemessene Ausnutzung der Wertschätzung des nachgeahmten Produkts (§ 4 Nr. 9 Buchst. b UWG) - hinzutreten, aus denen die Unlauterkeit folgt. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerblchen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbe-

werblichen Umständen. Je größer die wettbewerbliche Eigenart und je höher der Grad der Übernahme sind, desto geringere Anforderungen sind an die besonderen Umstände zu stellen, die die Unlauterkeit der Nachahmung begründen und umgekehrt (BGH, Urteil vom 28. Mai 2009 - I ZR 124/06, GRUR 2010, 80 Rn. 21 = WRP 2010, 94 - LIKEaBIKE; Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11, GRUR 2013, 951 Rn. 14 = WRP 2013, 1188 - Regalsystem; Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 21/12, GRUR 2013, 1052 Rn. 15 = WRP 2013, 1339 - Einkaufswagen III).

- 16 bb) Ein Erzeugnis besitzt wettbewerbliche Eigenart, wenn die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des Erzeugnisses geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen (st. Rspr.; BGH, GRUR 2010, 80 Rn. 23 - LIKEaBIKE; BGH, Urteil vom 15. April 2010 - I ZR 145/08, GRUR 2010, 1125 Rn. 21 = WRP 2010, 1465 - Femur-Teil; BGH, GRUR 2013, 951 Rn. 19 - Regalsystem; GRUR 2013, 1052 Rn. 18 - Einkaufswagen III; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13, GRUR 2015, 909 Rn. 10 = WRP 2015, 1090 - Exzenterzähne). Ein Erzeugnis hat keine wettbewerbliche Eigenart, wenn der angesprochene Verkehr die prägenden Gestaltungsmerkmale des Erzeugnisses nicht (mehr) einem bestimmten Hersteller oder einer bestimmten Ware zuordnet (vgl. BGH, Urteil vom 8. November 1984 - I ZR 128/82, GRUR 1985, 876, 878 = WRP 1985, 397 - Tchibo/Rolax I; Urteil vom 11. Januar 2007 - I ZR 198/04, GRUR 2007, 795 Rn. 28 = WRP 2007, 1076 - Handtaschen; BGH, GRUR 2015, 909 Rn. 11 - Exzenterzähne). Für die wettbewerbliche Eigenart kommt es zwar nicht darauf an, ob der Verkehr den Hersteller der Ware namentlich kennt; erforderlich ist aber, dass der Verkehr annimmt, die Ware stamme von einem bestimmten Hersteller, wie auch immer dieser heißen möge, oder sei von einem mit diesem verbundenen Unternehmen in Verkehr gebracht worden (vgl. BGH, Urteil vom 15. September 2005 - I ZR 151/02, GRUR 2006, 79 Rn. 36 = WRP 2006, 75

- Jeans I; Urteil vom 24. Mai 2007 - I ZR 104/04, GRUR 2007, 984 Rn. 23 und 32 = WRP 2007, 1455 - Gartenliege; BGH, GRUR 2015, 909 Rn. 11 - Exzenterzähne).

17 cc) Ob dem Berufungsgericht bei der Frage der wettbewerblichen Eigenart der in Rede stehenden Modelle der Wärmepantoffeln, bei der Einschätzung des Grades der Übereinstimmung des Modells der Beklagten auf der einen und der angegriffenen Ausführungsform der Klägerin auf der anderen Seite sowie bei dem Merkmal einer vermeidbaren Herkunftstäuschung ein Rechtsfehler unterlaufen ist, kann im Streitfall allein anhand des bei den Akten befindlichen Fotomaterials und der Beschreibung der Produkte der Parteien im Urteil des Landgerichts Hamburg im Verfügungsverfahren beurteilt werden. Zwar unterliegen der Beurteilung durch das Revisionsgericht nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO auch zu den Prozessakten gereichte Anlagen, Produkte und Modelle, die vom Berufungsgericht konkret in Bezug genommen worden sind (vgl. BGH, GRUR 2007, 795 Rn. 23 - Handtaschen; GRUR 2013, 1052 Rn. 31 f. - Einkaufswagen III). Das Berufungsurteil enthält eine solche Bezugnahme auf die (Original-)Produkte der Parteien jedoch nicht. Das Berufungsgericht hat seiner Beurteilung vielmehr ausschließlich die Produkteinleger der Parteien und die Beschreibung der Produkte durch das Gericht des Verfügungsverfahrens zugrunde gelegt. Dagegen hat die Revision keine Beanstandungen erhoben.

18 dd) Das Landgericht Hamburg hat in seiner die einstweilige Verfügung aufhebenden Entscheidung die Wärmepantoffeln der Beklagten dahingehend beschrieben, dass sie aus Fleece-Material hergestellt und an die Form eines geschlossenen Hausschuhs angelehnt seien. Vorn an der Front des Schuhs liefen von der Sohle ausgehend zwei Nähte zusammen, dadurch werde die Front besonders betont. Von der Fußöffnung über den Spann gebe es bei den "Hot Sox" eine quer laufende Doppelnaht, die eine Art Steg bilde. Daran schlie-

ße sich nach hinten eine hufeisenförmige Fußöffnung an, die über einen Gummizug gedehnt werden könne und den Fuß beim Tragen zur Gänze umschließe. Es sei eine herausnehmbare mit Körnern befüllte Innensohle im Schuh vorhanden, diese werde durch zwei Klettverschlüsse gehalten. Diese Gestaltung gebe den "Hot Sox" die Gestaltung eines typischen Hausschuhs. Es bestünden schon Zweifel, ob die Gestaltung der "Hot Sox" der Beklagten überhaupt herkunftshinweisend wirken könnten; jedenfalls scheide eine betriebliche Eigenart aus Rechtsgründen aus, weil die Beklagte nicht glaubhaft gemacht habe, dass die von der Beklagten und der G. vertriebenen Wärmepantoffeln von einem einzigen Herstellerunternehmen stammten. Eine Herkunftstäuschung scheide auch deshalb aus, weil in gleicher Weise wie die "Hot Sox" der Beklagten gestaltete Wärmepantoffeln mit unterschiedlichen Marken versehen seien. So vertreibe die Beklagte ihre Wärmepantoffeln unter den Marken "Hot Sox", "Thermo Maxx", "Pediwarm", "Pedi-Wohl", "Thermo Sox" und "Kynast Excl.". Die G. verwende die Bezeichnungen "Slippies", "Monopol-Slippies" und "Kyrotherm Slippies". Da den angesprochenen Verkehrskreisen, zu denen der Vorsitzende der Kammer gehöre, die Lieferverhältnisse nicht bekannt seien und sie nicht wüssten, dass die Produkte möglicherweise von nur einem oder zwei Herstellerunternehmen hergestellt würden, würden sie annehmen, dass hinter jeder Marke ein anderes Herstellerunternehmen stehe.

19 ee) Das Berufungsgericht ist dem nicht gefolgt. Es hat angenommen, das Besondere an den "Hot Sox" der Beklagten sei, dass sie zwar wie typische Hausschuhe aussähen, aber keine seien, sondern eine Körnerfüllung enthielten, die erwärmt werden könne. Sie wiesen eine typische Gestaltung auf, die das Landgericht Hamburg im Einzelnen beschrieben habe. Dass Körnerpantoffeln immer diese äußere Gestaltung aufwiesen, sei nicht festzustellen. Auf dem Markt seien abweichende Gestaltungen zu finden, wobei die im Internet angebotenen Körnerpantoffeln ganz überwiegend die der Beklagten unter ihren ver-

schiedenen Markennamen seien. Der Umstand, dass die mit der Beklagten kooperierende G. identische Produkte wie die Beklagte vertreibe, stehe der Annahme nicht entgegen, dass der Verkehr mit der äußeren Gestaltung der Wärmepantoffeln Herkunftsvorstellungen verbinde. Die Beklagte und die G.

würden in Kooperation miteinander tätig werden, indem die Beklagte Discounter beliefere, während die G. die Pantoffeln über Apotheken, Schönheitsstudios und Weihnachtsmärkte vermarkte. Gegen eine Herkunftstäuschung spreche weiter nicht der Umstand, dass sowohl die Beklagte als auch die G. die Körnerpantoffeln unter verschiedenen Marken vertrieben. Dem kann nicht zugestimmt werden.

20 ff) Ohne Erfolg beruft sich die Revision allerdings darauf, dass die gestalterischen Merkmale der "Hot Sox" der Beklagten schon für sich nicht geeignet seien, die Annahme wettbewerblicher Eigenart zu tragen.

21 (1) Zu Recht hat das Berufungsgericht bei der Beurteilung der wettbewerblichen Eigenart des Produkts der Beklagten nicht auf die Gestaltung von Hausschuhen abgestellt, sondern darauf, dass die "Hot Sox" der Beklagten zwar wie typische Hausschuhe aussehen, aber als solche nicht benutzt werden können. Wie sich aus der zweiten Seite des vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Produkteinlegers der Beklagten ergibt, können die Wärmepantoffeln nicht zum Laufen verwendet werden. Bei ihnen handelt es sich um Fußwärmer in der äußeren Gestaltung eines Hausschuhs. Sie stehen deshalb nicht in Konkurrenz zu gewöhnlichen Hausschuhen, sondern zu Produkten anderer Hersteller zum Erwärmen der Füße. Das Besondere an dem Produkt der Beklagten ist der Umstand, dass die "Hot Sox" eine Körnerfüllung enthalten, die mit normalen Küchengeräten erwärmt werden kann und die eine besondere wärmende Wirkung entfaltet.

- 22 (2) Ohne Erfolg beruft sich die Revision demgegenüber darauf, dass sich der Verkehr grundsätzlich nur an den äußeren Gestaltungsmerkmalen einer Ware orientieren kann (vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 2002 - I ZR 289/99, GRUR 2002, 820, 822 = WRP 2002, 1054 - Bremszangen). Nicht erforderlich ist es, dass die Verbraucher die Besonderheiten, die eine Gestaltung des Erzeugnisses gerade im Gebrauch aufweist, bereits auf den ersten Blick erkennen (BGH, GRUR 2007, 984 Rn. 21 - Gartenliege). Bei dem Produkt der Beklagten handelt es sich um einen Fußwärmer in Gestalt eines Hausschuhs. Dies ist für den angesprochenen Verkehr ohne weiteres erkennbar, weil es eine der Wärmespeicherung dienende, mit Körnern befüllte Kammer in der herausnehmbaren Innensohle enthält.
- 23 (3) Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die festgestellte typische Gestaltung der Wärmepantoffeln der Beklagten unterscheide diese von Produkten anderer Hersteller. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass ästhetische Merkmale eines Produkts seine wettbewerbliche Eigenart begründen können, wenn sie sich eignen, es von vergleichbaren Produkten anderer Hersteller abzugrenzen. Die Revision stellt nicht in Abrede, dass abweichende Gestaltungen von Wärmepantoffeln, insbesondere solche mit sockenähnlich verlängertem Schaft, existieren. Das Berufungsgericht hat deshalb nicht der frei benutzbaren Produktidee der Beklagten eine wettbewerbliche Eigenart zugemessen, sondern im Produktbereich der Wärmepantoffeln der äußeren Gestaltung des Produkts der Beklagten eine Eignung als Herkunftshinweis beigemessen.
- 24 (4) Zu Unrecht macht die Revision geltend, dass die von der Beklagten eingesetzten Gestaltungsmerkmale gemeinfreie technische Merkmale seien. Technisch notwendige Merkmale, die bei gleichartigen Erzeugnissen aus technischen Gründen zwingend verwendet werden müssen, können aus Rechts-

gründen keine wettbewerbliche Eigenart begründen. Die Übernahme solcher - nicht oder nicht mehr unter Sonderrechtsschutz stehender - Gestaltungsmerkmale ist mit Rücksicht auf den Grundsatz des freien Stands der Technik wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden. Handelt es sich dagegen nicht um technisch notwendige Merkmale, sondern nur um solche, die zwar technisch bedingt, aber frei austauschbar sind, ohne dass damit Qualitätseinbußen verbunden sind, können sie eine wettbewerbliche Eigenart (mit)begründen, sofern der Verkehr wegen dieser Merkmale auf die Herkunft der Erzeugnisse aus einem bestimmten Unternehmen Wert legt oder mit ihnen gewisse Qualitätserwartungen verbindet (st. Rspr.; BGH, GRUR 2010, 80 Rn. 27 - LIKEaBIKE; GRUR 2013, 951 Rn. 19 - Regalsystem; GRUR 2013, 1052 Rn. 18 f. - Einkaufswagen III). Soweit die Revision geltend macht, die äußere Form der Wärmepantoffeln, die insbesondere bei Sportschuhen oder anderen Pantoffeln weit verbreitet sei, sei durch die Anatomie des Fußes bedingt und erforderlich, um den Füßen einen gewissen Halt zu geben, berücksichtigt sie nicht, dass die Wärmepantoffeln nicht beim Laufen im häuslichen Bereich verwendet werden können, sondern wegen der vorhandenen Körnerfüllung hierzu nicht geeignet sind. Das Produkt der Beklagten dient allein dazu, kalte Füße zu wärmen, und wird im Sitzen oder Liegen getragen. Dafür ist eine äußere Gestaltung in Form eines Sport- oder Hausschuhs technisch nicht erforderlich.

25 gg) Die Revision beanstandet jedoch mit Erfolg die Annahme des Berufungsgerichts, die Merkmale und Gestaltung des Produkts der Beklagten seien trotz der unterschiedlichen Marken, unter denen die Erzeugnisse auf den Markt gebracht werden, geeignet, dem Verkehr einen Rückschluss auf seine betriebliche Herkunft zu ermöglichen.

26 (1) Das Landgericht Hamburg ist im Verfügungsverfahren davon ausgegangen, dass es sich bei dem angesprochenen Verkehr um den Endverbrau-

cher handelt und dass dieser annehmen wird, hinter jeder Marke stehe ein anderer Hersteller. Dass diese Beurteilung unrichtig wäre, hat das Berufungsgesicht nicht festgestellt. Auf dieser Grundlage fehlt für seine Annahme, der Vertrieb identischer Produkte unter verschiedenen Markennamen stehe der Annahme des Verkehrs nicht entgegen, die Wärmepantoffeln stammten von einem einzigen Hersteller oder miteinander verbundenen Unternehmen, die tatsächliche Grundlage. Werden identische Produkte unter verschiedenen Herstellermarken und zu unterschiedlichen Preisen angeboten, besteht - wenn es sich bei dem angesprochenen Verkehr um den Endverbraucher handelt - regelmäßig keine Veranlassung anzunehmen, dass die Produkte vom selben Hersteller stammen. Da es die Funktion der Marke ist, dem Verkehr die Ursprungsidentität des damit gekennzeichneten Produkts zu garantieren (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 9. Juli 2015 - I ZB 65/13, GRUR 2015, 1012 Rn 10 = WRP 2015, 1108 - Nivea Blau), wird der Verkehr vielmehr annehmen, dass verschiedene Marken auf eine unterschiedliche betriebliche Herkunft der entsprechend gekennzeichneten Produkte hinweisen.

27 (2) Zwar kann es für die Annahme einer wettbewerblichen Eigenart unschädlich sein, wenn der Verkehr aufgrund verschiedener Kennzeichen davon ausgeht, es handele sich bei dem beanstandeten Produkt um eine neue Serie oder eine Zweitmarke des Originalherstellers oder es bestünden zu ihm zumindest lizenz- oder gesellschaftsvertragliche Beziehungen. Ob diese Annahme im jeweiligen Streitfall gerechtfertigt ist, hängt jedoch von der tatrichterlichen Würdigung der relevanten Umstände des Einzelfalls ab (vgl. zur vermeidbaren Herkunftstäuschung BGH, Urteil vom 19. Oktober 2000 - I ZR 225/98, GRUR 2001, 443, 445 f. = WRP 2001, 534 - Viennetta; Urteil vom 2. April 2009 - I ZR 199/06, GRUR 2009, 1073 Rn. 15 = WRP 2009, 1372 - Ausbeinmesser). Das Landgericht Hamburg ist davon ausgegangen, dass der angesprochene Verkehr hinter jeder Marke ein anderes Herstellerunternehmen vermutet. Abweichendes hat

das Berufungsgericht nicht festgestellt. Dafür ist im Streitfall auch nichts ersichtlich. Die Revisionserwiderung macht Gegenteiliges ebenfalls nicht geltend.

28 (3) Danach ist ausgeschlossen, dass die angesprochenen Endverbraucher die verschiedenen Marken, mit denen die von der Beklagten und der G. vertriebenen Wärmepantoffeln gekennzeichnet sind, als Handelsmarken auffassen, hinter denen ein Hersteller steht (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 2. April 2009 - I ZR 144/06, GRUR 2009, 1069 Rn. 16 bis 18 = WRP 2009, 1505 - Knoblauchwürste; BGH, GRUR 2015, 909 Rn. 14 - Exzenterzähne). Nichts anderes ergibt sich aus der Senatsentscheidung "Gartenliege" (GRUR 2007, 984). Im dort entschiedenen Fall hatte die Klägerin ihre Gartenliege kleineren Anbietern geliefert, die die Liege unter ihrer eigenen Marke oder als Eigenprodukte vertrieben hatten. Dies geschah jedoch nicht in großen Stückzahlen und war schon deshalb ungeeignet, die Auffassung des Verkehrs hinreichend zu beeinflussen. Auch der Umstand, dass die dortige Beklagte in mehreren aufeinanderfolgenden Jahren in ihren zahlreichen Filialen die in Streit stehenden Gartenliegen unter ihrer Eigenmarke vertrieben hatte, stand der Annahme nicht entgegen, dass der angesprochene Verkehr angesichts der verwendeten Produktmerkmale hiermit Herkunftsvorstellungen verband. Nach den im dortigen Fall maßgeblichen Feststellungen lag es für maßgebliche Teile des Verkehrs nahe anzunehmen, die Beklagte vertreibe die Waren von Fremdherstellern (BGH, GRUR 2007, 984 Rn. 26 f. - Gartenliege). Dass im Streitfall ein vergleichbarer Sachverhalt vorliegt, hat das Berufungsgericht gerade nicht festgestellt und ist auch nicht anzunehmen.

29 c) Ein Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1, §§ 3, 5 Abs. 2 UWG besteht ebenfalls nicht. Nach § 5 Abs. 2 UWG ist eine geschäftliche Handlung irreführend, wenn sie im Zusammenhang mit der Vermarktung von Waren oder Dienstleistungen einschließlich vergleichender Werbung eine Verwechslungs-

gefahr mit einer anderen Ware oder Dienstleistung oder mit der Marke oder einem anderen Kennzeichen eines Mitbewerbers hervorruft. Dies kommt im Streitfall nur in Betracht, wenn die angesprochenen Verbraucher trotz der Vielzahl der Marken, unter denen die in Rede stehenden Originalprodukte vertrieben werden, allein anhand der äußeren übereinstimmenden Merkmale davon ausgehen, diese stammten von einem Hersteller oder aus der Produktion miteinander verbundener Unternehmen. Das ist gerade nicht der Fall. Die Revisi-
onserwiderung zeigt Gegenteiliges ebenfalls nicht auf.

30 III. Das Urteil des Berufungsgerichts kann danach keinen Bestand haben; es ist aufzuheben. Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Für das weitere Verfahren wird auf Folgendes hingewiesen:

31 1. Da der Beklagten kein den Erlass der einstweiligen Verfügung rechtfertigender Unterlassungsanspruch zugestanden hat, ist von einem dem Grunde nach bestehenden Schadensersatzanspruch der Klägerin gemäß § 945 Fall 1 ZPO auszugehen.

32 2. Das Berufungsgericht wird deshalb zu prüfen haben, ob der Klägerin ein Schadensersatzanspruch in der von ihr geltend gemachten Höhe zusteht.

33 a) Dabei kann ein Schaden der Klägerin wegen der durch die Rückholung bereits ausgelieferter Wärmepantoffeln aus dem Einzel- und Großhandel verursachten Kosten entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht von vornherein verneint werden.

34 aa) Die Verpflichtung zur Unterlassung einer Handlung, durch die ein fortdauernder Störungszustand geschaffen wurde, ist mangels abweichender Anhaltspunkte regelmäßig dahin auszulegen, dass sie nicht nur die Unterlas-

sung derartiger Handlungen, sondern auch die Vornahme möglicher und zumutbarer Handlungen zur Beseitigung des Störungszustands umfasst (BGH, Urteil vom 28. Januar 1977 - I ZR 109/75, GRUR 1977, 614, 616 - Gebäudefassade; vgl. BGH, Urteil vom 18. September 2014 - I ZR 76/13, GRUR 2015, 258 Rn. 63 f. = WRP 2015, 356 - CT Paradies; Urteil vom 30. Juli 2015 - I ZR 250/12, WRP 2016, 331 Rn. 28 f. - Piadina-Rückruf).

35 bb) Der Klägerin war durch die einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg vom 7. Dezember 2010 verboten worden, ihre Wärmepantoffeln anzubieten, zu bewerben, zu importieren und/oder in den Verkehr zu bringen. In Befolgung dieses Verbots war die Klägerin nicht nur verpflichtet, den weiteren Vertrieb ihrer noch nicht verkauften Wärmepantoffeln einzustellen. Es oblag ihr auch, bereits an den Groß- und Einzelhandel verkaufte Wärmepantoffeln zurückzurufen.

36 b) Das Berufungsgericht wird jedoch zu prüfen haben, ob der Klägerin durch die ungerechtfertigte einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg vom 7. Dezember 2010 wegen des Rückrufs bereits ausgelieferter Ware möglicherweise deshalb kein nach § 945 ZPO zu ersetzender Schaden entstanden ist, weil sie aus anderen Gründen zum Rückruf verpflichtet war.

37 aa) Der Klägerin war durch die einstweilige Verfügung des Landgerichts Oldenburg vom selben Tag untersagt worden, auf ihren Produkteinlegern das Foto der Beklagten zu verwenden. Diese Untersagung verpflichtete sie nach den vorstehend genannten Grundsätzen nicht nur, in Zukunft die Verwendung des Fotos zu unterlassen. Sie hatte auch zumutbare Anstrengungen zu unternehmen, dafür Sorge zu tragen, dass der Produkteinleger bei bereits ausgelieferter Ware ausgetauscht wird.

38

bb) Wenn diese Verpflichtung zur Folge gehabt hätte, dass sie die bereits ausgelieferten Wärmepantoffeln hätte zurückrufen müssen, wäre ihr in den Rückrufkosten bestehender Schaden nicht ersatzfähig. Ein nach § 945 ZPO zu ersetzender Schaden ist nicht entstanden, wenn der durch die Vollziehung einer ungerechtfertigt ergangenen einstweiligen Verfügung Betroffene ohnehin materiell-rechtlich verpflichtet ist, das ihm durch die einstweilige Verfügung untersagte Verhalten zu unterlassen (vgl. BGHZ 15, 356, 358 f. - Progressive Kundenwerbung; BGHZ 126, 368, 374 f. - Fortsetzungsverbot; BGH, Urteil vom 20. Juli 2006 - IX ZR 94/03, BGHZ 168, 352 Rn. 27). In einem solchen Fall entfällt nicht die Kausalität zwischen der Vollziehung der einstweiligen Verfügung und der Einstellung des darin untersagten Verhaltens, für die es allein auf die reale Ursache des haftungsbegründenden Ereignisses ohne Berücksichtigung von Ersatzursachen ankommt (vgl. BGHZ 168, 352 Rn. 22). Ein Ersatz der durch Vollziehung einer ungerechtfertigten einstweiligen Verfügung erlittenen Vermögenseinbuße scheidet aber aus normativen Gründen aus (vgl. Fischer in Prütting/Gehrlein, ZPO, 7. Aufl., § 945 Rn. 11; Ahrens/Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 7. Aufl., Kap. 62 Rn. 29). Ein Betroffener soll im Wege des Schadensersatzes keine Kosten ersetzt bekommen, die ihm auch bei rechtskonformem Verhalten des Schädigers auf jeden Fall entstanden wären (vgl. BGHZ 15, 356, 359 - Progressive Kundenwerbung; BGH, Urteil vom 28. Januar 1986 - VI ZR 151/84, NJW 1986, 1486, 1487; BGH, WRP 2016, 331 Rn. 15 - Piadina-Rückruf).

39 cc) Der Beklagten als Schädigerin obliegt die Beweislast dafür, dass der von der Klägerin wegen des Warenrückrufs geltend gemachte Schaden infolge der vom Landgericht Oldenburg erlassenen einstweiligen Verfügung auch entstanden wäre, wenn die einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg vom 7. Dezember 2010 nicht ergangen wäre. Der Schädiger trägt die Beweislast dafür, dass der Schaden - in vollem Umfang - auch bei rechtmäßigem Verhalten eingetreten wäre (vgl. BGH, Urteil vom 15. März 2005 - VI ZR 313/03, NJW 2005, 1718, 1719).

Büscher

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen

Vorinstanzen:

LG Osnabrück, Entscheidung vom 16.07.2013 - 14 O 522/11 -

OLG Oldenburg, Entscheidung vom 29.04.2014 - 6 U 156/13 -