
Datum: 02.03.2017
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 15. Zivilsenat
Entscheidungsart: Teilurteil
Aktenzeichen: I-15 U 48/14
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2017:0302.I15U48.14.00

Vorinstanz: Landgericht Düsseldorf, 12 O 296/10

Tenor:

Die Berufung der Klägerin zu 1) gegen das Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 16.01.2013, Az. 12 O 296/10, wird zurückgewiesen, soweit sie gegen die Beklagte zu 2) gerichtet ist.

Der Klägerin zu 1) werden die außergerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens der Beklagten zu 2) auferlegt. Die außergerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens der Klägerin zu 1) trägt diese selbst. Im Übrigen bleibt die Kostenentscheidung dem Schlussurteil vorbehalten.

Das Urteil des Landgerichts und dieses Urteil sind im Hinblick auf die Zwangsvollstreckung der Beklagten zu 2) gegen die Klägerin zu 1) ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin zu 1) kann die Zwangsvollstreckung der Beklagten zu 2) gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn die Beklagte zu 2) nicht vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

A.

1

2

3

Die Kläger haben von den Beklagten zunächst Unterlassung von Werbung mit der Bezeichnung „nach Dr. X“, die auch als Wort-/Bildmarke u. a. für Schuheinlagen eingetragen ist, und/oder „by Dr. X“ für Brand-, Deck- und/oder Einlegesohlen (= Innensohlen) beansprucht. Nachdem die Beklagte zu 1) den Klageanspruch unter Protest gegen die Kostenlast anerkannt hat, hat das Landgericht sie mit Teilanerkennnisurteil vom 21.09.2011 antragsgemäß verurteilt.

Die Klage gegen die Beklagte zu 2) haben die Kläger geändert und verlangen von dieser nunmehr Unterlassung von Werbung sowohl im Bundesgebiet als auch in L1 mit dem Hinweis „nach Dr. X“ für integrale Reflexzonensohlen, die aus einem Polyurethaninnenteil bestehen, deren Härte über 30° Shore A beträgt und das mit Leder überzogen ist.

In den Jahren 1991 bis 2009 wurden in Lizenz der Klägerin zu 1) weltweit über 9 Millionen Paar Schuhe und Einlegesohlen mit dem Hinweis „nach Dr. X“ vertrieben, davon in L1 fast 4 Millionen und in Deutschland mehr als 1,4 Millionen. Dabei wurde regelmäßig auf und in den Schuhkartons sowie an den Schuhen im Zusammenhang mit dem Hinweis „nach Dr. X“ eine „sanfte Reflexzonenmassage“ (Anlagen BKI 3, 4, 6 und 8) bzw. – in L1 – eine „Massage douce des zones reflexes“ (Anlagen BKI 5, 7 und 8) beworben. Darüber hinaus bewarben Kataloge großer Versandhäuser Schuhe mit Sohlen „nach Dr. X“ (Anlagenkonvolut BKI 9). Ferner wurde über die Schuhe und Sohlen bundesweit in allgemeinen Printmedien (Anlagenkonvolut BKI 10) und international in der Fachpresse für den Schuhhandel berichtet (Anlagenkonvolut BKI 11 und Anlage BKI 11a). In den Veröffentlichungen wurde jeweils darauf hingewiesen, dass von ihnen eine „sanfte Reflexzonenmassage“ ausgehe.

In Lizenz der Beklagten zu 2) vom L2ischen Unternehmen A s.r.l. hergestellte Schuhe wurden von der Firma B unter der Marke „AA“ auf der Internetseite www.b.... angeboten und in L1 vertrieben. Auf der Innensole dieser Schuhe befindet sich in deutscher Sprache der Hinweis „nach Dr. X“. Die Sohle verfügt über fünf Erhebungen und besteht aus einem Polyurethaninnenteil, der mit Leder überzogen ist. (nachfolgend: Sohle der Beklagten zu 2). Der zugehörige Schuhkarton trägt u. a. eine deutschsprachige Erklärung des Produkts. Ausstattung und Werbung erfolgten nach den Vorgaben der Beklagten zu 2). Wegen Einzelheiten wird auf den zur Akte gereichten Schuhkarton und die Abbildung der Anlage BKI 1 (Bl. 417 GA) verwiesen.

Die Klägerseite wirft der Beklagten zu 2) vor, die Werbung mit dem Hinweis „nach Dr. X“ sei irreführend, weil der angesprochene Verkehr damit eine „sanfte Reflexzonenmassage“ verbinde, die angegriffene Sohle wegen ihrer Härte von ca. 60° Shore A jedoch hart und unelastisch sei. Deshalb bewirke sie eine „harte Reflexzonenmassage“ und die Schuhe könnten nur kurzfristig ohne Beschwerden getragen werden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die Feststellungen im Urteil des Landgerichts vom 16.01.2013 Bezug genommen.

Mit diesem Urteil, dessen Tenor durch Beschluss des Senats vom 11.07.2014 berichtigt worden ist, hat das Landgericht die Klage abgewiesen und den Klägern die Kosten des Rechtsstreits auferlegt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, ein Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte zu 2) für das Bundesgebiet bestehe nach Wettbewerbs- und Namensrecht schon deswegen nicht, weil es an einer Begehungsfahr fehle. Die Kläger hätten nicht hinreichend vorgetragen, dass diese die Bezeichnung „nach Dr. X“ in irreführender Weise im Inland verwendet habe oder die unmittelbare Gefahr einer derartigen Produktwerbung bestehe. Ihre Behauptung, dass die Beklagte zu 2) auf der Messe „ORTHOPÄDIE + REHA – TECHNIK 2012“ im Mai 2012 in L4 Aussteller gewesen sei, reiche

nicht aus, weil sich daraus die angegriffene Werbung nicht ergebe.

Ebenso wenig könnten die Kläger von der Beklagten zu 2) Unterlassung von geschäftlichen Handlungen in L1 verlangen. Das Landgericht Düsseldorf sei international zuständig, weil ein Bezug zum Geschäftsbetrieb der Beklagten zu 2) in Düsseldorf zumindest hinsichtlich der Verletzungshandlung „bewerben zu lassen“ gegeben sei. Die beanstandete Wettbewerbshandlung sei nach französischem Recht zu beurteilen. Ein Anspruch nach Art. 1382 Code Civil L1 (CCF) bestehe nicht. Der durchschnittliche Verbraucher verstehe die Angabe „nach Dr. X“ nicht so, dass die Einlegesohlen nach den aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen des Klägers zu 2) hergestellt würden. Vielmehr erwarte der angesprochene Verkehr in Deutschland nur eine Verwendung der Bezeichnung für Einlegesohlen, die eine bestimmte, ursprünglich einmal von diesem entwickelte Art der Fußreflexzonenmassage bewirkten, nicht aber jeweils nach seiner aktuellen Ansicht gefertigte und von ihm kontrollierte Einlegesohlen. Dies gelte ebenso für den französischen Durchschnittsverbraucher. Es sei weder dargetan noch ersichtlich, dass dieser mit der Namensangabe Dr. X eine andere Vorstellung verbinde. Die Kläger hätten nicht hinreichend dargelegt, dass die Lizenznehmer der Beklagten zu 2) Einlegesohlen vertrieben hätten, die den dargestellten generellen Erwartungen nicht entsprochen hätten. 10

Der Unterlassungsanspruch ergebe sich ferner nicht aus § 12 BGB. Der Namensgebrauch „Dr. X“ sei nicht unbefugt erfolgt, da der Kläger zu 2) seiner Ehefrau das Recht eingeräumt habe, die Marke „nach Dr. X“ zu benutzen und diese mit der Beklagten zu 2) einen Lizenzvertrag über die Nutzung dieser Marke geschlossen habe. Unerheblich sei, ob er einen Anspruch auf Anpassung der Scheidungsfolgenvereinbarung habe, da hierfür das Verfahren nach § 239 FamFG vorgesehen und bis zu einer familiengerichtlichen Entscheidung von der Wirksamkeit auszugehen sei. 11

Dagegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung der Kläger gegen beide Beklagte. Der Kläger zu 2) ist im Oktober 2014 verstorben. Daraufhin hat der Senat auf Antrag seiner Prozessbevollmächtigten mit Beschluss vom 26.11.2014 insoweit den Rechtsstreit ausgesetzt. 12

Die Klägerin zu 1) trägt unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen vor: Entgegen den Ausführungen im angefochtenen Urteil habe sie einen Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 UWG, da Wiederholungsgefahr im Hinblick auf eine Irreführung in Deutschland bestehe. Die Beklagte zu 2) habe im Mai 2012 an der Messe „ORTHOPÄDIE + REHA – TECHNIK“ in L4 teilgenommen und dort die streitgegenständlichen Innensohlen mit dem Hinweis „nach Dr. X“ beworben. Das Landgericht habe verkannt, dass dieser bereits erstinstanzlich gehaltene Sachvortrag hinreichend substantiiert sei und die Beklagte zu 2) ihn gar nicht bestritten habe. Im Übrigen sei es undenkbar, dass sie diese Sohle dort nicht ausgestellt habe, weil es sich dabei um die einzigen in Lizenz der Beklagten zu 2) hergestellten Sohlen handle. Überdies habe sich unstreitig auf derselben Internetseite, auf der sie Reflexzonensohlen beworben habe, ein Hinweis auf ihre Teilnahme an der Messe befunden. Dies hätte aber ohne ein Anbieten von Reflexzonensohlen auf dieser Messe keinen Sinn gemacht. Abgesehen davon sei Erstbegehungsgefahr für einen Vertrieb auch in Deutschland gegeben. Dies folge allein daraus, dass die Sohle in Lizenz hergestellt werde. Ferner belege die deutschsprachige Werbeaufschrift auf dem Schuhkarton, dass ein Vertrieb in Deutschland beabsichtigt sei. Die angebliche Beendigung des Lizenzvertrages mit der A s.r.l. räume die Erstbegehungsgefahr nicht aus, weil die Beklagte zu 2) entsprechende Schuhe für Deutschland auf anderem Wege herstellen lassen könnte und möglich sei, dass die bereits hergestellten Schuhe noch auf den deutschen Markt gelangten. 13

Das Landgericht habe weiter zu Unrecht eine Verletzung des Irreführungsverbot in L1 verneint. Ferner werde der deutsche Verbraucher durch die Werbung für die Sohle der Beklagten zu 2) gemäß § 5 UWG irregeführt. Sie habe im Einzelnen dargelegt und unter Beweis gestellt, dass diese Sohle für Dr. X sowohl nach seiner zuletzt vertretenen Auffassung als auch nach der früher von ihm propagierten Lehre, die sich in den Schutzrechten DE und EP B1 manifestiere, nicht akzeptabel gewesen sei. 14

Zugleich habe sie vorgetragen, dass die Sohle der Beklagten zu 2) nicht dem Charakteristischen einer nach der ursprünglichen Ansicht von Dr. X hergestellten Innensohle entspreche. Er habe stets ausschließlich die sanfte Reflexzonenmassage propagiert. Wenn ein weiches Innenteil, dessen Härte weniger als 30° Shore A betrage, mit Leder überzogen sei, sei die Sohle insgesamt hinreichend elastisch und federnd, um eine sanfte Reflexzonenmassage auszuüben. Eine Sohle mit über 50° Shore A und mehr sei hingegen nach seinen wissenschaftlichen Erkenntnissen dafür nicht mehr geeignet. Wenn der Polyurethanteil einen Härtegrad von über 30° Shore A habe, betrage der Härtegrad der Gesamtsohle einschließlich Lederüberzug indes über 60° Shore A. Dies sei bei der Sohle der Beklagten zu 2) der Fall, zumal auf das ohnehin schon sehr harte Polyurethan ganzflächig ein Kleber aufgetragen werde, um die Lederdecksohle zu fixieren. Die Sohle sei bedingt durch den Werkstoff Polyurethan in der verwendeten hohen Dichte starr, unnachgiebig und fühlbar hart. Dadurch sei sie zu einer sanften Reflexzonenmassage ungeeignet, der Fuß könne nicht in die Sohle und insbesondere nicht in die Reflexzonen eintauchen. Die Sohle verforme sich nicht, so dass sich bei Entlastung auch keine Verformung zurückbilden könne. Die Benutzung dieser Sohle führe zu einer harten Reflexzonenmassage, bei der die Schuhe höchstens zwei Stunden lang getragen werden könnten und andernfalls Schmerzen und erhebliche gesundheitliche Probleme auftreten würden. 15

Der angesprochene Verkehr erwarte indes bei dem Hinweis „nach Dr. X“, dass von der beworbenen Innensohle eine sanfte Reflexzonenmassage ausgehe. Aufgrund der hohen Verkaufszahlen in Deutschland und L1 habe er die Eigenschaft „sanfte Reflexzonenmassage“ fest mit der Marke „nach Dr. X“ verbunden und sehe diesen Hinweis als Synonym für diese Eigenschaft an. Bei allen seinerzeit von ihr lizenzierten Sohlen mit diesem Hinweis weise die gesamte mit Leder kaschierte Einlegesohle einen Härtegrad zwischen 35° und 40° Shore A auf. Aufgrund des nachgiebigen und hoch elastischen Latexschaumteils im Inneren kehre die Sohle nach einer Belastung stets wieder in ihre ursprüngliche Form zurück. Auf diese Weise seien ein problemloses Abrollen des Fußes und eine sanfte Massage der betroffenen Reflexzonen möglich. Soweit sie – die Klägerin zu 1) – vor dem Jahr 1995 Sohlen mit einem Härtegrad von mehr als 50° Shore A angeboten habe, die dementsprechend zu hart gewesen seien und Schmerzen verursacht hätten, seien sie unverkäuflich gewesen und die Produktion unverzüglich eingestellt worden. 16

Höhere Messwerte bei der als Anlage BKI 12 vorgelegten Latexsohle im Sachverständigengutachten 1 beruhten darauf, dass der Lederüberzug bei jeder Latexsohle unterschiedlich sei und zudem der verwendete wasserlösliche Kleber in die Oberfläche der Sohle eindringe. Dies führe allerdings lediglich zu einer Verhärtung von maximal 1 mm in der Oberfläche, während der Kern des Innenteils stets flexibel und weich bleibe, so dass weiterhin ein Eintauchen des Fußes beim Gehen gewährleistet sei. Abgesehen davon sei das Sachverständigengutachten, das bei ihrer Sohle und der Sohle der Beklagten zu 2) ähnliche Härtegrade ausweise, insgesamt ungenügend, so dass ein Obergutachten einzuholen sei. Es leide an offensichtlichen Mängeln, indem nicht erwähnt werde, mit welchem Gerät konkret welcher Test durchgeführt worden sei, und sich keinerlei Angaben zur Kalibrierung des Prüfgeräts, zum Klima und zur Luftfeuchtigkeit finden. Zudem werde es widerlegt durch die 17

weitere, von ihr – der Klägerin zu 1) – privat in Auftrag gegebene Messung der Sachverständigen vom 15.12.2016 (Anlage BKI 14), die bei einer mit den von ihr lizenzierten Sohlen „nach Dr. X“ identischen Sohle Werte zwischen 40° und 47° Shore A (Anlage BKI 15) ergeben habe, und durch die Messergebnisse im Prüfbericht des TÜV Rheinland vom 21.12.2016 (Anlage BKI 17), wonach ihre Sohle eine Härte von unter 40° Shore A aufweise und das Produkt der Beklagten zu 2) eine durchschnittliche Härte von 65,6° Shore A.

Hilfswise trägt sie vor, dass die Shore A-Methode ungeeignet sei zur Vermessung von „Sandwichsohlen“, die – wie ihre Sohle und die Sohle der Beklagten 2) – aus einem Kern, Klebstoff und einer Lederkaschierung bestehen, weil die Messnadel stets nur die Härte des oben gelegenen Stoffes messe, die Härte des Innenteils aber keine Berücksichtigung finde und somit über die Gesamtsohlenhärte keine Aussage getroffen werde. Für beide Sohlen existiere kein geeignetes Härtemessverfahren. Ob eine Sohle hinreichend elastisch sei, um eine sanfte Reflexzonenmassage zu bewirken, könne vielmehr ausschließlich im Wege einer Inaugenscheinnahme durch Tasten und durch ein orthopädisches Sachverständigengutachten festgestellt werden. 18

Die Irreführung bestehe ungeachtet dessen bereits darin, dass die Beklagte zu 2) Dr. X als Urheber für etwas angebe, was dieser mangels Herbeiführung einer sanften Reflexzonenmassage ausdrücklich abgelehnt habe. Auf diese Weise enttäusche sie die durch den Hinweis „nach Dr. X“ auf ihrer Sohle bei den angesprochenen Verkehrskreisen geweckte Erwartung und die Kennzeichnung sei irreführend. 19

Dr. X habe ferner gemäß § 239 FamFG wegen erheblicher Verschlechterung seiner Einkommensverhältnisse einen Anspruch auf Abänderung des Ehevertrages vom 11.08.1995 gehabt. Der Beklagten zu 2) sei es deshalb gemäß § 242 BGB verwehrt, sich auf diesen Vertrag zu berufen. Abgesehen davon sei sie aus diesem Ehevertrag nicht berechtigt. 20

Die Klägerin zu 1) beantragt, 21

die Beklagte zu 2) unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom 16.01.2013, Az. 12 O 296/10, zu verurteilen, 22

a) 23

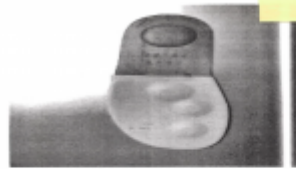
es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, wobei die Ordnungshaft an dem jeweiligen gesetzlichen Vertreter der Beklagten zu 2) zu vollziehen ist und insgesamt zwei Jahre nicht überschreiten darf, in der Bundesrepublik Deutschland zu unterlassen, im Rahmen von geschäftlichen Handlungen integrale Reflexzonenfußsohlen 24

- wie nachfolgend abgebildet-, 25

26

Polyurethantinteil
nach Entfernung des
Lederüberzuges

Darstellung des Lederüberzuges



Sohle
zugesen

Lederüber-
zug



Polyurethantinteil
mit einem Leder-
überzug

die aus einem mit Leder überzogenen Polyurethantinteil bestehen, mit dem Hinweis „nach Dr. X“ zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, wenn deren mit Leder zu überziehendes Polyurethantinteil eine Härte von über 30° Shore A aufweist; 27

b) 28

es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, wobei die Ordnungshaft an dem jeweiligen gesetzlichen Vertreter der Beklagten zu 2) zu vollziehen ist und insgesamt zwei Jahre nicht überschreiten darf, zu unterlassen, im Rahmen von geschäftlichen Handlungen in L1 integrale Reflexzonenfußsohlen 29

- wie nachfolgend abgebildet-, 30

Polyurethantinteil
nach Entfernung des
Lederüberzuges

Darstellung des Lederüberzuges



Sohle
zugesen

Lederüber-
zug



Polyurethantinteil
mit einem Leder-
überzug

die aus einem mit Leder überzogenen Polyurethantinteil bestehen, mit dem Hinweis „nach Dr. X“ zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, wenn deren mit Leder zu überziehendes Polyurethantinteil eine Härte von über 30° Shore A aufweist. 32

Die Beklagte zu 2) beantragt, 33

die Berufung zurückzuweisen. 34

Sie nimmt Bezug auf die erstinstanzlich erhobenen Zulässigkeitsrügen und ihr erstinstanzliches Vorbringen. Ergänzend trägt sie vor: Auf der Messe „ORTHOPÄDIE + REHA-TECHNIK 2012“ in L4 habe sie keine Produkte ausgestellt, die mit dem Hinweis „nach 35

Dr. X“ gekennzeichnet gewesen seien. Vielmehr habe sie dort gemeinsam mit der Firma C aus Griechenland nanobionische Stoffe ausgestellt. Hintergrund sei eine damals angedachte Kooperation auf dem Gebiet nanobionischer Produkte gewesen. Ebenso fehle es an einer Erstbegehungsfahr für Deutschland. Ihr Geschäftsgegenstand sei nur die Vergabe von Unterlizenzen, nicht Produktion oder Vertrieb. Den Lizenzvertrag mit der Firma A s.r.l. habe sie inzwischen beendet und sie unterhalte keine weiteren Lizenznehmer. Daher könne A s.r.l. keine Schuhe mehr an das französische Unternehmen B liefern, die unter der Marke „AA“ vertrieben werden.

Die streitgegenständlichen Reflexzonensohlen gingen auf die Lehre von Dr. X zurück. Die angesprochenen Verkehrskreise erwarteten lediglich, dass mit diesem Hinweis bezeichnete Sohlen im weitesten Sinne auf eine Lehre des Namensgebers zurückgingen. Hingegen bestehe für sie kein Grund zur Annahme, dass Dr. X konkrete Vorgaben für diese Produkte mache oder anderweitig bei der Herstellung und Vermarktung mitwirke. Der Verbraucher habe auch keine bestimmten Vorstellungen über die von diesem entwickelte Fußreflexzonenmassage und mache sich keine Gedanken über die Härtegrade von Sohlen „nach Dr. X“, zumal diese Bezeichnung eher unspezifisch sei. Ferner sei für ihn kein Bezug zu jahrzehntealten technischen Schutzrechten erkennbar, weshalb sie für ihn ohne Bedeutung seien. Abgesehen davon ergebe sich weder aus diesen Schutzrechten noch den wissenschaftlichen Erkenntnissen von Dr. X, dass Sohlen für eine sanfte Reflexzonenmassage einen Härtegrad von 35 bis 40° Shore A voraussetzten. Vielmehr lasse sich den vorgelegten Unterlagen entnehmen, dass nach Auffassung von Dr. X Sohlen mit einem Härtegrad von über 50° Shore A und bis zumindest 59° Shore A, nach der Patentschrift DE C2 (Anlage K 1) sogar bei einer Härte von über 60° Shore A zur Reflexzonenmassage geeignet seien und nicht zu einer Überreizung der Reflexzonen führten. Nach den Ausführungen von Dr. X vom 27.12.1993 unter dem Titel „Wissenschaftliche Arbeit Reflexzonensohle“ beginne eine Überreizung sogar erst bei einer Shore-Härte von 60° bis 70° (Anlage BB 1). 36

Es werde mit Nichtwissen bestritten, dass die von der Klägerin zu 1) beschriebene, mit Leder kaschierte Sohle „nach Dr. X“ (Anlage BKI 12) einen Härtegrad von 35 bis 40° Shore A aufweise, dass diese Sohle über einen flexiblen Latexschaumanteil verfüge, der ein problemloses Abrollen des Fußes und eine sanfte Massage der betroffenen Reflexzonen ermögliche, sowie dass die Sohle sich aufgrund ihrer hohen Elastizität stets nach erfolgter Belastung in ihre ursprüngliche Form zurückbilde. Die Klägerin zu 1) selbst habe sogar Schuhe mit dem Hinweis „nach Dr. X“ vertrieben, deren Sohle unstreitig einen Härtegrad von mehr als 50° Shore A, im vorderen Bereich der Innensohle sogar von mehr als 70° Shore A besitze (Anlagenkonvolut BB 2). 37

Sohlen aus dem Werkstoff Polyurethan seien sehr flexibel, strapazierfähig und abriebfest, hätten u. a. gute Dämpfungseigenschaften, die die Gelenke beim Gehen schonten und durch ihre Flexibilität den natürlichen Bewegungsablauf unterstützten. Die unter ihrer Lizenz hergestellten Sohlen und Schuhe könnten ganztägig ohne gesundheitliche Probleme getragen werden. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass das persönliche Empfinden von erheblicher Bedeutung sei, weil eine Druckmassage von jedem Nutzer abhängig von Gewicht, Alter, Gewebespannung, Empfindlichkeit der Fußsohlen und Fußbekleidung individuell unterschiedlich empfunden werde. 38

Mit Teilurteil vom 25.09.2014 hat der Senat die Berufung der Kläger als unzulässig verworfen, soweit sie gegen die Beklagte zu 1) gerichtet ist, wobei wegen Einzelheiten auf dieses Teilurteil Bezug genommen wird. 39

Der Senat hat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 09.02.2015 (Bl. 527 GA) und ergänzendem Beweisbeschluss vom 26.02.2016 (Bl. 599 GA). Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Gutachten der Sachverständigen 1 vom 11.11.2015 (Bl. 571 GA) und ihre ergänzenden Stellungnahmen vom 10.06.2016 (Bl. 630 GA) sowie vom 03.02.2017 (Bl. 755 GA) Bezug genommen.	40
B.	41
Die zulässige Berufung der Klägerin zu 1) gegen die Beklagte zu 2) ist nicht begründet.	42
I.	43
Das Verfahren der Klägerin zu 1) gegen die Beklagte zu 2) war fortzuführen und es kann insoweit gemäß § 301 ZPO durch Teilurteil entschieden werden.	44
Die Aussetzung bezogen auf den verstorbenen Kläger zu 2) gemäß §§ 246 Abs. 1, 2. Hs., 239 Abs. 1 ZPO steht der Fortsetzung des Verfahrens nicht entgegen, weil die Kläger nur einfache Streitgenossen waren (Zöller/Greger, Kommentar zur ZPO, 31. Aufl., Vor § 239 Rn. 9). Ein Teilurteil ist trotz der Gefahr widersprechender Entscheidungen ausnahmsweise zulässig, wenn das Verfahren wegen Insolvenz oder Tod eines einfachen Streitgenossen teilweise unterbrochen oder ausgesetzt ist. Die ungewisse Dauer der Unterbrechung führt zu einer faktischen Trennung des Rechtsstreits. Es wäre mit dem Anspruch der übrigen Prozessbeteiligten auf effektiven Rechtsschutz nicht vereinbar, wenn die Unterbrechung des Verfahrens eine Entscheidung nur deshalb nachhaltig verzögern würde, weil die abstrakte Gefahr einer widersprüchlichen Entscheidung nach einer eventuellen Aufnahme des Verfahrens besteht (BGH, NJW 2007, 156; BGH, MDR 2011, 935). So ist es hier.	45
II.	46
Die Klage ist zulässig.	47
1.	48
Mit der Rüge, es handle sich um eine Patentstreitsache nach § 143 Abs. 2 PatG und die Kammer für Wettbewerbssachen des Landgerichts Düsseldorf sei deswegen für die Entscheidung dieses Rechtsstreits funktionell nicht zuständig, kann die Beklagte zu 2) wegen § 513 Abs. 2 ZPO in der Berufungsinstanz nicht mehr gehört werden.	49
2.	50
Ferner ist die Zulassung der Klageänderung im angefochtenen Urteil gemäß § 268 ZPO in der Berufungsinstanz verbindlich und für die Entscheidung zugrunde zu legen.	51
3.	52
Das Landgericht hat des Weiteren im Ergebnis zu Recht die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für den Klageantrag zu 2) bejaht.	53
Die entgegen dem Wortlaut des § 513 Abs. 2 ZPO in der Berufungsinstanz von Amts wegen zu prüfende internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte (BGH, WRP 2016, 958 – Freunde finden; BGH, GRUR 2016, 513 – Eizellspende) folgt für die Beklagte zu 2) aus Art. 60 EuGVVO i. V. m. Art. 2 Abs. 1 EuGVVO, weil sie ihren Sitz in der Bundesrepublik Deutschland hat.	54

III.	55
Die Klägerin zu 1) hat gegen die Beklagte zu 2) keinen Anspruch auf Unterlassung von Werbung in der Bundesrepublik Deutschland für die im Berufungsantrag zu a) beschriebenen Reflexzonensohlen mit dem Hinweis „nach Dr. X“ gemäß § 8 Abs. 1 UWG i. V. m. §§ 3 Abs. 1 und 2, 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG, der durch das Zweite Gesetz zur Änderung des UWG vom 02.12.2015 keine inhaltliche Änderung erfahren hat (vgl. BGH, WRP 2016, 958 – Freunde finden, Rn. 65).	56
1.	57
Die geschäftliche Handlung der Beklagten zu 2) liegt in der Vergabe von Lizenzen an Unternehmen für die Herstellung und den Vertrieb von Reflexzonensohlen, die nach ihrer Vorgabe den Hinweis „nach Dr. X“ enthalten. Zwischen ihr und der Klägerin zu 1) besteht ferner ein konkretes Wettbewerbsverhältnis, weil sie beide jeweils über Lizenznehmer Innensohlen für Schuhe vermarktet haben, die über ein Reflexzonenbett verfügen.	58
2.	59
Es fehlt bereits an einer Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr.	60
a)	61
Wiederholungsgefahr nach § 8 Abs. 1 S. 1 UWG setzt voraus, dass mindestens ein wettbewerbswidriges Verhalten stattgefunden hat. Hat es eine Verletzungshandlung gegeben, begründet dies die tatsächliche Vermutung der Wiederholungsgefahr (st. Rspr., BGH, GRUR 1997, 379 – Wegfall der Wiederholungsgefahr II; Bornkamm in: Köhler/Bornkamm, Kommentar zum UWG, 35. Aufl., § 8 UWG Rn. 1.43 m. w. N.).	62
Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, hat die Klägerin zu 1) im ersten Rechtszug nicht hinreichend substantiiert vorgetragen, dass die Beklagte zu 2) in der Bundesrepublik Deutschland die im Klageantrag näher bezeichneten Innensohlen mit dem Hinweis „nach Dr. X“ beworben oder angeboten hat. Aus ihrem pauschalen Vorbringen, diese sei im Mai 2012 Ausstellerin auf der Messe „ORTHOPÄDIE + REHA-TECHNIK 2012“ in L4 gewesen, ergibt sich dies nicht. Es handelte sich vielmehr um eine unbeachtliche Behauptung ins Blaue hinein, so dass es auf die Frage, ob die Beklagte zu 2) sie (wirksam) bestritten hat, nicht ankommt.	63
Soweit die Klägerin zu 1) erstmals in der Berufungsinstanz vorträgt, dass es sich bei der streitgegenständlichen Sohle um das einzige Produkt der Beklagten zu 2) handle und ihre einzige Aktivität in deren Vermarktung mit dem Hinweis „nach Dr. X“ bestehe, führt dies ebenfalls nicht zur Feststellung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens im Inland. Die Beklagte zu 2) hat ein Ausstellen auf der L4er Messe – der weiterhin einzigen behaupteten Verletzungshandlung – bestritten und überdies näher dargelegt, dass sie dort keine Produkte „nach Dr. X“, sondern gemeinsam mit der Firma C aus L6 völlig andere Produkte ausgestellt habe. Aufgrund dieses wirksamen Bestreitens ist das neue Vorbringen der Klägerin zu 1) gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zu berücksichtigen, weil sie einen Zulassungsgrund nicht vorgetragen und glaubhaft gemacht hat. Zudem hat sie keinen Beweis für eine Verletzungshandlung der Beklagten zu 2) angetreten.	64
Auch der unstreitige Umstand, dass sich auf derselben Internetseite, auf der die Beklagte zu 2) Reflexzonensohlen bewarb, ein Hinweis auf ihre Teilnahme an der L4er Messe befand,	65

rechtfertigt nicht die Feststellung, dass sie dort Reflexzonensohlen ausgestellt hat. Die Klägerin zu 1) behauptet nicht, dass im Internetauftritt eine räumliche oder inhaltliche Verbindung zwischen der Werbung für die Sohlen und dem Teilnahmehinweis bestand. Wie dieser konkret aussah, ergibt sich aus ihrem Vorbringen nicht. Daher ist ihre Schlussfolgerung jedenfalls in Anbetracht der Erläuterungen der Beklagten zu 2) zum abweichenden Inhalt ihres Messeauftritts nicht zwingend.

b) 66

Eine Erstbegehungsgefahr im Inland ist ebenfalls nicht festzustellen. Es handelt sich dabei um einen weiteren Streitgegenstand, weil die Klägerin zu 1) den vorbeugenden Unterlassungsanspruch auf einen anderen Lebenssachverhalt stützt (vgl. BGH, WRP 2016, 1351 – Stirnlampen m. w. N.), indem sie ihn mit der Vergabe einer Lizenz von der Beklagten zu 2) an A s.r.l. und den Umständen von Angebot und Werbung der lizenzierten Schuhe in L1 begründet. Da dies erstmals in der Berufungsinstanz geschehen ist, liegt eine Klageerweiterung im Sinne von § 533 ZPO vor. Diese ist zulässig, weil sie sachdienlich ist sowie die zugrunde liegenden Tatsachen unstreitig und damit gemäß § 529 ZPO zu berücksichtigen sind. 67

Erstbegehungsgefahr im Sinne von § 8 Abs. 1 S. 2 UWG setzt voraus, dass eine ernstlich drohende und unmittelbar bevorstehende Gefahr einer erstmaligen Verletzungshandlung besteht. Die tatsächlichen Umstände hat der Kläger im Einzelnen darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen (Bornkamm in: Köhler/Bornkamm, aaO, § 8 Rn. 1.18). Vorbereitende Maßnahmen begründen eine Erstbegehungsgefahr nur, wenn ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte für eine in naher Zukunft konkret drohende Rechtsverletzung bestehen (BGH, GRUR 1994, 57 – Geld-zurück-Garantie; BGH, GRUR 1999, 1097 – Preissturz ohne Ende; BGH, WRP 2015, 717 – Keksstangen; BGH, WRP 2016, 1351 – Stirnlampen m. w. N.). Die Erstbegehungsgefahr hat sich auf eine konkrete Verletzungshandlung zu beziehen. Die sie begründenden Umstände müssen die drohende Verletzungshandlung so konkret abzeichnen, dass sich für alle Tatbestandsmerkmale zuverlässig beurteilen lässt, ob sie verwirklicht sind (BGH, WRP 2015, 717 – Keksstangen; BGH, WRP 2016, 1351 – Stirnlampen; Bornkamm in: Köhler/Bornkamm, aaO, § 8 Rn. 1.24 und 1.28 m. w. N.). 68

Im Streitfall ist eine Erstbegehungsgefahr zu verneinen. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte zu 2) im Inland Reflexzonensohlen mit den im Klageantrag angegebenen Eigenschaften und dem Hinweis „nach Dr. X“ bewerben oder vertreiben oder zu diesem Zweck Lizenzen an Dritte vergeben wird, liegen nicht vor. Insbesondere lässt sich dieser Schluss nicht allein daraus ziehen, dass sie solche Innensohlen an Dritte lizenziert hat und diese infolgedessen im Ausland hergestellt und angeboten werden. Daraus ergibt sich nicht, dass Verletzungshandlungen in der Bundesrepublik Deutschland unmittelbar bevorstehen, weil sich die erteilten Lizenzen auf bestimmte Länder im Ausland beschränken können. Aus dem Umstand, dass Innensohlen gemäß dem Klageantrag zu 1) in L2 in Lizenz der Beklagten zu 2) produziert werden, lässt sich somit keine Erstbegehungsgefahr herleiten. 69

Es führt nicht zu einer anderen Beurteilung, dass in L1 angebotene Schuhkartons, die Schuhe mit Innensohlen gemäß dem Klageantrag zu 1) enthalten, auch mit deutschsprachigen Hinweisen und Werbeaufschriften gekennzeichnet gewesen sind. Dieser Umstand mag zwar dafür sprechen, dass ein Vertrieb im deutschsprachigen Raum grundsätzlich ins Auge gefasst war. Gleichwohl lässt er keinen zuverlässigen Rückschluss auf in naher Zukunft bevorstehende Verletzungshandlungen in Deutschland zu, weil sich zum einen der mögliche Vertrieb auf das deutschsprachige Ausland (Österreich, Schweiz, 70

Luxemburg) beschränken und die Aufschrift zum anderen bloß Ausdruck einer allgemeinen Absicht sein kann, die Schuhe eventuell irgendwann einmal in Deutschland zu vertreiben. Daraus ergibt sich indes noch nicht der für eine Erstbegehungsgefahr erforderliche nahe zeitliche Zusammenhang. Dass ein Angebot von bereits hergestellten Sohlen mit dem Hinweis „nach Dr. X“ in Deutschland denkbar ist, reicht nicht aus. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass eine solche Verletzungshandlung unmittelbar bevorsteht, hat die Klägerin zu 1) nicht vorgetragen. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Schuhkartons mit der deutschsprachigen Aufschrift spätestens seit April 2013 in L1 angeboten werden und sie nicht behauptet, dass in den seitdem vergangenen fast vier Jahren im Inland irgendeine Verletzungshandlung stattgefunden habe, obwohl sie nach eigenem Bekunden im Schuhmarkt bestens vernetzt ist und umfangreiche Marktforschungen angestellt hat. Dieser lange Zeitraum spricht somit ebenfalls gegen die unmittelbar bevorstehende Gefahr einer Verletzungshandlung.

3. 71

Des Weiteren liegt keine irreführende geschäftliche Handlung der Beklagten zu 2) durch unwahre Angaben oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über Merkmale der Ware gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG vor. 72

Eine Werbung ist im Sinne von § 5 Abs. 1 UWG irreführend, wenn das Verständnis, das sie bei den Verkehrskreisen erweckt, an die sie sich richtet, mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt (BGH, GRUR 2000, 913 – Computerwerbung; BGH, GRUR 2005, 442 – Direkt ab Werk m. w. N.). Für die Beurteilung, ob eine Werbung irreführend ist, kommt es darauf an, welchen Gesamteindruck sie bei den angesprochenen Verkehrskreisen hervorruft (BGH, GRUR 2005, 440 – Epson-Tinte; BGH, GRUR 2005, 690 – Internet-Versandhandel; BGH, GRUR 2013, 1254 - Matratzen Factory Outlet). Maßgebend ist das Verständnis des situationsadäquat aufmerksamen, durchschnittlich informierten und verständigen Mitglieds des angesprochenen Verkehrskreises (BGH, GRUR 2004, 244 – Marktführerschaft; BGH, GRUR 2012, 1053 – Marktführer Sport m. w. N.). 73

Die Werbung von Reflexzonensohlen mit dem Hinweis „nach Dr. X“ richtet sich an Verbraucher, die Interesse am Erwerb von orthopädischen Schuhen haben. Der Senat kann die Erwartungen dieses Verkehrskreises selbst beurteilen, weil seine Mitglieder über mehrjährige Erfahrung im gewerblichen Rechtsschutz verfügen und daher mit der Feststellung von Verkehrsauffassungen vertraut sind. 74

a) 75

Es ist nicht festzustellen, dass die Beklagte zu 2) die Verbraucher durch den Hinweis „nach Dr. X“ über die gesundheitlichen Wirkungen der streitgegenständlichen Reflexzonensohlen irreführt hat. 76

Der Senat teilt die Auffassung des 20. Zivilsenats, der sich bereits das Landgericht zu Recht abgeschlossen hat, dass nach dem Verständnis des angesprochenen Verkehrs mit der Bezeichnung „nach ...“ regelmäßig eine bestimmte Methode oder Technik bezeichnet wird, die auf den Namensgeber zurückgehen muss. Dementsprechend erwarten die Verbraucher, dass mit dem Hinweis „nach Dr. X“ eine bestimmte Art von Reflexzonensohlen bezeichnet wird, die eine generell von Dr. X entwickelte Form der Fußreflexzonenmassage bewirkt. Hingegen haben sie weder die Vorstellung, dass die so bezeichneten Produkte nach den Angaben und unter der Kontrolle von Dr. X hergestellt werden noch dass sie mit seiner jeweils aktuellen wissenschaftlichen Auffassung übereinstimmen. Daher genügen 77

Reflexzonensohlen „nach Dr. X“ auch dann ihren Erwartungen, wenn sie nach dessen ursprünglicher Ansicht hergestellt worden sind (OLG Düsseldorf, Urteil vom 31.01.2012 – 20 U 4/11).

Die Sohle der Beklagten zu 2) entspricht diesen generellen Erwartungen nur dann nicht, wenn sowohl feststellbar ist, was das Charakteristische von „nach Dr. X“ hergestellten Einlegesohlen ist, als auch dass das angegriffene Produkt diese Eigenschaft(en) nicht besitzt (OLG Düsseldorf, Urteil vom 31.01.2012 – 20 U 4/11). Aufgrund des Bezugs zu den Erwartungen des angesprochenen Verkehrs ist dabei von wesentlicher Bedeutung, mit welcher Eigenschaft Einlegesohlen „nach Dr. X“ in der Vergangenheit beworben wurden. Weiter kommt es maßgeblich darauf an, wie so bezeichnete Sohlen tatsächlich beschaffen waren sowie welche taktilen und orthopädischen Erfahrungen die Verbraucher mit ihnen gemacht haben. Dabei werden die Verbraucher die beworbene Eigenschaft jeweils den von ihnen getragenen Sohlen mit deren tatsächlicher Beschaffenheit zuschreiben. Bestehen insoweit erhebliche Unterschiede, gehen sämtliche Sohlen mit den unterschiedlichen Eigenschaften auf den Namensgeber zurück. Dabei sind zur Abgrenzung von anderen Sohlen, die diese Beschaffenheit nicht aufweisen, überprüfbare Kriterien zugrunde zu legen, welche die Eigenschaft hinreichend konkretisieren, weil sich andernfalls eine Irreführung nicht zuverlässig feststellen lässt. Diese Kriterien müssen den Verbrauchern nicht positiv bekannt sein, sondern haben lediglich den Zweck, das Verkehrsverständnis einer objektiven Feststellung zugänglich zu machen. 78

Bei den in Lizenz der Klägerin zu 1) mit dem Hinweis „nach Dr. X“ vertriebenen Einlegesohlen wurde zwar praktisch immer eine sanfte Reflexzonenmassage beworben, weshalb der angesprochene Verkehr mit Einlegesohlen „nach Dr. X eine „sanfte Reflexzonenmassage“ verbindet. Damit ist allerdings noch nicht geklärt, was darunter genau zu verstehen ist, welche Beschaffenheit Einlegesohlen mithin konkret aufweisen, damit sie aus Sicht des Verbrauchers „eine sanfte Reflexzonenmassage nach Dr. X“ bewirken. 79

aa) 80

Die klägerische Behauptung, der Verkehr erwarte eine „sanfte“ Reflexzonenmassage, während die Sohle der Beklagten zu 2) eine „harte“ Reflexzonenmassage bewirke, reicht für die Feststellung einer Irreführung nicht aus. 81

Damit werden keine überprüfbaren Tatsachen dargelegt, welche konkreten technischen Eigenschaften mit dem Hinweis nach „Dr. X“ vertriebene Reflexzonensohlen in der Vergangenheit hatten und wie sie tatsächlich beschaffen waren, um eine „sanfte Reflexzonenmassage“ zu bewirken. Ebenso wenig wird auf diese Weise nachvollziehbar dargelegt, inwiefern die Sohlen der Beklagten zu 2) davon konkret abweichen. Die Adjektive „sanft“ und „hart“ sind als solches nicht geeignet, um objektiv deutliche Unterschiede zwischen den beiden Reflexzonensohlen aufzuzeigen, weil sie eine subjektive Wahrnehmung des Trägers beschreiben, die zudem in Abhängigkeit von den Umständen, wie etwa Gewicht, Gewebespannung und Empfindlichkeit der Fußsohlen, aber auch Temperatur und Fußbekleidung unterschiedlich ist. Unklar ist insbesondere, wo konkret die Grenze zwischen einer sanften und einer harten Reflexzonenmassage und damit im Hinblick auf die beanstandete Werbung zwischen zulässigem und wettbewerbswidrigem Verhalten verlaufen soll. Die Bezeichnung „sanfte“ Reflexzonenmassage ist daher lediglich eine von subjektiven Empfindungen abhängige Wertung. 82

Diese Bedenken gelten gleichermaßen für das weitere Vorbringen der Klägerin zu 1), ihre als Anlage BKI 12 überreichte Sohle sei fühlbar nachgiebig, elastisch und weich, während die 83

Sohle der Beklagten zu 2) hart und unelastisch sei. Auch damit bezeichnet sie kein geeignetes objektives Abgrenzungskriterium, weshalb ihrem Beweisantritt einer Inaugenscheinnahme der beiden Sohlen durch Tasten nicht nachzugehen ist. Es ist schon nicht möglich, durch Ertasten einer einzigen Sohle der Klägerin zu 1) festzustellen, dass der angesprochene Verkehr mit Reflexzonensohlen „nach Dr. X“ eine bestimmte Vorstellung über deren Beschaffenheit verbindet. Insbesondere aber ist ein „Tastgefühl“ ungeeignet, um zuverlässig eine sanfte von einer harten Reflexzonenmassage abzugrenzen, weil eine Wahrnehmung als hart oder weich, (un-) nachgiebig und/oder (un-) elastisch zumindest auch wesentlich vom subjektiven Empfinden des Einzelnen abhängt. Erst recht lässt sich davon ausgehend nicht objektiv feststellen, dass sich die Sohle der Beklagten zu 2) von sämtlichen Sohlen der Klägerin zu 1) so deutlich unterscheidet, dass sie keine sanfte Reflexzonenmassage mehr bewirkt und daher aufgrund des Hinweises „nach Dr. X“ eine Irreführung der Verbraucher gegeben ist.

Abgesehen davon hat der Senat bei der zu Informationszwecken durchgeführten Inaugenscheinnahme durch Ertasten der verschiedenen, als Anlagen BKI 12, 15 und 16 zur Akte gereichten Sohlen der Klägerin zu 1) den Eindruck gehabt, dass sie unterschiedlich weich, nachgiebig und elastisch sind. Im Vergleich dazu hat die Sohle der Beklagten zu 2) zwar auf den Senat härter gewirkt. Beim Eindrücken der Erhebungen mit einem Daumen zeigte sich jedoch ebenfalls, dass sie – ebenso wie die Sohlen der Klägerin zu 1) – unter dem Druck nachgegeben und sich nach Beendigung dieser Belastung wieder in ihre ursprüngliche Form zurückgebildet hat. Damit ist aber auch die Sohle der Beklagten zu 2) grundsätzlich nachgiebig und elastisch. Dass der angesprochene Verkehr aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht (mehr) von einer „sanften Reflexzonenmassage nach Dr. X“ ausgeht, lässt sich daher allein durch Ertasten der vorgelegten Sohlen nicht feststellen. 84

Vielmehr ist eine objektive Beschreibung der „Sohlenhärte“ erforderlich, weil andernfalls nicht zuverlässig feststellbar ist, inwiefern sich die zuvor von der Klägerin zu 1) vertriebenen Reflexzonensohlen von denjenigen der Beklagten zu 2) unterscheiden. Die Klägerin zu 1) stellt dementsprechend in ihrem Unterlassungsantrag selbst nicht auf die pauschalen und unbestimmten, einer Vollstreckung außerdem nicht zugänglichen Begriffe „harte“ Reflexzonenmassage oder „hart, unnachgiebig und unelastisch“ ab, sondern auf die für die Sohle der Beklagten zu 2) verwendeten Materialien und einen konkreten Shore A-Härtegrad des Polyurethaninnenteils. 85

bb) 86

Die Klägerin zu 1) hat dementsprechend ihren Sachvortrag konkretisiert und angeführt, dass alle von ihr in den Jahren 1991 bis 2009 lizenzierten Sohlen „nach Dr. X“ einen Härtegrad zwischen ca. 35 und 40° Shore A aufgewiesen hätten, während die Sohle der Beklagten zu 2) eine Härte von über 60° Shore A besitze und deswegen nicht mehr die von Dr. X entwickelte sanfte Reflexzonenmassage bewirke, sondern der Schuh höchstens zwei Stunden lang getragen werden könne, weil andernfalls Schmerzen auftreten. Die Richtigkeit dieser Behauptungen lässt sich nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme indes nicht feststellen. 87

(1) 88

Die Shore A-Härte ist ein geeignetes Kriterium für die Qualifizierung von Reflexzonensohlen, weil Shore A ein Maß für die Werkstoffhärte ist und in direkter Beziehung zur Eindringtiefe steht (vgl. Lexikon der Kunststoffprüfung, Shore-Härte). Damit gibt sie an, wie weich und nachgiebig die so gemessene Sohle ist sowie in welchem Maße der Fuß in die Sohle eintauchen kann. 89

Da die Verbraucher nur eine generell von Dr. X entwickelte Form der Fußreflexzonenmassage erwarten, bewirkt nicht jeder Unterschied beim Härtegrad eine Irreführung. Das gilt umso mehr, als auch insoweit zu berücksichtigen ist, dass das Empfinden der durch die Shore A-Härte konkretisierten Reflexzonenmassage als „sanft“ oder „hart“ individuell verschieden ist und deshalb nicht ohne weiteres, sondern nur in engen Grenzen eine Verkehrsauffassung begründen und den Verbraucher über die dadurch geweckten Erwartungen täuschen kann. Daher ist eine irreführende Werbung nur zu bejahen, wenn die bisher mit dem Hinweis „nach Dr. X“ vertriebenen Sohlen einen deutlich geringeren Härtegrad aufweisen als die Sohle der Beklagten zu 2).	90
(2)	91
Die durchgeführte Beweisaufnahme hat indes nicht ergeben, dass sämtliche Sohlen der Klägerin zu 1) mit dem Hinweis „nach Dr. X“ einen Härtegrad von 35-40° Shore A besitzen und sich daher eine Verkehrsauffassung herausgebildet hat, die nur mit Sohlen von dieser Beschaffenheit eine „sanfte“ Reflexzonenmassage verbindet. Vielmehr haben sich Sohlen der Klägerin zu 1) auf dem Markt befunden, die als „sanfte Reflexzonenmassage“ beworben worden sind und die ähnliche Härtegrade aufweisen wie die angegriffene Sohle der Beklagten zu 2).	92
(a)	93
Vielmehr hat die Sachverständige Dipl.-Ing. 1 in ihrem Gutachten vom 11.11.2015 (Bl. 571 GA) ausgeführt, dass die als Anlage BKl 12 eingereichte Einlegesohle der Klägerin zu 1) eine Härte von 49-58° Shore A aufweise, während die Härte der Sohle der Beklagten zu 2) 51-63° Shore A betrage.	94
Infolgedessen hat sie – wie die Klägerin zu 1) einräumt – für beide Sohlen ähnliche Härtegrade gemessen. Auf Grundlage dieses Gutachtens ist damit nicht feststellbar, dass der angesprochene Verkehr bei der Sohle der Beklagten nicht mehr von einer sanften Reflexzonenmassage ausgeht und die Bezeichnung „nach Dr. X“ daher geeignet ist, ihn zu täuschen.	95
(b)	96
Der Senat folgt den Feststellungen der von der Klägerin zu 1) selbst vorgeschlagenen Sachverständigen.	97
Die Sachverständige hat sich in der ergänzenden Stellungnahme vom 10.06.2016 (Bl. 630 GA) mit den Einwendungen der Klägerin zu 1) gegen ihre Messergebnisse auseinandergesetzt und diese überzeugend ausgeräumt. Insbesondere hat sie bekräftigt, dass die Einlegesohle der Klägerin zu 1) über eine relativ harte Oberfläche verfüge, weil die gesamte Oberfläche der Schaumeinlage durch Eindringen wasserlöslichen Klebers verhärtet sei. Dem Vorbringen der Klägerin zu 1), dass die Verhärtung nur oberflächlich bestehe und das Eintauchen des Fußes beim Gehen nach wie vor gewährleistet sei, ist sie mit dem Hinweis darauf begegnet, dass die Verhärtung wie eine „Sperrschicht“ wirke und der Fuß dadurch grundsätzlich eine höhere Kraft aufbringen müsse, um in das Material einzusinken. Dabei sei aufgrund der Härte ein Eintauchen in die Einlegesohle bezogen auf die Gesamtfläche nicht möglich. Die Sachverständige hat weiter ausgeführt, dass die Härtemessung nach Shore A durch den Kleber allenfalls geringfügig beeinflusst werde. Auf diese Weise hat sie gleichzeitig bestätigt, dass die Messergebnisse eine hohe Aussagekraft dafür besitzen, wie tief der Fuß in die Sohle eintaucht und wie weich und nachgiebig die	98

Sohle beim Tragen ist. Deshalb hat sie in ihrer ergänzenden Stellungnahme entgegen der Ansicht der Klägerin zu 1) auch die Fragen b) bis d) aus dem Ergänzenden Beweisbeschluss vom 26.02.2016 (Bl. 599 GA) hinreichend beantwortet. Insbesondere ergibt sich ihren Ausführungen, dass der Kleber tatsächlich zu einer Verhärtung geführt hat, der ein weiches Eintauchen des Fußes in die Einlegesohle entgegensteht. Wie die Sohlenhärte ohne Verwendung von Klebstoff wäre, ist unbeachtlich, weil die Sohlen der Klägerin zu 1) tatsächlich verklebt waren und sie daher nur in diesem Zustand vom Verkehr wahrgenommen worden sind.

Weitere Einwendungen gegen die Messungen hat die Klägerin zu 1) zunächst nur insoweit erhoben, als sie beanstandet hat, die verwendete Shore A-Messmethode sei bei den untersuchten „Sandwichsohlen“, die aus einem Kern, aus Klebstoff und einer Lederkaschierung bestehen, ungeeignet. Dies trifft jedoch nicht zu; tatsächlich kann die Härte von derartigen „Sandwichsohlen“ nach Shore A gemessen werden. Das Prüf- und Forschungsinstitut L3 e. V., für das die Sachverständige 1 tätig geworden ist, ist nach den eigenen Angaben der Klägerin zu 1) eine branchenweit anerkannte Institution mit einer sehr hohen Expertise, insbesondere bei der Shore-Härtemessung und verfügt daher über hinreichende Kompetenz, um beurteilen zu können, dass die Shore A-Messmethode auch auf „Sandwichsohlen“ anwendbar ist. Zudem haben nicht nur die gerichtliche Sachverständige, sondern auch die Klägerin zu 1) selbst und der von ihr eingeschaltete TÜV Rheinland Shore A-Messverfahren angewandt. Ebenso hat Dr. X bei „Sandwichsohlen“ auf Härtegrade nach Shore A abgestellt, wie sich etwa dessen Schreiben vom 23.01.2012 entnehmen lässt (Anlage BKI 16). Die Auflistung der D Prüfgerätebau GmbH (Anlage BKI 14) vermag insoweit schon deswegen keine durchgreifenden Zweifel zu begründen, weil sie sich gar nicht über die Messung von „Sandwichsohlen“ verhält. Daher ergibt sich aus ihr auch nicht, dass die Shore A-Messmethode in diesem Fall ungeeignet sei. Ungeachtet dessen werden dieser Liste zufolge sowohl Weichgummi, Elastomere, Naturkautschukprodukte und Weich-PVC als auch Leder nach Shore A gemessen. Warum dies im Unterschied dazu bei einer aus mehreren dieser Stoffe zusammengesetzten Sohle nicht möglich sein sollte, ist nicht ersichtlich.

(c) 100

Mit Schriftsatz vom 13.01.2017 wendet die Klägerin zu 1) gegen das Sachverständigengutachten ergänzend ein, ein von ihr eingeholter Prüfbericht des TÜV Rheinland vom 21.12.2016 (Anlage BKI 17) gelange bei einer entsprechenden Sohle der Klägerin zu 1) und der angegriffenen „Aa“-Sohle der Beklagten zu 2) zu abweichenden Messergebnissen im Sinne ihres Sachvortrages, und zwar von weniger als 40° Shore A bzw. im Mittelwert 65,6 Shore A. Ferner leide das Gutachten 1 an offensichtlichen Mängeln, weil nicht erwähnt werde, mit welchem Gerät konkret welcher Test durchgeführt worden sei, und weil sich darin keinerlei Angaben zur Kalibrierung des Prüfgeräts, zum Klima und zur Luftfeuchtigkeit finden. Aus diesen Gründen beantragt sie die Einholung eines Obergutachtens.

(aa) 102

Die Einwendungen zur Dokumentation der Shore A-Härtemessungen greifen nicht durch. 103

Zum einen hat die Sachverständige bereits in der ergänzenden Stellungnahme vom 10.06.2016 (Bl. 630 GA) mitgeteilt, diese mit einer Härteprüfeinrichtung gemäß DIN EN ISO 868 vorgenommen zu haben. Ferner hat sie die Art und Weise der Durchführung dort anschaulich erläutert, ohne dass die Klägerin zu 1) dagegen konkrete Einwendungen erhoben hätte. 104

Zum anderen hat sie in der weiteren Stellungnahme vom 03.02.2017 (Bl. 755 GA) ergänzend 105
erläutert, dass sie die Messungen gemäß DIN EN ISO 868 mit dem Titel „Kunststoffe und
Hartgummi – Bestimmung der Eindruckhärte mit einem Durometer (Shore-Härte)“, Ausgabe
Oktober 2003, in einem mit 23° C +/- 2° C und 50% +/- 5% relativer Feuchte klimatisierten
Labor durchgeführt hat, und die verwendete digitale Messeinrichtung der Firma E im Einklang
mit den festgelegten Kalibrierintervallen jährlich überprüft wird.

Der Senat ist von der Richtigkeit dieser ergänzenden Angaben überzeugt. Es bestehen keine 106
Zweifel daran, dass die Sachverständige bei der Durchführung der Messungen die
Anforderungen der zitierten DIN-Norm beachtet hat und die Härteprüfeinrichtung
ordnungsgemäß kalibriert gewesen ist, zumal sie in einem Prüf- und Forschungsinstitut tätig
ist, das die Klägerin zu 1) selbst bereits wiederholt mit Messungen des Härtegrades von
Sohlen beauftragt hat und das branchenweit aufgrund seiner hohen Expertise anerkannt ist.

(bb) 107

Hinsichtlich der neuen Messergebnisse des TÜV-Rheinland sind die Einwendungen und 108
Anträge im Schriftsatz der Klägerin vom 13.01.2017 nicht zu berücksichtigen, weil sie gemäß
§§ 525, 411 Abs. 4 S. 2, 296 Abs. 1 ZPO verspätet vorgebracht worden sind und daher
Präklusion eingetreten ist.

Nach diesen Vorschriften sind Einwendungen gegen das Gutachten, die Begutachtung 109
betreffende Anträge und Ergänzungsfragen, die erst nach Ablauf einer hierfür gesetzten Frist
gemäß § 411 Abs. 4 ZPO vorgebracht werden, nicht zuzulassen, wenn nach der freien
Überzeugung des Gerichts ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde
und die Partei die Verspätung nicht genügend entschuldigt. Diese Voraussetzungen sind im
vorliegenden Fall erfüllt.

(aaa) 110

Der Senat hat der Klägerin zu 1) mit Beschluss vom 16.06.2016 (Bl. 633 GA), der ihr am 111
21.06.2016 zugestellt worden ist (Bl. 637 GA), unter Hinweis auf die Folgen einer
Fristversäumung gemäß §§ 411 Abs. 4 S. 2, 296 Abs. 1 ZPO eine zweiwöchige Frist zur
Mitteilung von Einwendungen und Anträgen gesetzt. Diese Frist, die im Zeitpunkt des
Schriftsatzes vom 13.01.2017 längst abgelaufen war, war in Anbetracht der kurzen, lediglich
knapp drei Seiten umfassenden ergänzenden Stellungnahme der Sachverständigen
ausreichend.

(bbb) 112

Das Vorbringen im Schriftsatz vom 13.01.2017 zu abweichenden Messergebnissen des TÜV 113
Rheinland ist neu und von der Beklagten zu 2) bestritten worden.

Die Klägerin zu 1) macht vergeblich geltend, dass sie bereits mit Schriftsatz vom 11.01.2016 114
zu abweichenden Ergebnissen bei Messungen an von ihr lizenzierten Sohlen, die sie selbst
und die Sachverständige 1 (Anlagen BKl 14 bis 23) durchgeführt haben, vorgetragen habe,
der Prüfbericht des TÜV Rheinland nur ihre damaligen Ausführungen bestätige und daher
keinen neuen Sachvortrag beinhalte.

Dies trifft aus mehreren Gründen nicht zu: Zum einen verhielten sich die früheren Messungen 115
nicht über eine Sohle der Beklagten zu 2), so dass die Klägerin zu 1) dazu vorher keine
abweichenden Messergebnisse vorgetragen hatte. Zum anderen betrafen sie andere Sohlen

der Klägerin zu 1) als diejenige, die von der Sachverständigen 1 untersucht worden ist. Daher begründeten die Messergebnisse auch keine Bedenken gegen die Richtigkeit des Sachverständigengutachtens und gaben weder Veranlassung zur Einholung einer ergänzenden Stellungnahme der Sachverständigen noch eines Obergutachtens. Bei den als Anlagen BKI 15 und 16 überreichten Sohlen handelt es sich offenkundig um andere Produkte als die Sohle gemäß der Anlage BKI 12. Die Aufschriften – und bei der Anlage BKI 15 die Farbe – unterscheiden sich deutlich. Zudem hat die zu Informationszwecken durchgeführte Inaugenscheinnahme durch Ertasten ergeben, dass die drei Sohlen nach dem Eindruck des Senats unterschiedlich weich, nachgiebig und elastisch sind. Abgesehen davon ist zu berücksichtigen, dass – wie die Klägerin zu 1) selbst vorgetragen hat und unstreitig geblieben ist – jede Latexsohle, die mit Leder überzogen wird, unterschiedlich ist, weil das jeweils eingesetzte Leder divergiert. Dadurch ergeben sich indes je nach Farbdeckung, Dicke, Härte sowie Art und Weise der Verklebung unterschiedliche Härtegrade für die Sohle. Die abweichenden Messergebnisse lassen daher nicht den Schluss zu, dass eine der Messungen fehlerhaft gewesen ist.

Zuletzt sind auch die bereits erstinstanzlich vorgelegten Messergebnisse (Anlage K 25, Bl. 253 GA) unbeachtlich, weil die Klägerin zu 1) diese in keiner Weise erläutert hat und sich aus ihnen nicht einmal ergibt, welche konkreten Produkte untersucht worden sind, obwohl die Beklagte zu 2) dies ausdrücklich beanstandet hat. Sie sind in keiner Weise nachvollziehbar und stehen der Qualifizierung der Messergebnisse des TÜV Rheinland als neuer Sachvortrag ebenfalls nicht entgegen. 116

(ccc) 117

Eine Verzögerung ist gegeben, wenn das Verfahren bei Zulassung des verspäteten Vorbringens länger dauern würde als bei Zurückweisung. Dies ist der Fall, wenn die Zulassung zu irgendeiner Verschiebung des Verfahrensablaufs zwingt (BGH, NJW 2012, 2808; Zöller/Greger, aaO, § 296 Rn. 22 m. w. N.). 118

So ist es hier: Der Senat hatte Verhandlungstermin am 09.02.2017 anberaumt und es kann auf diese mündliche Verhandlung über den Unterlassungsantrag der Klägerin zu 1) gegen die Beklagte zu 2) entschieden werden. Eine ergänzende schriftliche Stellungnahme der Sachverständigen zu den neuen Messergebnissen oder die Einholung eines Obergutachtens würde damit das Verfahren verzögern. Schließlich wäre dafür nicht nur von der Klägerin zu 1) ein ergänzender Auslagenvorschuss anzufordern gewesen, sondern die Sachverständige oder der Obergutachter hätten zudem erneut Messungen durchführen sowie das schriftliche Gutachten abfassen müssen. Zudem hätten die Parteien anschließend Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten müssen. Nach der Überzeugung des Senats war es ausgeschlossen, dies innerhalb des kurzen Zeitraums bis zum Verhandlungstermin von weniger als vier Wochen zu bewerkstelligen. Das gilt umso mehr, als die Sachverständige 1 bislang erheblich mehr Zeit für ihre gutachterlichen Stellungnahmen benötigt hat und bei Einholung eines Obergutachtens zunächst ein geeigneter anderer Sachverständiger hätte gefunden werden müssen. Der Senat konnte bei dieser Sachlage – anders als bei den Einwendungen zur Dokumentation der bereits durchgeführten Messungen, die lediglich kurze ergänzende Angaben der Sachverständigen 1 erforderten – die Verspätung somit auch nicht durch Vorbereitungsmaßnahmen gemäß § 273 ZPO ausgleichen und dadurch eine drohende Verzögerung abwenden (vgl. BGH, NJW 2012, 2808). 119

Eine Präklusion ist zwar ausnahmsweise nicht zulässig, wenn sich ohne weitere Erwägung aufdrängt, dass das Verfahren durch die Präklusion früher beendet wird als dies bei einem ungestörten Verlauf des Verfahrens zu erwarten war, sog. Verbot der Überbeschleunigung 120

(vgl. BVerfGE 75, 302; BGH, NJW 2012, 2808). Ein solcher Ausnahmefall liegt jedoch nicht vor. Wenn die Klägerin zu 1) die Einwendungen innerhalb der bis zum 05.07.2016 laufenden Frist erhoben hätte, wäre es vielmehr ohne weiteres zeitlich möglich gewesen, bis zum Verhandlungstermin am 09.02.2017 eine ergänzende Stellungnahme der Sachverständigen oder erforderlichenfalls ein Obergutachten einzuholen, weil der zur Verfügung stehende Zeitraum von mehr als sechs Monaten aller Voraussicht nach dafür ausgereicht hätte.

(ddd) 121

Die Klägerin zu 1) hat die Verspätung ferner nicht genügend entschuldigt. 122

Ihr sind die Messergebnisse der Sachverständigen seit Ende 2015 bekannt. Wenn sie bereits 123 damals zeitnah den TÜV Rheinland mit der Erstattung eines Privatgutachtens beauftragt hätte, so hätte dieses spätestens innerhalb der mit Beschluss vom 16.06.2016 gesetzten Frist vorgelegen. Dies ist schuldhaft nicht geschehen. Die pauschale Behauptung der Klägerin zu 1), sie habe seit Ende 2015 diverse Erkundigungen vorgenommen, sei aber erst im Oktober 2016 auf den TÜV Rheinland als geeignetes Prüfinstitut aufmerksam geworden, stellt keine hinreichende Entschuldigung dar. Dazu wäre vielmehr erforderlich gewesen, im Einzelnen darzulegen, was die Klägerin zu 1) konkret unternommen hat, mithin welche Recherchen erfolgt sind, mit welchen Prüfinstituten sie Kontakt aufgenommen hat und warum es ihr trotz erheblicher Anstrengungen nicht gelungen ist, den TÜV Rheinland früher ausfindig zu machen. All dies hat sie weder vorgetragen noch ergibt sich dies aus der beigefügten Email ihres Geschäftsführers (Bl. 746 GA). Unabhängig davon ist auch nicht ersichtlich, warum andere Prüfinstitute die Messungen nicht hätten durchführen können. In der beigefügten Email ist zwar die Rede von erforderlichen komplizierten Messgeräten. Nachvollziehbar erläutert hat die Klägerin zu 1) dies aber nicht. Welche Messgeräte und welches Messverfahren der TÜV Rheinland konkret verwendet hat, inwiefern diese von den Geräten und Messmethoden der Sachverständigen 1 sowie anderer Prüfinstitute abweichen, hat sie in keiner Weise dargelegt. Infolgedessen ist aber nicht ersichtlich, dass umfangreiche Erkundigungen überhaupt veranlasst waren.

(cc) 124

Des Weiteren sind die im Hinblick auf die Messergebnisse des TÜV-Rheinland neuen 125 Einwendungen und Anträge aus dem Schriftsatz vom 13.01.2017 wegen Verspätung gemäß §§ 525, 296 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Präklusion nach diesen Vorschriften ist ferner eingetreten, soweit die Klägerin zu 1) damit gleichzeitig erstmals zu einer anderen Sohle der Beklagten zu 2), mithin einer weiteren Verletzungsform, vorgetragen und behauptet hat, diese weise eine Härte von durchschnittlich 65,6° Shore A auf.

Die Klägerin zu 1) hat diese Angriffsmittel, Beweismittel und Beweiseinreden entgegen § 282 126 Abs. 1 ZPO nicht rechtzeitig vorgebracht. Das Gutachten der Sachverständigen 1 und die darin enthaltenen Messergebnisse waren der Klägerin zu 1) bereits seit Ende 2015 bekannt. Daher hätte es nach der Prozesslage allein einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entsprochen, zeitnah ein Privatgutachten zu den Messergebnissen einzuholen, das jedenfalls ein halbes Jahr später vorgelegen hätte, und zu sich daraus ergebenden höheren Härtegraden einer anderen Sohle der Beklagten zu 2) vorzutragen. Die Klägerin hat indes erst fast ein Jahr danach den Prüfbericht der TÜV Rheinland in Auftrag gegeben und weniger als vier Wochen vor dem Verhandlungstermin vorgelegt sowie gestützt auf die darin enthaltenen Messergebnisse zu einer Sohle der Beklagten zu 2) neue Einwendungen gegen die Messungen der gerichtlichen Sachverständigen geltend gemacht. Auf diese Weise hat sie ihre Prozessförderungspflicht

verletzt.

Die neuen Angriffsmittel, Einwendungen und Anträge waren nicht rechtzeitig und würden im Falle ihrer Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern. Es liegt auf der Hand, dass innerhalb der verbliebenen kurzen Zeitspanne kein (weiteres) Sachverständigengutachten mehr eingeholt werden konnte, zumal den Parteien anschließend eine Frist zur Stellungnahme einzuräumen gewesen wäre (siehe oben (bb)). Die von der Beklagten zu 2) bestrittenen abweichenden Messergebnisse zu einer weiteren angegriffenen Ausführungsform konnten bis zum Verhandlungstermin am 09.02.2017 abgesehen davon aus dem zusätzlichen Grund nicht im Wege einer ergänzenden Beweisaufnahme überprüft werden, weil die Klägerin die vom TÜV Rheinland gemessenen Sohlen nicht vorgelegt hat. 127

Die Verspätung beruht auf grober Nachlässigkeit der Klägerin zu 1). Grobe Nachlässigkeit liegt vor, wenn die Partei die prozessuale Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maße verletzt und dasjenige unbeachtet lässt, was jedem, der einen Prozess führt, hätte einleuchten müssen (BGH, NJW 1987, 501). Das ist hier zu bejahen: Die Klägerin zu 1) trägt selbst vor, die Messergebnisse der Sachverständigen 1 seien für sie von Anfang an nicht nachvollziehbar gewesen. Gleichwohl hat sie fast ein Jahr gewartet, bevor sie den Prüfbericht des TÜV Rheinland in Auftrag gegeben hat. Nachvollziehbar begründet hat sie diese Verspätung nicht (siehe oben (bb)). Daher ist ihr Vorgehen in diesem Rechtsstreit schlechterdings unverständlich und grob nachlässig. 128

(dd) 129

Eine Ladung der Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung des schriftlichen Gutachtens (§ 411 Abs. 3 ZPO) erfolgte nicht, weil die Parteien dies nicht beantragt haben und zu einer Anordnung auch von Amts wegen kein Anlass bestand. 130

Die Vorschrift des § 411 Abs. 3 ZPO stellt die mündliche Anhörung des Sachverständigen in das Ermessen des Gerichts, wobei dieses Ermessen allerdings durch Erfordernisse der Beweiserhebung und Beweiswürdigung gebunden ist. Ist das schriftliche Gutachten unvollständig oder – etwa aufgrund von Unklarheiten oder Widersprüchen – inhaltlich unzulänglich und bestehen daher Zweifel an der Richtigkeit der gutachterlichen Ausführungen, so besteht keine Ermessensfreiheit, von einer Anhörung abzusehen. In diesem Fall steht einer entsprechenden Anordnung auch nicht entgegen, dass die Partei ihr Antragsrecht wegen Verspätung verloren hat (BGH, NJW-RR 1998, 1527; Zöller/Greger, aaO, § 411 Rn. 5 m. w. N.). 131

Hier sind die Ausführungen der Sachverständigen Dipl.-Ing. 1 in ihrem schriftlichen Gutachten nebst der ergänzenden Stellungnahme indes aus den bereits angeführten Gründen plausibel und einleuchtend. Sie sind nicht unvollständig und weisen keine Unklarheiten oder Widersprüche auf. Auch die Einwendungen der Klägerin zu 1) in ihrem – verspätet eingereichten – Schriftsatz vom 13.01.2017 zur Dokumentation der Shore A-Härtemessungen wecken keine tatsächlichen Zweifel an den getroffenen Feststellungen (siehe oben (aa)). 132

Bedenken ergeben sich des Weiteren nicht daraus, dass die Sohle der Beklagten zu 2) nach dem Eindruck des Senats härter wirkt als die Sohlen der Klägerin zu 1). Abgesehen davon, dass dies nur ein subjektives Empfinden beschreibt, hat die Sachverständige tatsächlich auch etwas höhere Härtegrade gemessen. Der Senat hat anhand des „Tastgefühls“ nicht den Eindruck, dass der Unterschied zwischen den Shore A-Härten beider Sohlen tatsächlich größer sein müsste. 133

Zuletzt sprechen die abweichenden Messergebnisse im Prüfbericht des TÜV Rheinland (Anlage BKI 17) ebenfalls nicht gegen die Richtigkeit der Ausführungen der gerichtlichen Sachverständigen. Aus dem Vorbringen der Klägerin zu 1) ergibt sich schon nicht, welche Sohlen konkret gemessen worden sind; vorgelegt hat sie diese ebenfalls nicht. Es sind jedenfalls nicht dieselben Sohlen, die Gegenstand der Messungen im Sachverständigengutachten vom 11.11.2015 waren, weil sich diese in der Gerichtsakte befinden. Auf Seiten der Klägerin zu 1) handelt es sich zudem augenscheinlich um ein anderes Produkt, weil die im Prüfbericht des TÜV Rheinland abgebildete Sohle dunkel (schwarz) ist, während die als Anlage BKI 12 zur Akte gereichte Sohle der Klägerin zu 1) eine hell-beige Farbgebung hat. Auf Seiten der Beklagten zu 2) mag es sich dagegen zwar um eine grundsätzlich gleiche „Aa“-Sohle handeln. Auch in diesem Zusammenhang ist indes zu berücksichtigen, dass jede Latexsohle, die mit Leder überzogen und verklebt wird, unterschiedlich ist, weil das jeweils eingesetzte Leder divergiert. Nichts anderes kann aber für eine mit Leder überzogene Polyurethansohle gelten, so dass hier gleichermaßen Unterschiede auftreten. Infolgedessen sind aber abweichende Messergebnisse im Prüfbericht des TÜV Rheinland kein Indiz dafür, dass die Messungen der gerichtlichen Sachverständigen fehlerhaft durchgeführt worden sind, sondern lediglich Ausdruck des Umstands, dass gleiche, mit Leder überzogene und verklebte Sohlen unterschiedliche Härtegrade aufweisen können.

Daran anknüpfend gebietet der Prüfbericht des TÜV Rheinland keine Anordnung von Amts wegen nach § 411 Abs. 3 ZPO. Anlass dafür kann zwar auch ein vorgelegtes Privatgutachten sein. Einwänden, die sich daraus gegen das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen ergeben, muss das Gericht grundsätzlich nachgehen und den Sachverhalt weiter aufklären, wobei sich insbesondere auch die mündliche Anhörung des gerichtlichen Sachverständigen anbietet (BGH, NJW-RR 1998, 1527). Im vorliegenden Fall ist indes zu berücksichtigen, dass die Klägerin zu 1) den Prüfbericht verspätet vorgelegt hat, weshalb darauf bezogene Einwendungen und Anträge präkludiert sind (siehe oben (bb) und (cc)). Bei dieser Sachlage wäre eine Anordnung indes ermessensfehlerhaft, weil dadurch die Präklusion umgangen würde (zu diesem Gesichtspunkt Zöller/Greger, aaO, § 144 Rn. 2; Nielen in: Cegl/Voß, Prozesskommentar zum Gewerblichen Rechtsschutz, 2015, § 144 Rn. 29). Das gilt umso mehr, als eine mündliche Anhörung voraussichtlich nicht dazu beigetragen hätte, die unterschiedlichen Messergebnisse weiter aufzuklären. Dazu wären vielmehr Vergleichsmessungen an derselben Sohle erforderlich gewesen, was aber wiederum aus den bereits dargelegten Gründen die Erledigung des Rechtsstreits verzögert hätte.

(3) 136

Darüber hinaus sprechen folgende weitere Umstände dagegen, dass nur Sohlen mit einem Härtegrad von 35° bis 40° Shore A oder zumindest von unter 50° Shore A generell der von Dr. X entwickelten sanften Reflexzonenmassage entsprechen würden, während dies bei der Sohle der Beklagten zu 2) aufgrund ihrer Härte von 51-63° Shore A nicht mehr der Fall wäre.

(a) 138

So vertrieb die Klägerin zu 1) unstreitig vor 1995 Schuhe mit dem Hinweis „nach Dr. X“, deren Sohle einen Härtegrad von mehr als 50° Shore A, im vorderen Bereich der Innensohle sogar von mehr als 70° Shore A aufwies (Anlagenkonvolut BB 2), und die damit zumindest teilweise sogar einen höheren Härtegrad besaß als die untersuchte Sohle der Beklagten zu 2).

Die Klägerin zu 1) hat zwar vorgetragen, dass diese Sohlen unverkäuflich gewesen seien, weil die Sohlen zu hart gewesen seien und Schmerzen verursacht hätten, und sie deshalb die Produktion unverzüglich eingestellt habe. Daraus ergibt sich jedoch mittelbar, dass sie 140

zunächst tatsächlich auf den Markt gelangt sind, weil andernfalls die Feststellung der „Unverkäuflichkeit“ gar nicht hätte getroffen werden können. Der Markt hat diese Sohlen somit wahrgenommen und sie haben auf diese Weise ebenfalls die Sicht des angesprochenen Verkehrs zur Beschaffenheit von Sohlen mit der Bezeichnung „nach Dr. X“ beeinflusst.

(b) 141

Soweit im Laufe des Rechtsstreits Feststellungen zu Sohlen der Klägerin zu 1) getroffen worden sind, besitzen zwei Sohlen Härtegrade von deutlich über 50°, während drei Messungen der Klägerin zu 1) oder in ihrem Auftrag bei anderen Sohlen Shore A-Härten zwischen 35° und 47° ergaben (vgl. Anlagen BKI 14, 17 und Schriftsatz der Klägerin zu 1) vom 11.01.2016). Selbst wenn man davon ausgeht, dass sämtliche Messungen zutreffen, lässt sich auf dieser unsicheren Grundlage nicht feststellen, dass der angesprochene Verkehr nur mit Härtegraden von 35° bis 40° Shore A oder zumindest von unter 50° Shore A eine sanfte Reflexzonenmassage verbindet. Das gilt umso mehr, als die Härtegrade der Sohlen individuell wegen des Lederüberzuges und der Verklebung divergieren (siehe oben). 142

(c) 143

Dr. X selbst hat in einem Text mit der Überschrift „Wissenschaftliche Arbeit Reflexzonensohle“ vom 27.12.1993 ausgeführt, dass bei einer Shore-Härte von 60 bis 70 die Überreizung der Reflexzonen und die dadurch verursachte Fehlsteuerung beginne (Anlage BB 1, Bl. 496 GA). 144

Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass eine Härte von bis zu 60° Shore A zumindest nach seiner damals geäußerten Auffassung einer Massagewirkung der Reflexzonensohle nicht entgegenstand. Außerdem markiert demzufolge ein Härtegrad von 60° Shore A nur die Grenze, bei der möglicherweise eine Überreizung der Reflex-zonen beginnt; eine beginnende Überreizung kann demzufolge aber auch erst bei 70° Shore A eintreten. Davon ausgehend ist aber nicht sicher festzustellen, dass eine Sohle wie diejenige der Beklagten zu 2), die fast ausschließlich über Härtegrade von 51 bis 60° Shore A und nur an einer einzigen Erhöhung von etwas über 60° Shore A verfügt, stets eine Überreizung der Reflexzonen bewirkt. Aus der früher geäußerten Auffassung von Dr. X lässt sich daher schließen, dass Sohlen mit dieser Härte – wenn auch nicht optimal – noch der von ihm generell entwickelten Form der Reflexzonenmassage entsprechen können. Dies wird wiederum dadurch untermauert, dass tatsächlich Schuhe mit solchen Härtegraden produziert wurden (siehe oben (a)). 145

Die im Laufe des Rechtsstreits vorgelegten Schreiben des inzwischen verstorbenen Klägers zu 2) vom 29.09.2009 (Anlage K 6), vom 16.01.2010 (Anlage K 7), vom 10.08.2011 (Anlage K 18, Bl. 96 GA), vom 23.01.2012 (Anlage K 23, Bl. 197 GA) und vom 21.04.2013 (Anlage BKI 15) führen deshalb nicht zu einem anderen Ergebnis, weil es ausreicht, wenn die Sohle seiner früheren wissenschaftlichen Auffassung entspricht (siehe oben). Das wird zwar im Schreiben vom 10.08.2011 mit der Begründung verneint, eine Sohle mit über 50° Shore A sei nach seinen gesamten wissenschaftlichen Erkenntnissen seit Beginn der 80er Jahre für eine Reflexzonen-massage nicht geeignet, da es bereits nach wenigen Minuten zu Überreizungen der Reflexzonen komme. Diese Behauptung trifft indes nicht zu, weil sie den bereits zitierten Ausführungen aus dem Jahr 1993 widerspricht. Das Schreiben vom 10.08.2011 ist abgesehen davon ebenso wie die Schreiben vom 23.01.2012 (Anlage K 23, Bl. 197 GA) und vom 21.04.2013 (Anlage BKI 15) als Parteivortrag während des Rechtsstreits zu qualifizieren, so dass sie auch aus diesem Grund keine zuverlässigen Rückschlüsse auf die tatsächliche frühere Auffassung von Dr. X erlauben. 146

(4)	147
Weiter stehen die geringen Differenzen im Härtegrad der Feststellung entgegen, dass der angesprochene Verkehr bei den Sohlen der Beklagten zu 2) im Unterschied zu den Sohlen der Klägerin zu 1) tatsächlich nicht mehr von einer sanften Reflexzonenmassage nach Dr. X ausgeht. Erst recht bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die angegriffene Sohle anders als die Sohlen der Klägerin zu 1) höchstens zwei Stunden lang ohne Schmerzen getragen werden können.	148
(a)	149
So hat die Sachverständige Dipl.-Ing. 1 – von der Klägerin zu 1) nicht angegriffen – ausgeführt, dass die Shore A-Härte bei Laufsohlen keine großen Unterschiede aufweist und die Härte bei Standard-Laufsohlenmaterial zwischen 50 und 60° Shore A beträgt. Da die Härtegrade bei beiden untersuchten Sohlen im Wesentlichen in diesem Bereich liegen, fallen sie in diese Kategorie. Davon ausgehend ist fernliegend, die durch diese Standardsohlen bewirkte Reflexzonenmassage in einem Fall als „sanft“, im anderen Fall dagegen als „hart“ einzustufen. Die fast gleichen Härtegrade geben für eine derartige gegensätzliche Einstufung nichts her. Erst recht fehlt es damit an geeigneten Anknüpfungstatsachen, um die Sohle der Klägerin zu 1) als gesundheitsfördernd und diejenige der Beklagten zu 2) als gesundheitsschädlich zu qualifizieren.	150
(b)	151
Letzteres gilt ebenso, wenn man das eigene Vorbringen der Klägerin zu 1) zugrunde legt, wonach Sohlen mit einer Shore-Härte von weit über 50° Shore A höchstens zwei Stunden lang getragen werden können, weil andernfalls Schmerzen auftreten.	152
Da die als Anlage BKl 12 zur Akte gereichte Sohle der Klägerin zu 1) eine Härte von bis zu 58° Shore A aufweist, wäre sie demzufolge ebenfalls gesundheitsschädlich. Dies würde – den Sachvortrag der Klägerin zu 1) als richtig unterstellt – somit bedeuten, dass der angesprochene Verkehr mit einer „sanften“ Reflexzonenmassage „nach Dr. X“ auch solche Einwirkungen der Sohle auf den Fuß verbindet, die nach kurzer Zeit zu Schmerzen führen können. Damit fehlt es aber an einer Irreführung, wenn dies auch bei den Sohlen der Beklagten zu 2) geschieht.	153
(c)	154
Eine andere Beurteilung folgt nicht daraus, dass die Sohle der Beklagten zu 2) aus einem Polyurethaninnenteil besteht.	155
Polyurethan als solches ist – wie die Klägerin zu 1) einräumt – für eine „sanfte Reflexzonenmassage nach Dr. X“ nicht ungeeignet, so dass nicht allein wegen der Verwendung dieses Materials eine Eignung zur Täuschung der Verbraucher angenommen werden kann. Vielmehr existiert unstreitig weiches und nachgiebiges Polyurethan, das für mit Leder überzogene Integralsohlen verwendet werden kann und eine sanfte Reflexzonenmassage bewirkt. Dementsprechend offenbart die Patentschrift EP B1 in den Unteransprüchen 2 und 5 eine Integralsohle mit einer geschäumten Materialschicht aus Polyurethan und einer Deckschicht aus Leder (Anlage HL 4).	156
Die Klägerin zu 1) kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass es auf die Dichte ankomme und Polyurethan in der von der Beklagten zu 2) verwendeten Dichte starr, unnachgiebig und	157

hart sei. Auch wenn sich Elastizität, Nachgiebigkeit und Härte von Polyurethan nach seiner Dichte richten, ist das einzige in Betracht kommende objektive Abgrenzungskriterium wiederum der Härtegrad nach Shore A. Weder führt die Klägerin zu 1) ein anderes Kriterium an noch hat der Senat Anhaltspunkte dafür, dass sich die genannten Eigenschaften auf anderem Wege messen oder auf sonstige Weise objektiv darstellen lassen. Da die Shore A-Härte der beiden untersuchten Sohlen fast gleich ist, hat die Beweisaufnahme aber auch dieses Vorbringen der Klägerin zu 1) nicht bestätigt. Abgesehen davon trägt sie keine Gründe dafür vor, warum 25° oder 30° Shore A die Grenze darstellen soll, ab welcher Polyurethan hart und unnachgiebig wäre. Vielmehr behauptet sie dies lediglich pauschal ohne konkreten Tatsachenvortrag. Eine allgemeine Bezugnahme auf Erkenntnisse von Dr. X reicht nicht aus, weil sie zum einen nicht darlegt, wie er diese gewonnen hat und diese zum anderen auch nicht in jeder Hinsicht zutreffen müssen. Des Weiteren ist nicht ersichtlich, dass und warum Polyurethan bei gleichem Härtegrad im Unterschied zu anderen Materialien nicht für eine sanfte Reflexzonenmassage geeignet sein sollte. Schließlich beschreibt die Shore-Härte Werkstoffhärte und Eindringtiefe unabhängig vom Material. Daher besteht kein Anlass zu der Annahme, dass Polyurethan in diesem Fall im Vergleich zu anderen Materialien härter und unnachgiebiger wäre.

(d) 158

In Anbetracht der somit allein zur objektiven Bestimmung von Härte und Nachgiebigkeit fast gleichen Shore A-Härte der beiden untersuchten Sohlen ist nicht weiter Beweis durch orthopädisches Sachverständigengutachten darüber zu erheben, ob der Schuh „Aa“ höchstens zwei Stunden lang getragen werden kann, weil andernfalls Schmerzen auftreten. 159

Die Klägerin zu 1) selbst hat diese Behauptung ausdrücklich auf den Härtegrad der Sohle gestützt und hervorgehoben, dass ein orthopädisches Gutachten darüber erst einzuholen ist, wenn die von ihr behaupteten Härten festgestellt worden sind (vgl. S. 1 des Schriftsatzes vom 18.03.2015, Bl. 541 GA). Dies ist auch zutreffend, da es aus den bereits angeführten Gründen andernfalls – insbesondere bei fast identischen Härtegraden – an hinreichenden Anknüpfungstatsachen für wesentliche objektive Unterschiede zwischen beiden Sohlen in dem Sinne fehlt, dass die Sohle der Beklagten zu 2) aus Sicht des angesprochenen Verkehrs tatsächlich keine „sanfte“ Reflexzonenmassage „nach Dr. X“ mehr bewirkt und im Unterschied zu den bisher mit diesem Hinweis beworbenen und vertriebenen Sohlen gesundheitsschädlich ist. So ist es nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme hier. Damit kommt es auf die weitere Beweisfrage nicht mehr an. 160

cc) 161

Hinzu kommt, dass der Beklagten zu 2) insbesondere das im Unterlassungsantrag konkret umschriebene Verhalten nicht untersagt werden kann. 162

Danach soll sich das Werbeverbot auf sämtliche integrale Reflexzonenfußsohlen erstrecken, deren mit Leder zu überziehendes Polyurethaninnenteil eine Härte von über 30° Shore A aufweist. Die Klägerin hat den Antrag damit begründet, dass bei einer Härte des Polyurethaninnenteils von mehr als 30° Shore A der Härtegrad der Gesamtsohle einschließlich Lederüberzug stets mehr als 60° Shore A betrage und auf diese Weise keine sanfte Reflexzonenmassage nach Dr. X bewirkt werde. 163

Der Beklagten zu 2) kann eine Werbung für Sohlen mit den im Antrag aufgeführten Eigenschaften nur dann allgemein untersagt werden, wenn diese Schlussfolgerung richtig ist. Wie bereits ausgeführt, hat die Beweisaufnahme dies indes nicht bestätigt. Insbesondere 164

weist die Sohle der Beklagten zu 2) – mit Ausnahme von einer Erhöhung – eine Härte von 60° Shore A oder weniger auf. Ausgehend vom Sachvortrag der Klägerin zu 1) kann dies nur entweder darauf beruhen, dass die Härte des Polyurethaninnenteils tatsächlich nicht über 30° Shore A liegt oder dass eine entsprechende Härte nicht – jedenfalls nicht zwingend – zu einer Gesamthärte der Sohle von über 60° Shore A führt. In beiden Fällen ist nicht festzustellen, dass die Sohle der Beklagten zu 2) die im Unterlassungsantrag genannten Voraussetzungen erfüllt. Gegen einen einfachen Rückschluss von der Härte des Innenteils auf die Beschaffenheit der Gesamtsohle spricht ferner, dass jede mit Leder überzogene und verklebte Sohle unterschiedlich ist, und sich daraus Unterschiede bei den Härtegraden ergeben können. Unabhängig davon liegt nahe, dass es für die Wirkung einer Sohle auf den Fuß nicht ausschließlich auf die untere Schicht bzw. den Kern ankommt, sondern sie zumindest auch von der oberen Schicht bzw. Kaschierung abhängt, wobei das Ausmaß des Einflusses wiederum von verschiedenen Faktoren wie insbesondere Dicke, Härte und Verklebung abhängt. Je nach dieser Beschaffenheit gewährleistet die obere Schicht mehr oder weniger ein Eintauchen des Fußes in die Sohle und führt so zu verschiedenen Shore A-Härten der Gesamtsohlen.

dd) 165

Nicht entscheidend für die Beurteilung, ob eine Irreführung vorliegt, ist hingegen, was das Charakteristische der von Dr. X patentierten Innensohle war. 166

Auf Grundlage des Sachvortrages der Parteien in diesem Rechtsstreit ist nicht festzustellen, dass Innensohlen mit der Bezeichnung „nach Dr. X“ überhaupt und – falls ja – in welchem Umfang nach technischen Schutzrechten von Dr. X produziert wurden. Vielmehr hat die Klägerin zu 1) unwidersprochen vorgetragen, dass zu keinem Zeitpunkt Reflexzonensohlen nach den Lehren der EP B1 (Anlage HL 1) und der DE C2 (Anlage K 1) hergestellt worden sind. Die Innensohle nach der EP B1 (Anlage HL 4) ist nicht von Dr. X patentiert worden. Er war weder Anmelder des Patents noch ist er in der Patentschrift als Erfinder aufgeführt. Die Klägerin zu 1) hat nicht behauptet, dass diese Angaben unrichtig sind und tatsächlich Dr. X diese Innensohle erfunden habe. Zudem fehlt es an konkretem Sachvortrag der Klägerin zu 1) zum Vertrieb von Reflexzonensohlen nach der Lehre der EP B1 mit dem Hinweis „nach Dr. X“. Davon ausgehend ist nicht erkennbar, dass die genannten Schutzrechte für die Feststellung der Verkehrsauffassung von maßgeblicher Bedeutung sind. Auf den konkreten Inhalt der zitierten Patentschriften und auf die durch sie offenbarte technische Lehre über die Beschaffenheit anspruchsgemäßer Reflexzonensohlen kommt es bereits deshalb nicht entscheidend an. 167

Unabhängig davon besitzt der durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher regelmäßig keine Kenntnisse vom genauen Inhalt früherer oder aktueller Schutzrechte. Ihm ist daher nicht bekannt, welche konkrete Shore A-Härte anspruchsgemäße Reflexzonensohlen besitzen, zumal nicht erkennbar ist, dass diese technische Eigenschaft jemals beworben worden ist. Daher konnte er keine Vorstellung oder Erwartung hinsichtlich eines bestimmten konkreten Härtegrades von patentierten Innensohlen „nach Dr. X“ entwickeln. Bei dieser Sachlage ist aber auch dann keine Irreführung gegeben, wenn die Sohle der Beklagten zu 2) diesen technischen Schutzrechten nicht entspricht. 168

ee) 169

Die Klägerin zu 1) kann sich nicht mit Erfolg hilfsweise darauf berufen, dass die Shore A-Messmethode für die untersuchten „Sandwichsohlen“ nicht geeignet sei. 170

171

Zum einen trifft dies nicht zu. Tatsächlich kann der Härtegrad dieser Sohlen zuverlässig nach Shore A gemessen werden (siehe oben bb) 2) (b)).

Zum anderen würde – wenn man das Hilfsvorbringen der Klägerin zu 1) als richtig unterstellt – andernfalls ein geeignetes objektives Kriterium fehlen, um erlaubtes von unlauterem Verhalten abzugrenzen, mithin eine sanfte Reflexzonenmassage „nach Dr. X“ von einer „harten“ Reflexzonenmassage zu unterscheiden, die nicht mit diesem Hinweis beworben werden darf. Weder hat die Klägerin zu 1) ein anderes objektives Kriterium angeführt, das eine solche Abgrenzung ermöglichen würde noch sind sonst Anhaltspunkte dafür ersichtlich. Vielmehr hat sie selbst vorgetragen, dass nach ihren Erkenntnissen für beide Sohlen kein anderes geeignetes Härtemessverfahren existiere. 172

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass – wie die Klägerin zu 1) im Widerspruch zu ihrem Vorbringen im Schriftsatz vom 05.07.2016 (dort S. 2, Abs. 2) im Schriftsatz vom 07.10.2016 vorgetragen hat – der Polyurethaninnenteil der Sohle der Beklagten zu 2) einer Shore A-Messung zugänglich sei. Der Polyurethaninnenteil als solcher wird vom angesprochenen Verkehr nicht isoliert wahrgenommen, sondern es ist die Gesamtsohle mit Lederüberzug, die auf den Fuß einwirkt. Allein aus einem bestimmten Härtegrad des Polyurethaninnenteils von über 30° Shore A kann auch nicht zwingend der Schluss gezogen werden, dass diese Wirkung nicht mehr einer sanften Reflexzonenmassage nach Dr. X entspreche (siehe oben cc)). Damit fehlt – wenn nicht auf den Härtegrad nach Shore A abgestellt werden kann – bezogen auf die maßgebliche Gesamtsohle indes wiederum ein geeignetes objektives Kriterium, um festzustellen, dass und wie sich die Sohle der Beklagten zu 2) aus Sicht des angesprochenen Verkehrs von einer sanften Reflexzonenmassage nach Dr. X unterscheidet. 173

b) 174

Eine Irreführung über die Qualität der Marke liegt ebenfalls nicht vor. 175

Unter einer Markenware im wettbewerbsrechtlichen Sinne ist eine mit einer Marke gekennzeichnete Ware zu verstehen, die sich bereits einen Namen gemacht, die also im Verkehr bekannt und wegen ihrer gleichbleibenden oder verbesserten Qualität anerkannt ist (OLG Düsseldorf, GRUR 1978, 543; Bornkamm/Feddersen in: Köhler/Bornkamm, Kommentar zum UWG, 35. Aufl., § 5 Rn. 2.98; offengelassen von BGH, GRUR 2013, 1254 – Matratzen Factory Outlet m. w. N.). Für eine irreführende Werbung reicht es nicht aus, dass ein Produkt mit einer Marke gekennzeichnet ist (Bornkamm/Feddersen in: Köhler/Bornkamm, aaO, § 5 Rn. 2.98; OLG Düsseldorf, WRP 1986, 337). Die Marke hat ferner keine Garantiefunktion und verbürgt daher nicht zwingend eine gleichbleibende Beschaffenheit der bezeichneten Ware. Davon ausgehend liegt eine Irreführung nur ausnahmsweise dann vor, wenn der Markeninhaber in der Vergangenheit die nun nicht mehr vorhandene Eigenschaft durch seine Werbung fest mit der Marke verbunden hat. Im Übrigen wird der Hersteller durch die Verwendung der Marke nicht an Veränderungen des gekennzeichneten Produkts gehindert und muss auch nicht auf Qualitätseinbußen oder veränderte Eigenschaften hinweisen (Bornkamm/Feddersen in: Köhler/Bornkamm, aaO, § 5 Rn. 2.101). Das gilt in gleicher Weise bei einer Veräußerung der Marke oder bei einer Lizenzerteilung, wenn der Lizenzgeber seine Kontrollmöglichkeiten über Lizenznehmer nicht ausübt. Es mag zwar sein, dass die angesprochenen Verkehrskreise auf eine gleichbleibende Qualität der mit der Marke versehenen Produkte vertrauen. Gleichwohl kann eine Verwendung der Marke durch den Erwerber oder Lizenznehmer nicht als irreführend untersagt werden, selbst wenn dieses Vertrauen durch Qualitätseinbußen oder sonstige Veränderungen des Produkts enttäuscht wird. Denn es ist Sache des Markeninhabers, wie er mit der Marke verfährt und ob er im 176

Rahmen eines Lizenzvertrages die Möglichkeiten zur Qualitätskontrolle nutzt (Bornkamm/Feddersen in: Köhler/Bornkamm, aaO, § 5 Rn. 0.106 und 0.107).

aa) 177

Dies bedeutet im vorliegenden Fall, eine Werbung mit der Marke „nach Dr. X“ ist nicht allein deshalb irreführend, weil die Sohle der Beklagten zu 2) anders, insbesondere „härter“ ist als früher in Lizenz der Klägerin zu 1) hergestellte und vertriebene Reflexzonensohlen „nach Dr. X“.

Der verstorbene Kläger zu 2) hat die Marke „nach Dr. X“ wirksam an seine ehemalige Ehefrau veräußert. Diese entscheidet als Markeninhaberin darüber, ob die bisherigen Qualitätsanforderungen an Reflexzonensohlen unverändert weitergeführt werden oder ob an mit „nach Dr. X“ gekennzeichneten Innensohlen Veränderungen vorgenommen werden dürfen, die etwa zu einer höheren Shore A-Härte der Sohlen führen. Soweit sie die Marke lizenziert hat, ist es ihre Sache, welche Anforderungen sie in den Lizenzverträgen mit den Lizenznehmern bezüglich der Herstellung und den Vertrieb von mit dieser Marke gekennzeichneten Produkten vereinbart sowie ob und in welchem Umfang sie etwaige vertragliche Vorgaben zur Nutzung der Marke kontrolliert.

Sie hat die Nutzung der Marke „nach Dr. X“ an die Beklagte zu 2) lizenziert, weshalb sich nicht allein daraus eine Irreführung der Verbraucher ergibt, dass auf Grundlage dieser Lizenz produzierte und vertriebene Reflexzonensohlen hinsichtlich ihrer Qualität und/oder anderer Eigenschaften im Vergleich zu früher hergestellten Innensohlen „nach Dr. X“ verändert worden sein sollten.

bb) 181

Des Weiteren ist nicht feststellbar, dass die Sohle der Beklagten zu 2) keine „sanfte“ Reflexzonenmassage „nach Dr. X“ bewirkt.

Dr. X als früherer Markeninhaber und seine ehemalige Ehefrau nach der Übertragung der Marke haben in der Vergangenheit zwar die Eigenschaft einer „sanften Reflexzonenmassage“ durch Werbung fest mit der Marke „nach Dr. X“ verbunden. Wie bereits ausgeführt, wurden von der Klägerin zu 1) lizenzierte Schuhe mit Sohlen, die den Hinweis „nach Dr. X“ enthielten, in den Jahren 1991 bis 2009 regelmäßig mit einer „sanften Reflexzonenmassage“ beworben.

Die Klägerin zu 1) hat allerdings nicht bewiesen, dass ihre Sohlen stets eine Härte von 35° bis 40° Shore A oder zumindest von unter 50° Shore A besessen haben. Daher lässt sich die beworbene „sanfte Reflexzonenmassage“ auch nicht durch diese Spannweite von Härtegraden eingrenzen. Ferner hat die Beweisaufnahme nicht ergeben, dass die in Lizenz der Beklagten zu 2) vertriebenen Sohlen eine Härte von über 60° Shore A besitzen. Vielmehr sind die Härtegrade der beiden untersuchten Sohlen ähnlich, weshalb nicht feststellbar ist, dass der angesprochene Verkehr bei den Sohlen der Beklagten zu 2) nicht mehr von einer sanften Reflexzonenmassage nach Dr. X ausgeht, und dass die Werbung mit dieser Marke daher geeignet ist, den Verbraucher zu täuschen (siehe oben a)).

IV. 185

Die Klägerin zu 1) hat ferner gegen die Beklagte zu 2) keinen Anspruch auf Unterlassung von Werbung in L1 für die im Berufungsantrag zu b) beschriebenen Reflexzonensohlen mit dem

Hinweis „nach Dr. X“ aus Art. 1382 CCF.

Die deliktische Generalklausel des Art. 1382 CCF umfasst unlauteres Verhalten im Wettbewerb durch Irreführung (Confusion) und begründet grundsätzlich auch einen Unterlassungsanspruch (vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm, aaO, Einl. Rn. 4.6). 187

1. 188

Es ist gemäß Art. 6 Abs. 1 der Rom-II-Verordnung französisches Recht anwendbar. 189

Danach ist auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus unlauterem Wettbewerbsverhalten das Recht des Staates anzuwenden, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt worden sind oder wahrscheinlich beeinträchtigt werden. Anwendbar ist damit bei Handlungen vor Vertragsschluss das Recht des Marktortes, an dem auf die Verbraucher zum Zwecke des Produktabsatzes eingewirkt wird, mithin der Ort der wettbewerblichen Interessenkollision (BGH, GRUR 2016, 513 – Eizellspende; Köhler in: Köhler/Bornkamm, aaO, Einl. Rn. 5.34; Palandt/ Thorn, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 76. Aufl., Rom II 6 Rn. 9 m. w. N.). Bei Werbemaßnahmen ist entscheidend, auf welchen Markt sie gerichtet sind (BGH, GRUR 2016, 513 – Eizellspende m. w. N.); bei Absatzhandlungen, wo das Produkt zum Kauf angeboten wird (Köhler in: Köhler/Bornkamm, aaO, Einl. Rn. 5.34). Die Aktivlegitimation für einen geltend gemachten Unterlassungsanspruch richtet sich ebenfalls nach dem Recht des Marktortes (vgl. Palandt/Thorn, aaO, Rom II 6 Rn. 11). 190

Marktort ist im vorliegenden Fall L1, da die Firma A s.r.l. in Lizenz der Beklagten zu 2) unter der Marke „AA“ hergestellte Schuhe, auf deren Innensohlen sich der Hinweis „nach Dr. X“ befindet, an die Firma B geliefert hat, die sie wiederum in L1 beworben und vertrieben hat. Dort gelangten die Schuhe an Verbraucher, weshalb durch das Verhalten der Beklagten zu 2) die kollektiven Interessen der Verbraucher in L1 beeinträchtigt werden konnten. 191

Unerheblich ist, dass die Beklagte zu 2) von Deutschland aus handelt, die Firma A s.r.l. ihren Sitz in L2 hat und die Firma B die Schuhe aus L2 bezogen hat. Denn das Recht des Marktortes erfasst auch Handlungen, die von jenseits der Grenze auf den Markt gerichtet sind (Palandt/Thorn, aaO, Rom II 6 Rn. 9). Da der Zielmarkt L1 ist, gilt somit französisches Recht. 192

Es ist auch nicht etwa deswegen deutsches Recht anwendbar, weil die angegriffenen Sohlen im Internet beworben und angeboten worden sind. Das Internet ist zwar auf der ganzen Welt abrufbar, weshalb grundsätzlich überall eine Einwirkung auf die Interessen der Mitbewerber und der Verbraucher möglich ist. Nach dem Marktortprinzip ist ein Internetauftritt jedoch nur nach deutschem Wettbewerbsrecht zu beurteilen, wenn er sich bestimmungsgemäß auch im Inland ausgewirkt hat (vgl. BGH, GRUR 2006, 513 – Arzneimittelwerbung im Internet). Daran fehlt es bei der französischen Internetseite www.b...., da die Klägerin zu 1) nichts dazu vorträgt, dass sie (auch) in deutscher Sprache gehalten oder in sonstiger Weise an deutsche Verbraucher gerichtet ist. 193

Das Herkunftslandprinzip, das in Umsetzung von Art. 3 der RL 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr in § 3 TMG geregelt ist (vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm, aaO, Einl. 5.43), führt ebenfalls nicht zur Anwendung deutschen Rechts. Die Voraussetzungen des § 3 TMG liegen nicht vor. Weder wird die Internetseite gemäß § 3 Abs. 1 TMG von einem inländischen Dienstleister betrieben noch ist – was zu einer eingeschränkten Anwendung deutschen Rechts führen würde – eines der in § 3 Abs. 5 TMG genannten Schutzgüter betroffen. § 3 Abs. 5 Nr. 3 TMG ist jedenfalls deshalb nicht 194

einschlägig, weil das Angebot auf der Internetseite nicht bestimmungsgemäß (auch) an deutsche Verbraucher gerichtet ist.

2. 195

Einem Unterlassungsanspruch der Klägerin zu 1) gegen die Beklagte zu 2) aus Art. 1382 CCF steht bereits entgegen, dass sich eine Irreführung der Verbraucher durch den Hinweis „nach Dr. X“ nicht feststellen lässt. 196

a) 197

Für diese Feststellung bedarf es keines Rechtsgutachtens zum französischen Recht. 198

Der Senat verkennt nicht, dass der deutsche Richter das ausländische Recht von Amts wegen zu ermitteln und, falls er darüber keine Spezialkenntnisse besitzt, auch ohne Antrag der Parteien gemäß § 144 ZPO ein Gutachten einzuholen hat. Auch bei übereinstimmendem Sachvortrag der Parteien zum ausländischen Recht ist das Gericht daran nicht gebunden und darf aus dem Konsens nicht auf die Richtigkeit des Vorbringens über den Inhalt des ausländischen Rechts schließen. Vielmehr muss sich der Richter selbst positiv von der Richtigkeit überzeugen, wobei es in seinem pflichtgemäßen Ermessen steht, wie er dieser Verpflichtung nachkommt. Für die Ermittlungspflicht gelten umso höhere Anforderungen, je komplexer und fremder das anzuwendende Recht im Vergleich zum deutschen Recht ist. Neben eigenen Feststellungen kommen amtliche Auskünfte aus dem betreffenden Land und Rechtsgutachten in Betracht (Zöller/Geimer, aaO, § 293 Rn. 14-20 m. w. N.). Das Studium ausländischer Gesetzestexte reicht insoweit nicht aus, sondern das ausländische Recht ist so auszulegen und anzuwenden, wie Rechtsprechung und Lehre des betreffenden Landes es handhaben (BGH, MDR 2003, 1128; Zöller/Geimer, aaO, § 293 Rn. 24). 199

b) 200

Ein Unterlassungsanspruch wegen Irreführung nach französischem Recht kann indes überhaupt nur dann bestehen, wenn der angesprochene französische Verkehr tatsächlich durch den Hinweis „nach Dr. X“ auf der Sohle der Beklagten zu 2) irregeführt wird. Das ist zu verneinen. 201

aa) 202

Maßstab für die Beantwortung der Frage, ob eine irreführende geschäftliche Handlung vorliegt, ist – ebenso wie in Deutschland – gemäß Erwägungsgrund 18 und Art. 6 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, die in L1 in den Code de la consommation umgesetzt worden ist (vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm, aaO, Einl. Rn. 4.6), der angemessen gut unterrichtete, angemessen aufmerksame und kritische Durchschnittsverbraucher. Ferner ist zugrunde zu legen, dass – wovon auch die Parteien übereinstimmend ausgehen – sich die mit dem Hinweis „nach Dr. X“ verbundenen Vorstellungen des französischen und des deutschen Durchschnittsverbrauchers decken, zumal die Bezeichnung in der Vergangenheit inhaltsgleich mit der Werbung für eine „sanfte Reflexzonenmassage“ bzw. eine „Massage douce des zones réflexes“ einherging. Der Senat kann die erforderlichen Feststellungen zum Verkehrsverständnis in L1 daher selbst treffen. 203

bb) 204

Die Klägerin zu 1) hat zwar konkret vorgetragen, dass sich in L1 aufgrund des millionenfachen Vertriebs von entsprechenden Sohlen eine Verkehrsauffassung gebildet hat, 205

die mit dem Hinweis „nach Dr. X“ eine „sanfte Reflexzonenmassage“ („Massage dous des zones reflexes“, vgl. Anlagen BKl 5, 7 und 8) verbindet.

cc) 206

Allerdings ist ebenso wenig wie im Rahmen des Unterlassungsantrages für Deutschland festzustellen, dass sich die Beschaffenheit der Sohle der Beklagten zu 2) davon erheblich unterscheidet, der Verbraucher daher bei ihr nicht mehr von einer sanften Reflexzonenmassage nach Dr. X ausgeht und die Werbung mit diesem Hinweis deshalb zur Täuschung des angesprochenen Verkehrs geeignet ist. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit in vollem Umfang auf die Ausführungen unter III. 3. verwiesen. Damit fehlt es bereits an der erforderlichen Tatsachengrundlage für eine etwaige Irreführung der Verbraucher und ist bereits aus diesem Grunde ein Unterlassungsanspruch für L1 zu verneinen. 207

V. 208

Das Landgericht hat zu Recht einen Anspruch gegen die Beklagte zu 2) auf Unterlassung des Namensgebrauchs „nach Dr. X“ gemäß §§ 12 S. 2, 1004 BGB verneint. 209

1. 210

Nach Art. 40 Abs. 2 EGBGB ist auch deutsches Recht anwendbar, soweit die Klägerseite einen unbefugten Namensgebrauch in L1 beanstandet, da die Parteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben. 211

Gemäß Art. 1 Abs. 2 g) Rom-II-Verordnung ist die Verordnung für außervertragliche Schuldverhältnisse aus der Verletzung der Persönlichkeitsrechte, zu denen das Namenrecht nach § 12 BGB gehört (vgl. Palandt/Ellenberger, aaO, § 12 Rn. 2), nicht anwendbar. 212

2. 213

Wie das Landgericht bereits zutreffend festgestellt hat, hat die Beklagte zu 2) den Namen Dr. X nicht unbefugt gebraucht. 214

Vielmehr erfolgt dieser Gebrauch rechtmäßig aufgrund Einwilligung, indem – was jeweils unstreitig ist – Dr. X seiner Ehefrau in Ziffer III. 2. b) i. V. m. Anlage 1 der Scheidungsfolgenvereinbarung vor dem Notar F vom 11.08.1995 (Anlage HL 3, Bl. 127 ff.) die Marke Nr. „nach Dr. X“ übertragen und diese wiederum mit der Beklagten zu 2) einen Lizenzvertrag zur Nutzung dieser Marke abgeschlossen hat. Mit der Übertragung der Marke hat Dr. X seiner Ehefrau zumindest konkludent auch das Recht eingeräumt, die Marke zu benutzen, weil dies erkennbar der Sinn und Zweck der Übertragung war (OLG Düsseldorf, Urteil vom 31.01.2012 – 20 U 4/11). Da die Marke den Namen „Dr. X“ enthält, folgt aus der berechtigten Nutzung dieser Marke überdies ein rechtmäßiger Gebrauch seines Namens. 215

3. 216

Der Namensgebrauch ist nicht rechtswidrig, weil Dr. X einen Anspruch auf Anpassung der Scheidungsfolgenvereinbarung vom 11.08.1995 gehabt hätte. 217

Die Abänderung einer Scheidungsfolgenvereinbarung ist zwar grundsätzlich nach § 239 FamFG möglich. Allerdings setzt dies einen entsprechenden Antrag beim Familiengericht voraus, mit dem eine entsprechende Abänderung der vollstreckbaren Urkunde begehrt wird. 218

Die Klägerin zu 1) hat nicht vorgetragen, dass Dr. X zu Lebzeiten jemals einen solchen Antrag gestellt hat. Infolgedessen ist insgesamt von der Wirksamkeit der Scheidungsfolgenvereinbarung einschließlich der Übertragung der Marke „nach Dr. X“ auszugehen.

Das gilt umso mehr, als es sich um einen vollstreckbaren Titel handelt, der grundsätzlich zu beachten ist. Tatsachen, die ausnahmsweise eine abweichende rechtliche Beurteilung rechtfertigen – etwa Nichtigkeitsgründe oder eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung – sind nicht angeführt worden. 219

VI. 220

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 221

Die Anordnungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergeben sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 222

Es besteht keine Veranlassung, gemäß § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO die Revision zuzulassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern. 223

VII. 224

Der Streitwert für das Berufungsverfahren der Klägerin zu 1) wird auf 105.000,- Euro festgesetzt. Davon entfallen 100.000,- Euro auf die Berufung gegen die Beklagte zu 2). 225

Ein Schriftsatznachlass auf den Schriftsatz der Beklagten zu 2) vom 01.02.2017 war der Klägerin zu 1) nicht zu bewilligen, weil dieser keinen neuen Tatsachenvortrag enthält. 226