

LANDGERICHT DÜSSELDORF
ENTSCHEIDUNGEN DER 4. ZIVILKAMMER

2 1999

S. 25 - 50

1. PATENT-, GEBRAUCHSMUSTER- UND
ARBEITNEHMEREERFINDERRECHT

Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ

1. Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft gemäß Art. 6 Nr. 1 EuGVÜ wird für einen von mehreren Bekl. vor dem Gericht eines Vertragsstaates nicht schon dadurch begründet, daß einer der anderen Bekl. irgendwo in diesem Vertragsstaat seinen Wohnsitz bzw. Sitz hat. Vielmehr setzt Art. 6 Nr. 1 EuGVÜ voraus, daß einer der Bekl. auch im Bezirk des angerufenen Gerichts wohnt bzw. dort seinen Sitz hat, da Art. 6 Nr. 1 EuGVÜ zu den Normen des EuGVÜ gehört, die die internationale und gleichzeitig auch die örtliche Zuständigkeit regeln.

2. Im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ kann auch eine vorbeugende Unterlassungsklage erhoben werden.

3. Mit dem Tage der Bekanntmachung des Hinweises auf die Erteilung des europäischen Patents tritt die Ausschließlichkeitwirkung eines nationalen Patents ein. Diese Wirkung entfällt durch eine Entscheidung im Einspruchsverfahren nur insoweit, als das Patent rechtskräftig widerrufen wird. Im übrigen bleibt die Wirkung des Patents auch bei einer lediglich beschränkten Aufrechterhaltung unberührt; auf die Bekanntmachung des Hinweises auf die Entscheidung über den Einspruch kommt es nicht an.

(Urteil vom 25. März 1999, 4 O 198/97 - Impfstoff II)

Sachverhalt: Die in Kanada ansässige Kl. ist eingetragene Inhaberin des unter anderem mit Wirkung für die Bundesrepublik Deutschland und Italien erteilten europäischen Patents

0 322 115 (vgl. Anlage W 1; nachfolgend: Klagepatent), das die Bezeichnung "Genetic detoxification of pertussis toxin" trägt und auf einer unter Inanspruchnahme einer britischen Priorität vom 24. November 1987 getätigten Anmeldung vom 24. November 1988 beruht, die am 28. Juni 1989 veröffentlicht wurde. Die Bekanntmachung der Patenterteilung erfolgte am 6. März 1996. Der deutsche Anteil des Klagepatents wird beim Deutschen Patentamt unter der Nummer 38 55 072 geführt (vgl. Anlage W 1a).

Das Klagepatent, das sowohl in der Bundesrepublik Deutschland als auch in Italien in Kraft steht, betrifft eine gentechnische Detoxifikation des Pertussistoxins. Die Kl. nimmt die Bekl. wegen Verletzung des deutschen Teils und die Bekl. zu 3. ferner wegen Verletzung des italienischen Teils des Klagepatents auf Unterlassung, Rechnungslegung, Auskunftserteilung, Leistung einer angemessenen Entschädigung und Schadensersatz in Anspruch.

Gegen die Erteilung des Klagepatents ist von der US-amerikanischen A. Corporation mit Eingabe vom 6. Dezember 1996 (vgl. Anlage B 5/B 7) sowie von einem weiteren Unternehmen (vgl. Anlage B 6/B 8) Einspruch beim Europäischen Patentamt eingelegt worden. Durch Zwischenentscheidung vom 18. November 1998 hat die Einspruchsabteilung des Europäischen Patentamtes festgestellt, daß das Klagepatent angesichts von Änderungen, denen die Kl. während des Einspruchsverfahrens zugestimmt hat, den Anforderungen des Europäischen Patentübereinkommens genügt.

Gegen den italienischen Teil des Klagepatents ist am 25. Februar 1998 beim Tribunale di Milano eine Nichtigkeitsklage (Az.: 3158/98) von der Bekl. zu 3. erhoben worden.

Die Bekl. zu 1. war die Muttergesellschaft der später mit ihr verschmolzenen B. AG, einem pharmazeutischen Unternehmen, das sich mit der Erforschung, Entwicklung, Herstellung und dem Vertrieb von Arzneimitteln und anderen pharmazeutischen Produkten, insbesondere von Impfstoffen zur Anwendung am Menschen

Der Abdruck einer Entscheidung ohne besonderen Rechtsmittelhinweis bedeutet nicht, daß die Entscheidung rechtskräftig ist.

Die Entscheidungen der 4. Zivilkammer können bezogen werden über das Landgericht Düsseldorf, Postfach 10 11 40, 40002 Düsseldorf.

© Landgericht Düsseldorf, 4. Zivilkammer.

beschäftigte. Die B. AG schloß im Jahre 1996 mit der A. Corporation, USA, ein Joint-Venture-Abkommen ab, dessen Gegenstand die Forschung, Entwicklung und Produktion von Impfstoffen zur Anwendung am Menschen war. Ziel der Zusammenarbeit war es unter anderem, neben anderen Erzeugnissen einen genetisch hergestellten Pertussisimpfstoff auf den Markt zu bringen.

Auf der Grundlage des Joint-Venture-Abkommens zwischen der B. AG und der A. Corporation, USA, wurde die Bekl. zu 2. gegründet, die am 4. Dezember 1996 im Handelsregister eingetragen wurde. Die B. AG brachte ihren gesamten Humanimpfstoff-Geschäftszweig einschließlich Personal, Anlagen, Know-how und dergleichen in die Bekl. zu 2. ein. Nachdem auch weitere, hier nicht näher interessierende Geschäftszweige der B. AG durch Einbringung in Drittunternehmen ausgegliedert waren, wurde die B. AG durch Verschmelzungsvertrag vom 22. November 1996 mit der Bekl. zu 1. verschmolzen. Die Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister betreffend die B. AG erfolgte am 18. Juni 1997. Die Eintragung im Register betreffend der übernehmenden Bekl. zu 1. wurde am 31. Juli 1997 vorgenommen.

Am 3. Dezember 1996 schloß die Bekl. zu 2. mit der US-amerikanischen Gesellschaft C. Inc. einen Liefer- und Vertriebsvertrag ("supply and distribution agreement") betreffend einen DTP- (Diphtherie, Tetanus, Pertussis) und DTP-IPV Impfstoff von C. ab.

In einer über Internet verbreiteten Mitteilung der Nachrichtenagentur "Business Wire" vom 11. Dezember 1996, die die Kl. als Anlage W 10 vorgelegt hat, heißt es zu diesem Vertrag auszugsweise:

"D., Calif.--(BUSINESS WIRE)--Dec. 10, 1996--A. Vaccines, a business unit of A. Corporation (NASDAQ: A), announced today an agreement under which A. B. GmbH & Co. will market C.'s (AMEX: C.) diphtheria, tetanus and whooping cough vaccine (DTaP). A. B. also will market C.'s combination DTaP-Polio vaccine, which combines the DTaP with an inactivated polio vaccine.

Under terms of the agreement, A. B. will market the products in Germany and Austria following appropriate regulatory approvals, for a period of four years. Financial terms of the agreement were not disclosed.

"This agreement will fill a short-term strategic need that we have in Germany," said E. M.D., president of A. Vaccines. "We are pursuing licensure of H. TM, the diphtheria, tetanus and genetically engineered acellular pertussis vaccine (DTaP), in all European countries very aggressively and expect to be on the market within the next two years.'

A. Vaccines has applied for marketing approval of H. in the U.S., and is currently preparing its European filing. F. S.p.A., a subsidiary of A. Vaccines, currently markets a DTaP vaccine under the tradename G. DTP TM in Italy. A. B. is a joint venture between B. AG and A. Corporation engaged in research, development and production of human vaccines."

Die in Italien ansässige Bekl. zu 3. ist eine Tochtergesellschaft der A. Corporation. Auch sie beschäftigt sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von Humanimpfstoffen. Bis zum 8. November 1996 firmierte sie unter der Bezeichnung "F. S.p.A."; seit dem genannten Zeitpunkt firmiert sie - wie aus dem Passivrubrum ersichtlich - als "A. S.p.A.". Sie stellt her und vertreibt in Italien gentechnisch hergestellte Impfschutzmittel gegen Keuchhusten unter den Bezeichnungen "G." und "G. DTP", von denen die Kl. als Anlagen W 3a und W 3b Muster vorgelegt hat. Bei "G." (Anlage W 3a) handelt es sich um einen Einkomponenten-Keuchhustenimpfstoff. "G. DTP" (Anlage W 3b) ist ein Komponenten-Impfschutzmittel gegen Diphtherie, Tetanus und Keuchhusten.

Mitte 1997 beantragte die Bekl. zu 3. bei der europäischen Genehmigungsbehörde EMEA die europaweite arzneimittelrechtliche Zulassung für den Keuchhustenimpfstoff "Tri-G.", dessen US-amerikanische Handelsbezeichnung "H." lautet. Bei diesem Präparat handelt es sich um den kombinierten Keuchhusten-, Diphtherie- und Tetanusimpfstoff ("DTaP-Impfstoff").

Die Kl. behauptet, die Bekl. beabsichtigten, den von der Bekl. zu 3. gentechnisch hergestellten Pertussisimpfstoff, der als Wirkstoffkomponente Mutantenpertussisholotoxin nach Maßgabe des Klagepatents enthalte, sei es allein oder als Cocktail unter der Bezeichnung "G." (gegebenenfalls mit den weiteren Zusätzen "Pa", "DTP", "DTPa", "DTPaHIB") oder "Tri-G." in Deutschland auf den Markt zu bringen. Sie macht geltend, daß der angegriffene Keuchhustenimpfstoff sowohl als Monokomponenten-Impfstoff mit der Marktbezeichnung "G." als auch in seiner Kombination mit Diphtherie- und Tetanusimpfstoff mit der Marktbezeichnung "Tri-G." unter das Klagepatent falle.

Aus den Gründen: Die Klage ist mit Ausnahme der gegenüber der Bekl. zu 3. erhobenen, auf den italienischen Teil des Klagepatents gestützten Klageansprüche zulässig und hat im zuerkannten Umfang Erfolg. Im übrigen ist sie unbegründet.

A. Soweit die Kl. die Bekl. zu 3. wegen Verletzung des italienischen Teil des Klagepatents auf Unterlassung, Rechnungslegung, Auskunftserteilung, Leistung einer angemessenen Entschädigung und Schadensersatz in Anspruch nimmt, ist die Klage unzulässig.

I. Die internationale Zuständigkeit des Landgerichts Düsseldorf zur Entscheidung über die gegen die Bekl. zu 3. erhobenen, auf den italienischen Teil des Klagepatents gestützten Klageansprüche ist entgegen der Auffassung der Kl. nicht begründet.

1. Im Streitfall richtet sich die internationale Zuständigkeit - da das Übereinkommen über die Erteilung europäischer Patente (EPÜ) keine Regelung der internationalen Zuständigkeit für Patentverletzungsklagen enthält - nach den Bestimmungen des Brüsseler Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ), das seit dem 1. Februar 1973 im Verhältnis zu Italien in Kraft ist (vgl. Zöller/Geimer, Zivilprozeßordnung, 20. Auflage, Anh. I, Art. 1 EuGVÜ Rdnr. 1). Für die Anwendbarkeit des EuGVÜ ist allein maßgebend, daß die Bekl. zu 3. ihren Sitz in einem Vertragsstaat des EuGVÜ hat; auf den Sitz der Kl. kommt es nicht an (vgl. Kropholler, Europäisches Zivilprozeßrecht, 6. Auflage, vor Art. 2 Rdnr. 9). Im EuGVÜ ist die internationale Zuständigkeit der Gerichte nach folgendem Grundprinzip geregelt: Gemäß Art. 2 Abs. 1 EuGVÜ sind Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates haben, ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit grundsätzlich vor den Gerichten dieses sog. Wohnsitzstaates zu verklagen. Nach Art. 3 Abs. 1 EuGVÜ kann derjenige, der seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates hat, vor den Gerichten eines anderen Vertragsstaates nur verklagt werden, wenn ein im EuGVÜ festgelegter Gerichtsstand in diesem Staat gegeben ist. Von dem im EuGVÜ ausdrücklich genannten Ausnahmen abgesehen, soll hiernach ein Kläger jeden Bekl., der in einem der Vertragsstaaten wohnt, im Staat seines Wohnsitzes, verklagen dürfen. Außerdem soll jeder Bekl., der seinen Wohnsitz in einem Vertragsstaat hat, nur ausnahmsweise aufgrund einer besonderen Zuständigkeitsvorschrift des EuGVÜ in einem anderen Vertragsstaat verklagt werden dürfen.

Im Streitfall liegt der allgemeine Gerichtsstand des Sitzes - der dem Wohnsitz natürlicher Personen gemäß Art. 53 EuGVÜ gleichsteht - der Bekl. zu 3. in Italien und nicht in der Bundesrepublik Deutschland, weshalb eine Zuständigkeit der deutschen Gerichte gemäß Art. 2 EuGVÜ nicht begründet ist und von der Kl. zu Recht auch nicht geltend gemacht wird.

2. Die besondere Zuständigkeit des Gerichtsstands der unerlaubten Handlung aus Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ ist ebenfalls nicht gegeben. Nach Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ kann eine Person, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates hat, in einem anderen Vertragsstaat verklagt werden, wenn eine unerlaubte Handlung oder eine

Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden, und zwar vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist. Dieser besondere Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, der nach Wahl des Klägers zur Anwendung kommt, verdankt seine Existenz dem Umstand, daß zwischen der Streitigkeit und anderen Gerichten als denen des Staates, im dem der Bekl. seinen Wohnsitz hat, eine besonders enge Beziehung besteht, die aus Gründen einer geordneten Rechtspflege und einer sachgerechten Gestaltung des Prozesses eine Zuständigkeit dieser Gerichte rechtfertigt (st. Rspr. des EuGH, vgl. NJW 1977, 493 - Mines de Potasse; NJW 1991, 631, 632 - Dumez France/Hess. Landesbank; JZ 1995, 1107 - Marinari/Lloyd's Bank; NJW 1995, 1881, 1882 - Fiona Shevill/Presse Alliance SA; vgl. auch Kropholler, a.a.O., Art. 5 Rdnr. 63).

Der Begriff "unerlaubte Handlung" ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vertragsautonom zu verstehen und nicht etwa als eine bloße Verweisung auf das jeweilige innerstaatliche Recht eines der beteiligten Vertragsstaaten. Er bezieht sich auf alle Klagen, mit denen eine Schadensersatzhaftung des Bekl. geltend gemacht wird und die nicht an einen Vertrag im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Nr. 1 EuGVÜ anknüpfen (vgl. EuGH, NJW 1988, 3088, 3089 - Kalfelis/Schröder; Schlosser, EuGVÜ, 1996, Art. 5 EuGVÜ Rdnr. 16). Anerkanntermaßen handelt es sich auch bei Patentverletzungen um unerlaubte Handlungen in diesem Sinne (vgl. EuGH, IPRax 1985, 92, 94 - Duijnste/Goderbauer; Kammer, Entscheidungen 1998, 92, 96 - Schußfadengreifer; Neuhaus, Mitt. 1996, 257, 262; Brinkhof, GRUR Int. 489, 490; Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 1997, Art. 16 Rdnr. 226 u. 228; Kropholler, a.a.O., Art. 5 EuGVÜ Rdnr. 57 Fn. 122).

Aus dem Umstand, daß eine Patentverletzung eine unerlaubte Handlung im Sinne des Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ darstellt, folgt indes noch nicht, daß das angerufene Landgericht Düsseldorf auch für die Entscheidung über die auf eine Verletzung des italienischen Teils des europäischen Klagepatents gestützten Klageansprüche zuständig ist. Denn Voraussetzung für den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung ist, daß "das schädigende Ereignis" im Inland eingetreten ist. An dieser zuständigkeitsbegründenden Voraussetzung des Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ fehlt es hier.

Der Begriff "Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist" ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes so zu verstehen sei, daß er sowohl den Ort, an dem der Schaden eingetreten ist (*Erfolgsort*), als

auch den Ort des ursächlichen Geschehens (*Handlungsort*) meint (vgl. NJW 1977, 493 - Bier/Mines de Potasse; NJW 1991, 631, 632 - Dumez France/Hess. Landesbank; JZ 1995, 1107 - Marinari/Lloyd's Bank; NJW 1995, 1881 - Fiona Shevill/Presse Alliance SA; vgl. auch Geimer/Schütze, a.a.O., Art. 5 EuGVÜ Rdnr. 179; Kropholler, a.a.O., Art. 5 Rdnr. 62). Im Streitfall liegt, was die geltend gemachte Verletzung des italienischen Teils des Klagepatents durch die Bekl. zu 3. anbelangt, indes weder der Erfolgsort noch der Handlungsort in der Bundesrepublik Deutschland. Denn die von der Kl. geltend gemachte Verletzung des italienischen Teils des Klagepatents erfolgt allein durch die von der Bekl. zu 3. in Italien vorgenommenen Handlungen, wobei mit der Vollen- dung des Erzeugnisses und dessen anschlie- ßenden Vertrieb in Italien zugleich auch der Erfolg in Form der Rechtsgutsverletzung betref- fend das italienische Patentrecht eintritt. Ferner ist dieser Teil des Streitverhältnisses allein nach italienischem Recht zu beurteilen, weshalb es auch an einer Beziehung zu dem angerufenen deutschen Gericht, sowohl was die Herstellung und den Vertrieb der angegriffenen Ausführungsform in Italien als auch was die Beurteilung nach italienischem Recht anbelangt, fehlt (vgl. hierzu auch Neuhaus, Mitt. 1996, 257, 264).

Auch spricht in derartigen Fällen gegen die Annahme des Gerichtsstandes der unerlaubten Handlung, daß nach dem Protokoll über die Regelung von Streitigkeiten über die Verletzung und Rechtsgültigkeit von Gemeinschaftspaten- ten (vgl. Art. 13 Abs. 2, 14 Abs. 5 und 17 Abs. 2) das Gericht der unerlaubten Handlung - selbst - bei einem Gemeinschaftspatent nur für die in seinem Staat begangenen Patentverlet- zungen zuständig ist. Wenn dies aber schon bei der Verletzung eines Gemeinschaftspatents gilt, trifft dies um so mehr auf parallele Patente aus einem - in nationale Patente zerfallenden - eu- ropäischen Bündelpatent zu (Kammer, Ent- scheidungen 1998, 92, 96 - Schußfadengreifer; vgl. auch Brinkhof, GRUR Int. 1997, 489, 491; ferner Neuhaus, Mitt. 1996, 257, 264 und Bert- rams, GRUR Int. 1995, 193, 197).

Dementsprechend hat die Kammer auch bereits in ihrer von der Kl. als Anlage B 28 überreichten Entscheidung "Schußfadengreifer" vom 25. August 1998 (Entscheidungen 1998, 92) festgestellt, daß selbst der Umstand, daß ein von dem Bekl. im Vertragsstaat A des EuGVÜ hergestelltes, als patentverletzend be- anstandetes Erzeugnis in den Vertragsstaat B geliefert und dort auf den Markt gebracht wird, nicht den Gerichtsstand der unerlaubten Hand- lung im Vertragsstaat B für Ansprüche gegen den im Vertragsstaat A ansässigen Bekl. be- gründet, die auf eine Verletzung des für den

Vertragsstaat A erteilten Patents gestützt wer- den. Dies gilt erst recht und um so mehr, wenn - wie im Streitfall, was noch dargelegt wird - das als patentverletzend beanstandete, im Ver- tragsstaat A (hier: Italien) hergestellte Erzeug- nis, noch gar nicht in den Vertragsstaat B (hier: Deutschland) geliefert und dort auf den Markt gebracht worden ist, sondern nur die Gefahr von Lieferungen in diesen Vertragsstaat (hier: Deutschland) besteht.

3. Entgegen der Auffassung der Kl. ergibt sich die internationale Zuständigkeit des ange- rufenen Gerichts für die gegen die italienische Bekl. zu 3. erhobenen, auf den italienischen Teil des Klagepatents gestützten Klageansprü- che auch nicht aus Art. 6 Nr. 1 EuGVÜ, wonach eine Person, die ihren Wohnsitz in dem Ho- heitsgebiet eines Vertragsstaates hat, wenn mehrere Personen zusammen verklagt werden, auch vor dem Gericht verklagt werden kann, in dessen Bezirk einer der Bekl. seinen Wohnsitz hat.

Dieser Gerichtsstand der Streitgenossen- schaft ist - worauf die Kammer bereits mit Be- schluß vom 27. August 1998 (Bl. 248 bis 249 d. A.) hingewiesen hat - im Streitfall schon des- halb nicht begründet, weil das Landgericht Düs- seldorf weder für die Bekl. zu 1. noch für die Bekl. zu 2. das zuständige "Wohnsitzgericht" im Sinne des Art. 6 Nr. 1 EuGVÜ ist.

Zuständiges Gericht ist nach Art. 6 Nr. 1 EuGVÜ das Gericht, "in dessen Bezirk einer der Bekl. seinen Wohnsitz hat". Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft besteht hiernach am Wohnsitz bzw. - dem diesem gleichgestellten (Art. 53 EuGVÜ) - Sitz eines Bekl. in einem Vertragsstaat (vgl. Gottwald in: Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 1992, Art. 6 IZPR Rdnr. 2). Dies hat zur Folge, daß der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft gemäß Art. 6 Nr. 1 EuGVÜ für einen von mehreren Bekl. vor dem Gericht eines Vertragsstaates nicht schon dadurch begründet wird, daß einer der anderen Bekl. irgendwo in diesem Vertrags- staat seinen Wohnsitz bzw. Sitz hat. Vielmehr setzt Art. 6 Nr. 1 EuGVÜ voraus, daß einer der Bekl. auch im Bezirk des angerufenen Gerichts wohnt bzw. dort seinen Sitz hat (vgl. Gei- mer/Schütze, a.a.O., Art. 6 Rdnr. 26). Art. 6 Nr. 1 EuGVÜ gehört damit zu den Normen des EuGVÜ, die die internationale und gleichzeitig auch die örtliche Zuständigkeit regeln (vgl. Geimer/Schütze, a.a.O., Art. 6 Rdnr. 13, Art. 2 Rdnr. 113; Kropholler, a.a.O., vor Art. 5 Rdnr. 4, Art. 6 Nr. 5, vor Art. 2 Rdnr. 3, Gottwald in: Münchener Kommentar, a.a.O., Art. 6 IZPR Rdnr. 2; Schlosser, a.a.O., Art. 6 Rdnr. 2, Art. 2 Rdnr. 14; vgl. hierzu ferner Zöller/Geimer, a.a.O., Anh. I Art. 2 GVÜ Rdnr. 23; Behr, GRUR Int. 1992, 604).

Im Streitfall ist weder die Bekl. zu 1. noch

die Bekl. zu 2. in Nordrhein-Westfalen ansässig, weshalb das angerufene Gericht für beide Bekl. nicht das zuständige "Wohnsitzgericht" im Sinne des Art. 6 Nr. 1 EuGVÜ ist. Dies hat zur Folge, daß Gerichtsstand der Streitgenossenschaft gemäß Art. 6 Nr. 1 EuGVÜ für die Bekl. zu 3. beim angerufenen Gericht schon aus diesem Grunde nicht begründet ist.

Die gegen die Bekl. zu 3. gerichtete Klage ist damit hinsichtlich der auf eine Verletzung des italienischen Teils des Klagepatents gestützten Klageansprüche mangels internationaler Zuständigkeit des Landgerichts Düsseldorf als unzulässig abzuweisen.

II. Die internationale Zuständigkeit des Landgerichts Düsseldorf ist hingegen nach Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ gegeben, soweit die Kl. die Bekl. zu 3. auch wegen (drohender) Verletzung des deutschen Teils des Klagepatents in Anspruch nimmt, obgleich, da die Kl. - wie noch ausgeführt wird - nicht schlüssig dargetan hat, daß die Bekl. zu 3. bereits einen Verstoß gegen § 9 Nr. 1 Patentgesetz (PatG) begangen hat, insoweit nur ein auf Erstbegehungsgefahr gestützter vorbeugender Unterlassungsanspruch in Betracht kommt.

Ob Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ - wie § 32 ZPO (vgl. hierzu Zöller/Vollkommer, a.a.O., § 32 Rdnr. 14) - auch den vorbeugenden Unterlassungsanspruch erfaßt und die internationale Zuständigkeit der Gerichte des Landes eröffnet, in welchem eine unerlaubte (hier: patentverletzende) Handlung vorgenommen zu werden droht, ist allerdings umstritten. Der Europäische Gerichtshof hat zu dieser Frage bisher noch nicht Stellung genommen. In Deutschland ist vom Oberlandesgericht Bremen (RIW 1992, 231) im Anschluß an das Landgericht Bremen (RIW 1991, 416) die Auffassung vertreten worden, daß Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ jedenfalls nicht auf vorbeugende Unterlassungsklagen anwendbar ist, die auf Erstbegehungsgefahr gestützt werden (auf die gegen die Entscheidung des OLG Bremen eingelegte Revision hat der BGH mit Beschluß vom 17.3.1994, GRUR 1994, 530 - Beta, dem EuGH die Frage, ob Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ auch für vorbeugende Unterlassungsklagen gilt, zur Vorabentscheidung vorgelegt; zur Vorabentscheidung ist es infolge Klagerücknahme aber nicht mehr gekommen). Wie Mankowski in EWS 1994, 305/306, ausführt, haben ferner die italienische Corte di Cassazione (Riv. dir. int. priv. proc 1990, 685, 693 no. 4) und die niederländische Rechtbank Middelburg (Nederlandse Jurisprudentie 1989 Nr. 744, S. 2891 nr. 4.49) die Anwendbarkeit des Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ auf vorbeugenden Unterlassungsklagen verneint (vgl. in diesem Zusammenhang auch die als Anlage 17a/17b überreichte Entscheidung des Gerechthofs Den Haag vom 22.1.1998 - 97/749 -, in der die Zuständigkeit

niederländischer Gerichte für eine negative Feststellungsklage bei noch nicht begangenen Benutzungshandlungen verneint worden ist). Im deutschen Schrifttum herrscht hingegen die Ansicht vor, daß Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ eine Zuständigkeit auch für vorbeugende Unterlassungsklagen begründet (vgl. Behr, GRUR Int. 1992, 604, 607; Geimer/Schütze, a.a.O., Art. 5 Rdnr. 169; Geimer, Internationale Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Seite 401 Rdnr. 1522; Zöller/Geimer, a.a.O., Anh. I Art. 5 GVÜ Rdnr. 14a; Gottwald in: Münchener Kommentar, a.a.O., Art. 5 Rdnr. 31; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, Seite 111 Rdnr. 292; tendenziell auch Kropholler, a.a.O., Art. 5 Rdnr. 59; Remien, WRP 1994, 25; vgl. auch Mankowski, EWS 1994, 305, 307; vgl. ferner den Schlosser-Bericht zum EuGVÜ 1987, ABI. EG 1979 C 59/71, 11 Nr. 134). Dem schließt sich die Kammer, nachdem sie die Frage, ob Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ auch für vorbeugende Unterlassungsklagen gilt, in ihrer von der Bekl. zu 3. zitierten Entscheidung "Temperiermaschinen" (vom 16.1.1997, 4 O 36/96, Entscheidungen 1997, 11) noch offengelassen hat, an.

Zwar scheint sich die gegenteilige Auffassung auf den ersten Blick auf den Wortlaut des Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ stützen zu können, weil es dort heißt "Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist" und die Verwendung des Perfekts auf eine bereits begangene unerlaubte Handlung hindeutet. Dieses Wortlautargument vermag jedoch nicht zu überzeugen. Denn mit der Wahl des Wortlauts des Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ war, wie sich aus der Entstehungsgeschichte ergibt, ein gezielter Ausschluß von vorbeugenden Unterlassungsklagen nicht beabsichtigt (vgl. Behr, GRUR Int. 1992, 604, 605, 607; Mankowski, EWS 1994, 305, 306). So lag es angesichts der nationalen Modellregelungen, denen bis zu einem gewissen Grade Rechnung getragen werden sollte, mehr als fern, formulierungsmäßig auf etwas anderes als die begangene unerlaubte Handlung abzustellen. Sowohl § 32 ZPO als auch der alte Art. 59 Abs. 12 des französischen code de procedure civile, Art. 41, 52 Nr. 3 des belgischen Prozeßrechts von 1876 und Art. 20 des italienischen codice di procedura civile zeichneten eine entsprechende Formulierung vor (Behr, GRUR Int. 1992, 604, 607). Regelungsgegenstand des Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ war die Schaffung eines besonderen Gerichtsstandes für außervertragliche Schädigungen. Für diese Regelungsmaterie sollte der sachgerechte Anknüpfungspunkt als Antwort auf sich unterscheidende nationale Konzepte bezüglich des Handlungs- und/oder Erfolgsortes gefunden werden. Die Ausgrenzung einer vorbeugenden Unterlassungsklage stand wurde dabei nicht diskutiert. Über sie konnte und sollte mit einer

Formulierung, die sich an nationale Konzepte, die jedenfalls teilweise die vorbeugende Unterlassungsklage kannten, nicht negativ und ausgrenzend entschieden werden. Das sprachliche Abstellen auf die geschehene Tat in Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ war damit eine historisch durch die nationalen Modellregelungen bedingte Momentaufnahme (Behr, GRUR Int. 1992, 604, 607). Mit der Regelung sollte eine tatortbezogene besondere Deliktzuständigkeit für jede Art außervertraglicher Schädigung geschaffen werden, nicht aber zuständigkeitsrechtlich innerhalb des Sanktionssystems unterschieden werden (Behr, GRUR Int. 1992, 604, 607).

Wie der Bundesgerichtshof in seinem - später zurückgezogenen - Vorlagebeschluss an den Europäischen Gerichtshof vom 17. März 1994 (GRUR 1994, 530, 532 - Beta) mit Recht ausgeführt hat, läßt sich gegen eine Anwendbarkeit des Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ auch nicht einwenden, daß sich, weil eine rechtsverletzende Handlung im Inland noch nicht begangen ist, das zuständige Gericht nicht nach dem Ort der Verletzungshandlung (Begehungsort) oder des Schadenseintritts (Erfolgsort) bestimmen lasse. Denn anstelle dieser Kriterien kann bei der vorbeugenden Unterlassungsklage in Anlehnung an das nationale Verständnis die Feststellung treten, an welchem Ort die unerlaubte Handlung begangen zu werden droht, worunter sowohl der Gerichtsstand des Ortes fällt, an welchem die Verletzungshandlung zu gegenwärtigen ist, als auch der Gerichtsstand des Ortes, an welchem das geschützte Rechtsgut belegen ist. Eine solche Anlehnung an nationale Konzepte, verstanden als autonomrechtsvergleichende Ausfüllung des Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ, liegt nahe. Schließlich ist die doppelte Zuständigkeitsanknüpfung an Handlungs- und Erfolgsort ebenfalls in Anlehnung an nationale Konzepte entwickelt worden (vgl. Mankowski, EWS 1994, 305, 306).

Die hier vertretene Auslegung steht auch im Einklang mit dem Sinn und Zweck der durch Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ begründeten Deliktzuständigkeit. Wie bereits ausgeführt, beruht der besondere Gerichtsstand der unerlaubten Handlung darauf, daß zwischen der Streitigkeit und anderen Gerichten als denen des Staates, in dem der Bekl. seinen Wohnsitz hat, eine besonders enge Beziehung besteht, die aus Gründen einer geordneten Rechtspflege und einer sachgerechten Gestaltung des Prozesses eine Zuständigkeit dieser Gerichte rechtfertigt. Eine solche Beziehung besteht nicht nur bei begangenen Delikten. Sie kann durchaus auch in Fällen der vorbeugenden Unterlassungsklage gegeben sein, wie gerade der Streitfall verdeutlicht. Denn es geht hier um die drohende Verletzung des deutschen Teils eines europäischen Patents durch in der Bundesrepublik Deutsch-

land zu erwartende Handlungen, wobei sich die Frage der Patentverletzung ausschließlich nach deutschem Recht beurteilt. Insoweit besteht unzweifelhaft eine besondere Beziehung zu den deutschen Gerichten.

Zwischen den Fällen der begangenen und jenen der drohenden unerlaubten Handlung besteht ferner auch eine wertungsmäßige Übereinstimmung insoweit, als es zum einen dem potentiell Geschädigten ebensowenig zuzumuten ist, gegen den potentiellen Täter nur an dessen möglicherweise entferntem allgemeinen Gerichtsstand vorgehen zu können, wie es dem bereits Geschädigten billigerweise nicht zuzumuten ist, dort seine Ansprüche gegen den Schädiger zu verfolgen. Zum anderen muß der potentielle Schädiger ebenso in Kauf nehmen, am Ort der drohenden Schädigung verklagt zu werden, wie dies der Schädiger bei einer bereits begangenen unerlaubten Handlung tun muß (vgl. Behr, GRUR Int. 1992, 604, 607; Mankowski, EWS 1994, 305, 307).

Für die Anwendbarkeit des Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ spricht weiterhin, daß auch nach anderen gemeinschaftsrechtlichen Regelungen (vgl. Art. 14 Abs. 5, Art. 17 Abs. 2 des Protokolls über die Regelung von Streitigkeiten über die Verletzung und die Rechtsgültigkeit von Gemeinschaftspatenten sowie Art. 93 Abs. 5, Art. 94 Abs. 2 der Gemeinschaftsmarkenverordnung) Gerichte der unerlaubten Handlungen auch gegen erst drohende Verletzungshandlungen angerufen werden können (BGH, GRUR 1994, 530, 532 - Beta; Pieper, GRUR 1996, 147, 149).

Schließlich wird durch das hier vertretene Verständnis des Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ die Zuständigkeit für präventiven Rechtsschutz und Schadensersatzbegehren harmonisiert (vgl. Mankowski, EWS 1994, 305, 307).

Ist Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ hiernach auch auf vorbeugende Unterlassungsklagen anwendbar, so ist im Streitfall die internationale Zuständigkeit des angerufenen Gericht hinsichtlich des gegen die Bekl. zu 3. erhobenen, auf eine drohende Verletzung des deutschen Teils des Klagepatents gestützten Unterlassungsanspruches begründet. Denn nach dem Vortrag der Kl. ist, wie noch dargelegt wird, ernstlich und greifbar zu besorgen, daß die Bekl. zu 3. den deutschen Teil des Klagepatents künftig dadurch verletzt, daß sie den angegriffenen, von ihr hergestellten DTaP-Impfstoff an die in Deutschland ansässige Bekl. zu 2. zum Zwecke des Weitervertriebs in ganz Deutschland, also auch in Nordrhein-Westfalen, liefert.

B. Die im vorstehenden Umfang zulässige Klage ist im zuerkannten Umfang begründet.

Das Unterlassungsbegehren der Kl. ist gegenüber den Bekl. zu 2. und zu 3. aus §§ 9 Nr. 1, 139 Abs. 1 Patentgesetz (PatG) gerechtfertigt.

tigt, weil eine Verletzung des deutschen Teils des Klagepatents durch die Bekl. zu 2. und zu 3. ernsthaft und greifbar zu besorgen ist. Eine gesonderte Zuerkennung des Patentanspruchs 19 ist entbehrlich, weil es sich bei diesem nur um einen Unteranspruch des Patentanspruchs 1 des Klagepatents handelt. Die weitergehende Klage hat hingegen keinen Erfolg. Die gegen die Bekl. zu 2. und zu 3. außerdem geltend gemachten Ansprüche auf Rechnungslegung, Auskunftserteilung, Leistung einer angemessenen Entschädigung und Schadensersatz gemäß §§ 9, 139 Abs. 2, 140b Abs. 1 und Abs. 2 PatG, Art. II § 1 Abs. 1 des Gesetzes über Internationale Patentübereinkommen (IntPatÜG) und §§ 242, 259 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) stehen der Kl. nicht zu, weil die Bekl. zu 2. und zu 3. den deutschen Teil des Klagepatents mit dem angegriffenen Erzeugnis bisher nicht verletzt haben. Nicht gerechtfertigt sind ferner sämtliche gegen die Bekl. zu 1. erhobenen Klageansprüche, weil die Bekl. zu 1. das Klagepatent bisher ebenfalls nicht benutzt hat und hinsichtlich der Bekl. zu 1. - anders als bei den Bekl. zu 2. und zu 3. - auch keine konkrete Gefahr einer Verletzung des deutschen Teils des Klagepatents besteht.

I. Das Klagepatent betrifft ein Verfahren zur Entgiftung von Pertussisholotoxin mittels der genetischen Veränderung von DNS-Segmenten, welche für einen oder mehrere Aminosäurereste (residues), die für die biologische Wirksamkeit des Toxins von wesentlicher Bedeutung sind, codieren. Es betrifft weiter ein Verfahren zur Erzeugung von genetisch abgewandelten Bakterien der Art *Bordetella pertussis*, welche dieses entgiftete Pertussisholotoxin produzieren. Die Erfindung nach dem Klagepatent erstreckt sich ferner auf entgiftete Pertussisholotoxine, daraus hergestellte Impfstoffe und mutierte TOX-Operons zur Herstellung derartiger Holotoxine (*wird ausgeführt*).

II. Wie die Kl. schlüssig dargetan hat und von den Bekl. nicht konkret in Abrede gestellt worden ist, verwirklicht der angegriffene, genetisch hergestellte zellfreie Pertussisimpfstoff sowohl als Monokomponenten-Impfstoff mit der Bezeichnung "G." als auch in seiner Kombination mit Diphtherie- und Tetanusimpfstoff mit der Bezeichnung "Tri-G." sämtliche Merkmale des Patentanspruchs 1 und des nebengeordneten Patentanspruchs 6 sowie des Patentanspruchs 22 i.V.m. Patentanspruch 19 in der hier geltend gemachten Fassung des Einspruchsverfahrens. Soweit die Bekl. zu 2. dies mit Nichtwissen bestritten hat, ist dies unzureichend. Ein substantiiertes Bestreiten ist hierin im Hinblick auf den konkreten und substantiierten Sachvortrag der Kl. nicht zu sehen.

III. Es besteht die ernsthafte und greifbare Besorgnis, daß die Bekl. zu 2. und zu 3. in

absehbarer Zeit mit dem angegriffenen Pertussisimpfstoff in Gestalt des DTaP-Impfstoffes "Tri-G." den deutschen Teil des Klagepatents verletzen werden.

Ein Unterlassungsanspruch, der sich - wie hier - gegen eine künftige Verletzungshandlung richtet, setzt eine Begehungsgefahr voraus, d. h. die ernsthafte Besorgnis, daß in Zukunft gegen die gegebene Unterlassungspflicht verstoßen wird (vgl. BGH, GRUR 1992, 318, 319 - Jubiläumsverkauf; GRUR 1992, 612, 614 - Nicola). Diese ernsthafte Besorgnis einer bevorstehenden Rechtsverletzung kann begründet sein, wenn entweder die Gefahr einer erstmaligen Verletzungshandlung (Erstbegehungsgefahr) oder die Gefahr der Wiederholung eines schon einmal begangenen Verstoßes besteht (vgl. BGH, GRUR 1992, 318, 319 - Jubiläumsverkauf). Für den Unterlassungsanspruch kommt es daher auf die ernsthafte Besorgnis der künftigen Rechtsverletzung an, ohne daß maßgeblich ist, ob dieser auf Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr beruht (BGH, GRUR 1992, 405 - Systemunterschiede). Die drohende Verletzungshandlung muß sich dabei in tatsächlicher Hinsicht so greifbar abzeichnen, daß eine zuverlässige Beurteilung unter rechtlichen (hier: patentrechtlichen) Gesichtspunkten möglich ist (vgl. BGH, GRUR 1990, 687, 688 - Anzeigenpreis II; GRUR 1992, 405 - Systemunterschiede; GRUR 1992, 318, 319 - Jubiläumsverkauf; BGH, GRUR 1992, 612, 614 - Nicola; vgl. ferner Benkard/Rogge, Patentgesetz/Gebrauchsmustergesetz, 9. Aufl., § 139 PatG Rdnr. 28).

Danach setzt der hier geltend gemachte Unterlassungsanspruch voraus, daß über die bloße Möglichkeit einer zukünftigen Verletzung des deutschen Teils des Klagepatents hinaus auch konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß die Patentverletzung ernsthaft und greifbar zu besorgen ist. Das ist der Fall (*wird ausgeführt*).

IV. 1. Da eine rechtswidrige Benutzung des deutschen Teils des Klagepatents durch die Bekl. zu 2. und zu 3. ernsthaft und greifbar zu besorgen ist, sind die Bekl. zu 2. und zu 3. der Kl. zur Unterlassung verpflichtet, § 139 Abs. 1 PatG. Einer gesonderten Zuerkennung des Anspruchs 19 bedarf es nicht, weil es sich bei diesem nur um einen Unteranspruch des Patentanspruchs 1 des Klagepatents handelt.

Entgegen der Auffassung der Bekl. entfaltet das Klagepatent auch nach der Entscheidung der Einspruchsabteilung unverändert seine volle Wirkung. Bei der Entscheidung der Einspruchsabteilung handelte es sich nur um eine nicht rechtskräftige Zwischenentscheidung, mit der offenbar in üblicher Weise allein festgestellt worden ist, daß das Klagepatent, unter Berücksichtigung der während des Einspruchsverfahrens vorgenommenen Änderungen den

Anforderungen des Europäischen Patentübereinkommens genügt. Daß das Klagepatent mit der Zwischenentscheidung bereits teilweise widerrufen worden ist, haben die Bekl. nicht dargetan. Wenn dem aber so ist, besteht das Klagepatent mit seinen eingetragenen Patentansprüchen nach wie vor und die Kl. macht dieses hier nur im beschränkten Umfange geltend, womit sie dem Umstand Rechnung trägt, daß sich das Klagepatent im Einspruchsverfahren nicht im vollen Umfang als rechtsbeständig erweisen wird.

Abgesehen davon kann aber auch die These, daß bis zur Bekanntmachung des Hinweises im Patentblatt auf die Entscheidung der Einspruchsabteilung nach Art. 103 EPÜ, mit der ein europäisches Patent im beschränkten Umfange aufrechterhalten wird, dem erhaltenen Restpatent nur eine "aufschiebend bedingte Wirksamkeit" zukomme, die allenfalls mit den Wirkungen zu vergleichen sei, die ein Erteilungsbeschluß nach Art. 97 Abs. 2 EPÜ bis zur Veröffentlichung des Hinweises nach Art. 97 Abs. 4 im Europäischen Patentblatt entfalte, und daß die Wirkungen des Patentes erst ab der Bekanntmachung des Hinweises auf die Entscheidung der Einspruchsabteilung voll eintreten, nicht überzeugen. Denn diese Auffassung findet im EPÜ keine Stütze. Nach Art. 64 EPÜ wird dem Inhaber eines europäischen Patents die Ausschließlichkeitwirkung eines nationalen Patents vom Tag der Bekanntmachung des Hinweises auf seine Erteilung an gewährt. Diese Wirkung entfällt nach Art. 68 EPÜ ex tunc nur dadurch, daß das Patent im Einspruchsverfahren widerrufen wird. Wird das Patent teilweise oder in geänderter Form aufrechterhalten, so bewirkt der Widerruf nur eine rückwirkende Beseitigung der Schutzwirkungen des Patents im Umfang des Widerrufs, wie es in Art. 68 EPÜ ausdrücklich heißt, nicht jedoch in dem Umfang, in dem das Patent teilweise oder in geändert Form aufrechterhalten wird (vgl. bereits Kammer, Urte. v. 2.4.1996, 4 O 229/91, Entscheidungen 1996, 24, 29 - rekombinantes Erythropoietin III).

2. Die mit der Klage gegen die Bekl. zu 2. und zu 3. ferner erhobenen Ansprüche auf Rechnungslegung, Auskunftserteilung, Leistung einer angemessenen Entschädigung und Schadensersatz stehen der Kl. jedoch nicht zu. Denn es kann nicht festgestellt werden, daß die Bekl. zu 2. und zu 3. den deutschen Teil des Klagepatents mit dem angegriffenen Erzeugnis bereits verletzt haben.

V. Insgesamt unbegründet sind ferner die gegen die Bekl. zu 1. erhobenen Klageansprüche.

Gegen die Bekl. zu 1. steht der Kl. auch ein vorbeugender Unterlassungsanspruch nicht zu. Denn sie hat nicht dargetan, daß Tatsachen

vorliegen, die die Besorgnis künftiger Verletzungshandlungen der Bekl. zu 1. rechtfertigen.

Es ist bereits nicht ersichtlich, daß die später mit der Bekl. zu 1. verschmolzene B. AG zu irgendeinem Zeitpunkt die Absicht hatte, den hier streitgegenständlichen Keuchhustenimpfstoff selbst herzustellen, anzubieten und/oder zu vertreiben. Wie die Kl. nicht mehr in Abrede gestellt hat, hat die B. AG zudem vor ihrer Verschmelzung mit der Bekl. zu 1. durch Verschmelzungsvertrag vom 22. November 1996 und noch vor Klageerhebung ihren gesamten Humanimpfstoff-Geschäftszweig endgültig in die Bekl. zu 2. eingebracht. Nach dem unwiderlegten Vorbringen der Bekl. zu 1. hat sich diese selbst in der Vergangenheit zu keinem Zeitpunkt mit der Entwicklung und Herstellung von Impfstoffen beschäftigt. Unstreitig ist ferner, daß der angegriffene Keuchhustenimpfstoff bisher nicht von der Bekl. zu 1. hergestellt, angeboten oder verkauft worden ist. Schließlich ist auch weder dargetan noch ersichtlich, daß die Bekl. zu 1. künftig hierzu übergehen könnte. Eine Begehungsgefahr ist unter diesen Umständen offensichtlich nicht gegeben, ohne daß es darauf ankommt, ob die Bekl. zu 1. sich entsprechend ihrem Vorbringen auch gegenüber der A. Corporation, USA, verpflichtet hat, keine Impfstoffe zur Prophylaxe gegen Infektionskrankheiten des Menschen zu entwickeln, herzustellen und zu vertreiben.

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt zugleich, daß der Kl. mangels einer Benutzung des deutschen Teils des Klagepatents durch die Bekl. zu 3. auch keine Ansprüche auf Rechnungslegung, Auskunftserteilung, Leistung einer angemessenen Entschädigung und Schadensersatz gegen diese zustehen.

VI. Zu einer nach § 148 ZPO möglichen Aussetzung des Rechtsstreits im Hinblick auf das gegen das Klagepatent anhängige Einspruchsverfahren besteht keine hinreichende Veranlassung (*wird ausgeführt*).

§ 139 Abs. 2 PatG

Zur Ermittlung des durch eine Patentverletzung entgangenen Gewinns.

(Urteil vom 13. Oktober 1998, 4 O 348/94 - Rammverpreßpfahl)

Sachverhalt: Die Kl. ist eingetragene Inhaberin des deutschen Patentes 27 45 427 (Klagepatent, Anlage K 2), das eine Vorrichtung zum Verbinden des freien Endes eines I-förmigen Rammverpreßpfahles mit einer zu verankernden Vertikalwand betrifft; wegen Verletzung dieses Schutzrechtes nimmt sie die

Bekl. auf Schadenersatz in Anspruch.

Die dem Klagepatent zugrundeliegende Anmeldung ist am 8. Oktober 1977 eingereicht und am 8. März 1979 bekanntgemacht worden; der Hinweis auf die Patenterteilung ist am 9. April 1981 veröffentlicht worden. Seit dem 8. Oktober 1995 ist die Schutzdauer des Klagepatentes abgelaufen.

Die beiden einzigen Patentansprüche haben in der Fassung des Urteils des Bundespatentgerichts vom 16. April 1986 (3 Ni 28/85 (vgl. Anlage K 1) folgenden Wortlaut:

"1. Vorrichtung zur Verbindung des freien Endes eines I-förmigen Ramm-Verpreßpfahles an einer zu verankernden Vertikalwand, insbesondere Spundwand, wobei der Steg des I-förmigen Pfahles im Verbindungsbereich ausgebrannt ist und zwischen den Flanschen des I-förmigen Pfahles Verstärkungsplatten vorgesehen sind, an denen sich ein an der Vertikalwand befestigbares Gewindeglied mit einem hammerkopffartigen Ende abstützt, *dadurch gekennzeichnet*, daß sich die Verstärkungsplatten (8, 9) bis in den stehenbleibenden Bereich des Steges (7) des I-förmigen Pfahles (3) erstrecken und in diesen etwa mittige Ausnehmungen (11) ausgebildet sind, in die das hammerkopffartige Ende (6) des Gewindegliedes (4) eingreift.

2. Vorrichtung nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß mindestens eine der gegeneinanderliegenden Flächen (14, 15) der Verstärkungsplatten (8, 9) und des Hammerkopfes (6) des Gewindegliedes ballig ausgebildet ist."

Die Kammer hat durch Urteil vom 9. März 1993 (4 O 131/92) u.a. ausgesprochen, daß die Bekl. gesamtschuldnerisch mit der Kurt A. Spezialtiefbau GmbH wegen mittäterschaftlicher Verletzung dieses Patentes verpflichtet ist, der Kl. allen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die im Urteilsauspruch zu I. 1. bezeichneten, seit dem 8. April 1979 begangenen Handlungen entstanden ist und noch entsteht; das Urteil ist rechtskräftig. A. war neben weiteren Unternehmen als Subunternehmerin an dem Bauvorhaben "B." der C. AG in D. beteiligt. Für die im Zuge ihrer Bauarbeiten erforderliche Errichtung einer Spundwand hatte A. die notwendigen Verankerungsarbeiten in eigener Verantwortung durchzuführen. Ausgenommen hiervon waren nur die Rammverpreßpfähle, die im Auftrag des Generalunternehmers, der E. AG, durch die Firma F. Tiefbau als Subunternehmerin errichtet wurden. Für die Herstellung und Lieferung der Rammverpreßpfähle schaltete F. ihrerseits die Kl. ein, während A. die zu den Rammverpreßpfählen gehörigen Gewindeglieder bei der Bekl. fertigen ließ. Auf der Baustelle fügte A. die Gewindeglieder anschließend - wie die Bekl. wußte - mit den Rammverpreßpfählen

der Kl. zur Verankerung der Spundwand zusammen, so daß eine Gesamtvorrichtung bestehend aus Rammverpreßpfahl und Gewindeglied entstand, die wortsinngemäß von den Merkmalen der Ansprüche 1 und 2 des Klagepatentes Gebrauch machte.

Die Kl. berechnet ihren durch die vorbeschriebenen Verletzungshandlungen erlittenen Schaden auf der Grundlage des entgangenen Gewinns und trägt vor: Aufgrund ihres Angebotes vom 10. Oktober 1991 (Anlage K 3) habe sie von E. telefonisch die Zusage erhalten, den Auftrag für die Lieferung des gesamten für die Spundwandverankerung benötigten Materials zu erhalten und die im Zusammenhang mit der Lieferung des Materials stehenden Arbeiten durchzuführen, wobei der Gesamtauftragswert 443.832,- DM betragen habe. Die Bekl. habe sich in den Auftrag hineingedrängt mit der Behauptung, sie könne zu einem günstigeren Preis ebenso geeignete Gewindeglieder liefern, die von der Lehre des Klagepatentes keinen Gebrauch machten. Hierdurch habe sie - die Kl. - praktisch nur die Rammverpreßpfähle liefern können, während die in den Deckungsbeitragskalkulationen gemäß Anlagen K 7 und K 11 jeweils aufgeführten Positionen des zugesagten Auftrages bestehend aus der Lieferung der Gewindeglieder und den damit in Zusammenhang stehenden Arbeiten ihr durch das patentverletzende Verhalten der Bekl. entgangen seien. Der Bruttowert des entgangenen Auftrags teils betrage unter Zugrundelegung der im Angebot vom 10. Oktober 1991 enthaltenen Preise 331.667,- DM; hiervon verbleibe nach Abzug der Kosten für Material, Fertigung und Fracht ein entgangener Deckungsbeitrag in Höhe von 66.411,24 DM, der ihr als entgangener Gewinn ersetzt werden müsse.

Außerdem habe sie unter Mitwirkung ihrer jetzigen Prozeßbevollmächtigten und Patentanwälte die Bekl. zur Vervollständigung ihrer Rechnungslegung anhalten müssen und hierfür weitere Kosten in Höhe von insgesamt 935,- DM aufwenden müssen. Vor Beginn des Rechtsstreits habe die Bekl. auf den Schadenersatzanspruch wegen entgangenen Gewinns einen Teilbetrag von 5.500,- DM und auf die nach ihrer Auffassung von der Bekl. ebenfalls zu erstattenden Kosten für die Aufforderung zur Ergänzung der Rechnungslegung 355,92 DM gezahlt; als entgangener Deckungsbeitrag seien daher noch 60.911,24 DM und als Rest zu erstattender Anwalts- und Patentanwaltskosten noch 579,08 DM offen, wobei sich die Bekl. mit der Zahlung von 30.000,- DM Schadenersatz und 579,08 DM Erstattung von Anwaltskosten aufgrund des als Anlage K 10 vorgelegten Mahnschreibens seit dem 15. Dezember 1993 in Verzug befinde. Die Summe der beiden noch offenen Beträge ist Gegenstand der jetzigen der

Bekl. am 12. Januar 1995 zugestellten Klage.

Die Bekl. hält die gegen sie erhobenen Ansprüche für ungerechtfertigt und trägt vor: Grundlage einer etwaigen Schadensberechnung der Kl. könne nicht der gesamte Auftrag sein, sondern nur die Lieferung der Gewindeglieder. Da der Generalbauunternehmer E. der Firma A. nicht vorgeschrieben habe, von wem sie die einfachen Stahlbauteile beziehen sollte, lasse sich nicht feststellen, daß sie die Kl. beauftragt hätte, wenn sie - die Bekl. - die Gewindeglieder nicht geliefert hätte.

Im übrigen könne die Kl. ihren Schaden nicht auf der Grundlage des Deckungsbeitrages berechnen, und auch ihre Deckungsbeitragskalkulation sei unzutreffend.

Die Kammer hat Beweis erhoben und das schriftliche Gutachten des Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters Jürgen G. vom 10. Dezember 1997 eingeholt, auf das wegen näherer Einzelheiten des Ergebnisses der Beweisaufnahme Bezug genommen wird.

Aus den Gründen: Soweit die Kl. von der Bekl. Ersatz ihres durch die patentverletzenden Handlungen entgangenen Gewinns fordert, ist die Klage begründet; hinsichtlich der geltend gemachten Ansprüche auf Erstattung von Anwaltshonoraren für die Aufforderung der Bekl. zur Vervollständigung ihrer Rechnungslegung ist die Klage dagegen unzulässig.

I. Die Kl. hat nach den § 47 Abs. 2 PatG 1968 in Verbindung mit §§ 249, 252 BGB Anspruch auf Zahlung des begehrten und zuerkannten Betrages von 60.911,24 DM. Nach dem Urteil der Kammer vom 9. März 1993 (4 O 131/92, Anlage K 1) ist die Bekl. gesamtschuldnerisch mit der Kurt A. Spezialtiefbau GmbH verpflichtet, der Kl. allen Schaden zu ersetzen, der ihr dadurch entstanden ist und noch entstehen wird, daß sie seit dem 8. April 1979 Gewindeglieder hergestellt, in den Verkehr gebracht, feilgehalten oder gebraucht hat, die zusammen mit den von der Kl. gelieferten I-förmigen Rammverpreßpfählen Vorrichtungen ergeben haben, die die technische Lehre des Klagepatentes verwirklichen.

1. Die Kl. kann ihren Schaden nach §§ 249, 252 BGB auf der Grundlage des ihr durch die patentverletzenden Handlungen entgangenen Gewinns berechnen. Diese Berechnungsart gehört zu den anerkannten Möglichkeiten des verletzten Patentinhabers, dem ihm durch die schutzrechtsverletzenden Handlungen entstandenen Schaden zu berechnen (Benkard/Rogge, PatG und Gebrauchsmustergesetz, 9. Auflage, § 139 PatG Rdnr. 61 und 62 m.w.N.). Als entgangen gilt nach § 252 Satz 2 BGB derjenige Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit

Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Hierzu gehört auch der Gewinn, der dem verletzten Schutzrechtsinhaber durch die Verringerung seines eigenen Absatzes infolge der Patentverletzung entgangen ist. Die Berechnungsart erfordert die Feststellung der Ursächlichkeit zwischen Patentverletzung und Absatzverlust und die gegebenenfalls im Wege der Schätzung gemäß § 287 ZPO zu treffende Feststellung der Höhe des entgangenen Gewinns. Läßt sich feststellen, daß die Abnehmer ihre Bestellungen dem Patentinhaber zugewandt hätten - wobei das Vorhanden anderer leistungsfähiger Mitbewerber wesentlich sein kann - wird angenommen, daß dem Patentberechtigten derjenige Absatz entgangen ist, den der Verletzte durch die rechtswidrige Verwendung der Verletzungsform für sich erzielt hat. Der Verletzte braucht auch nicht für jede Einzellieferung nachzuweisen, daß er sie ohne die patentverletzende Tätigkeit hätte ausführen können; es genügt die Feststellung, daß sich seine Umsätze ohne die patentverletzenden Handlungen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge unter den besonderen Umständen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit in einem nach § 287 ZPO zu schätzenden Umfang erhöht hätten (Benkard/Rogge, a.a.O., Rdnr. 62; BGH GRUR 1979, 869, 870 - Oberarmschwimmringe). Um zu vermeiden, daß der Schädiger der Gefahr willkürlicher Festsetzungen ausgesetzt ist, müssen für die Schätzung des entgangenen Gewinns konkrete Anhaltspunkte bestehen; es muß eine auf das konkrete Produkt bezogene Gewinnkalkulation vorgelegt werden. Der Verletzte ist so zu stellen, wie er stünde, hätte die Bekl. das Klagepatent nicht verletzt. Besteht der Schaden in erlittenen Umsatzeinbußen, ist zu berücksichtigen, daß der Verletzte einerseits höhere Umsatzerlöse hätte erzielen können, andererseits aber auch Aufwendungen gehabt hätte, um die entgangenen Lieferaufträge erfüllen zu können, die ihm aber infolge des Entganges nicht entstanden sind und die deshalb auch vom zu ersetzenden Schaden abzuziehen sind. Dazu gehören variable Kosten, die speziell durch die Ausführung der entgangenen Aufträge angefallen wären wie etwa solche für die Beschaffung des benötigten Materials und Kosten für das mit der Abwicklung des Auftrages befaßte Personal. Diejenigen Kosten, die mit der Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft, mit der Unterhaltung der Be- und Vertriebsanlagen sowie mit der Betriebsführung und der Verwaltung zusammenhängen, müssen zwar auch Gegenstand der Preiskalkulation des Verkäufers sein, aber sie scheiden als Element der Schadensberechnung regelmäßig aus, weil sie anfallen, einerlei ob es zur Abwicklung eines konkreten Auftrages kommt oder nicht. Betriebswirtschaftlich findet diese Ansicht ihre Rechtfertigung

darin, daß der sich aus der Differenz zwischen den entgehenden Erlösen und dem einzusparenden variablen Kosten ergebende Deckungsbeitrag zur Deckung der fixen Kosten dient (BGH Betriebsberater 1989, 798, 799 betreffend Schadenersatz wegen Nichterfüllung einer Bierbezugsvereinbarung). Geht man hiervon aus, ist der von der Kl. als entgangener Deckungsbeitrag verlangte Betrag ersatzfähig.

a) Die Kammer geht davon aus, daß die Kl., hätte die Bekl. sich nicht mit dem Angebot billigerer und angeblich nicht patentverletzender Gewindeglieder hineingedrängt, nicht nur mit der Lieferung der für sie patentgeschützten Gewindeglieder, sondern auch mit den anderen in den Anlagen K 7 und K 11 aufgeführten und entgangenen Teilen des Angebotes gemäß Anlage K 3 beauftragt worden wäre. Dritte Bewerber waren nicht vorhanden, und die Bekl. hat den Auftrag nur an sich ziehen können, indem sie die Kl. bei den Zugankern unterboten und wahrheitswidrig angegeben hat, diese seien nicht patentverletzend. Das spricht dafür, daß die Vergabe des Auftrages an die Bekl. entscheidend von dieser Frage abhing und derjenige, der mit der Lieferung der Zuganker beauftragt werden würde, auch die übrigen hiermit in Zusammenhang stehenden Leistungen übernehmen sollte. Konkrete Anhaltspunkte dafür, daß die Kl. ohne das patentverletzende Verhalten der Bekl. nur mit der Lieferung der Gewindeglieder beauftragt worden wäre, während die von der Kl. angebotenen hiermit in Zusammenhang stehenden Leistungen an Dritte oder die Bekl. vergeben worden wären, hat die Bekl. nicht vorgetragen; die Kl. hätte sich hierauf auch nicht einzulassen brauchen und hätte ein entsprechendes Angebot der Generalunternehmerin ablehnen können, die dann keine Möglichkeit mehr gehabt hätte, passende patentgemäße Gewindeglieder zu den von der Kl. gelieferten Rammverpreßpfählen zu bekommen.

b) Der nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen in seinem schriftlichen Gutachten ermittelte entgangene Deckungsbeitrag umfaßt die von der Kl. verlangte Summe in vollem Umfang. Übereinstimmend mit den vorstehend dargelegten Grundsätzen hat er als entgangenen Gewinn der Kl. die Differenz zwischen zusätzlichem auftragsbezogenem Erlös und zusätzlichen auftragsabhängigen Kosten verstanden, die der Kl. bei angenommener Durchführung des umstrittenen Auftrages entstanden wären.

Von den auftragsabhängigen Erlösen bzw. den Gesamtwert des entgangenen Auftragsteils, der unstrittig 313.667,-- DM beträgt (vgl. Anlage K 7), sind folgende Kosten abzuziehen:

aa) Als zusätzlichen auftragsbezogenen Materialaufwand hat der Sachverständige aus

den von der Kl. vorgelegten Unterlagen einen Betrag von rund 182.200,-- DM (sogenannte Materialeinzelkosten) ermittelt. Dieser Betrag erhöht sich um weitere 9.880,-- DM zur Berücksichtigung zusätzlicher nicht unmittelbar zuordenbarer Materialaufwendungen, der Materialgemeinkosten, wobei der Sachverständige das Verhältnis zwischen der Gesamtleistung des Unternehmens der Kl. im Sinne des § 275 Abs. 2 Sätze 1 und 2 HGB zu dem entgangenen Auftrag von 3,13 % zugrundegelegt und diesen Prozentsatz vom Gesamtauftragswert für die Schätzung der Materialgemeinkosten zugrundegelegt hat.

bb) An Kosten für zusätzlichen auftragsbezogenen Personalaufwand hat der Sachverständige aus den Nachweisen der Kl. einen Betrag von 20.451,-- DM ermittelt. Weitere Personalkosten für Angestelltegehälter in den Bereichen Einkauf, Lagerbuchhaltung oder anteilige Betriebsleitung hat der Sachverständige nicht in Ansatz gebracht mit der Begründung, der streitbefangene Auftrag hätte aufgrund seiner Geringfügigkeit die Gesamtleistung der Kl. nur um 1,87 % erhöht, und angesichts dieser relativen Geringfügigkeit sei davon auszugehen, daß das vorhandene Personal die vorgenannten Arbeiten ohne besondere Kosten mit hätte erledigen können. Auch habe die Kl. selbst angegeben, im Falle der ordnungsgemäßen Auftragsdurchführung im wesentlichen auf bereits vorliegende Unterlagen zurückgreifen zu können, so daß außerhalb der eigentlichen Fertigung ein weiterer auftragsbezogener Personaleinsatz allenfalls weniger Mann-Stunden erforderlich gewesen wäre.

Wegen der Geringfügigkeit der entgangenen Auftragsteile und dem damit verbundenen nicht feststellbaren geringen Verschleiß der Produktionsanlagen hat der Sachverständige davon abgesehen, zusätzliche Abschreibungen auf Sachanlagen zu berücksichtigen; das ist nicht zu beanstanden.

cc) An zusätzlichen auftragsabhängigen sonstigen betrieblichen Aufwendungen hat der Sachverständige 3.388,-- DM für anteilige Instandsetzungsaufwendungen, Raumkosten, Kfz- und Reisekosten, Kommunikationskosten, Versicherungsprämien, Beiträge und Gebühren, Girokosten, Kosten der Buchhaltung und Büromaterialkosten berücksichtigt und ist hierbei davon ausgegangen, daß dieser Teil wie auch sonst bei der Kl. der ausschließlich auftragsabhängige Teil der sonstigen betrieblichen Aufwendungen bezogen auf die Gesamtleistung der Kl. 1,08 % beträgt; hinzu kommen wie von der Kl. angegeben und zwischen den Parteien nicht umstritten 6.273,-- DM für Frachtkosten.

dd) Für bei Abwicklung des entgangenen Auftragsteils zusätzlich entstehenden Zinsaufwand hat der Sachverständige weitere 282,--

DM vom Auftragswert abgezogen; dies sind 0,09 % der Gesamtleistung der Kl.. Das entspricht den Angaben der Kl., die möglicherweise teilweise auftragsabhängige Zinsaufwendungen mit insgesamt 150.000,-- DM angegeben und davon 15.000,-- DM als tatsächlich auftragsabhängig angesehen hat.

Zieht man die vorstehend zu berücksichtigenden Kosten in Höhe von 222.446,-- DM vom mit 313.667,-- DM zu beziffernden Auftragswert ab, so ergibt sich ein entgangener Gewinn von rund 91.200,-- DM. Dieser Betrag liegt erheblich über den von der Kl. als entgangenen Deckungsbeitrag errechneten 66.411,-- DM und ist nach den weiteren Ausführungen des Sachverständigen darauf zurückzuführen, daß die Kl. bei den Materialkosten von zu hohen Einheitspreisen des Einsatzmaterials ausgegangen ist und ihren Materialkostenanteil um rund 23.700,- DM zu hoch veranschlagt hat.

3. Den nach Berücksichtigung der von der Bekl. geleisteten Teilzahlung von 5.500,-- DM noch zu zahlende restliche entgangene Deckungsbeitrag von 60.911,24 DM ist wie folgt zu verzinsen: 30.000,-- DM sind seit dem 15. Dezember 1993 zu verzinsen, nachdem die Bekl. die ihr von der Kl. mit Anwaltsschreiben vom 24. November 1993 (Anlage K 11) gesetzte Frist bis zu diesem Tage ergebnislos hat verstreichen lassen und damit gemäß § 284 Abs. 2 BGB an diesem Tag in Verzug geraten ist, ohne daß es einer weiteren Mahnung bedurft hätte. Für den verbleibenden Teil stehen der Kl. Rechtshängigkeitszinsen zu, § 291 BGB.

II. Unzulässig ist die Klage dagegen, soweit die Kl. Ersatz dafür verlangt, daß sie die Bekl. zur Vervollständigung ihrer Rechnungslegung aufgefordert und hierzu Honorare für Patent- und Rechtsanwälte aufgewandt hat. Insofern fehlt es bereits an einem Rechtsschutzbedürfnis, weil die Kl. diese Kosten auf einfachem und billigerem Wege hätte geltend machen können. Es handelt sich um Kosten der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil vom 9. März 1993, die im Ausgangsverfahren 4 O 131/92 festgesetzt werden können, soweit sie erstattungsfähig sind.

2. SORTENSCHUTZRECHT

§ 10 SortG

Das Sortenschutzrecht unterscheidet - beispielsweise in § 10 Nr. 1 SortG 1985 - zwischen der Erzeugung und dem Inverkehrbringen von Vermehrungsmaterial. So wie der Sortenschutzinhaber nur das Inverkehrbringen lizenzieren kann, während er sich die Erzeugung selbst vorbehält, kann er

sich durch Lizenzvertrag seiner Rechte auch nur insoweit begeben, als er dem Lizenznehmer das Vermehren aus Mutterpflanzen gestattet, die mit seiner Zustimmung in den Verkehr gelangt sind. Das Sortenschutzrecht bleibt dann hinsichtlich der Erzeugung der Mutterpflanzen bei ihm.

(Urteil vom 24. November 1998, 4 O 404/97 - Poinsettien)

3. GESCHMACKSMUSTERRECHT

§ 940 ZPO

Zu den Voraussetzungen des Erlasses einer einstweiligen Verfügung wegen Geschmacksmusterverletzung.

(Urteil vom 29. April 1999, 4 O 133/99 - Slee-P)

Sachverhalt: Die Ast. nimmt die Ag. wegen Geschmacksmusterverletzung sowie wegen unlauterer Werbeaussagen auf Unterlassung in Anspruch.

Die Ast. ist eingetragene Inhaberin des am 22. Mai 1990 angemeldeten, einen Haus- und Freizeitschuh betreffenden Geschmacksmusters M 90 03 563.

Bis zum Ende des Jahres 1998 standen die Parteien in Geschäftsbeziehungen. Die in Israel ansässige Ag. lieferte von ihr hergestellte Schuhe an die Ast., die sie unter der Bezeichnung "Slee-P" in Deutschland vertrieb; darunter befanden sich auch Schuhe nach dem Geschmacksmuster. Mit Schreiben vom 14. November 1998 erklärte die Ag. die Kündigung des Vertriebsvertrages zum 31. Dezember 1998. Sie bietet nunmehr die bislang über die Ast. vertriebenen Schuhe selbst in Deutschland an.

Die Ast. wirft der Ag. mit dem am 9. März 1999 bei Gericht eingegangenen Antrag eine unerlaubte Nachbildung ihres Geschmacksmusters sowie eine unlautere Abwerbung ihrer Kunden vor.

Die Ag. bittet um Zurückweisung des Antrags. Sie rügt hinsichtlich der wettbewerbsrechtlichen Anträge die örtliche Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts und behauptet, der Gegenstand des Geschmacksmusters sei nicht von der Ast., sondern von ihren - der Ag. - Designern geschaffen worden; seit 1987 entwerfe und vertreibe sie Slipper im Espadrillestil, wie sie Gegenstand des Musters seien.

Aus den Gründen: Der Antrag ist zulässig und im wesentlichen auch begründet.

A. Die örtliche Zuständigkeit des angeru-

fenen Landgerichts Düsseldorf - die hinsichtlich der geschmacksmusterrechtlichen Ansprüche außer Streit ist - ergibt sich hinsichtlich der wettbewerbsrechtlichen Ansprüche aus § 24 Abs. 2 Satz 1 UWG. Denn im Bezirk des angerufenen Gerichts drohte jedenfalls bei Anbringung des Antrags die Wiederholung der angegriffenen Äußerungen. In dem Schreiben vom 26. Januar 1999 hat sich die Ag. gegenüber der A. AG als Geschäftspartnerin der Parteien zu "our future activities in Germany" geäußert und es bestand ohne weiteres die Gefahr, daß sie sich anlässlich der Schuhmesse GDS vom 11. bis 14. März 1999 in Düsseldorf gegenüber anderen Geschäftspartner in gleicher Weise äußern würde.

B. Der geschmacksmusterrechtliche Antrag ist in vollem Umfang, der wettbewerbsrechtliche Antrag ist überwiegend begründet.

I. Die Ast. hat die Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs nach § 14a Abs. 1 GeschmG glaubhaft gemacht. Die Ag. verletzt durch den Vertrieb der in dem als Anlage AS 5 überreichten Prospekt dargestellten und in der Urteilsformel wiedergegebenen Schuhmodelle 303602, 302301, 307702, 322802, 313102, 308102, 305901, 305101, 305802, 304501, 312402, 561401 und 300102 das Geschmacksmuster der Ast.. Das überwiegende Interesse der Ast. an der Durchsetzung ihres Geschmacksmusterrechts rechtfertigt den Erlaß der begehrten einstweiligen Verfügung.

1. Die bei der Geschmacksmusteranmeldung niedergelegten Photos lassen eine den Formensinn des Betrachters ansprechende Gestaltung eines Schuhs erkennen, die im wesentlichen durch folgende Gestaltungselemente gekennzeichnet wird:

a) Es handelt sich um einen als Slipper ausgebildeten Stoff-Hausschuh.

b) Der Schuh weist eine flache Sohle von im wesentlichen gleichmäßiger Höhe auf.

c) Auf der Oberseite der Sohle verläuft eine gegenüber dem Oberschuh nach außen vorstehende wulstartige Randnaht.

d) Der Oberschuh besteht aus zwei Teilen, die durch eine den Vorderschuh abschließende, quer über den Mittelfuß und beidseitig bis zu der Randnaht verlaufende und zum Scheitelpunkt hin leicht nach vorne geneigte etwa daumenbreite Borte voneinander abgesetzt sind.

e) Der Hinterschuh verläuft zur Ferse hin ansteigend und wird an seinem oberen Rand durch eine zweite, an die mittlere Borte etwa rechtwinklig anstoßende, gleichfalls etwa daumenbreite Borte abgeschlossen.

2. Dieses Muster ist schutzfähig.

Nach § 13 GeschmG gilt die Ast. als Anmelderin bis zum Gegenbeweis als Urheber. Diese Vermutung gilt auch im Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung (Kammer, GRUR

1966, 689 - Hemdenstoffmuster; Mitt. 1988, 14, 15 - Polohemd) und ist von der Ag. nicht widerlegt.

Die als Anlage Ag. 6/6a ("Ast 6/6a") vorgelegte eidesstattliche Versicherung der Präsidentin der Ag. ist zur Widerlegung der Urhebervermutung nicht geeignet. In ihr heißt es zwar, die Ag. vertreibe Slipper im sogenannten Espadrillestil seit 1987. Das erlaubt jedoch, auch wenn es in der Erklärung weiter heißt, "that means slippers in the same style as our actual models 303602, 302301" usw. und "same style means that the form and material of the slippers were identical", schon keine hinreichend genaue Erfassung des Gegenstandes, der bereits damals hergestellt und vertrieben worden sein soll. Vor allem hilft die Erklärung deshalb nicht weiter, weil die Präsidentin der Ag. zum damaligen Zeitpunkt noch gar nicht für die Ag. tätig war und daher nur erklären kann, was ihr von anderen mitgeteilt worden ist, ohne daß das Gericht prüfen könnte, von wem diese Mitteilungen stammen, was sie im einzelnen besagen und wie zuverlässig sie sind. Demgemäß heißt es in der Erklärung der Frau B. weiter, *soweit sie wisse* ("to my knowledge") habe die frühere Designerin Ifat C. den Geschäftsführer der Ast. Anfang 1989 getroffen und ihm Alben mit Photographien der aktuellen Designs, unter denen sich auch Schuhe im "Espadrillestil" befunden hätten, präsentiert. Zur Glaubhaftmachung der Behauptung der Ag., der Gegenstand des Geschmacksmusters stamme von ihren Designern, reicht dieses hinsichtlich seiner Quellen nicht überprüfbare und durch keinerlei Unterlagen untermauerte "Wissen" keineswegs aus.

Das Geschmacksmuster erfüllt auch im übrigen die Schutzvoraussetzungen, weil seine Formgestaltung neu und eigentümlich ist, § 1 Abs. 2 GeschmG.

Nach § 13 GeschmG wird mit der Urheberschaft des Musteranmelders gleichzeitig die Neuheit des angemeldeten Musters vermutet (BGH, GRUR 1966, 681, 683 - Laternenflasche; GRUR 1969, 90, 95 - Rüschenhaube; GRUR 1978, 168, 169 - Haushaltsschneidemaschine I; GRUR 1980, 235, 236 - Play family). Einem Muster, dessen Gesamteindruck - wie hier - durch die Kombination mehrerer verschiedener Gestaltungselemente bestimmt wird, fehlt nur dann die Neuheit, wenn sich die vollständige Zusammenfassung aller kombinierten Elemente in einer einzigen Entgegenhaltung aus dem vorbekannten Formenschatz feststellen läßt (vgl. BGH, GRUR 1975, 81, 83 - Dreifachkombinationsschalter; BGH, GRUR 1980, 235, 236 - Play family; GRUR 1996, 767, 769 - Holzstühle). Die Ag. hat jedoch kein Formgut entgegengehalten, das die hiernach zugunsten des Geschmacksmusters sprechende Neuheitsvermutung entkräften könnte. Ihr Vortrag beschränkt sich auf das, was aus der eides-

stattlichen Versicherung ihrer Präsidentin hervor- geht, die aus den dargelegten Gründen nicht ge- eignet ist, die Vorbekanntheit einer bestimmten Formgestaltung glaubhaft zu machen.

Das Klagegeschmacksmuster ist danach auch eigentümlich im Sinne von § 1 Abs. 2 GeschmG. Eigentümlich ist ein Muster nämlich, wenn es in den für die ästhetische Wirkung maß- geblichen Gestaltungselementen als Ergebnis einer eigenpersönlichen form- oder farb- schöpferischen Tätigkeit erscheint, die über das Durchschnittskönnen eines mit der Kenntnis des betreffenden Fachgebietes ausgerüsteten Muster- gestalters hinausgeht (vgl. BGH, GRUR 1969, 90, 95 - Rüschenhaube; GRUR 1975, 81, 83 - Drei- fachkombinationsschalter; GRUR 1977, 547, 549 - Kettenkerze); die Gestaltung des Musters muß Besonderheiten aufweisen, die das Muster von selbstverständlichen, ohne weiteres nahe- liegenden Gestaltungen deutlich abheben (BGH, GRUR 1962, 144, 147 - Bundstreifensatin I), wo- bei auch die Kombination vorbekannter Form- elemente zu einem einheitlichen Muster schutzfä- hig sein kann, wenn sie eine neuartige, eigentüm- liche ästhetische Gesamtwirkung erzielt (BGH, GRUR 1988, 369, 370 - Messergriff). Da jeder konkrete Vortrag der Ag. zu vorbekanntem For- mengut fehlt, der zu einer dem Geschmacksmu- ster entsprechenden Gestaltung hätte anregen können, kann eine überdurchschnittliche gestalte- rische Leistung nicht verneint werden.

3. Die angegriffenen Schuhe bilden das Ge- schmacksmuster objektiv nach. Sie weisen, wie zwischen den Parteien auch nicht streitig ist, sämt- liche gestalterischen Merkmale des Musters iden- tisch auf; auf die unterschiedlichen Farben und Motive, mit denen der Vorderschuh versehen ist, kommt es nicht an.

4. Schließlich liegt auch subjektiv eine verbotene Nachbildung vor. Denn stimmt die Verletzungsform objektiv im wesentlichen mit dem Geschmacksmuster überein, so spricht der Beweis des ersten Anscheins für eine Nachbil- dung des Musters (BGH, GRUR 1958, 509, 511 - Schlafzimmermodell; GRUR 1961, 640, 643 - Straßenleuchte; GRUR 1965, 198, 210 - Küchenmaschine; OLG Düsseldorf, GRUR 1985, 547 - Schlüsselanhänger). Dieser Anscheinsbeweis kann nur durch den Nachweis erschüttert werden, daß der Gestalter der jünge- ren Form das geschützte Muster weder selbst gekannt hat noch ihm diese Kenntnis durch Beschreibung oder Anregung Dritter vermittelt worden ist (BGH, GRUR 1981, 268, 272 - Haushaltsschneidemaschine II); das ist, wie dargelegt, nicht glaubhaft gemacht.

5. Zur Sicherung des danach glaubhaft gemachten Anspruchs ist der Erlaß der begehr- ten einstweiligen Verfügung geboten, § 940 ZPO.

Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung

wegen Geschmacksmusterverletzung setzt ähnlich wie bei einer Patent- oder Gebrauchs- musterverletzung voraus, daß die begehrte Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile für den Antragsteller nötig erscheint (§ 940 ZPO). Dafür ist nicht nur "Dringlichkeit" in ei- nem rein zeitlichen Sinne erforderlich, sondern es bedarf einer materiellen Rechtfertigung des vorläufigen Unterlassungsgebots aus den dem Rechtsinhaber ohne das gerichtliche Eingreifen drohenden Nachteilen (OLG Düsseldorf, GRUR 1983, 79, 80 - AHF-Konzentrat - zum Patent- recht; Kammer, Mitt. 1988, 14/15 - Polohemd; st. Rspr.) Die Prüfung dieser Nachteile erfordert auch eine Berücksichtigung der Interessen des Antragsgegners, die gegen die Interessen des Antragstellers abgewogen werden müssen (OLG Düsseldorf, Mitt. 1980, 117; Mitt. 1982, 230 - Warmhaltekanne). Ist jedoch der Verlet- zungstatbestand glaubhaft gemacht und besteh- en keine durchgreifenden Zweifel an der Rechtsbeständigkeit des Schutzrechts, haben grundsätzlich die Interessen des Verletzten Vorrang, auch wenn die einstweilige Verfügung mit einschneidenden Folgen für den Verletzer verbunden ist. Sie beruhen auf dem Aus- schließlichkeitsrecht und sind für sich kein Grund, die Interessen des Verletzten zurücktre- ten zu lassen, für den in der Regel bereits die Tatsache einen erheblichen Nachteil darstellt, daß er ohne die begehrte einstweilige Verfö- gung sein zeitlich befristetes Recht bis zum Erlaß eines Urteils im Hauptsacheverfahren nicht durchsetzen kann und damit für diesen Zeitraum endgültig verliert.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze kann der Ast. der vorläufige Rechtsschutz nicht versagt werden. Zwar ist bei einem ungeprüf- tem Schutzrecht, wie dem Verfügungsge- schmacksmuster, grundsätzlich besondere Zu- rückhaltung geboten. Jedoch bedarf diese Zu- rückhaltung einer Rechtfertigung aus dem zu beurteilenden Sachverhalt. Die Ag. weist zu Recht darauf hin, daß die Kammer in diesem Zusammenhang die Schwierigkeiten berück- sichtigt, die gerade im Geschmacksmusterrecht die Recherche und Feststellung des vorbekann- ten Formgutes bereiten kann (Kammer, Mitt. 1988, 14, 15 - Polohemd). Diese Schwierigkei- ten rechtfertigen jedoch keine pauschale Ver- weigerung des vorläufigen Rechtsschutzes. Die Ag. hatte seit der Zustellung des Antrages auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf der GDS am 11. März 1999 bis zur mündlichen Verhandlung immerhin vier Wochen Zeit, ihre Verteidigungsmittel zusammenzutragen. Auch unter Berücksichtigung des Umstandes, daß in diesen Zeitraum die Ostertage fallen, stand ihr damit nicht unerhebliche Zeit zur Verfügung. Daß nach der Zustellung auf der Messe zu- nächst eine Übersetzung der Antragschrift in

das Englische oder Hebräische erfolgen mußte, wie die Ag. hervorhebt, ist zwar richtig, jedoch mußte der Ag. das Begehren der Ast. im Prinzip klar sein, denn die Parteien hatten bereits im Vorfeld gestritten und die Ag. hatte sich hierbei bereits durch deutsche Anwälte vertreten lassen. Zudem hätte die Ag. bei der näheren Darlegung und Glaubhaftmachung der mangelnden Schutzfähigkeit des Geschmacksmuster auf das Wissen eigener Mitarbeiter und gegebenenfalls Unterlagen ihres eigenen Geschäftsbetriebes zurückgreifen können; sie stand daher nicht vor den Schwierigkeiten, die derjenige überwinden muß, der vorbekanntes Formengut aus anderen Quellen zusammentragen muß. Bei dieser Sachlage rechtfertigt sich der Erlaß der einstweiligen Verfügung jedenfalls deshalb, weil die Ast. durch die eidesstattliche Versicherung ihres Geschäftsführers glaubhaft gemacht hat, daß die geschmacksmusterverletzende Konkurrenz der Ag. zu einem praktisch vollständigen Auftragsverlust geführt hat, weil die von ihr bislang belieferten Handelsketten und Versandhäuser keine Schuhe mehr abnehmen. Die Schlußfolgerung in der eidesstattlichen Versicherung, der Ast. drohe die Zahlungsunfähigkeit, ist unter diesen Umständen plausibel, und das Interesse der Ast. überwiegt hiernach deutlich das Interesse der Ag. an der Versagung der einstweiligen Verfügung.

Dem steht auch nicht entgegen, daß die Ast. mit der Anbringung des Verfügungsantrags zu lange gezögert hätte, als daß ihr Begehren noch als dringlich angesehen werden könnte. Sie hat zwar bereits mit Schreiben vom 9. Dezember 1998 gegenüber dem Vertriebspartner oder Handelsvertreter Bamberger der Ag. beanstandet, dieser trete an ihre Kunden heran, um künftig Schuhe unter der Bezeichnung "Slee-P" direkt - unter Umgehung der Ast. - zu vertreiben, und in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, sie nehme Geschmacksmusterschutz in Anspruch. Sie hatte jedoch, wie sie unwiderlegt vorgetragen hat, keine Kenntnis davon, ob die Ag. tatsächlich unter Verletzung ihres Geschmacksmusterrechts liefern oder anbieten würde. Das wird auch dadurch bestätigt, daß die Ag. in ihrem Anwaltsschreiben vom 5. Januar 1999 (Anl. Ag 4) die Behauptung eines "patentamtlichen Schutzes" beanstandet, "es sei denn, Sie würden uns eine patentamtliche Bestätigung hierüber vorlegen". Das schloß nicht aus, legte vielmehr nahe, daß die Ag. einen bestehenden Schutz respektieren werde, so daß die Ast. auf dieser Grundlage nicht mit hinreichender Aussicht auf Erfolg eine drohende Geschmacksmusterverletzung geltend machen konnte. Nachdem die Ast. am 10. Februar 1999 durch den an den A. versandten Prospekt von den Verletzungshandlungen Kenntnis erhalten hat, hat sie unter Berücksich-

tigung der für einen geschmacksmusterrechtlichen Antrag erforderlichen Vorbereitungszeit mit hinreichender Eile um gerichtlichen Rechtsschutz nachgesucht.

II. Nach § 1 UWG hat die Ag. ferner die in der Urteilsformel zu I.2 bezeichneten wettbewerbswidrigen Äußerungen zu unterlassen. Im übrigen ist der Antrag zu I.2 unbegründet (*wird ausgeführt*).

4. KENNZEICHENRECHT

§ 5 Abs. 1 MarkenG

Ebenso wie durch den Betrieb eines Ladenlokals unter einer bestimmten Bezeichnung ein Recht an dieser Geschäftsbezeichnung erworben werden kann, kann dies auch durch den Betrieb eines Handelsgeschäfts im Internet geschehen.

(Urteil vom 20. April 1999, 4 O 101/99 - info-shop)

Sachverhalt: Die Parteien streiten um die Berechtigung der Ag., die Internetadresse (Domäne) info-shop.de benutzen zu dürfen.

Die Ast. ist seit dem 26. Oktober 1998 unter der geschäftlichen Bezeichnung Info-shop Electronics Europe PLC beim Registrar of Companies for Wales and England eingetragen. Sie hat ihren Sitz in London und eine in A. gelegene deutsche Betriebsstätte. Sie bzw. ihr gesetzlicher Vertreter meldete zum 26. Oktober 1998 ein Gewerbe zum Handel mit Elektronik beim Gewerbeamt der Stadt A. unter der Bezeichnung "Info-shop Electronics Europe plc" an. Für das Geschäftsjahr 1999/2000 ist die Gründung weiterer Betriebsstätten in der Bundesrepublik Deutschland geplant.

Die Ast. bietet Internetdienstleistungen, vornehmlich Software-Lösungen für den Betrieb von Verkaufssystemen im Internet, und Hardware an. Der Domain-Name "info-shop.de" ist bei der DENIC für die Ag. seit dem 10. Januar 1997 registriert. Bereits am 1. März 1995 meldete die Ag. beim Gewerbeamt ein Gewerbe für den Handel mit EDV- und Telekommunikationsgeräten an. Sie bietet EDV-Hard- und Software und außerdem Dienstleistungen rund um das Thema Telekommunikation und Internet an.

Die Ast. beabsichtigt, sich und ihre Dienstleistungen im Internet auf eigenen Webseiten darzustellen. Bei dem Versuch, die Domäne "Info-shop.de" bei dem Deutschen Network Information Center (DENIC e.G.) in Frankfurt, für sich registrieren zu lassen, erfuhr sie, daß die Domäne bereits für die Ag. eingetragen ist.

Die Ast. sieht in der Benutzung der Internetadresse infoshop.de eine Verletzung des Rechts an ihrer geschäftlichen Bezeichnung, von der sie behauptet, daß sie sie seit dem 26. Oktober 1998 im geschäftlichen Verkehr benutze, während die Ag. den Vertrieb ihrer Produkte erst seit dem 30. Oktober 1998 unter der Bezeichnung "Infoshop" im Internet anbiete.

Die Ag. trägt vor, die Benutzungsaufnahme der genannten DENIC-Registrierung sei bereits zwei Wochen nach Eingang der Bestätigung der Erteilung der Domäne erfolgt. Seit diesem Zeitpunkt habe sie Imagewerbung betrieben für das Waren- und Dienstleistungsassortiment zu ISDN-Anschlüssen, Mobiltelefonen und Zubehör an Hard- und Software. Außerdem sei die Domäne zu diesem Zeitpunkt bereits in allen bekannten deutschen Suchmaschinen eingetragen worden. Seit Mitte Februar des Jahres 1997 biete sie zudem Produkte an. Seit dem 30. Oktober 1998 geschehe dies mit einem speziellen "Shopping-System" unter der Domäne infoshop.de, bei dem sich der Kunde sich einen virtuellen Warenkorb zusammenstellen könne. Hierbei handle es sich jedoch nur um eine innovative Darstellungsweise.

Aus den Gründen: Der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung ist in der Sache unbegründet. Die Ast. hat nicht dargelegt und glaubhaft gemacht, daß ihr ein Unterlassungsanspruch gegen die Ag. wegen der Benutzung ihrer geschäftlichen Bezeichnung "infoshop.de" aus §§ 5, 15 Abs. 4 Markengesetz (MarkenG) oder aus § 12 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) zusteht. Ferner erscheint es nicht zur Abwendung wesentlicher Nachteile für die Ast. nach § 940 der Zivilprozeßordnung (ZPO) geboten, einen möglichen Unterlassungsanspruch der Ast. gegen die Ag. durch den Erlaß eines vorläufigen Verbots zu sichern.

I. Es ist nicht hinreichend glaubhaft gemacht, daß der Ast. ein kennzeichenrechtlicher Unterlassungsanspruch gegen die Ag. zusteht.

1. Zugunsten der Ast. unterstellt die Kammer allerdings, daß sie durch die Ingebrauchnahme ihrer Firma im Inland ein Kennzeichenrecht an der Bezeichnung "Infoshop" erworben hat.

Namens- und kennzeichenrechtlich geschützt ist nicht nur der volle Name einer natürlichen oder juristischen Person oder einer Handelsgesellschaft, sondern auch eine Kurzbezeichnung oder besondere Geschäftsbezeichnung, deren sich diese im geschäftlichen Verkehr bedient, sofern diese Kurzbezeichnung (Firmenschlagwort) Namensfunktion besitzt und geeignet ist, die Person oder das von ihr geführte Unternehmen von anderen zu unterscheiden. Diese Voraussetzungen erfüllt der Firmenbestandteil "infoshop", denn infoshop ist der einzige unterscheidungskräftige Bestandteil

der Firma der Ast.. Er mag zwar wegen seines Anklangs ("information shop") an eine Beschreibung des Tätigkeitsfeldes der Ast. von Haus aus nur von schwacher Kennzeichnungskraft sein, da die Ast. Informationstechnologien, das heißt Internetdienstleistungen, vornehmlich Softwarelösungen für den Betrieb von Verkaufssystemen im Internet und die dazugehörige Hardware, anbietet, erscheint jedoch nicht als glatt beschreibend.

Die Benutzung der Internetadresse infoshop.de kann auch einen Eingriff in die Kennzeichen- und Namensrechte der Ast. darstellen. Denn die Domänen haben, wie die Kammer bereits wiederholt in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Auffassung in der Rechtsprechung entschieden hat, nicht nur Adressen-, sondern auch Namensfunktion (Landgericht Düsseldorf, Entscheidungen der 4. Zivilkammer [Entscheidungen] 1998, 14 = K&R 1999, 137 – alltours.de; Entscheidungen 1998, 86 – NAZAR).

2. Die Ag. hat jedoch ihrerseits jedenfalls am 30. Oktober 1998 ein Kennzeichenrecht an der Bezeichnung "Infoshop" erworben.

Seither bietet sie unter der Internetadresse infoshop.de ihr Waren- und Dienstleistungsassortiment zu ISDN-Anschlüssen, Mobiltelefonen sowie EDV-Hard- und Software zum Einkauf (zur Bestellung) an. Sie unterhält damit unter der Adresse ein "virtuelles Ladenlokal", das seit dem 30. Oktober 1998 "zum Einkauf freigegeben" ist, wie es auf der Homepage heißt und wie die Ast. in der Antragschrift selbst vorgetragen hat.

Damit hat die Ag. ein Recht an einer entsprechenden besonderen Geschäftsbezeichnung (auch Etablissementsbezeichnung genannt) erworben. Denn die Benutzung einer Internetadresse kann nicht nur fremde Namens- oder Kennzeichenrechte verletzen, sondern solche auch begründen, sofern sie vom Verkehr als namensmäßige Bezeichnung einer Person oder als besondere Bezeichnung eines Unternehmens aufgefaßt wird (Kammer, Entscheidungen 1998, 57 – JPNW). Ebenso wie daher durch den Betrieb eines Ladenlokals unter einer bestimmten Bezeichnung ein Recht an dieser Geschäftsbezeichnung erworben werden kann, kann dies auch durch den Betrieb eines Handelsgeschäfts im Internet geschehen.

Erworben wird das Recht an einer geschäftlichen Bezeichnung durch die Aufnahme der Benutzung. Der Schutz für unterscheidungskräftige geschäftliche Bezeichnungen entsteht durch namensmäßigen Gebrauch und zwar unabhängig vom Umfang der Benutzung. Grundsätzlich genügt jede Art einer nach außen gerichteten Tätigkeit, sofern sie auf eine dauernde wirtschaftliche Betätigung schließen läßt. Jede nach außen in Erscheinung tretende Benut-

zungsform, also zum Beispiel die Verwendung der Kennzeichnung auf Geschäftspapieren, im Zusammenhang mit der Anmietung oder dem Bau von Fabrik- oder Büroräumen, die Schalung eines Telefonanschlusses, der Aufbau eines Vertriebsnetzes, oder aber der An- und Verkauf von Waren oder Dienstleistungen wie auch die Benutzung in Vorbereitung der Geschäftseröffnung, zählen hierzu. Nicht ausreichend sind nur interne Vorbereitungshandlungen, z. B. der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages und die Ausarbeitung einer geschäftlichen Konzeption. Die gleichen Grundsätze gelten auch für den Erwerb eines Namensrechts.

Daher ist jedenfalls durch die "Freigabe des Infoshops zum Einkauf" ein Recht der Ag. an der Geschäftsbezeichnung entstanden, unabhängig davon, daß die Ag. diese Bezeichnung nicht firmenmäßig verwenden durfte (und auch nicht verwendet hat). Denn die Führung einer Etablissementsbezeichnung neben der handelsrechtlichen Firma ist grundsätzlich zulässig. Die Etablissementsbezeichnung ist nicht wie eine Firma subjektbezogen, sondern weist auf das Unternehmen als Objekt hin. Sie kann neben der Firma verwendet werden und ist häufig ohne Handelsregistereintragung ein geschäftliches Kennzeichen für Dienstleistungsunternehmen. Derartige Etablissementsbezeichnungen werden beispielsweise häufig für Restaurants oder Hotels verwandt, aber auch als Phantasiebezeichnungen für Einzelhandelsgeschäfte.

3. Daß die Ast. bereits vor dem 30. Oktober 1998 und damit nach § 6 Abs. 3 MarkenG mit besserem Zeitrang ein inländisches Kennzeichenrecht erworben hat, ist nicht ausreichend glaubhaft gemacht. Denn nach der eidesstattlichen Versicherung ihres Directors ist sie erst am 26. Oktober 1998 in das Handelsregister von England und Wales eingetragen worden. Ein inländischer Kennzeichenschutz ist noch nicht mit dieser ausländischen Registrierung, sondern erst mit der auf den Beginn einer dauerhaften Bestätigung schließen lassenden Ingebrauchnahme der Firma im Inland entstanden. Daß diese Ingebrauchnahme gleichfalls bereits am 26. Oktober 1998 stattgefunden hat, ist weder der eidesstattlichen Versicherung noch sonstigen Unterlagen zu entnehmen. In der Gewerbebeanmeldung ist zwar der 26. Oktober als Datum des Beginns der angemeldeten Tätigkeit angegeben. Das schließt jedoch nicht aus, daß damit lediglich das Datum der Handelsregistereintragung übernommen worden ist und der Antrag tatsächlich erst einige Tage später bei der zuständigen Behörde eingereicht worden ist. In Anbetracht des Umstandes, daß zwischen dem angegebenen Datum und dem Tage der "Freigabe" des Infoshops nur drei Tage liegen, kann diese durchaus mögliche

zeitliche Differenz nicht vernachlässigt werden.

II. Darüber hinaus wäre der Erlaß der begehrten einstweiligen Verfügung auch dann nicht gerechtfertigt, wenn man als glaubhaft gemacht ansehen wollte, daß die Ast. bereits am 26. Oktober 1998 ein inländisches Kennzeichenrecht erworben hat.

1. Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung wegen Verletzung eines gewerblichen Schutzrechts setzt voraus, daß die begehrte Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile für den Antragsteller nötig erscheint (§ 940 ZPO). Dafür ist nicht nur "Dringlichkeit" in einem rein zeitlichen Sinne erforderlich, sondern es bedarf einer materiellen Rechtfertigung des vorläufigen Unterlassungsgebots aus den dem Rechtsinhaber ohne das gerichtliche Eingreifen drohenden Nachteilen (OLG Düsseldorf, GRUR 1983, 79, 80 – AHF-Konzentrat – zum Patentrecht; st. Rspr.) Die Prüfung dieser Nachteile erfordert auch eine Berücksichtigung der Interessen des Antragsgegners, die gegen die Interessen des Antragstellers abgewogen werden müssen (OLG Düsseldorf, Mitt. 1980, 117; Mitt. 1982, 230 – Warmhaltekanne; Benkard/Rogge, PatG, 9. Aufl., § 139 Rdnr. 153a). Das gilt auch im Kennzeichenrecht, und zwar auch dann, wenn man entsprechend der ständigen Rechtsprechung der Kammer (Entscheidungen 1997, 100 – Kennzeichenrechtliche Dringlichkeitsvermutung; Entscheidungen 1997, 114 = NJWE-WettbR 1999, 63 – TDI) § 25 UWG entsprechend anwendet (dagegen OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. Mai 1997 [20 U 38/97]). Denn nach § 25 UWG wird der Verfügungsgrund lediglich vermutet und bedarf daher regelmäßig keiner besonderen Darlegung. Ebenso wie aber die zeitlich verstandene Dringlichkeit durch ein längeres Zuwarten des Antragstellers mit der Anbringung seines Verfügungsantrags widerlegt werden kann, kann bei Berücksichtigung des gesamten Streitstoffs die Abwägung der Interessen der Parteien am Erlaß oder an der Versagung der einstweiligen Verfügung zu einer Verneinung des Verfügungsgrundes führen.

2. Im Streitfall ist es zwar nicht hinreichend glaubhaft gemacht, daß die Ag. bereits vor dem 30. und auch vor dem 26. Oktober 1998 ein Recht an der streitigen Kennzeichnung "infoshop" erworben hat. Hierfür sprechen jedoch gewichtige Anhaltspunkte, die es nicht angemessen erscheinen lassen, der Ag. die weitere Benutzung der Bezeichnung im vorläufigen Verfahren zu untersagen.

Zwar befindet sich, wie erwähnt, auf den Internetseiten der Ag. erst unter dem Datum des 30. Oktober 1998 der Hinweis, daß der "infoshop" zum Einkauf freigegeben sei. Unstreitig ist aber, daß die Vergabe der Internetdomäne an die Ag. durch die DENIC bereits im Januar 1997 erfolgt ist. Die Anmeldung und die Verga-

be der Internetdomäne infoshop.de mag zwar keine Aufnahme der Benutzung in dem oben dargestellten Sinne darstellen, denn die Vergabe der Internetdomäne durch die DENIC bedeutet nicht, daß die Ag. damit auch gleichzeitig mit einer eigenen Internetseite, auf der sie sich und ihren Geschäftsbetrieb darstellte, im Internet vertreten war, und schon gar nicht, daß dies in einer Weise geschehen ist, die als Aufnahme der Benutzung der besonderen Geschäftsbezeichnung "Infoshop" gewertet werden könnte. Die Ag. hat jedoch vorgetragen, daß die auf ihren Webseiten angekündigte Eröffnung des "infoshops" am 30. Oktober 1998 sich auf eine Erweiterung ihre Produktbereiches bezogen habe und daß sie die Domäne "infoshop.de" als Bezeichnung ihres Geschäftsbetriebes, nämlich als Etablissementsbezeichnung, im Internet ab Februar 1997 benutzt habe. Bereits zwei Wochen nach Eingang der Bestätigung über die Erteilung der Internet-Domain im Januar 1997 habe sie unter der Domäne infoshop.de Imagewerbung für ihr Dienstleistungssortiment, ihr "virtuelles Ladenlokal", betrieben. Zur Glaubhaftmachung der Aufnahme der Benutzung der geschäftlichen Bezeichnung bereits im Jahre 1997 hat die Ag. immerhin eine als Anlage AG 4 - vermutlich von ihrem Webserver erstellte - Kundenstatistik vorgelegt. Diese weist für den April 1997 aus, daß auf die Website "www.infoshop.de", auf der offenbar die Produkte verschiedener Anbieter präsentiert wurden (s. Rubrik "Am häufigsten gewünschte Seiten"), 86 mal zugegriffen wurde. Es erscheint damit zumindest nicht völlig ausgeschlossen, daß die Ag. Inhaberin eines bereits 1997 entstandenen Kennzeichenrechtes an der geschäftlichen Bezeichnung "infoshop" ist. In einem Hauptsacheverfahren bedürfte dies weiterer Aufklärung. Bei dieser Sachlage erscheint der schwerwiegende Eingriff, der in einem vorläufigen Verbot der von der Ag. bereits 1997 angemeldeten Internetadresse läge, nicht angemessen und es auch unter Berücksichtigung der Interessen der Ast. sachgerecht, es statt dessen zunächst bei der Koexistenz der beiderseitigen Bezeichnungen zu belassen.

§ 25 UWG

Bei der Prüfung der Frage, wann die Dringlichkeitsvermutung widerlegt ist, sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, zu denen insbesondere die Schwere der drohenden Rechtsverletzung gehören, der Umstand, ob die Rechtsverletzung gerade oder besonders intensiv zu einem bestimmten Zeitpunkt droht, der Zeitraum, den der Antragsteller – insbe-

sondere bei tatsächlich oder rechtlich schwierigen Sachverhalten - zu einer sorgfältigen Vorbereitung des Verfügungsantrags benötigt, sowie der Zeitraum, der gegebenenfalls für eine Abmahnung des Antragsgegners und/oder für die zügige Durchführung erfolgversprechender Vergleichsgespräche benötigt wird. In aller Regel ist die Dringlichkeit dann zu verneinen, wenn der Antragsteller über mehrere Wochen ohne sachlichen Grund nichts für die außergerichtliche oder gerichtliche Geltendmachung seines Anspruchs unternommen hat.

(Urteil vom 29. April 1999, 4 O 122/99 - European Classics)

Sachverhalt: Die Ast. nimmt die Ag. wegen Verletzung von Titelschutzrechten auf Unterlassung in Anspruch.

Sie vertreibt unter der Bezeichnung "European Classics" eine Tonträgerserie, die aus CD besteht, auf denen Aufnahmen bekannter klassischer Musikstücke zusammengestellt sind (s. z.B. Anlage Ast. 1: Beethoven, Für Elise; Mozart, Rondo alla Turca; Grieg, Morgenstimmung; Svendsen, Romanze; Händel, Hornpipe aus der Wassermusik; Bizet, Habanera aus Carmen usw.); die Ast. vertreibt diese Tonträger als Werbe-CD, z.B. als "A. Edition" oder "B. Edition" (Anlagen Ast. 2 und 3) oder für Pharmaunternehmen (Anlage Ast. 4).

Sie beanstandet, daß die Ag., ein Unternehmen der pharmazeutischen Industrie, unter der Bezeichnung "European Classics – Klassische Musik aus 12 europäischen Ländern" ihrerseits eine CD mit den gleichen Musikstücken als Werbemittel verbreitet.

Unter dem 15. Dezember 1998 holte die Ag. Angebote für die Produktion einer "CD 'European Classic'" ein, u.a. bei der C. (im folgenden: C.) und der D. GmbH (im folgenden: D.). C. bot der Ag. unter dem 16. Dezember 1998 wie folgt an:

Stückzahl	CD	DM/Stück
10.000	"European Classics"	4,95 DM

Mit gemeinsamem Anwaltsschreiben vom 22. Dezember 1998 beanstandeten C. und die Ast. gegenüber der Ag., sie habe nach Einholung des Angebots von C. sich nunmehr für den Mitbewerber D. entschieden, der ihr – der Ag. – "die gleiche CD mit exakt der gleichen Titelszusammenstellung angeboten" habe. D. werde von ehemaligen C.-Mitarbeitern betrieben und nutze offensichtlich Daten und Informationen, die auf unlautere Weise aus der alten Firma mitgenommen worden seien. Mit dem Angebot an die Ag. verletze D. "Nutzungs- bzw. Urheberrechte meiner Mandantin" und verstoße gegen das Urheberrecht.

Mit Anwaltsschreiben vom 22. Januar 1999 an die Ast. wies D. diese Beanstandungen zurück. In dem Schreiben, mit dem D. die Ast. ihrerseits zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung aufforderte, hieß es u.a.:

"Sie berühen sich in diesem Schreiben beispielsweise der Urheberrechte an der von unserer Mandantin herausgegebenen CD "European Classics", obwohl Ihnen bekannt ist, daß Ihnen solche Rechte nicht zustehen."

Mit Schreiben vom 19. Februar 1999 mahnte die Ast. die Ag. wegen der Benutzung des Titels "European Classics" erfolglos ab.

Mit dem am 8. März 1999 bei Gericht eingegangenen Antrag beantragt die Ast.,

der Ag. zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr Tonträger mit der Bezeichnung "European Classics" zu vertreiben und/oder vertreiben zu lassen.

Die Ag. bittet um Zurückweisung des Antrags. Sie hält das Verfügungsbegehren für nicht dringlich und auch mangels Schutzfähigkeit des Titels "European Classics" für unbegründet.

Aus den Gründen: Es kann dahinstehen, ob die Ast. Titelschutz für die Bezeichnung ihrer Tonträgerserie "European Classics" in Anspruch nehmen kann, was allerdings zweifelhaft erscheint, da der Titel lediglich beschreibt, daß die CD "europäische Klassiker", nämlich bekannte Stücke "klassischer" europäischer Komponisten enthält. Denn jedenfalls fehlt es an einem Verfügungsgrund.

Nach der ständigen Rechtsprechung der Kammer (Landgericht Düsseldorf, Entscheidungen der 4. Zivilkammer [Entscheidungen] 1997, 100 - Kennzeichenrechtliche Dringlichkeitsvermutung; Entscheidungen 1997, 114 = NJWE-WettbR 1999, 63 - TDI) findet zwar die Dringlichkeitsvermutung des § 25 UWG im Kennzeichenrecht entsprechende Anwendung (dagegen allerdings OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. Mai 1997 [20 U 38/97]). Die Dringlichkeitsvermutung kann jedoch widerlegt werden und ist widerlegt, wenn der Antragsteller durch längeres Zuwarten mit der Anbringung seines Verfügungsantrags selbst zu erkennen gibt, daß ihm die Durchsetzung seines materiellen Anspruchs nicht so dringlich ist, daß sie der Sicherung in einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes bedürfte.

Wann die Dringlichkeitsvermutung in diesem Sinne widerlegt ist, hängt nicht allein von dem Zeitraum ab, der zwischen der ersten Kenntnis von der Verletzungshandlung und der Anbringung des Antrags bei Gericht liegt, und läßt sich deshalb nicht generell nach Wochen oder Monaten angeben. Es sind vielmehr alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, zu denen insbesondere die Schwere der drohenden Rechtsverletzung gehören, der Um-

stand, ob die Rechtsverletzung gerade oder besonders intensiv zu einem bestimmten Zeitpunkt droht, der Zeitraum, den der Antragsteller - insbesondere bei tatsächlich oder rechtlich schwierigen Sachverhalten - zu einer sorgfältigen Vorbereitung des Verfügungsantrags benötigt, sowie der Zeitraum, der gegebenenfalls für eine Abmahnung des Antragsgegners und/oder für die zügige Durchführung erfolgsversprechender Vergleichsgespräche benötigt wird. Generell läßt sich sagen, daß die Dringlichkeit in aller Regel dann zu verneinen ist, wenn der Antragsteller über mehrere Wochen ohne sachlichen Grund nichts für die außergerichtliche oder gerichtliche Geltendmachung seines Anspruchs unternommen hat.

So liegt der Sachverhalt hier. Es spricht bereits vieles dafür, daß die Ast. schon zum Zeitpunkt ihrer urheber- und wettbewerbsrechtlichen Abmahnung vom 22. Dezember 1998 die erforderliche Kenntnis gehabt hat. Denn bereits die Anfrage der Ag. vom 15. Dezember 1998, von der die Ast. wußte, daß sie nicht nur an C. gerichtet worden war, bezog sich auf eine CD mit dem durch Anführungszeichen als solchem kenntlich gemachten Titel "European Classic". Jedenfalls hat die Ast. aber mit Erhalt des Schreibens der D. vom 22. Januar 1999 von den mit dem Verfügungsantrag angegriffenen Handlungen gewußt. Ihr Vortrag, aus diesem Schreiben sei ihr in der Tat bekannt gewesen, daß D. den Titel benutze, das habe jedoch nichts mit der Ag. zu tun, überzeugt nicht. Zum einen widerlegt grundsätzlich die Dringlichkeitsvermutung, wer auch nur einen von mehreren zusammenwirkenden Verletzern über längere Zeit unbeanstandet läßt. Zum anderen wußte die Ast., wie sich aus ihrem Schreiben vom 22. Dezember 1998 ergibt, daß D. die CD für die Ag. produzierte. Zwischen dem spätesten Zeitpunkt der Kenntniserlangung und der Antragstellung liegen damit etwa sechs Wochen. In diesen Zeitraum fällt zwar noch die Abmahnung vom 19. Februar 1999. Auch bis zur Abmahnung hat die Ast. jedoch vier Wochen verstreichen lassen. In Anbetracht des Umstandes, daß die Ast. einerseits für diesen in der mündlichen Verhandlung erörterten Zeitraum keinerlei Aktivitäten dargelegt hat, andererseits ihr ein sofortiges Tätigwerden geboten erscheinen mußte, weil sie die Ag. bereits am 22. Dezember 1998 unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten erfolglos abgemahnt hatte und jederzeit damit rechnen mußte, daß die CD, für die C. in ihrem Angebot vom 16. Dezember 1998 eine Lieferzeit von 14 Tagen angegeben hatte, von D. produziert und von der Ag. sogleich verbreitet werden würde, rechtfertigt dies den Schluß, daß der Ast. die Durchsetzung der geltend gemachten Titelrechte in einem vorläufigen Verfahren nicht dringend erschienen ist.

§ 940 ZPO

1. Die Erhebung einer negativen Feststellungsklage begründet keine ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts nach § 937 Abs. 1 ZPO für den nach Einreichung der negativen Feststellungsklage von dem Schutzrechtsinhaber angebrachten Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung.

2. Zur Verwechslungsgefahr zwischen den für Schuhwaren verwendeten Bezeichnungen "UNDERGROUND" und "LONDON UNDERGROUND".

(Urteil vom 20. April 1999, 4 O 108/99 - UNDERGROUND)

Sachverhalt: Die Antragstellerin ist nach ihrem Vorbringen Inhaberin der am 2. Februar 1994 angemeldeten deutschen Wortmarke 2 913 871 "UNDERGROUND" (nachfolgend: Verfügungsmarke), die eine Priorität vom 23. August 1993 in Anspruch nimmt und die am 29. Oktober 1997 beim Deutschen Patent- und Markenamt für Schuhwaren eingetragen worden ist. Sie habe ursprünglich unter der geschäftlichen Bezeichnung "Piccadilly Shoes Limited" firmiert, für die die Marke eingetragen ist. Die Antragstellerin hat ihren Sitz in A., Vereinigtes Königreich. Die Antragsgegnerin ist eine in der Bundesrepublik Deutschland ansässige Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die ihren Sitz in B. hat. Sie vertreibt unter der Bezeichnung "LONDON UNDERGROUND" ebenfalls Schuhwaren.

Auf der diesjährigen Messe GDS in Düsseldorf vom 11. bis 14. März 1999 war die Antragsgegnerin mit einem Stand vertreten, der im Standverzeichnis der Messe Düsseldorf mit der Bezeichnung "LONDON UNDERGROUND" gekennzeichnet war, ohne daß die Antragsgegnerin als Ausstellerin namentlich genannt war.

Nachdem die Antragstellerin erfahren hatte, daß es sich möglicherweise bei dem Aussteller um die Antragsgegnerin handeln könne, mahnte sie diese mit Schreiben vom 20. Januar 1999 unter Fristsetzung bis zum 27. Januar 1999 ab. Die Antragsgegnerin reagierte gegenüber der Antragstellerin hierauf nicht, reichte jedoch vor Anbringung des Verfügungsantrags der Antragstellerin ihrerseits mit Klageschrift vom 25. Januar 1999 beim Landgericht Hamburg eine negative Feststellungsklage ein, die der Antragstellerin im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung noch nicht zugestellt war.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, die Antragsgegnerin verletze durch die Verwendung

der Bezeichnung "LONDON UNDERGROUND" die Verfügungsmarke.

Die Antragsgegnerin rügt die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Landgerichts Düsseldorf. Dieses sei nicht Gericht der Hauptsache im Sinne des § 937 ZPO, sondern das Landgericht Hamburg, bei dem die Feststellungsklage anhängig sei.

Sie macht geltend, sie sei auf Grund einer Lizenzvereinbarung mit den Londoner Verkehrsbetrieben zur Benutzung der Bezeichnung "LONDON UNDERGROUND" berechtigt. Im übrigen besitze die Bezeichnung "Underground" nur schwache Kennzeichnungskraft. Eine Verwechslungsgefahr scheidet aus, da der Bezeichnung "London Underground" eine stärkere Kennzeichnungskraft zukomme als der Verfügungsmarke, denn der Verkehr verbinde mit diesem Namen den Hinweis auf das weltberühmte Londoner Verkehrssystem. Es fehle dem Antrag im übrigen an der erforderlichen Dringlichkeit im Sinne des § 25 UWG.

Aus den Gründen: Der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung ist zulässig und in der Sache begründet.

I. Das Landgericht Düsseldorf ist für den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung als eines der Gerichte der Hauptsache im Sinne des § 937 Abs. 1 Zivilprozeßordnung ausschließlich zuständig im Sinne des § 802 ZPO.

Nach § 937 Abs. 1 ZPO ist für den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung das Gericht der Hauptsache zuständig. Gericht der Hauptsache im Sinne dieser Vorschrift ist jedes Gericht, vor dem die Antragstellerin die auf Unterlassung gerichtete Leistungsklage anhängig machen kann, also neben dem Landgericht Hamburg auch das Landgericht Düsseldorf und jedes andere nach § 32 Zivilprozeßordnung örtlich zuständige Landgericht. Die Erhebung der negativen Feststellungsklage durch die Antragsgegnerin vor dem Landgericht Hamburg begründet nicht dessen Zuständigkeit als Gericht der Hauptsache im Sinne des § 937 Zivilprozeßordnung. Grundsätzlich genügt zwar die Anhängigkeit, nicht erst die durch Zustellung der Klage begründete Rechtshängigkeit der Hauptsache, um die Zuständigkeit des Hauptsachegerichtes für den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zu begründen. Nicht die negative Feststellungsklage ist jedoch die Klage zur Hauptsache, sondern die auf Unterlassung gerichtete Leistungsklage.

In der Literatur und vereinzelt auch in der Rechtsprechung wird die Auffassung vertreten (vgl. OLG Frankfurt WRP 1996, 27 unter Berufung auf Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 6. Aufl., Kap. 54 Rdn. 3; UWG-Großkomm/Schultz-Süchting, § 25 Rdn. 177 m.w.N.; OLG Hamm, Urteil vom 10. Oktober 1995, 4 U 76/95; nicht veröffentlicht), daß das

Gericht, vor dem die negative Feststellungsklage anhängig ist, als Gericht der Hauptsache für den Erlaß der einstweiligen Verfügung zuständig ist. Zur Begründung wird darauf verwiesen, daß Hauptsache nicht nur das dem Verfügungsantrag entsprechende Klagebegehren sei, sondern auch das negative Feststellungsbegehren mit umgekehrten Hauptrollen. Der Streitgegenstand des Eilverfahrens sei mit dem Streitgegenstand der negativen Feststellungsklage identisch. In beiden Fällen gehe es im Kern um dasselbe Unterlassungsbegehren, weshalb eine Identität der Streitgegenstände anzunehmen sei.

Diese Auffassung widerspricht dem Sinn und Zweck des § 937 Abs. 1 ZPO. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, zu gewährleisten, daß das Gericht, das über eine bei ihm anhängige Klage zu entscheiden hat und daher die Sache schon kennt, auch im Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung entscheidet, wodurch die Gefahr unterschiedlicher Entscheidungen vermieden werden soll. Dieses Ziel wird jedoch mit der zitierten Auffassung nicht erreicht bzw. in das Gegenteil verkehrt, da der Verletzte, hier die Antragstellerin, grundsätzlich die Möglichkeit hat, die positive Leistungsklage vor dem Gericht seiner Wahl zu erheben. Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 7. Juli 1994, GRUR 1994, 846 - Parallelverfahren - festgestellt, daß keine Identität der Streitgegenstände zwischen einer negativen Feststellungsklage und der späteren Leistungsklage auf Unterlassung besteht, denn das durch den Klageantrag bestimmte Rechtsschutzziel der Leistungsklage (Ausspruch eines Unterlassungsgebotes in vollstreckungsfähiger Form) gehe über den Streitgegenstand der Feststellungsklage hinaus. Der Einwand der entgegenstehenden Rechtshängigkeit des gleichen prozessualen Anspruches kann daher nicht erhoben werden, wenn die Leistungsklage nicht im Wege der Widerklage vor dem Gericht der Feststellungsklage, sondern vor einem anderen zuständigen Gericht erhoben wird.

Nichts anderes kann aber für den hier vorliegenden Fall gelten, daß die Antragsgegnerin nach erfolgter Abmahnung sofort negative Feststellungsklage erhebt, um das ihr genehme Gericht der Hauptsache festzulegen, zumal das Ziel des § 937 Abs. 1 ZPO, die Gefahr divergierender Entscheidungen unterschiedlicher Gerichte zu vermeiden, nicht erreicht werden kann, da es nach der oben zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofes dem Verletzten freisteht, die wettbewerbsrechtliche Leistungsklage vor einem von ihm ausgewählten zuständigen Gericht zu erheben und nicht vor dem Gericht, bei dem die negative Feststellungsklage anhängig ist. Der Bundesgerichtshof stellt ausdrücklich fest, daß es weder einen Vorrang

der Feststellungsklage vor der Leistungsklage gibt, noch dieses Vorgehen dem Gläubiger als rechtsmißbräuchliches Verhalten zur Last gelegt werden darf. Der Leistungsklage ist vielmehr der Vorrang vor der Feststellungsklage zu geben, denn nur die durch die Erhebung der Leistungsklage kann die Unterbrechung der Verjährung bewirkt werden. Zu Recht weist der Bundesgerichtshof daraufhin, daß eine Bindung der Leistungsklage des Verletzten an dem vom Verletzer mit der Erhebung der negativen Feststellungsklage gewählten Gerichtsstand zu einer Entwertung des im Wettbewerbsrecht entwickelten Rechtsinstitutes der Abmahnung führt, weil der Gläubiger versucht sein wird, die Festlegung des Gerichtsstandes durch den Schuldner dadurch zu vermeiden, daß er auf eine Abmahnung verzichtet, mit der Folge, daß er die später die Kostenlast des Verfahrens trägt. Dies ist aber mit dem Sinn und Zweck des Rechtsinstitutes der außergerichtlichen Abmahnungspflicht, nämlich der Vermeidung der gerichtlichen Auseinandersetzung durch außergerichtliche Unterwerfung oder außergerichtliche Abwehr des vermeintlichen Anspruches, nicht zu vereinbaren.

Die gleiche Situation träte, folgte man dem OLG Frankfurt, für den Verletzten auch in einem Fall wie dem vorliegenden ein. Die Erhebung der negativen Feststellungsklage nach erfolgter Abmahnung durch den Verletzer und späteren Antragsgegner vor einem ihm wegen seiner Rechtsprechung vorteilhafter erscheinenden Gericht brächte den Verletzten, den Antragsteller, in der mündlichen Verhandlung über den Erlaß einer einstweiligen Verfügung in die Lage, die Verweisung des Verfahrens an das von dem Verletzer durch die Erhebung der negativen Feststellungsklage angerufene Gericht nach § 281 ZPO beantragen zu müssen, wollte er nicht die Abweisung seines Antrages in Kauf nehmen. Die Möglichkeit für den als Verletzer in Anspruch Genommenen, nach erfolgter Abmahnung negative Feststellungsklage vor einem von ihm ausgewählten Gericht zu erheben, um für die erwartete einstweilige Verfügung das Gericht der Hauptsache festzulegen, wird in der Literatur zu Recht dahingehend kritisiert, daß der Sinn und Zweck des § 937 Abs. 1 ZPO unterlaufen wird (vgl. Fritze GRUR 1996, 573, der diese Praxis als "forum shopping" bezeichnet, da sie dem Verletzten dem vom Verletzer gewählten Gerichtsstand aufzwingt, und jetzt auch Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 7. Aufl., Kap. 54, Rdn.3). Die Folge der oben zitierten Rechtsprechung, daß die Erhebung der negativen Feststellungsklage für das einstweilige Verfügungsverfahren die Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes als das Gericht der Hauptsache im Sinne des § 937 ZPO begründe, ist diejenige, daß mit der Lei-

stungsklage einerseits und dem Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung und der negativen Feststellungsklage andererseits zwei unterschiedliche Gerichte befaßt sind. Diese Situation wird insbesondere dann eintreten, wenn das von dem Antragsteller ausgewählte Gericht dem Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung stattgegeben hat. Der Antragsteller wird dann regelmäßig auch die Leistungsklage bei diesem Gericht erheben. Sobald über die Leistungsklage verhandelt worden ist, wird die negative Feststellungsklage unzulässig, da das erforderliche Rechtsschutzinteresse nicht länger besteht. Im Regelfall werden die Parteien die Feststellungsklage daher in der Hauptsache für erledigt erklären. Die Gefahr divergierender Entscheidungen unterschiedlicher Gerichte, nämlich über den Erlaß der einstweiligen Verfügung und die Leistungsklage, wird somit nicht dadurch begegnet, daß das Gericht der negativen Feststellungsklage als Gericht der Hauptsache im Sinne des § 937 ZPO angesehen wird.

Auch diese aufgezeigten Konsequenzen für das einstweilige Verfügungsverfahren sind eine Folge der im Wettbewerbsrecht und im gewerblichen Rechtsschutz bestehenden Abmahnlast des anspruchsberechtigten Gläubigers vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens, da es dem durch die Abmahnung gewarnten Schuldner möglich wäre, durch die sofortige Erhebung der negativen Feststellungsklage den ihm genehmen Gerichtsstand für das Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung festzulegen. Die Erwägungen des Bundesgerichtshofes in der Entscheidung "Parallelverfahren" zum Verhältnis von negativer Feststellungsklage zur Leistungsklage (Unterlassungsklage) müssen aber uneingeschränkt erst recht im vorliegenden Fall gelten, der das einstweilige Verfügungsverfahren und die negative Feststellungsklage betrifft.

II. Die Antragstellerin hat dargelegt und glaubhaft gemacht, daß ihr gegen die Antragsgegnerin ein Unterlassungsanspruch zusteht, dessen Sicherung durch den Erlaß einer einstweiligen Verfügung zur Abwendung wesentlicher Nachteile für die Antragstellerin nach § 940 der Zivilprozeßordnung (ZPO) nötig erscheint.

Die Antragstellerin hat mit der für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung hinreichenden Sicherheit ihre Aktivlegitimation dargelegt und glaubhaft gemacht (*wird ausgeführt*).

Die Antragstellerin hat mit der für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung hinreichenden Sicherheit dargelegt, daß die Antragsgegnerin die angegriffene Bezeichnung "LONDON UNDERGROUND" im geschäftlichen Verkehr benutzt, nämlich zur Kennzeichnung von Schuhen, und sie hiermit auf der Schuhwaren-Messe GDS in Düsseldorf mit einem eigenem Stand

vertreten war, und damit die Gefahr von Verwechslungen mit der Verfügungsmarke "UNDERGROUND" gegeben ist, § 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 Markengesetz (MarkenG).

Nach der Auslegung von Art. 4 Abs. 1 Buchst. b MarkenRL durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH GRUR 1998, 387, 389 = WRP 1998, 39, 41 - Sabèl/Puma; GRUR 1998, 922 = GRUR Int. 1998, 875 - CANON, Tz. 16 f.), die für die Auslegung der in Umsetzung dieser Richtlinienbestimmung erlassenen Vorschrift des § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG wie für die Auslegung von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG von maßgeblicher Bedeutung ist, ist die Frage der Verwechslungsgefahr unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen. Hierzu gehören, wie sich aus der zehnten Begründungserwägung ergibt, insbesondere der Bekanntheitsgrad der Marke im Markt, die gedankliche Verbindung, die das angegriffene Zeichen zu ihr hervorrufen kann, sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen der Marke und dem Zeichen und zwischen den damit gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen. Bei der umfassenden Beurteilung ist, wie der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften des weiteren ausgeführt hat, hinsichtlich der Ähnlichkeit der Marken auf den Gesamteindruck abzustellen, den diese hervorrufen, wobei insbesondere die sie unterscheidenden und dominierenden (prägenden) Elemente zu berücksichtigen sind. Hierbei kommt es entscheidend darauf an, wie die Marke auf den Durchschnittsverbraucher der jeweils in Frage stehenden Waren wirkt. Darüber hinaus besteht eine Wechselbeziehung zwischen den in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere zwischen der Ähnlichkeit der Marken und der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren, indem ein geringer Grad der Ähnlichkeit der Waren durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken ausgeglichen werden kann und umgekehrt (EuGH, GRUR 1998, 922 = GRUR Int. 1998, 875 - CANON, Tz. 17). Das entspricht der Rechtsprechung zum Markengesetz, nach der bei der Anwendung dieser Rechtsgrundsätze auch weiterhin die schon in der bisherigen Rechtsprechung zum Warenzeichengesetz anerkannten Erfahrungssätze Bedeutung haben (BGH, GRUR 1995, 216, 219 = WRP 1995, 320 - Oxygenol II; GRUR 1998, 924 = WRP 1998, 875 - salvent/Salventerol; GRUR 1999, 241 = MarkenR 1999, 57 - Lions).

Dem Wortzeichen "UNDERGROUND" kommt normale Kennzeichnungskraft zu. Diese Bezeichnung ist für Schuhe hinreichend originell. Der Begriff "Underground", der aus der englischen Sprache stammt, wird ins Deutsche mit "Untergrund" oder aber auch adverbial mit "unterirdisch" übersetzt. Er steht auch als Syn-

onym für eine Untergrundbewegung oder eine Subkultur. Außerdem kommt dem Begriff sowohl in Alleinstellung als auch in Kombination mit den Begriffen "railway" oder "railroad" im englischsprachigen Raum der Bedeutungsgehalt für eine U-Bahn oder Untergrundbahn zu. Diese Wortbedeutungen stehen in keinem Zusammenhang mit dem gekennzeichneten Produkt, nämlich Schuhen. Der Begriff ist daher auch nicht freihaltebedürftig.

Wie zwischen den Parteien unstreitig ist, bietet die Antragsgegnerin ebenfalls Schuhe unter der Bezeichnung "LONDON UNDERGROUND" an, und identische Waren.

Neben der Warenidentität besteht auch eine Teilidentität zwischen dem Verfügungskennzeichen und dem angegriffenen Kennzeichen hinsichtlich des Bestandteils "UNDERGROUND". Diese Teilidentität der angegriffenen Kennzeichnung und der Verfügungsmarke reicht jedoch als solche nicht aus, um eine relevante markenrechtliche Verwechslungsgefahr zu begründen. Es ist vielmehr von dem das Kennzeichenrecht beherrschenden Grundsatz auszugehen, daß zur Beurteilung der zeichenrechtlichen Verwechslungsgefahr der einander gegenüberstehenden Bezeichnungen auf den Gesamteindruck des jeweiligen Zeichens abzustellen ist. Dieser Grundsatz verbietet es allerdings nicht, einem einzelnen Bestandteil eines Zeichens eine besondere, das Gesamtzeichen prägende Kennzeichnungskraft zuzumessen und deshalb bei einer Übereinstimmung einer Bezeichnung mit dem so geprägten Gesamtzeichen eine Verwechslungsgefahr im kennzeichenrechtlichen Sinne zu bejahen (BGH, a.a.O. - Springende Raubkatze; a.a.O. - Innovadi-clophlont; a.a.O. - Blendax Pep; a.a.O. - JUWEL; a.a.O. - falke-run/LE RUN; a.a.O. - Sali Toft; a.a.O. - DRANO/P3-drano; BGH, a.a.O. - Ionofil). Eine Prägung des Gesamteindruckes des kombinierten Zeichens durch einen Bestandteil kann sich dabei aus dessen Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft und/oder daraus ergeben, daß ein oder auch mehrere weitere Bestandteile aufgrund besonderer Umstände gegenüber einem Zeichenbestandteil zurücktreten.

Der Bestandteil "LONDON" tritt gegenüber dem Bestandteil UNDERGROUND deshalb zurück, weil es sich hierbei um eine Ortsangabe handelt, nämlich um den Namen der Hauptstadt des Vereinigten Königreiches, und sie vom Verkehr nur als Herkunftshinweis der Modelinie "UNDERGROUND" verstanden wird. Gerade auf dem Mode- und Bekleidungsmarkt, auf dem der Verkehr sich im Sinne eines gesteigerten Markenbewußtseins häufig an den Namen von Modeschöpfern und -herstellern orientiert, mißt der Verkehr einer Ortsangabe, auch wenn sie mit einer Phantasie- oder Namensbezeichnung

einer Modelinie kombiniert wird, wie beispielsweise Paris, New York, Rom oder London, keine andere Bedeutung als die eines Hinweises auf den Sitz oder die Herkunft des Unternehmens oder des Modedesigners zu. Dabei ist gleichgültig, ob diese Ortsangabe einer weiteren Bezeichnung voran- oder nachgestellt wird. Derartige Angaben sind in der Modebranche üblich und auch allgegenwärtig. Die Hauptstadt des Vereinigten Königreiches ist zudem als Modetrends kreierende Metropole in Europa insbesondere bei modebewußtem jungem Publikum bekannt. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin kommt diesem Bestandteil der angegriffenen Kennzeichnung keine (mit-) prägende Bedeutung zu im dem Sinne, daß der Verkehr diese Kennzeichnung in Verbindung mit den Londoner Verkehrsbetrieben bringen wird. Eine solche Verbindung wird allenfalls derjenige Teil der Verbraucher ziehen, dem das Signet der Londoner Untergrundbahn bekannt und gut vertraut ist. Andernfalls drängt sich eine solche Verbindung keineswegs auf, weil zwischen den gekennzeichneten Waren - Schuhen - und den Londoner Verkehrsbetrieben kein greifbarer Zusammenhang besteht. Selbst wenn die Verbindung gezogen wird, ändert dies nichts daran, daß dem Verbraucher - bezogen auf die Ware Schuh - in dem mit dem Signet der Londoner U-Bahn übereinstimmenden Zeichen als unterscheidungskräftiger Teil der Bezeichnung das mit der Ortsangabe "LONDON" verbundene Wort "UNDERGROUND" gegenübertritt. Das ist nicht anders als bei der Verfügungsmarke, die - wie dargelegt - gleichfalls im Sinne von Untergrundbahn verstanden werden kann, ohne damit den Charakter einer Phantasiebezeichnung für Schuhwerk zu verlieren.

Die Verwechslungsgefahr ist insbesondere vor dem Hintergrund zu bejahen, daß es sich bei Schuhen um Waren des täglichen Bedarfs handelt, bei denen der Verbraucher den jeweiligen Kennzeichnungen keine besondere Bedeutung zumißt. Daß es sich bei den unter dieser Kennzeichnung angebotenen Schuhen um besonders hochwertige Bekleidungsstücke handelt, hat die Antragsgegnerin nicht geltend gemacht. Wie die in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Schuhe zeigten, handelte es sich bei den so gekennzeichneten Schuhen in erster Linie um Gummistiefel.

Zu berücksichtigen ist schließlich auch, daß der Verkehr die Marken im Regelfall nicht gleichmäßig wahrnimmt und miteinander vergleicht, sondern nur ein undeutliches Erinnerungsbild an die Marke haben wird. Die Übereinstimmungen sind dabei stärker prägend als die Unterschiede.

Der Annahme der Verwechslungsgefahr steht auch nicht entgegen, daß die Antragsgegnerin die Bezeichnung "LONDON

UNDERGROUND“ auch als Wort-/Bildmarke im geschäftlichen Verkehr verwendet. Beim Zusammentreffen von Wort- und Bildbestandteilen mißt der Verkehr im Regelfall dem Wort als einfachster und kürzester Bezeichnungsform eine prägende Bedeutung zu (vgl. BGH GRUR 1996, 267,269 – Springende Raubkatze -; GRUR 1996, 895, 896 – rote Kreisfläche). Zwar kann ein Bildbestandteil auch neben einem nicht völlig zurücktretenden Wortbestandteil eine den Gesamteindruck (mit-)prägende Bedeutung entfalten, wenn es jedenfalls von einem beträchtlichen Teil des Verkehrs als eigenständiger Herkunftshinweis aufgefaßt wird. Die graphische Gestaltung der angegriffenen Wort-/Bildmarke ist jedoch nicht so auffällig, daß dem Bildbestandteil (mit-) prägende Bedeutung zukäme. Das Rondell besteht aus einem rot umrandeten Kreis, dessen Inneres weiß gehalten ist und einem blauen Querbalken, in dem mit weißen Großbuchstaben das Wort “LONDON UNDERGROUND“ geschrieben steht.

Konkrete Anhaltspunkte, die ausnahmsweise eine andere Beurteilung rechtfertigen würden, hat die Antragsgegnerin nicht vorgetragen und glaubhaft gemacht.

Ein prioritätsälteres Recht steht der Antragsgegnerin nicht zu. Die zugunsten ihrer Lizenzgeberin eingetragenen Schutzrechte vermögen solche prioritätsälteren inländischen Rechte, von denen die Antragsgegnerin ihre Berechtigung zur Benutzung der Bezeichnung “LONDON UNDERGROUND“ ableiten könnte, nicht zu begründen.

III. Zur Abwendung der Antragstellerin drohender wesentlicher Nachteile ist der Erlaß einer einstweiligen Verfügung erforderlich (*wird ausgeführt*).

§ 49 MarkenG

1. Zur rechtserhaltenden Benutzung einer für die Dienstleistung "Verpflegung von Gästen" geschützten Marke.

2. Wird die Löschungsklage erst nach Ablauf von drei Monaten nach Zustellung der Mitteilung nach § 53 Abs. 4 MarkenG erhoben, kann sich der Kläger bei der Berechnung des Zeitraums nach § 49 Abs. 1 Satz 2 MarkenG nicht mehr auf die Stellung des Löschungsantrages beim Deutschen Patentamt berufen. Vielmehr ist die Stellung des Löschungsantrages im Sinne dieser Vorschrift entweder erst auf den Eintritt der Anhängigkeit oder aber den Eintritt der Rechtshängigkeit der Löschungsklage zu datieren.

3. Berufet sich der Markeninhaber auf die Regelung des § 49 Abs. 1 Satz 2 MarkenG, wonach der Verfall einer Marke nicht geltend gemacht werden kann, wenn nach Ende des in Satz 1 genannten Zeitraumes und vor Stellung des Löschungsantrags eine Benutzung der Marke begonnen oder wieder aufgenommen worden ist, behauptet er eine Heilung der Verfallsreife, für die er darlegungs- und beweispflichtig ist.

(Urteil vom 24. November 1998, 4 O 152/97 - RIALTO)

§ 5 Abs. 1 MarkenG

Zu den Anforderungen an die Ingebrauchnahme einer geschäftlichen Bezeichnung.

(Urteil vom 25. März 1999, 4 O 68/99 - artnet)

§ 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG

Die Bezeichnung "Village" ist zur Kennzeichnung von Möbeln und Einrichtungsgegenständen (schwach) unterscheidungskräftig und nicht freihaltebedürftig.

(Urteil vom 8. April 1999, 4 O 326/98 - VILLAGE)

§ 12 BGB

Die Verwendung des Wappens der Landeshauptstadt Düsseldorf im Kopf des Anzeigenblattes "Düsseldorfer Anzeiger" verletzt das durch § 12 BGB geschützte Wappenrecht der Stadt.

(Urteil vom 1. Oktober 1998, 4 O 19/98 - Stadtwappen)

5. BÜRGERLICHES RECHT UND VERFAHRENSRECHT

§ 93 ZPO

Im Falle eines sofortigen Anerkenntnisses fallen die Kosten des Verfügungsverfahrens

rens grundsätzlich dem Antragsteller zur Last, wenn er den Antragsgegner vor Anbringung des Verfügungsantrags nicht abgemahnt hat. Dies gilt auch dann, wenn dem Antragsgegner ein vorsätzlicher Wettbewerbsverstoß oder eine vorsätzliche Schutzrechtsverletzung anzulasten ist.

(Urteil vom 7. Januar 1999, 4 O 355/98 - Fehlende Abmahnung)

Sachverhalt: Die Antragstellerin ist Deutschlands größtes Telekommunikationsunternehmen. Die Antragsgegnerin ist eine Wettbewerberin, die ebenfalls Telekommunikationsdienstleistungen anbietet. Seit der zum 1. Januar 1998 erfolgten Öffnung des Telekommunikationsmarktes bietet sie u.a. Telefonverbindungen im Festnetz im Wege des Call-by-Call sowie der Pre-Selection unter der Verbindungsbetreiber-Kennzahl 0 10 19 an.

Die Antragsgegnerin warb für diese Verbindungsnetzbetreiber-Kennzahl am 19. Oktober 1998 mit einer ganzseitigen Anzeige in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung mit dem Hinweis, daß Ferngespräche nur 19 Pf/min kosten, unter der Überschrift:

**Kein Sehfehler.
Die günstige Vorwahl für
Telekom-Kunden
0 10 19**

Die Antragsgegnerin fordert in einem Fließtext die Kunden der Antragstellerin auf, entweder die Antragstellerin zu beauftragen, ihre Anschlüsse auf die Vorwahl 0 10 19 einzustellen, zu diesem Zweck ist im unteren Drittel der Anzeige ein grau unterlegtes Auftragsformular zum Ausschneiden vorgesehen, oder diese Nummer vor der ganz normalen Rufnummer zu wählen. Farblich gestaltet ist diese Anzeige überwiegend in der Farbe Magenta, die als Hintergrundfarbe verwandt wird.

Unter der gleichen Überschrift "Kein Sehfehler." und unter Verwendung der Farbe Magenta warb die Antragstellerin in der gleichen Ausgabe der FAZ mit einem Durchschnittspreis von 15 Pf/DM für ihre eigenen Dienstleistungen. Die Farben Magenta und Grau verwendet die Antragstellerin stets in ihrer gesamten geschäftlichen Kommunikation, im Geschäft mit Kunden aber auch gegenüber Lieferanten sowie für Anzeigen in Zeitungen und Zeitschriften, wobei die Farben stets als Hintergrundfarben verwandt werden. Diese beiden Farben bringen 60% der Bevölkerung nach einem Gutachten von Infratest Burke mit der Antragstellerin in Verbindung.

Antragsgemäß hat die Kammer durch Beschluß vom 20. Oktober 1998 der Antragsgegnerin unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel untersagt, Telekommunikations-

dienstleistungen mit Anzeigen zu bewerben, die als flächigen Hintergrund die Farbe Magenta und als weitere Grundfarbe der Anzeige die Farbe Grau verwenden.

Gegen diesen Beschluß, in dem der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens auferlegt worden sind, hat die Antragsgegnerin einen auf den Kostenpunkt beschränkten Widerspruch (Kostenwiderspruch) eingelegt.

Aus den Gründen: Der Widerspruch der Antragsgegnerin, der zulässigerweise auf die im Beschluß der Kammer vom 20. Oktober 1998 ergangene Kostenentscheidung beschränkt worden ist, ist begründet. In entsprechender Anwendung des § 93 ZPO ist die Antragstellerin zur Tragung der Kosten des Verfahrens zu verurteilen, denn die Antragsgegnerin hat durch ihr Schreiben vom 3. November 1998 und die Beschränkung ihres Widerspruches auf die Kosten des Verfahrens den Unterlassungsanspruch der Antragstellerin "sofort" anerkannt und im übrigen durch ihr Verhalten zur Einreichung des Antrags auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung keine Veranlassung gegeben.

Der Verletzer gibt dann zur Erhebung der Klage bzw. zur Beantragung des Erlasses einer einstweiligen Verfügung Veranlassung, wenn der Verletzte aus dem Verhalten des Verletzers bei vernünftiger Überlegung den Schluß ziehen muß, daß er ohne Inanspruchnahme des Gerichts den geltend zu machenden Anspruch nicht werde durchsetzen können. Dies ist grundsätzlich erst dann der Fall, wenn der Verletzer eine außergerichtliche Abmahnung des Verletzten binnen angemessener Zeit nicht beachtet. Das von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsinstitut der außergerichtlichen Abmahnung dient dem Zweck, unnötige gerichtliche Auseinandersetzungen zu vermeiden. Nach allgemein vertretener Ansicht ist bei der Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen grundsätzlich eine vorangehende Abmahnung des Gegners zu verlangen, wenn der Antragsteller der Gefahr einer Kostentscheidung nach § 93 ZPO im Falle eines dem Anerkenntnis vergleichbaren Einlenken im Verfügungsverfahren entgehen will. Die Antragstellerin hat die Antragsgegnerin vor der Einreichung des Antrags auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung unstreitig nicht abgemahnt.

Nur ausnahmsweise entfällt die Pflicht, den Gegner abzumahnern, wenn dies dem Verletzten unzumutbar ist. Es sind jedoch keine Umstände, die den voraussichtlichen Mißerfolg und /oder die Unzumutbarkeit einer Abmahnung und damit den Verzicht der Antragstellerin auf eine Abmahnung hätten rechtfertigen können, vorgebracht worden. Insbesondere rechtfertigt nach ständiger Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (OLG Düsseldorf WRP 1979, 39) und der Kammer die (vermeintliche) Vor-

sätzlichkeit eines Verstoßes nicht ohne weiteres den Verzicht auf die Abmahnung.

Die Antragstellerin kann sich nicht darauf berufen, die Antragsgegnerin habe vorsätzlich gehandelt, und allein deswegen sei bereits eine Abmahnung entbehrlich. Es drängen sich ohne Zweifel im vorliegenden Fall einige Umstände auf, die darauf schließen lassen, daß die Antragsgegnerin vorsätzlich gehandelt hat, selbst wenn die Antragsgegnerin dies in Abrede stellt. Die unzweifelhaft gegebene Anlehnung der Farbauswahl an die Werbung der Antragstellerin erfolgte sicherlich nicht rein zufällig. Für ein vorsätzliches Handeln spricht auch das nach dem Erscheinen der Werbung durch den Geschäftsführer der Antragsgegnerin der FAZ am 2. November 1998 gegebene Interview. Vorsätzliches Handeln allein vermag jedoch den Verzicht auf die Abmahnung nicht zu begründen, denn daraus folgt nicht zwingend, daß eine Abmahnung erfolglos sein wird. Solche zusätzlichen Umstände, die den Schluß auf die Erfolglosigkeit der Abmahnung aus Sicht der Antragstellerin rechtfertigen, hat die Antragstellerin jedoch nicht dargelegt. Der Antragstellerin war es auch zumutbar, den Verletzer binnen Stundenfrist per Telefax abzumahnern, denn diese kurzfristige Verzögerung hätte sie nicht daran gehindert, noch an demselben Tag eine einstweilige Verfügung bei Gericht einzureichen. Diese Grundsätze gelten natürlich erst recht, sollte die Antragsgegnerin fahrlässig gehandelt haben, wie sie selbst geltend macht.

Der Verzicht auf die Abmahnung ist auch nicht im Hinblick darauf gerechtfertigt, daß die Antragsgegnerin wiederholt Wettbewerbsverstöße gegenüber der Antragstellerin begangen hat. Trotz wiederholter Verstöße durch die Antragsgegnerin ist auch dann abzumahnern, wenn Anhaltspunkte dafür sprechen, daß der Verletzer positiv reagieren könnte. Unwidersprochen hat die Antragsgegnerin vorgetragen, daß sie bereits in anderen Verletzungsfällen strafbewehrte Unterlassungserklärungen gegenüber der Antragstellerin abgegeben habe, wenn sie diese für berechtigt gehalten habe.

Auch die weiteren Ausnahmefälle, in denen nach der Rechtsprechung dem Verletzten eine Verwarnung des Verletzers unzumutbar ist, liegen hier nicht vor. Eine derartige Unzumutbarkeit kann in zweierlei Hinsicht gegeben sein. Zum einen ist eine Abmahnung dem Verletzten dann unzumutbar, wenn die mit der Abmahnung verbundene Verzögerung wegen der außergewöhnlichen Eilbedürftigkeit nicht mehr hinnehmbar ist, z. B. wenn der Antragstellerin ein besonderer Schaden droht. Eine weitere Ausnahme von der Abmahnspflicht ist dann gegeben, wenn sich dem Antragsteller bei objektiver Sicht der Eindruck aufdrängen mußte, der Antragsgegner baue auf die grundsätzliche Ab-

mahnspflicht, um mindestens eine Zeit lang ohne die Gefahr einer gerichtlichen Inanspruchnahme handeln zu können.

Soweit die Antragstellerin meint, eine besondere Eilbedürftigkeit sei deswegen gegeben, weil die Gefahr bestanden habe, daß die Antragsgegnerin auch in der am nächsten Tag erscheinenden Zeitung auf die gleiche Art und Weise zu werben beabsichtige, reicht diese Mutmaßung nicht aus, um die besondere Eilbedürftigkeit zu begründen. Hierzu bedarf es objektiver und konkreter Anhaltspunkte. Zwar ist es nach der Lebenserfahrung nicht ausgeschlossen, daß die Antragsgegnerin ihre Anzeige mehrfach hintereinander und auch in verschiedenen Zeitungen/Zeitschriften schaltet. Der bloße Verdacht alleine genügt jedoch nicht, um die besondere Eilbedürftigkeit zu begründen. Anhaltspunkte dafür, daß die Antragsgegnerin die Anzeige am nächsten Tag noch einmal veröffentlichen ließ, hat die Antragstellerin aber nicht gehabt bzw. solche auch nicht vorgebracht. Die hier streitgegenständliche Anzeige ist auch nur in der Zeit vom 17. bis 19. Oktober 1998 in mehreren Zeitungen erschienen, nicht aber danach.

Ein das Unterlassen der Abmahnung rechtfertigender Umstand kann auch nicht darin gesehen werden, daß Kunden der Antragstellerin die Antragsgegnerin mit dieser verwechselt haben und die Allgemeinheit wegen dieser Verwechslungsgefahr eines sofortigen Schutzes bedurft habe. Selbst wenn diese Verwechslungsgefahr tatsächlich groß war - es kann dahingestellt bleiben, ob die zwei beispielhaft vorgelegten Schreiben als Indiz für das Bestehen einer großen Verwechslungsgefahr ausreichen - ist es gleichwohl dem Verletzten im Regelfall zumutbar, den Verletzer kurzfristig innerhalb von Stundenfrist per Telefax abzumahnern. Dies gilt auch für die Antragstellerin im vorliegenden Fall. Trotz einer Abmahnung per Telefax innerhalb von Stundenfrist wäre die Antragstellerin nicht gehindert gewesen, am gleichen Tag noch einen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung bei Gericht einzureichen.