
Datum: 14.12.2012
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 W 30/12
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2012:1214.2W30.12.00

Vorinstanz: Landgericht Düsseldorf, 4b O 163/12

Tenor:

1.Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der ihren Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückweisende Beschluss der 4b. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 29. November 2012 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen, das auch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu entscheiden hat.

2.Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 50.000,00 EUR festgesetzt.

G r ü n d e:

1

Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 26. November 2012, mit der sie sich dagegen wendet, dass das Landgericht ihren gegen den Antragsgegner gerichteten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen hat und mit der sie gemäß ihrem Schriftsatz vom 13. Dezember 2012 nur noch gebrauchsmusterrechtliche Ansprüche weiterverfolgt, ist gemäß § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO statthaft und auch ansonsten zulässig. In der Sache hat die Beschwerde einen vorläufigen Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses sowie zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht (§ 572 Abs. 3 ZPO).

2

I.

3

4

Das Landgericht hat den auf das Verfügungsgebrauchsmuster – das am 14. Januar 2012 angemeldete und am 6. Mai 2010 eingetragene deutsche Gebrauchsmuster 20 2010 000 038 – gestützten Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Antragstellerin das Vorliegen eines Verfügungsgrundes nicht ausreichend dargetan und glaubhaft gemacht habe (§§ 920 Abs. 2, 936 ZPO). Zum einen fehle es an der Dringlichkeit in zeitlicher Hinsicht. Zum anderen falle die Abwägung der schutzwürdigen Interessen der Parteien im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zugunsten der Antragstellerin aus.

Diese Entscheidung hält einer rechtlichen Nachprüfung durch den Senat nicht stand. Die Begründung des Landgerichts erweist sich nicht als tragfähig. Mit ihr lässt sich das Vorliegen eines Verfügungsgrundes nicht verneinen. 5

1. Zu Unrecht hat das Landgericht angenommen, die erforderliche Dringlichkeit sei zu verneinen, weil sich die Antragstellerin ein zögerliches Verhalten bei der Verfolgung ihrer Ansprüche vorwerfen lassen müsse. 6

a) Zutreffend ist, dass der Antragstellerin das von ihr zur Anspruchsdurchsetzung gewählte einstweilige Verfügungsverfahren nur dann zur Verfügung steht, wenn Umstände vorliegen, unter denen die Antragstellerin wegen ihrer Rechtsverfolgung nicht auf das Hauptsacheverfahren verwiesen werden kann, sondern sich der Erlass einer einstweiligen Unterlassungsverfügung als notwendig erweist. Der insoweit zu fordernde Verfügungsgrund setzt u. a. voraus, dass der Antragsteller bei der Rechtsverfolgung nicht zögerlich und nachlässig gehandelt hat und deswegen eine Dringlichkeit in zeitlicher Hinsicht angenommen werden kann. Das Dringlichkeitserfordernis ist durch die Enforcement-Richtlinie nicht obsolet geworden (Senat, InstGE 10, 60 – Olanzapin II). 7

Wann die Dringlichkeit zu verneinen ist, lässt sich nicht allgemein, d. h. anhand fester Fristen, sondern nur unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse des Einzelfalles bestimmen. Maßgeblich ist stets, ob der Antragsteller das Seinige getan hat, um seine Verbotungsrechte zügig durchzusetzen. Solches kann in einem einfach gelagerten Sachverhalt schneller möglich sein, als wenn es sich um einen technisch schwierigen Komplex handelt (Senat, Urteil vom 05.07.2012 – I-2 U 12/12; Kühnen, Handbuch der Patentverletzung, 6. Aufl., Rdnr. 1801). Grundsätzlich beginnt die „Uhr“ für den Antragsteller in dem Augenblick „zu ticken“, in dem er zuverlässige Kenntnis von der rechtsverletzenden Ausführungsform erhält (Senat, Urteil vom 05.07.2012 – I-2 U 12/12; Kühnen, a.a.O., Rdnr. 1802). Liegt ein solches Wissen vor, hat sich der Antragsteller unverzüglich darüber klar zu werden, ob er gegen den Verletzungstatbestand vorgehen will, und im Anschluss daran zügig alles Notwendige zu tun, um den Sachverhalt ggf. in einer solchen Weise aufzuklären und (durch Beschaffung von Glaubhaftmachungsmitteln) aufzubereiten, dass mit Aussicht auf Erfolg ein gerichtliches Verfahren angestrengt werden kann (Senat, Urteil vom 05.07.2012 – I-2 U 12/12). 8

Nach überwiegender, vom erkennenden Senat geteilter Meinung ist es unerheblich, ob der Schutzrechtsinhaber von dem Verletzungsprodukt bei Beachtung seiner Marktbeobachtungspflicht zeitiger hätte Kenntnis haben *können*. Fahrlässiges Unwissen schadet grundsätzlich nicht (Senat, Urteil vom 05.07.2012 – I-2 U 12/12; Kühnen, a.a.O., Rdnr. 1803). Hat der Schutzrechtsinhaber allerdings greifbare Hinweise auf rechtsverletzende Handlungen des Antragsgegners, darf er sich ihnen nicht verschließen, sondern hat ihnen nachzugehen. Versäumt er dies in einer Weise, dass seine Untätigkeit – objektiv betrachtet – auf eine Gleichgültigkeit bei der Verfolgung der eigenen rechtlichen Interessen schließen lässt, geht die Dringlichkeit verloren (Senat, Urteil vom 05.07.2012 – I-2 U 12/12). Umstände, die in diesem Sinne eine Beobachtung erzwingen, sind beispielsweise gegeben, wenn der 9

Antragsgegner Lizenznehmer am Verfügungspatent war, der Lizenzvertrag durch den Lizenzgeber gekündigt worden und mit einer Weiterbenutzung des Patents durch den Lizenznehmer zu rechnen ist. In einem solchen Fall muss sich der Patentinhaber vergewissern, ob der Lizenznehmer seine Benutzungshandlungen angesichts der durch die Kündigung veränderten Vertragslage tatsächlich einstellt (Senat, Beschluss vom 15.05.2012 – I-2 W 11/12). Tut er dies nicht und verstreicht in der Folge geraume Zeit, hat er angesichts seiner eigenen Nachlässigkeit keinen Anspruch mehr darauf, die Verletzungshandlungen im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes verfolgen zu können. Anders verhält es sich nur (und erst) dann (wieder), wenn die Umstände (z.B. der Umfang und/oder die Intensität der Verletzungshandlungen) später eine derartige Veränderung erfahren, dass in Bezug auf die Veranlassung zum Einschreiten ein qualitativ anderer Sachverhalt anzunehmen ist (Senat, Urteil vom 05.07.2012 – I-2 U 12/12; Kühnen, a.a.O., Rdnr. 1804).

b) Unter Anwendung dieser Rechtsgrundsätze ist der Antragstellerin im Streitfall entgegen der Auffassung des Landgerichts kein Zögern bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche vorwerfbar, das es rechtfertigen würde, sie für ihre Rechtsdurchsetzung auf das reguläre Hauptsacheverfahren zu verweisen. 10

Nach ihrem Vortrag erlangte die Antragstellerin erst am 12. September 2012 Kenntnis davon, dass die von ihr als gebrauchsmusterverletzend beanstandeten Kaminkassetten (angegriffene Ausführungsform) auf der Internetseite des Antragsgegners bzw. der Internetseite von dessen Vater angeboten werden. 11

Der vorangegangene Zeitraum hat bei der Beurteilung der Dringlichkeit außer Betracht zu bleiben. Dass die Antragstellerin bereits vor dem 12. September 2012 greifbare Hinweise auf rechtsverletzende Handlungen des Antragsgegners oder seines gesondert in Anspruch genommenen Vaters, Peter T., hatte, ist nämlich nicht feststellbar. Eine Beobachtungspflicht traf die Antragstellerin unter Zugrundelegung ihres Vorbringens nicht. Zwar hatte die Antragstellerin mit dem Vater des Antragsgegners, für den dieser tätig gewesen war, seit April 2011 zusammengearbeitet. Diese Zusammenarbeit wurde zum August 2012 beendet. Die Gründe hierfür sind allerdings nicht bekannt und es ist auch nicht dargetan, dass die Vertragsbeziehung durch die Antragstellerin beendet wurde. Damit, dass der Vater des Antragsgegners, der lediglich ihr Vertriebspartner und nicht ihr Lizenznehmer war, oder der Antragsgegner nach Beendigung der Zusammenarbeit selbst oder von Dritter Seite hergestellte, schutzrechtsgemäße Kaminkassetten vertreiben würde, musste die Antragstellerin ohne diesbezügliche Anhaltspunkte nicht rechnen. Dass solche Hinweise hier vorlagen, hat das Landgericht nicht festgestellt und hierfür ist auch nichts ersichtlich. 12

Unabhängig davon hat die Antragstellerin den Internetauftritt ihres Vertriebspartners nach Beendigung der Zusammenarbeit auch überprüft. Denn sie forderte den Vater des Antragsgegners mit Schreiben vom 23. August 2012 auf, „Grafiken/Fotos/Beschreibungen der Kaminkassette K.“ von dessen Internetseite zu entfernen. Hierbei handelte es sich nach dem Vorbringen der Antragstellerin um Werbematerialien, mit denen der Vater des Antragsgegners während der Zusammenarbeit mit der Antragstellerin für ihre Produkte geworben hatte und die noch auf sie als Herstellerin hinwiesen. Nach ihrem Vorbringen ging die Antragsgegnerin insoweit zunächst davon aus, dass der Vater des Antragsgegners ihre (der Antragstellerin) eigenen Produkte nur versehentlich noch weiter auf seiner Internetseite darstellte. Nachdem ihr ehemaliger Vertriebspartner auf das Schreiben der Antragstellerin nicht reagiert hatte, beobachtete die Antragstellerin seit Anfang September 2012 den Internetauftritt und stellte nach ihrem Vortrag am 12. September 2012 fest, dass die Hinweise auf sie zwar von der betreffenden Internetseite entfernt worden waren, dass dort nunmehr 13

aber die von ihr als gebrauchsmusterverletzend beanstandeten Kaminkassetten namens einer „D. K.r Ltd.“ angeboten wurden. Erst hiermit erhielt die Antragstellerin Kenntnis von der angegriffenen Ausführungsform, worauf sie sowohl den Antragsgegner (Anlage ASt 5) als auch dessen Vater mit Anwaltsschreiben vom 14. September 2012 unter Fristsetzung bis zum 22. September 2012 abmahnte. Die gesetzte Frist zur Abgabe der geforderten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung betrug lediglich acht Tage und war damit nicht zu lang bemessen.

Den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung hat die Antragstellerin sodann zwar erst am 26. Oktober 2012 beim Landgericht eingereicht, so dass zwischen Fristende und Antragstellung etwas mehr als vier Wochen liegen. Zutreffend ist insoweit, dass der Antragsteller den Verfügungsantrag grundsätzlich innerhalb eines Monats anbringen muss, sobald er über alle Kenntnisse und Glaubhaftmachungsmittel verfügt, die eine aussichtsreiche Rechtsverfolgung ermöglichen (vgl. Kühnen, a.a.O., Rdnr. 1809). Die geringfügige Fristüberschreitung ist hier aber schon deshalb unschädlich, weil der Antragsgegner auf die Abmahnung der Antragstellerin mit Schreiben vom 24. September 2012 (Anlage ASt 6) mitgeteilt hatte, dass er am 12. September 2012 beim Deutschen Patent- und Markenamt einen Antrag auf Löschung des Verfügungsgebrauchsmusters gestellt hat, und die Antragstellerin dem zunächst nachgehen durfte. Vor der Anbringung eines Verfügungsantrages war es nicht nur sinnvoll, sondern sogar geboten, zunächst Kenntnis von dem Löschantrag zu nehmen und dessen Erfolgsaussichten zu prüfen. Sofern der vom Antragsgegner ermittelte Stand der Technik der Schutzfähigkeit des Verfügungsgebrauchsmusters entgegenstand, hätte ein Verfügungsantrag nämlich von vornherein keine Aussicht auf Erfolg gehabt. Darüber hinaus wäre ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung aus dem ungeprüften Verfügungsgebrauchsmuster voraussichtlich schon dann nicht erfolgsversprechend gewesen, wenn die Schutzfähigkeit des Verfügungsgebrauchsmusters von dem Antragsgegner mit guten Gründen hätte angezweifelt werden können. Die Antragstellerin durfte deshalb zunächst prüfen, ob die Entgegenhaltungen, auf die der Löschantrag gestützt ist, der Schutzfähigkeit des Gegenstandes des Verfügungsgebrauchsmusters entgegenstehen oder diese doch zumindest zweifelhaft erscheinen lassen. Erst nach dieser Prüfung war sie in der Lage, zu entscheiden, ob ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung Aussicht auf Erfolg hat. Für das vorübergehende Zurückstellen eines Verfügungsantrages gab es damit im Hinblick auf die Erfolgsaussichten eines gerichtlichen Vorgehens einen stichhaltigen Grund.

Die gegenteilige Auffassung des Landgerichts vermag nicht zu überzeugen. Das Landgericht 15
verkennt, dass nicht jedwedes Zuwarten mit der Stellung eines Verfügungsantrages auf ein zögerliches und dringlichkeitsschädliches Verhalten des Antragstellers schließen lässt. So kann, wie das Landgericht selbst zutreffend ausführt, bei einem Patent ein dringlichkeitsschädliches Zuwarten beispielsweise nicht schon deshalb angenommen werden, weil der Antragsteller trotz Kenntnis vom Verletzungssachverhalt die Einspruchsfrist wenigstens teilweise, nämlich so weit verstreichen lässt, dass vom Antragsgegner die Benennung konkreter Angriffe gegen das Verfügungspatent erwartet werden kann (Kühnen, a.a.O., Rdnr. 1817). Auch steht es der Dringlichkeit einer einstweiligen Unterlassungsverfügung in Patentsachen nicht zwingend entgegen, dass der Patentinhaber vor Anbringung seines Verfügungsantrages zunächst die erstinstanzliche Einspruchs- oder Nichtigkeitsentscheidung abwartet, wenn der Rechtsbestand des Verfügungspatents streitig ist und ein vor der aufrechterhaltenden Einspruchs- oder Nichtigkeitsentscheidung eingereichtes Verfügungsbegehren mutmaßlich keine Erfolgsaussicht hat (LG Düsseldorf, InstGE 9, 110 – Dosierinhalator; Senat, InstGE 10, 124 – Inhalator; Kühnen, a.a.O., Rdnr. 1814). Es ist deswegen unschädlich, wenn der Patentinhaber zunächst (vor der

Einspruchsentscheidung) bereits eine Hauptsacheklage erhebt und erst während des laufenden Prozesses nach Vorliegen der ihm günstigen Einspruchsentscheidung einen Verfügungsantrag anbringt (Senat, InstGE 10, 124 – Inhalator; Kühnen, a.a.O., Rdnr. 1814). Unter Umständen kann es in einem solchen Fall sogar gerechtfertigt sein, die schriftlichen Entscheidungsgründe abzuwarten (Senat, InstGE 10, 124 – Inhalator; Kühnen, a.a.O., Rdnr. 1814). Entsprechendes hat zu gelten, wenn der Inhaber eines Gebrauchsmusters vor Anbringung seines Verfügungsantrages zunächst die erstinstanzliche Lösungsentscheidung abwartet, sofern der Antragsgegner einen Lösungsantrag gestellt und ein vor der aufrechterhaltenden Lösungsentscheidung eingereichtes Verfügungsbegehren mutmaßlich keine Erfolgsaussicht hat. Denn auch bei einem Gebrauchsmuster kommt – wie sogleich näher ausgeführt wird – der Erlass einer einstweiligen Verfügung nur in Betracht, wenn sowohl die Frage der Schutzrechtsverletzung als auch der Bestand des Antragsschutzrechtes im Ergebnis so eindeutig zugunsten des Antragstellers zu beantworten sind, dass eine fehlerhafte, in einem etwa nachfolgenden Hauptsacheverfahren zu revidierende Entscheidung nicht ernstlich zu erwarten ist.

In jedem Falle muss dem Antragsteller vor Stellung eines Verfügungsantrages aber die Möglichkeit eingeräumt werden, von einem bereits gestellten Lösungsantrag des Anspruchsgegners oder eines Dritten Kenntnis zu nehmen und zu prüfen, ob die Lehre des Verfügungsgebrauchsmusters im Hinblick auf den mit dem Lösungsantrag entgegengehaltenen Stand der Technik neu ist sowie auf einem erfinderischen Schritt beruht und damit die in § 1 Abs. 1 GebrMG niedergelegten Voraussetzungen für die Zuerkennung des Gebrauchsmusterschutzes erfüllt. Bei seiner gegenteiligen Argumentation übersieht das Landgericht, dass im Streitfall bereits ein Lösungsantrag von dem Antragsgegner gestellt worden war, von dem die Antragstellerin aber erst nach dessen Abmahnung Kenntnis erlangt hat. Hingegen geht es vorliegend nicht darum, wie lange mit der Anbringung seines Verfügungsantrages im Hinblick auf einen nur theoretisch möglichen, aber nicht konkret absehbaren und deswegen ungewissen Lösungsantrag des Anspruchsgegners zugewartet werden darf. 16

Damit kann der Antragstellerin schon aus den vorstehenden Gründen ein dringlichkeitsschädliches Zuwarten mit der außergerichtlichen und/oder gerichtlichen Verfolgung ihrer Ansprüche nicht vorgeworfen werden. Ob die Antragstellerin nach der Abmahnung des Antragsgegners noch weitere Recherchen anstellen musste, kann unter diesen Umständen dahinstehen. 17

2. Das Bestehen eines Verfügungsgrundes lässt sich derzeit auch nicht aus anderen Gründen verneinen. 18

a) Richtig ist, dass das Bestehen eines Verfügungsgrundes nicht nur eine Dringlichkeit in einem rein zeitlichen Sinne verlangt, sondern darüber hinaus eine materielle Rechtfertigung des vorläufigen Unterlassungsgebotes aus den dem Schutzrechtsinhaber ohne das gerichtliche Eingreifen drohenden Nachteilen erfordert, welche gegen die Interessen des als Verletzer in Anspruch genommenen Antragsgegners abgewogen werden müssen. Es entspricht daher der ständigen Rechtsprechung des Senats (InstGE 9, 140 = GRUR-RR 2008, 329 = Mitt. 2008, 327 – Olanzapin; InstGE 12, 114 = Mitt. 2011, 193 – Harnkatheter; Senat, Urteil vom 30.09.2010 – I-2 U 47/10, GRUR-RR 2011, 81 = Mitt. 2012, 178 – Gleitsattel-Scheibenbremse; Urteil vom 20.01.2011 – I-2 U 92/10, juris und WuW/E DE-R 3215-3234; Urteil vom 20.01.2011 – I-2 U 55/10, juris; Urteil vom 24.11.2011 – I-2 U 55/11, juris und Mitt. 2012, 413 [LS] – Kreissägeblatt; Urteil vom 08.12.2011 – I-2 U 79/11, Mitt. 2012, 415 – Adapter für Tintenpatrone; Urteil vom 06.12.2012 – I-2 U 46/12), dass der Erlass 19

einer einstweiligen Verfügung aus einem Patent oder Gebrauchsmuster, insbesondere wenn er auf Unterlassung gerichtet ist, nur in Betracht kommt, wenn sowohl die Frage der Schutzrechtsverletzung als auch der Bestand des Verfügungsschutzrechtes im Ergebnis so eindeutig zugunsten des Antragstellers zu beantworten sind, dass eine fehlerhafte, in einem etwa nachfolgenden Hauptsacheverfahren zu revidierende Entscheidung nicht ernstlich zu erwarten ist (ebenso: OLG Karlsruhe, InstGE 11, 143 – VA-LVD-Fernseher). Je klarer beides zugunsten des Patentinhabers zu beurteilen ist, umso weniger ist es gerechtfertigt, mit Rücksicht auf irgendwelche Wettbewerbsinteressen des Antragsgegners gleichwohl von einem einstweiligen Rechtsschutz abzusehen. Bei eindeutiger Rechtsbestands- und Verletzungslage erübrigen sich deswegen in aller Regel weitere Erwägungen zur Interessenabwägung (Senat, Urteil vom 27.10.2011 – I-2 U 3/11; Urteil vom 10.11.2011 – I-2 U 41/11). Die Notwendigkeit einstweiligen Rechtsschutzes kann sich deshalb im Einzelfall auch aus der eindeutigen Rechtslage als solcher ergeben (Senat, Urteil vom 10.11.2011 – I-2 U 41/11).

In Patent- und Gebrauchsmusterverletzungsstreitigkeiten ist das Vorliegen eines Verfügungsgrundes besonders sorgfältig zu prüfen. Gerade hier ergeben sich regelmäßig besondere Schwierigkeiten daraus, die Schutzfähigkeit bzw. Rechtsbeständigkeit des Antragsschutzrechtes innerhalb kurzer Zeit und ohne eine dem Verfahren der Hauptsache entsprechende schriftsätzliche Vorbereitung sachgerecht zu beurteilen. Die eingeschränkten Möglichkeiten treffen besonders den Antragsgegner. Während dem Antragsteller, der sich zwar beschleunigt um eine Durchsetzung seiner Rechte bemühen muss, um die zeitliche Dringlichkeit nicht zu beseitigen, auch unter den Voraussetzungen des § 940 ZPO regelmäßig ausreichend Zeit bleibt, den Rechtsbestand des Schutzrechtes vor dem Einreichen eines Verfügungsantrages sorgfältig zu prüfen, sieht sich der Antragsgegner auch im Falle einer vorherigen mündlichen Verhandlung nach der Zustellung des Verfügungsantrages regelmäßig erheblichem Zeitdruck ausgesetzt, um in der verhältnismäßig kurzen Zeit bis zum Verhandlungstermin seine Verteidigung aufzubauen. Ergeht eine Unterlassungsverfügung, greift sie darüber hinaus meist in sehr einschneidender Weise in die gewerbliche Tätigkeit des Antragsgegners ein und führt während ihrer Bestandsdauer zu einer Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs (Senat, InstGE 9, 140, 145 – Olanzapin; InstGE 112, 114, 118 f. – Harnkatheter).

20

Das alles bedeutet aber nicht, dass eine einstweilige Verfügung wegen Patent- oder Gebrauchsmusterverletzung generell nicht oder nur in ganz besonders seltenen Ausnahmefällen in Betracht kommt. Derartige Restriktionen widersprächen Art. 50 Abs. 1 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS) vom 15. April 1994 (BGBl. II. Seite 1730), welcher die gerichtliche Anordnung einstweiliger Maßnahmen zur Verhinderung der Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums oder zur Sicherung einschlägiger Beweise ausdrücklich vorsieht. Eine einstweilige Unterlassungsverfügung wegen Patentverletzung verlangt allerdings in der Regel, dass die Rechtsbeständigkeit des Antragsschutzrechtes hinlänglich gesichert ist (Senat, InstGE 9, 140, 146 – Olanzapin; InstGE 112, 114, 119 – Harnkatheter). Zweifel an der grundsätzlich zu respektierenden Schutzfähigkeit des Verfügungspatentes können das Vorliegen eines Verfügungsgrundes ausschließen. Die Einschätzung der Rechtsbeständigkeit muss das Verletzungsgericht in eigener Verantwortung vornehmen (Senat, InstGE 9, 140, 146 – Olanzapin). Es kann sich also nicht kurzerhand auf den Erteilungsakt verlassen, sondern hat selbständig zu klären, ob angesichts des Sachvortrages des Antragsgegners ernstzunehmende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Verfügungspatent ggf. keinen Bestand haben wird. Seine Vernichtung muss als Folge der Einwendungen des Antragsgegners aus Sicht des Verletzungsgerichts nicht zwingend und sie muss auch nicht

21

überwiegend wahrscheinlich, aber aufgrund einer in sich schlüssigen, vertretbaren und letztlich nicht von der Hand zu weisenden Argumentation des Antragsgegners möglich sein, um einem Verfügungsantrag den Erfolg versagen zu können (Senat, InstGE 112, 114, 119 – Harnkatheter).

Grundsätzlich kann von einem hinreichenden Rechtsbestand nur dann ausgegangen werden, 22 wenn das Verfügungspatent bereits ein erstinstanzliches Einspruchs- oder Nichtigkeitsverfahren überstanden hat (Senat, InstGE 9, 140, 146 – Olanzapin; InstGE 112, 114, 121 – Harnkatheter; a.A. OLG Braunschweig, Mitt. 2012, 410). Um ein Verfügungspatent für ein einstweiliges Verfügungsverfahren tauglich zu machen, bedarf es grundsätzlich einer positiven Entscheidung der dafür zuständigen, mit technischer Sachkunde ausgestatteten Einspruchs- oder Nichtigkeitsinstanzen. Von dem Erfordernis einer dem Antragsteller günstigen kontradiktorischen Rechtsbestandsentscheidung kann nur in Sonderfällen abgesehen werden. Sie können – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – vorliegen, wenn der Antragsgegner sich bereits mit eigenen Einwendungen am Erteilungsverfahren beteiligt hat, so dass die Patenterteilung sachlich der Entscheidung in einem zweiseitigen Einspruchsverfahren gleichsteht, oder wenn ein Rechtsbestandsverfahren deshalb nicht durchgeführt worden ist, weil das Verfügungspatent allgemein als schutzfähig anerkannt wird (was sich durch das Vorhandensein namhafter Lizenznehmer oder dergleichen widerspiegelt) oder wenn sich die Einwendungen gegen den Rechtsbestand des Verfügungspatentes schon bei der dem vorläufigen Rechtsschutzverfahren eigenen summarischen Prüfung als haltlos erweisen oder wenn (z. B. mit Rücksicht auf die Marktsituation oder die aus der Schutzrechtsverletzung drohenden Nachteile) außergewöhnliche Umstände gegeben sind, die es für den Antragsteller ausnahmsweise unzumutbar machen, den Ausgang des Einspruchs- oder Nichtigkeitsverfahrens abzuwarten (InstGE 112, 114, 121 – Harnkatheter).

Erst recht gilt das für ein Gebrauchsmuster, das vor seinem Entstehen im Gegensatz zu 23 einem Patent nicht in einem behördlichen Erteilungsverfahren auf seine Schutzfähigkeit überprüft worden ist, sondern auf der Grundlage der vom Anmelder erstellten Unterlagen eingetragen wird. Um ein Gebrauchsmuster für ein einstweiliges Verfügungsverfahren tauglich zu machen, bedarf es regelmäßig einer positiven Entscheidung der dafür zuständigen mit technischer Sachkunde ausgestatteten Instanzen im Löschungsverfahren. Von dem Erfordernis einer dem Verfügungskläger günstigen kontradiktorischen Rechtsbestandsentscheidung kann nur in Ausnahmefällen abgesehen werden (Senat, Urteil vom 08.12.2011 – I-2 U 79/11, Mitt. 2012, 415 – Adapter für Tintenpatrone).

b)Entgegen der Auffassung des Landgerichts folgt hieraus allerdings nicht, dass eine 24 einstweilige Verfügung wegen Gebrauchsmusterverletzung immer nur dann in Betracht kommt, wenn die Schutzfähigkeit des Verfügungsgebrauchsmusters zumindest erstinstanzlich in einem Löschungsverfahren bestätigt worden ist, sofern nicht z.B. mit Rücksicht auf die Marktsituation oder die aus der Schutzrechtsverletzung drohenden Nachteile außergewöhnliche Umstände gegeben sind, die es für den Antragsteller unzumutbar machen, zunächst den Ausgang des Löschungsverfahrens abzuwarten. Vielmehr kommt – wie sich aus dem oben Gesagten ergibt – eine einstweilige Verfügung wegen Gebrauchsmusterverletzung selbstverständlich auch dann in Betracht, wenn sich die Einwendungen des Antragsgegners gegen die Schutzfähigkeit des Verfügungsgebrauchsmusters schon bei der dem vorläufigen Rechtsschutzverfahren eigenen summarischen Prüfung als haltlos erweisen. Hat der Antragsgegner einen Löschungsantrag gestellt, muss das Verletzungsgericht demgemäß prüfen, ob sich seine Einwendungen gegen die Schutzfähigkeit des Verfügungsgebrauchsmusters – was die Antragstellerin vorliegend geltend macht – als haltlos erweisen. Eine solche Prüfung hat das Landgericht hier

rechtfehlerhaft unterlassen.

<u>III.</u>	25
Da das Landgericht sich mit den Einwendungen des Antragsgegners gegen die Schutzfähigkeit des Verfügungsgebrauchsmusters nicht befasst hat, verweist der Senat das Verfahren an das Landgericht zurück (§ 572 Abs. 3 ZPO), damit dieses nunmehr unter Zurückstellung seiner Bedenken gegen die Dringlichkeit und unter Anlegung eines rechtlich zutreffenden Maßstabes hinsichtlich des Verfügungsgrundes über den Verfügungsantrag neu entscheiden kann. Eine erstmalige Befassung mit dem entgegengehaltenen Stand der Technik in der Beschwerdeinstanz erscheint dem Senat nicht angebracht.	26
Für das weitere Verfahren weist der Senat vorsorglich auf Folgendes hin:	27
<u>1.</u>	28
Dass die angegriffene Ausführungsform von der technischen Lehre des Verfügungsgebrauchsmusters Gebrauch macht, hat der Antragsgegner auf die Abmahnung in seinem Antwortschreiben vom 24. September 2012 nicht in Abrede gestellt. In Hinblick darauf, dass die in dem in Kopie vorgelegten Abmahnschreiben der Antragstellerin wiedergegebenen Abbildungen nur von schlechter Qualität und kaum lesbar sind, sollten die dort wiedergegeben Internetauszüge allerdings vorsorglich zur Darlegung des Benutzungstatbestandes nochmals in besserer Qualität vorgelegt werden.	29
<u>2.</u>	30
Die Antragstellerin hat sich zwar in ihrem Schriftsatz vom 5. November 2012 (Bl. 33 – 36 GA) mit den Entgegenhaltungen befasst, auf die der Löschungsantrag des Antragsgegners nach ihrem Vorbringen gestützt wird, und sie hat diese Entgegenhaltungen auch vorgelegt. Ebenso hat die Antragstellerin die von ihrem Geschäftsführer im Löschungsverfahren eingereichte Widerspruchsbegründung vom 5. November 2012 (Anlage ASt 9b) zur Akte gereicht. Den Löschungsantrag des Antragsgegners hat sie bislang aber nicht vorgelegt. Dies wird die Antragstellerin nachzuholen haben, damit das Landgericht die Begründung des Löschungsantrages vollständig zur Kenntnis nehmen und die Einwendungen des Antragsgegners gegen die Schutzfähigkeit des Verfügungsgebrauchsmusters prüfen kann.	31
<u>3.</u>	32
Hinsichtlich der Passivlegitimation wird das Landgericht zu beachten haben, dass sich diese möglicherweise nicht ohne Weiteres aus der Stellung des Antragsgegners als Gesellschafter der am 30. Juli 2012 im Handelsregister für England und Wales eingetragenen, als E. E. A. (EEA) Company geführten „D. K. Ltd.“ ergibt. Nach dem durch den vorgelegten Registerauszug des C.-House (Anlage ASt 2) glaubhaft gemachten Vortrag der Antragstellerin ist der Antragsgegner allerdings auch „C. D.“ dieser Gesellschaft. Außerdem ist er nach dem durch den vorgelegten D.-Registerauszug (Anlage ASt 1) belegten Vortrag der Antragstellerin auch Inhaber der Domain www.k.-b..de, unter der die angegriffenen Kaminkassetten nach dem Vorbringen der Antragstellerin angeboten werden.	33
<u>IV.</u>	34
Im Hinblick auf die Zurückverweisung ist dem Landgericht auch die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu übertragen gewesen.	35

