

GRUR_{RR}

Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report

Zeitschrift
der Deutschen
Vereinigung für
gewerblichen
Rechtsschutz
und Urheberrecht

www.grur.org

- 249** OLG Düsseldorf
**Einstweilige Verfügung nach Vorbescheid
– Cinacalcet II**
- 258** OLG Düsseldorf
**Begrenzung der funktionsorientierten Auslegung
durch gewürdigten Stand der Technik – Infusions-
vorrichtung**
- 263** OLG Köln
**Keine zulässige Zitierung aus unveröffentlichtem
Buch – Sarrazin-Thesen**
- 276** OLG Frankfurt a. M.
**Beschreibende Verwendung einer Marke für ein
Universitätsgebäude – Medicum**
- 278** OLG Düsseldorf
**Lauterkeitsrechtliche Ansprüche bei unwahren Aus-
sagen auf Fluggastrechteportal – Fluggastrechteportal**
- 281** OLG Köln
**Informationspflichten bei Zugangsdiensten für Tele-
kommunikationsanschlüsse – Produktinformationsblatt**
- 288** OLG Hamm
**Irrführende Belehrung über Ausschluss eines Wider-
rufsrechts bei Haustürgeschäften – Kurven-Treppenlift**
- 294** OLG Karlsruhe
**Bemessung des Streitwerts von Unterlassungs-
eilanträgen – Klimaanlage**

6/2021

Seiten 249 bis 296 · 21. Jahrgang · Juni 2021
München · Frankfurt am Main

Patentrecht professionell.

Vorteile auf einen Blick

- mit dem EU-Abkommen zum UPC
- inklusive internationalem Rechtsschutz
- mit der geplanten Novelle zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts

Diese bewährte Einführung

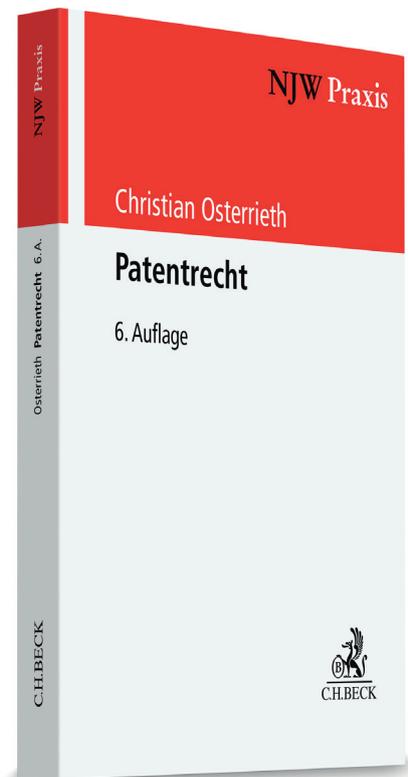
stellt das Patent- und Gebrauchsmusterrecht mit den Bezügen zum Lizenzvertrags- und Kartellrecht dar. Der Band behandelt auch u.a.:

- Grundzüge des internationalen Patentrechts und Europäischen Patentsystems
- Gegenstand, Voraussetzungen und Wirkung des Patentschutzes
- Patentverletzungsprozess
- Patentstreitverfahren vor dem Einheitlichen Patentgericht
- Arbeitnehmererfindungsrecht
- Gebrauchsmusterrecht.

Der Anhang enthält u.a. Muster deutscher und europäischer Patentschriften einschließlich Merkmalsanalyse.

Die Neuauflage

berücksichtigt u.a. das EU-Abkommen zum Einheitlichen Patentgericht (UPC), das infolge der Ratifizierung auch durch die Bundesrepublik bald in Kraft gesetzt sein und das europäische Patentsystem maßgeblich reformieren wird. Außerdem wird der aktuelle Stand des geplanten Zweiten Gesetzes zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts dargestellt.



Osterrieth
Patentrecht

6. Auflage. 2021. XXIII, 344 Seiten.
Kartoniert € 89,-
ISBN 978-3-406-74614-7

Neu im Mai 2021

☰ beck-shop.de/29796338

RECHTSPRECHUNG

- PATENTRECHT 249** OLG Düsseldorf 4.3.2021 – 2 U 25/20
Einstweilige Verfügung nach Vorbescheid – **Cinacalcet II**
- 258** OLG Düsseldorf 8.4.2021 – 2 U 41/20
Begrenzung der funktionsorientierten Auslegung durch gewürdigten
Stand der Technik – **Infusionsvorrichtung**
- URHEBERRECHT 263** OLG Köln 26.3.2021 – 6 U 101/20
Keine zulässige Zitierung aus einem unveröffentlichten Buch
– **Sarrazin-Thesen**
- 269** LG Köln 25.3.2021 – 14 O 462/20
Urheberrechtsverletzung durch Veröffentlichung nicht freigegebener
Buchfassung – **Buchmanuskript (Ls.)**
- MARKENRECHT 269** BPatG 12.11.2020 – 30 W (pat) 527/20
Zulässigkeit von Erinnerungs- und Beschwerdeschriftsätzen mit
Rubrumsunterschrift – **ALMWURZERL**
- 273** OLG Frankfurt a. M. 12.3.2021 – 6 U 17/20
Verwechslungsgefahr zwischen Marke für E-Zigaretten und Zeichen
für Sisha-Tabak – **ALFALIQUID/ALPA TOBACCO**
- 276** OLG Frankfurt a. M. 10.12.2020 – 6 U 193/19
Beschreibende Verwendung einer Marke für ein Universitätsgebäude
– **Medicum**
- 277** OLG Frankfurt a. M. 9.2.2021 – 6 W 10/21
Fehlende kennzeichenmäßige Verwendung als Zweitmarke
– **Barbour Steppjacke Sam (Ls.)**
- WETTBEWERBSRECHT 278** OLG Düsseldorf 21.1.2021 – 20 U 239/20
Lauterkeitsrechtliche und deliktsrechtliche Ansprüche bei unwahren
Aussagen auf Fluggastrechteportal – **Fluggastrechteportal**
- 281** OLG Köln 26.2.2021 – 6 U 85/20
Informationspflichten bei Zugangsdiensten für Telekommunikations-
anschlüsse – **Produktinformationsblatt**
- 282** OLG Köln 27.11.2020 – 6 U 65/20
Bewerbung einer Testsiegermatratze mit abstrahiertem Preisnachlass
– **100 € günstiger als 299 €**

288 OLG Hamm 10.12.2020 – 4 U 81/20
Irreführende Belehrung über den Ausschluss eines Widerrufsrechts bei
Haustürgeschäften – **Kurven-Treppenlift**

290 KG 1.12.2020 – 5 U 26/19
Unzumutbare Belästigung der Verbraucher bei Haustürgeschäften
– **unbestellter Vertreterbesuch**

VERFAHRENS- UND
KOSTENRECHT

294 OLG Karlsruhe 1.2.2021 – 6 W 55/20
Bemessung des Streitwerts von Unterlassungseilanträgen – **Klimaanlagen**

296 KG 15.3.2021 – 2 AR 11/21
Sonderzuständigkeit der Pressekammer für Veröffentlichungen in Massen-
medien – **Kinofilm (Ls.)**

RECHTSPRECHUNG

Wenn nichts anderes vermerkt ist, sind die Entscheidungen rechtskräftig und stammen die Leitsätze von dem jeweiligen Gericht. Die Sachverhalte sind zum Teil von der Redaktion gekürzt und neu formuliert; Kürzungen in den Entscheidungsgründen werden kenntlich gemacht.

PATENTRECHT

1. Einstweilige Verfügung nach Vorbescheid

EPÜ Art. 52, 54, 63, 87, 100; PatG §§ 9 S. 2 Nr. 1, 139 I – **Cinacalcet II**

1. Sind sämtliche Erstanmelder zugleich Anmelder der PCT-Nachanmeldung, die darüber hinaus zwei weitere Personen ausweist, und ist die PCT-Nachanmeldung von allen fünf Nachanmeldern auf einem gemeinsamen Anmeldeformular in der Weise eingereicht worden, dass die drei Erstanmelder zusammen mit einem weiteren Nachanmelder die PCT-Anmeldung für die USA verfolgen, während der fünfte Nachanmelder die PCT-Anmeldung für alle übrigen Schutzgebiete betreibt, so liegt in der – wie beschrieben – gemeinsamen Nachanmeldung eine Übertragung der Prioritätsrechte aus der Erstanmeldung in demjenigen Umfang, wie es ihrer bedarf, um die territorial unterschiedlichen Nachanmeldungen in der Person der jeweiligen Nachanmelder zum Erfolg zu führen. Der alleinige Anmelder ist deshalb, sofern er bereits Erstanmelder war, für sein Schutzgebiet teils aufgrund eigenen Rechts als Erstanmelder und im Übrigen als Rechtsnachfolger im diesbezüglichen Prioritätsrecht des anderen Erstanmelders berechtigt. War der Nachanmelder kein Erstanmelder, so leitet sich sein Prioritätsrecht für das ihm zugewiesene Schutzgebiet insgesamt aus einer Rechtsnachfolge aller Erstanmelder ab.

2. Hängt die Entscheidung darüber, ob der Fachmann in naheliegender Weise vom vorbekannten Stand der Technik zu der Erfindung gelangen konnte, von einem tiefgreifenden technischen Verständnis und Einblick in das

Fachwissen, die Fähigkeiten sowie die Denk- und Vorgehensweise eines Durchschnittsfachmanns im Prioritätszeitpunkt ab, so kommt einem begründeten Vorbescheid der mit dem Patent befassten Rechtsbestandsinstanz jedenfalls dann ganz erhebliches und letztlich entscheidendes Gewicht zu, wenn es sich bei dem Erfindungsgegenstand nicht um eine einfach mechanische, sondern um eine komplexe (zB pharmazeutische oder nachrichtentechnische) Erfindung handelt. Anlass, sich in dieser Frage über eine auch vorläufig geäußerte, fachkundig begründete Einschätzung hinwegzusetzen, besteht für ein Verletzungsgericht erst dann, wenn dem Rechtsbestandspruchkörper Annahmen oder Schlussfolgerungen nachgewiesen werden, die objektiv unzutreffend sind und seiner Würdigung die Grundlage entziehen.

3. Dass Privatgutachter einer Partei in der Frage der erfinderischen Tätigkeit zu einem gegenteiligen Ergebnis gelangt sind, hat im Allgemeinen keine entscheidende Bedeutung, weil es sich bei ihnen um keine unparteiischen Äußerungen, sondern um qualifizierten Sachvortrag einer Partei handelt, dem schon deswegen von einem Verletzungsgericht nicht derselben Stellenwert bei Beurteilung der Erfolgsaussichten eines Rechtsbestandsangriffs auf das Verfügungspatent eingeräumt werden kann wie der detaillierten und sorgfältig begründeten vorläufigen Auffassung einer Einspruchsabteilung. Das gilt jedenfalls in dem Umfang, in dem die Privatgutachter bloß ihre eigene subjektive Sicht von den Fähigkeiten des Durchschnittsfachmanns bei der Fortentwicklung des Standes der Technik an die Stelle der Würdigung durch die unabhängige Einspruchsabteilung setzen. Bedeutsam können Privatgutachten allenfalls insofern sein, als sie belegen, dass der Vorbescheid an irgendeiner Stelle von einem nachweisbaren Fehlverständnis ausgeht, weil zum Beispiel eine Druckschrift objektiv unzutreffend interpretiert oder technisch objektiv falsche Schlüsse gezogen werden.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.3.2021 – 2 U 25/20

Zum Sachverhalt: Die Verfügungskl. nimmt die Verfügungsbekl. wegen des Angebots und Vertriebs insbesondere des Präparats CA (angegriffene Ausführungsform) aus dem Verfügungspatent – dem

deutschen Teil des europäischen Patents ...B1 – im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes auf Unterlassung in Anspruch.

Das *LG Düsseldorf* (Urt. v. 3.7.2020 – 4c O 25/20) erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Es hat dabei unter anderem ausgeführt, dass der Rechtsbestand des Verfügungspatents nach den Maßstäben bei Verletzungshandlungen eines Generika-Unternehmens ausreichend gesichert sei. Unter dem 21.12.2020 erließ die Einspruchsabteilung des EPA im Einspruchsverfahren gegen das Verfügungspatent einen Vorbescheid, in dem sie die vorläufige Auffassung vertritt, das Verfügungspatent sei rechtsbeständig. Mit ihrer Berufung wendet sich die Verfügungsbekl. insbesondere gegen die Annahme eines gesicherten Rechtsbestands des Verfügungspatents. Dieses könne das angegebene Prioritätsdatum nicht wirksam in Anspruch nehmen, so dass neuheitsschädliche Vorbenutzungen zum Stand der Technik des Verfügungspatents zählten. Aber auch vor dem beanspruchten Prioritätszeitpunkt sei es zu neuheitsschädlichen offenkundigen Vorbenutzungen im Rahmen von klinischen Studien mit dem Präparat S der Verfügungskl. gekommen. Schließlich fehle dem Verfügungspatent die Erfindungshöhe. Diesem Vorbringen tritt die Verfügungskl. entgegen.

Die Berufung hatte keine Erfolg.

Aus den Gründen: [6] Zutreffend hat das *LG* die von der Verfügungskl. beantragte einstweilige Verfügung auf Unterlassung von Angebot und Vertrieb insbesondere der angegriffenen Ausführungsform erlassen.

[7] Die Verfügungskl. hat einen Verfügungsanspruch auf Unterlassung aus Art. 64 EPÜ iVm § 139 I PatG. Zutreffend und von den Parteien nicht angegriffen hat das *LG* festgestellt, dass die Verfügungsbekl. durch den Vertrieb der angegriffenen Ausführungsform von der Lehre des Verfügungspatents entgegen § 9 S. 2 Nr. 1 PatG Gebrauch macht. Außer dem Verfügungsanspruch ist auch ein Verfügungsgrund glaubhaft gemacht. Der Rechtsbestand des Verfügungspatents ist für den Erlass einer einstweiligen Verfügung ausreichend gesichert (hierzu unter 2). Die Sache ist zudem dringlich (hierzu unter 3). Der landgerichtliche Urteilsausspruch ist allerdings dahingehend zu korrigieren, dass das Unterlassungsgebot – entsprechend § 9 S. 2 Nr. 1 PatG – nicht für den Besitz als solchen gilt, sondern nur „zu den genannten Zwecken“ (namentlich: Anbieten oder Inverkehrbringen); stattdessen war die Benutzungsform des Gebrauchens in den Unterlassungstenor aufzunehmen. Die Verfügungskl. hatte erstinstanzlich auch beantragt zu entscheiden, wie vom *Senat* zuerkannt worden ist (§ 308 ZPO). Diesem Antrag hat das *LG* stattgegeben. Dass gleichwohl „besitzen“ statt „gebrauchen“ im Tenor des angegriffenen Urteils formuliert ist, beruht auf einem offensichtlichen Schreibversehen des *LG*.

[8] 1. Das Verfügungspatent trägt den Titel „Schnellauflösungsformulierung enthaltend Cinacalcet HCl“ und beansprucht eine pharmazeutische Zusammensetzung.

[9] In seiner einleitenden Beschreibung schildert das Verfügungspatent, dass kalziumrezeptoraktive Verbindungen wie Cinacalcet-HCl im Stand der Technik als Arzneimittelwirkstoff bekannt sind. Solche kalziumrezeptoraktiven Verbindungen können insbesondere in ihrem nicht-ionisierten Zustand unlöslich oder kaum löslich in Wasser sein. So hat Cinacalcet eine Löslichkeit in Wasser von weniger als 1 µg/ml bei neutralem pH-Wert. Seine Löslichkeit kann sich bis ungefähr 1,6 mg/ml steigern, wenn der pH-Wert von ungefähr 3 bis ungefähr 5 reicht, und die Löslichkeit von Cinacalcet sinkt auf ungefähr 0,1 mg/ml, wenn der pH-Wert bei 1 liegt (Abs. [0002]).

[10] Das Verfügungspatent bemerkt hierzu, dass eine – wie geschildert – begrenzte Löslichkeit die Anzahl der pharmazeutischen Formulierungen (zB Tablette, Kapsel, Pulver) und der Zufuhroptionen, die für die kalziumrezeptoraktiven Verbindungen verfügbar sind, reduzieren kann. Eine begrenzte Wasserlöslichkeit kann weiterhin zu einer niedrigen Bioverfügbarkeit der arzneilichen Verbindungen im Patienten führen (Abs. [0002]).

[11] Ausgehend hiervon sieht das Verfügungspatent ein Bedürfnis, die Auflösbarkeit der kalziumrezeptoraktiven Ver-

bindungen aus einer Dosierform möglichst während der in vivo-Exposition zu maximieren und hierdurch – während der in vivo-Exposition – die Bioverfügbarkeit der kalziumrezeptoraktiven Verbindung zu verbessern (Abs. [0003]).

[12] Zur Lösung dieses technischen Problems schlägt das Verfügungspatent in seinem Anspruch 1 eine pharmazeutische Zusammensetzung mit den folgenden Merkmalen vor:

1. Die pharmazeutische Zusammensetzung umfasst
 - a) 5 % bis 40 % nach Gewicht an Cinacalcet-HCl sowie
 - b) einen pharmazeutisch akzeptablen Arzneistoffträger, der mikro-kristalline Cellulose und Stärke in einem Gewichtsverhältnis im Bereich von 1 : 1-15 : 1 umfasst.
2. Mindestens eine Dosierungseinheit der pharmazeutischen Zusammensetzung weist ein Auflösungsprofil in 0,05 N HCl auf,
 - gemessen gemäß einem Auflösungstest, der in einer USP 2-Vorrichtung bei einer Temperatur von 37° C # 0,5° C und bei einer Rotationsgeschwindigkeit von 75 U/min durchgeführt wird,
 - die 50 % bis 125 % einer Zielmenge des Cinacalcets umfasst, die nicht später als etwa 30 Minuten nach Beginn des Tests aus der Zusammensetzung freigesetzt wird.

[13] Wie sich aus dem erläuternden Beschreibungstext ergibt, repräsentiert das „Auflösungsprofil“ denjenigen Prozentsatz des aktiven pharmazeutischen Bestandteils, der – gemessen an der Zielmenge der kalziumrezeptoraktiven Verbindung in der Arzneimittelformulierung – nicht später als 30 Minuten nach Beginn des Tests freigesetzt und damit therapeutisch verfügbar wird. Maßgeblich für den Eintritt dieses Effekts ist nicht nur die besondere stoffliche Ausstattung des Trägerstoffs entsprechend dem Merkmal 1b (mikro-kristalline Cellulose und Stärke in einem Gewichtsverhältnis von 1:1 - 15:1), sondern genauso die Menge an arzneilichem Cinacalcet-HCl-Wirkstoff in der Zusammensetzung gemäß dem Merkmal 1a (5-40 Gew.-%).

[14] 2. Zutreffend ist das *LG* davon ausgegangen, dass der Rechtsbestand des Verfügungspatents ausreichend gesichert ist.

[15] a) Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des *Senats* (*OLG Düsseldorf* GRUR-RR 2008, 329 – Olanzapin; *OLG Düsseldorf* Urt. v. 29.4.2010 – 2 U 126/09, GRUR-RS 2010, 15862 – Harnkatheter; *OLG Düsseldorf* GRUR-RR 2011, 81 – Gleitsattel-Scheibenbremse; *OLG Düsseldorf* Urt. v. 20.1.2011 – I-2 U 92/10, BeckRS 2011, 3266; *OLG Düsseldorf* Urt. v. 24.11.2011 – I-2 U 55/10, BeckRS 2011, 08596; *OLG Düsseldorf* Urt. v. 6.12.2012 – I-2 U 46/12, BeckRS 2013, 13744; *OLG Düsseldorf* Mitt. 2012, 415 – Adapter für Tintenpatrone; *OLG Düsseldorf* GRUR-RR 2013, 236 [239 f.] – Flupirtin-Maleat; *OLG Düsseldorf* GRUR-RR 2014, 240 Ls. = GRUR-RS 2014, 04902 – Desogestrel; *OLG Düsseldorf* Urt. v. 21.1.2016 – I-2 U 48/15, GRUR-RS 2016, 03306 – Ballonexpandierbare Stents; *OLG Düsseldorf* Urt. v. 19.2.2016 – I-2 U 54/15, BeckRS 2016, 06344), dass der Erlass einer einstweiligen Verfügung insbesondere auf Unterlassung nur in Betracht kommt, wenn sowohl die Frage der Patentverletzung als auch der Bestand des Verfügungspatents im Ergebnis so eindeutig zugunsten des Ast. (Verfügungskl.) zu beantworten sind, dass eine fehlerhafte, in einem etwa nachfolgenden Hauptsacheverfahren zu revidierende Entscheidung nicht ernstlich zu erwarten ist.

[16] aa) Von einem derart gesicherten Rechtsbestand kann regelmäßig nur ausgegangen werden, wenn das Verfügungspatent bereits ein erstinstanzliches Einspruchs- oder Nichtigkeitsverfahren überstanden hat (*OLG Düsseldorf* GRUR-RR 2008, 329 – Olanzapin; *OLG Düsseldorf* Urt. v. 29.4.2010 – 2 U 126/09, GRUR-RS 2010, 15862 – Harnkatheter; *OLG Düsseldorf* Urt. v. 18.12.2014 – I-2 U 60/14, BeckRS 2015, 1829; *OLG Düsseldorf* Urt. v. 10.12.2015 – I-2 U 35/15, BeckRS 2016, 06028; *OLG Düsseldorf* Urt. v. 31.8.

2017 – I-2 U 6/17, BeckRS 2017, 125978; *OLG Karlsruhe* GRUR-RR 2015, 509 – Ausrüstungssatz; *OLG München* GRUR 2020, 385 – Elektrische Anschlussklemme; aA *OLG Braunschweig* Mitt. 2012, 410). Um ein Verfügungsschutzrecht für ein einstweiliges Verfügungsverfahren tauglich zu machen, bedarf es deshalb einer positiven Entscheidung der dafür zuständigen, mit technischer Sachkunde ausgestatteten Einspruchs- oder Nichtigkeitsinstanzen in einem kontradiktorischen Streitverfahren. Hintergrund für dieses Erfordernis ist die hinlänglich bekannte Tatsache, dass erteilte Patente – trotz ihrer fachkundigen behördlichen Prüfung im Erteilungsverfahren – statistisch betrachtet nur in einem von drei Fällen einem Rechtsbestandsangriff standhalten, hingegen ganz überwiegend, nämlich in zwei von drei Fällen ganz oder teilweise widerrufen bzw. für nichtig erklärt werden (vgl. *Hesse/Müller-Stoy* Mitt. 2014, 439). Zu erklären ist dieser Befund ganz offensichtlich damit, dass der Patenterteilung eine bloß einseitige Diskussion mit dem Anmelder vorausgeht, während Einspruchs- oder Nichtigkeitsentscheidungen auf der Beteiligung eines außenstehenden Dritten (typischerweise einem Wettbewerber auf dem fraglichen Markt) beruhen, die gegebenenfalls erstmals bisher überhaupt nicht hinterfragte Widerrufsgründe aufgreifen oder in der Lage sind, umfassender Stand der Technik zu recherchieren, der das Patent schließlich zu Fall bringt. Die aufgezeigte Situation verschärft sich weiter dadurch, dass die Erfindungsgegenstände (zB aus dem Bereich der Pharmazie oder Nachrichtentechnik) zunehmend technisch komplexer und dementsprechend für ein bloß juristisch besetztes Verletzungsgericht selbst bei größtem Bemühen vielfach kaum noch durchschaubar und erst Recht nicht verlässlich daraufhin verifizierbar sind, ob die patentgeschützte technische Lehre gegenüber dem Vorbekanntem neu und erfinderisch ist.

[17] Gleichzeitig verbietet die Enforcement-RL eine gerichtliche Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte um jeden Preis. Wie sich aus Erwägungsgrund (22) ergibt, sind (weitere oder erstmals drohende) Schutzrechtsverletzungen vielmehr „unter Wahrung ... der Verhältnismäßigkeit mit Blick auf die besonderen Umstände des Einzelfalls“ zu unterbinden, was bedingt, dass bei jeder nachgesuchten einstweiligen Unterlassungsanordnung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit abgewogen und erforderlichenfalls durch ihre Verweigerung zur Geltung gebracht werden muss. Bei der Entscheidung über den Erlass einer vorläufigen Unterlassungsanordnung haben deshalb die Belange des mutmaßlichen Verletzers nicht nur unbedingt einzufließen, sondern sie sind in fairer Weise bei der Entscheidung darüber mit zu bedenken, ob die Unterlassungsverfügung ergeht oder nicht. Schon angesichts der eindeutigen statistischen Daten über die Vernichtungshäufigkeit ist in diesem Zusammenhang insbesondere in Rechnung zu stellen, dass der Ag. möglicherweise völlig berechtigt den Bestand des Verfügungsschutzrechts in Abrede stellt, womit es rückwirkend an einem durchsetzbaren geistigen Eigentumsrecht fehlen würde, das irgendeine Unterlassungsanordnung rechtfertigen könnte. Wegen § 294 II ZPO lässt sich der Rechtsbestand im Verletzungsverfahren nicht mit technischer Sachverständigenunterstützung abklären, so dass der Erfolg des unternommenen Angriffs mangels hinreichender eigener technischer Sachkunde des Verletzungsgerichts letztlich offen bleiben kann.

[18] Die Frage, wie mit einer solchen Situation angemessen umzugehen ist, spitzt sich hierbei in besonderer Weise zu, wenn eine – gegebenenfalls objektiv zu Unrecht ergehende – Unterlassungsverfügung nachhaltig in den Geschäftsbetrieb des Ag. eingreifen würde, weil sie zum Beispiel dessen erhebliche Investitionen zunichtemachen oder ihm unwiederbringlich Marktanteile nehmen würde. Weil es dem Erteilungsakt – wie dargelegt – in der Mehrzahl der Rechtsbestandsangriffe an der Verlässlichkeit mangelt und weil die daraus resultie-

rende Ungewissheit über die Berechtigung des Unterlassungsverlangens nicht einfach zulasten des Ag. aufgelöst werden kann, stellt es eine ausgewogene, die Interessen beider Seiten berücksichtigende Lösung dar, das Risiko einer unberechtigten Unterlassungsverfügung in denjenigen Fällen in Kauf zu nehmen, bei denen das Rechtsschutzinteresse des Patentinhabers solches gebietet, weil seine Rechtsverfolgung keinen Aufschub duldet. Der *Senat* lässt deswegen seit jeher vielfältige Ausnahmen von dem grundsätzlichen Erfordernis einer positiven kontradiktorischen Rechtsbestandsentscheidung über das Verfügungspatent zu, die ausdrücklich nicht abschließend, sondern nur beispielhaft zu verstehen sind. Neben Generikasachverhalten gehören hierzu etwa ein bevorstehender Schutzrechtsablauf, ein geringes Eingriffspotenzial, eine Drittbeteiligung am Erteilungsverfahren oder eine voraussichtliche Erfolglosigkeit der geführten Rechtsbestandsangriffe. Demgegenüber ist dem Risiko einer zu Unrecht erfolgten Patenterteilung dort auszuweichen, wo kein sofortiges Einschreiten geboten oder die durch ein Unterlassungsgebot drohenden Schäden derart gravierend sind, dass sie in einer Gesamtabwägung billigerweise nicht hinzunehmen sind. Die *Senatsrechtsprechung* leistet genau dies, und zwar in einer Weise, die Gewähr für eine vorhersehbare und somit rechtssichere Handhabung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im vorläufigen Rechtsschutz wegen Patentverletzung bietet.

[19] Aus der regelmäßigen Notwendigkeit einer positiven streitigen Rechtsbestandsentscheidung folgt umgekehrt, dass, sobald sie vorliegt, prinzipiell von einem ausreichend gesicherten Bestand des Verfügungspatents auszugehen ist (*Senat* Urt. v. 10.11.2011 – I-2 U 41/11, BeckRS 2011, 139629; *Senat* Urt. v. 19.2.2016 – I-2 U 54/15, BeckRS 2016, 06344; *Senat* Urt. v. 31.8.2017 – I-2 U 6/17, BeckRS 2017, 125978; *Senat* Urt. v. 14.12.2017 – I-2 U 17/17, BeckRS 2017, 150889; *Senat* Urt. v. 4.7.2019 – I-2 U 81/18, BeckRS 2019, 14699). Ungeachtet seiner Pflicht, auch nach erstinstanzlichem Abschluss eines Rechtsbestandsverfahrens selbst ernsthaft die Erfolgsaussichten der dagegen gerichteten Angriffe zu prüfen, um sich in eigener Verantwortung ein Bild von der Schutzfähigkeit der Erfindung zu machen (*Senat* InstGE 8, 122 – Medizinisches Instrument; *Senat* Urt. v. 18.12.2014 – I-2 U 60/14, BeckRS 2015, 1829), hat das Verletzungsgericht grundsätzlich die von der zuständigen Fachinstanz (DPMA, EPA, *BPatG*) nach technisch sachkundiger Prüfung getroffene Entscheidung über die Aufrechterhaltung des Verfügungspatents hinzunehmen und, sofern im Einzelfall keine besonderen Umstände vorliegen, die gebotenen Schlussfolgerungen zu ziehen, indem es zum Schutz des Patentinhabers die erforderlichen Unterlassungsanordnungen trifft (*Senat* Urt. v. 10.11.2011 – I-2 U 41/11, BeckRS 2011, 139629; *Senat* Urt. v. 19.2.2016 – I-2 U 54/15, BeckRS 2016, 06344; *Senat* Urt. v. 31.8.2017 – I-2 U 6/17, BeckRS 2017, 125978; *Senat* Urt. v. 14.12.2017 – I-2 U 17/17, BeckRS 2017, 150889; *Senat* Urt. v. 4.7.2019 – I-2 U 81/18, BeckRS 2019, 14699; *Senat* GRUR-RR 2020, 240 Ls. = GRUR-RS 2019, 33227 – MS-Therapie).

[20] Grund, die Rechtsbestandsentscheidung in Zweifel zu ziehen und von einem Unterlassungsgebot abzusehen, besteht nur dann, wenn das Verletzungsgericht die Argumentation der Einspruchs- oder Nichtigkeitsinstanz für nicht vertretbar hält oder wenn der mit dem Rechtsbehelf gegen die Einspruchs- oder Nichtigkeitsentscheidung unternommene Angriff auf das Verfügungspatent auf (zB neue) erfolgversprechende Gesichtspunkte gestützt wird, die die bisher mit der Sache befassten Stellen noch nicht berücksichtigt und beschieden haben (*Senat* Urt. v. 6.12.2012 – I-2 U 46/12, BeckRS 2013, 13744; *Senat* Urt. v. 31.8.2017 – I-2 U 6/17, BeckRS 2017, 125978; *Senat* Urt. v. 14.12.2017 – I-2 U 17/17, BeckRS 2017, 150889; *Senat* Urt. v. 4.7.2019 – I-2 U 81/

18, BeckRS 2019, 14699; *Senat* GRUR-RR 2020, 240 Ls. = GRUR-RS 2019, 33227 – MS-Therapie). Demgegenüber ist es für den Regelfall nicht angängig, den Verfügungsantrag trotz erstinstanzlich aufrechterhaltenen Schutzrechts allein deshalb zurückzuweisen, weil das Verletzungsgericht seine eigene (laienhafte) Bewertung des technischen Sachverhaltes an die Stelle der Beurteilung durch die zuständige Einspruchs- oder Nichtigkeitsinstanz setzt (*Senat* Urt. v. 10.11.2011 – I-2 U 41/11, BeckRS 2011, 139629; *Senat* Urt. v. 18.12.2014 – I-2 U 60/14, BeckRS 2015, 1829; *Senat* Urt. v. 14.12.2017 – I-2 U 17/17, BeckRS 2017, 150889; *Senat* Urt. v. 4.7.2019 – I-2 U 81/18, BeckRS 2019, 14699). Solches verbietet sich ganz besonders dann, wenn es sich um eine technisch komplexe Materie (zB aus dem Bereich der Chemie oder Elektronik) handelt, in Bezug auf die die Einsichten und Beurteilungsmöglichkeiten des technisch nicht vorgebildeten Verletzungsgerichts von vornherein limitiert sind. Geht es nicht darum, dass zum Beispiel Passagen einer Entgegenhaltung von der Einspruchsabteilung übersehen und deshalb bei ihrer Entscheidungsfindung überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden sind, sondern dreht sich der Streit der Parteien darum, welche technische Information einem im Bestandsverfahren gewürdigten Text aus fachmännischer Sicht zu entnehmen und welche Schlussfolgerungen der Durchschnittsfachmann hieraus aufgrund seines allgemeinen Wissens zu ziehen imstande gewesen ist, sind die Rechtsbestandsinstanzen aufgrund der technischen Vorbildung und der auf dem speziellen Fachgebiet erworbenen beruflichen Erfahrung ihrer Mitglieder eindeutig in der besseren Position, um hierüber ein Urteil abzugeben. Es ist daher prinzipiell ausgeschlossen, dass sich das Verletzungsgericht mit (notwendigerweise laienhaften) eigenen Erwägungen über das Votum der technischen Fachleute hinwegsetzt und eine Unterlassungsverfügung verweigert. Anderes kann sich im Einzelfall allenfalls daraus ergeben, dass die einstweilige Verfügung – über den Regelfall hinaus – ganz besonders einschneidende Konsequenzen für den Ag. und/oder die Öffentlichkeit (zB für auf den Verletzungsgegenstand angewiesene Patienten) hat, die es im Rahmen der Interessenabwägung ausnahmsweise verbieten, bereits jetzt eine Unterlassungsanordnung zu verfügen, die im weiteren Rechtsbestandsverfahren mit einiger Aussicht auf Erfolg ihre Grundlage verlieren kann (*Senat* Urt. v. 19.2.2016 – I-2 U 54/15, BeckRS 2016, 06344; *Senat* Urt. v. 4.7.2019 – I-2 U 81/18, BeckRS 2019, 14699).

[21] bb) Wie erwähnt, kann von dem Erfordernis einer dem Verfügungskläger günstigen kontradiktorischen Rechtsbestandsentscheidung in Sonderfällen abgesehen werden, zum Beispiel dann, wenn der Verfügungsbeklagte oder ein in seinen Angriffsmöglichkeiten ernstzunehmender Dritter sich bereits mit eigenen Einwendungen am Erteilungsverfahren beteiligt hat, so dass die Patenterteilung sachlich der Entscheidung in einem zweiseitigen Einspruchsverfahren gleicht (vgl. *Senat* InstGE 12, 114, 121 – Harnkatheterset; *Senat* GRUR-RR 2014, 240 Ls. = GRUR-RS 2014, 04902 – Desogestrel; *Senat* GRUR-RR 2013, 236 [239 f.] – Flupirtin-Maleat; *Senat* Urt. v. 10.12.2015 – I-2 U 35/15, BeckRS 2016, 06208; *Senat* Urt. v. 14.12.2017 – I-2 U 18/17, GRUR-RS 2017, 142305 – Kombinationszusammensetzung). Ob der Ag. des Verfügungsverfahrens oder ein dritter Wettbewerber der Bet. war, hat dabei ebenso wenig Bedeutung wie die Tatsache, ob im Zuge der Dritteinwendungen bereits diejenigen Einspruchsgründe und diejenigen Entgegenhaltungen geprüft worden sind, auf die sich im Verfügungsverfahren der Ag. stützt. Beides hat richtigerweise keine Bedeutung, weil bereits der Umstand, dass ein Wettbewerber die fraglichen Einwände bei seinem Dritteinwand im Erteilungsverfahren nicht vorgebracht hat, indiziell dafür spricht, dass sie nicht von Bedeutung sind. Um trotz Patent-

erteilung unter Drittbeteiligung eine Unterlassungsverfügung abzuwenden, ist es deswegen Sache des Ag., dem Verletzungsgericht darzutun, dass die neuen Entgegenhaltungen entscheidend näher beim Erfindungsgegenstand liegen als die im Erteilungsverfahren berücksichtigten, und es davon zu überzeugen, dass erstmals thematisierte Widerrufsgründe mit der gebotenen Gewissheit tragen werden.

[22] Ein weiterer Sonderfall liegt regelmäßig bei Verletzungshandlungen von Generikaunternehmen vor (vgl. *Senat* Urt. v. 29.4.2010 – 2 U 126/09, GRUR-RS 2010, 15862 – Harnkatheter; *Senat* GRUR-RR 2014, 240 Ls. = GRUR-RS 2014, 04902 – Desogestrel; *Senat* GRUR-RR 2013, 236 [239 f.] – Flupirtin-Maleat). Während der von ihnen angerichtete Schaden im Falle einer späteren Aufrechterhaltung des Patents vielfach enorm und (mit Rücksicht auf den durch eine entsprechende Festsetzung von Festbeträgen verursachten Preisverfall) nicht wiedergutzumachen ist, hat eine (wegen späterer Vernichtung des Patents) unberechtigte Verfügung lediglich zur Folge, dass das Generikaunternehmen vorübergehend zu Unrecht vom Markt ferngehalten wird, was durch entsprechende Schadenersatzansprüche gegen den Patentinhaber vollständig ausgeglichen werden kann. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass das Generikaunternehmen für seine Marktpräsenz im Allgemeinen keine eigenen wirtschaftlichen Risiken eingeht, weil das Präparat dank des Patentinhabers medizinisch hinreichend erprobt und am Markt etabliert ist (*Senat* GRUR-RR 2013, 236 [240] – Flupirtin-Maleat; *Senat* GRUR-RR 2014, 240 Ls. = GRUR-RS 2014, 04902 – Desogestrel; *Senat* Urt. v. 19.2.2016 – I-2 U 54/15, BeckRS 2016, 6344; *Senat* Urt. v. 14.12.2017 – I-2 U 18/17, GRUR-RS 2017, 142305 – Kombinationszusammensetzung; *Kühnen*, Hdb. d. Patentverletzung, 13. Aufl. 2021, Kap. B.Rn. 60 f.). Gegenüber einem Generikaunternehmen hat deswegen eine Verbotsverfügung zu ergehen, auch wenn für das Verletzungsgericht mangels einer fachkundigen Rechtsbestandsentscheidung keine endgültige und eindeutige Sicherheit über den Rechtsbestand gewonnen werden kann, sofern das Verletzungsgericht (aufgrund der ihm angesichts der betroffenen technischen Materie möglichen eigenen Einschätzung) für sich die Überzeugung (im Sinne hinreichender Glaubhaftmachung) davon gewinnt, dass das Verfügungsschutzrecht rechtsbeständig ist, weil sich die mangelnde Patentfähigkeit seines Erfindungsgegenstandes nicht feststellen lassen wird. Hierfür müssen aus der Sicht des Verletzungsgerichts entweder die besseren Argumente für die Patentfähigkeit sprechen, so dass sich diese positiv bejahen lässt, oder es muss (mit Rücksicht auf die im Rechtsbestandsverfahren geltende Beweislastverteilung) die Frage der Patentfähigkeit mindestens ungeklärt bleiben, so dass das Verletzungsgericht, wenn es anstelle des Patentamtes oder des *BPatG* in der Sache selbst zu befinden hätte, dessen Rechtsbestand zu bejahen hätte (*Senat* GRUR-RR 2014, 240 Ls. = GRUR-RS 2014, 04902 – Desogestrel; *Senat* Urt. v. 19.2.2016 – I-2 U 54/15, BeckRS 2016, 6344; *Senat* Urt. v. 14.12.2017 – I-2 U 18/17, GRUR-RS 2017, 142305 – Kombinationszusammensetzung; *Kühnen*, Kap. B.Rn. 60 f.). Wenn sich das Verletzungsgericht vom Rechtsbestand des Verfügungsschutzrechts überzeugt hat, ist dem Verfügungsantrag – erst recht – stattzugeben, wenn eine bestätigende Einspruchs- oder Nichtigkeitsentscheidung nicht erst noch aussteht, sondern zugunsten des Ast. bereits ergangen ist, mag ihr auch ein gleichrangiges gegenläufiges Erkenntnis einer anderen technisch kompetenten Instanz (zB des schweizerischen *BPatG*) entgegenstehen (*Senat* Urt. v. 14.12.2017 – I-2 U 17/17). Gleiches gilt für das Vorliegen eines dem Patentinhaber günstigen qualifizierten Vorbescheids derjenigen Stelle, die mit dem Rechtsbestandsangriff gegen das Verfügungspatent befasst ist, während sich das Verletzungsgericht in der umgekehrten Situation, dass der Vorbescheid

eine Vernichtung oder eine aus der Benutzung hinausführende Beschränkung des Verfügungspatents in Aussicht stellt, mangels überlegener eigener technischer Sachkunde im Zweifel keine Überzeugung vom Rechtsbestand bilden können.

[23] cc) Die vorläufige Auffassung der Einspruchsabteilung ist zwar nicht bindend und sie nimmt die spätere Entscheidung selbstverständlich auch nicht vorweg. Andererseits ist davon auszugehen, dass der vorläufigen Auffassung bereits eine umfassende und sorgfältige Prüfung zugrunde liegt und die Einspruchsabteilung in einem solchen Bescheid entsprechende Hinweise nicht leichtfertig erteilt (vgl. zum Hinweis des BPatG: *Senat* Beschl. v. 21.7.2108 – I-2 U 19/17; zur vorläufigen Auffassung einer Technischen Beschwerdekammer: *Senat* Beschl. v. 29.1.2021 – 2 W 26/20, GRUR-RS 2021, 1830 – MS-Therapie II). Vor diesem Hintergrund kann bei einer deutlich geäußerten und sorgfältig begründeten vorläufigen Auffassung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit damit gerechnet werden, dass die bescheidsmäßig dokumentierte Auffassung ihren Niederschlag in der späteren Entscheidung finden wird. Maßgeblich ist also, ob der Vorbescheid eine eindeutige und begründete Position bezieht oder neutral bloß mögliche Erwägungen und Diskussionspunkte in den Raum stellt (vgl. zur Einstellung der Zwangsvollstreckung: *Senat* Beschl. v. 21.7.2018 – I-2 U 19/17; zur „Entwertung“ einer erstinstanzlichen Bestätigung des Rechtsbestands aufgrund einer vorläufigen Auffassung der Technischen Beschwerdekammer: *Senat* Beschl. v. 29.1.2021 – 2 W 26/20, GRUR-RS 2021, 1830 – MS-Therapie II; zur Aussetzung eines Hauptsacheverfahrens: *Kühnen*, Kap. E. Rn. 824).

[24] Neben der Begründungstiefe sind dafür die in der vorläufigen Auffassung gewählten Formulierungen bedeutsam. Die Verwendung des Konjunktivs in Verfahren vor dem Europäischen Patentamt spricht allerdings nicht zwingend gegen eine Präferenz und Festlegung für den mit dem Vorbescheid reflektierten Sachstand, weil mit ihm regelmäßig lediglich der Anschein mangelnder Neutralität und Unbefangenheit durch eine vorherige Festlegung vermieden werden soll (*Senat* Beschl. v. 2.12.2019 – I-2 U 48/19; *Kühnen*, Kap. E. Rn. 824). Deswegen sind im Vorbescheid geäußerte Ansichten trotz relativierender äußerer Formulierung dann gewichtige Anhaltspunkte für die zu treffende Rechtsbestandsentscheidung, wenn sie durch eine hinreichend ausgeführte und klare Begründung untermauert werden (*Senat* Beschl. v. 29.1.2021 – 2 W 26/20, GRUR-RS 2021, 1830 – MS-Therapie II).

[25] dd) Soweit die Verfügungsbekl. geltend gemacht hat, es liege hier kein Sonderfall vor, bei dem für den Erlass einer einstweiligen Verfügung auf eine erstinstanzliche Bestätigung des Verfügungspatents in einem kontradiktorischen Rechtsbestandsverfahren verzichtet werden könne, ist dem nicht zu folgen.

[26] Die Verfügungsbekl. legt zur Begründung ihrer anderslautenden Auffassung insbesondere eine PowerPoint-Präsentation über eine Untersuchung aus dem Jahre 2018 vor, der zufolge zwischen dem Ablauf des Patentschutzes und der Einleitung einer Festbetragsgruppenbildung durchschnittlich ein Zeitraum von 22 Monaten liegt. Selbst wenn man von den dortigen Informationen ausgeht, erfolgt in mehr als der Hälfte (55,6 %) der Fälle nach Ablauf des Patents für das Originalpräparat ein Festbetragsverfahren, in dem der Preis auf einen Betrag festgesetzt wird, der zwischen 13 % und 87 % des Preises für das Originalpräparat liegt und somit zu einem spürbaren bis massiven Preisverfall zulasten des Patentinhabers führt. Selbst wenn es eine gewisse Zeit dauern mag, bis der Preisverfall eintritt, ist es letztlich der Markteintritt des Generikums, der die entscheidende Ursache hierfür setzt. Die behauptete Zeitverzögerung ändert deswegen

nichts daran, dass der Originalpräparat-Hersteller (= Patentinhaber) ein nicht nur legitimes, sondern gleichermaßen vitales Interesse daran hat, die voraussichtlich zu einem bedeutsamen Preisverfall führende Kausalkette gar nicht erst in Gang kommen zu lassen, indem der Markteintritt des Generikums unterbunden wird. Auch die Verfügungsbekl. stellt nicht in Abrede, dass ein einmal eingetretener Verfall der Verkaufspreise nicht wieder rückgängig gemacht werden kann. Sie zeigt auch keine Mechanismen auf, nach denen verlässlich beurteilt und mit der gebotenen Gewissheit zeitlich abgeschätzt werden könnte, welche (die Durchführung eines Hauptsacheprozesses oder das Abwarten der kontradiktorischen Rechtsbestandsentscheidung ermöglichende) Zeitspanne in jedem Fall verstreicht, bis es im Anschluss an das Auftreten eines Generikums zu einem schädlichen und nicht mehr umkehrbaren Festbetragsverfahren kommt. Abgesehen davon bleiben als weitere Ursachen für einen drohenden Preisverfall – wie bereits das LG zutreffend festgestellt hat – solche Rabattverträge, die zwischen dem Generika-Hersteller und dem Kostenträger abgeschlossen werden. Dass auch hier Vorlaufzeiten bestehen, die dem Bedürfnis nach einem sofortigen Rechtsschutz des Patentinhabers entgegenstehen, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

[27] b) Zutreffend hat das LG im angegriffenen Urteil den gesicherten Rechtsbestand des Verfügungspatents bejaht. Der *Senat* teilt die Überzeugung des LG, dass sich das Verfügungspatent im anhängigen Einspruchsverfahren als rechtsbeständig erweisen wird.

[28] aa) Gegen die Annahme des LG, das Verfügungspatent sei nicht unzulässig geändert bzw. erweitert (Art. 100 Buchst. c, 123 II, 76 EPÜ) und über die gesamte Anspruchsbreite hinweg ausführbar (Art. 100 Buchst. b EPÜ), erinnert die Berufung – abgesehen von einer pauschalen Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen – nichts Konkretes. Außer dem Verweis auf die zutreffenden Überlegungen des LG im angefochtenen Urteil, die der *Senat* in vollem Umfang teilt, erübrigt sich deshalb eine weitergehende Begründung.

[29] bb) Erstmals in der Berufungsinstanz stützt sich die Verfügungsbeklagte unter Hinweis auf den Vertrieb des Arzneimittels S durch die Verfügungsklägerin auf den Einspruchsgrund mangelnder Neuheit (Art. 100 Buchst. a iVm Art. 52 EPÜ). Das bleibt ohne Erfolg.

[30] Es kann dahingestellt bleiben, ob das entgegengehaltene Produkt die Lehre des Verfügungspatents offenbart. Selbst wenn dem so sein sollte, wären etwaige Benutzungshandlungen belanglos, weil sie nach dem – wirksam aus der US 60/502,219 abgeleiteten – Prioritätsdatum des Verfügungspatents (12.9.2003) vorgefallen sind und deswegen schon zeitlich keinen relevanten Stand der Technik repräsentieren können (Art. 52 II EPÜ).

[31] (1) Nach Art. 87 I EPÜ genießt jeder, der in bestimmten Ländern ordnungsgemäß eine Patentanmeldung eingereicht hat, oder sein Rechtsnachfolger für die Anmeldung derselben Erfindung zum europäischen Patent während einer Frist von zwölf Monaten nach dem Anmeldetag der Erstanmeldung ein Prioritätsrecht, welches es ihm erlaubt, für die spätere Nachanmeldung den früheren Zeitrang der Erstanmeldung so in Anspruch zu nehmen, als wäre die Nachanmeldung selbst bereits am Tage der Erstanmeldung eingereicht worden.

[32] (2) Die Anmeldung des Prioritätsdokuments US 60/502,219 (nachfolgend: Erstanmeldung) erfolgte am 12.9.2003 in den USA durch die drei – am 18.6.2004 nachbenannten – Erfinder A, L und Li (nachfolgend auch: Erstanmelder). Die internationale Anmeldung des Stammpatents zum Verfügungspatent PCT/US 2004/026732 (veröffentlicht als WO 2005/034928 A1; nachfolgend: PCT-Anmeldung) wurde – unter Beanspruchung des Zeitrangs der Erstanmel-

derung – am 10.9.2004 beim Europäischen Patentamt eingereicht. Sie verzeichnet als Anmelder für die USA die drei oben genannten Erfinder sowie einen weiteren Erfinder namens J und für alle übrigen PCT-Vertragsstaaten die Verfügungskl.

[33] (3) Das geschilderte Anmeldegeschehen rechtfertigt die Annahme, dass dem Verfügungspatent der Zeitrang der Erstanmeldung vom 12.9.2003 zukommt. Dem steht weder die Beteiligung weiterer Anmelder (J und die Verfügungsklägerin) an der Nachanmeldung noch die territoriale Aufspaltung der Nachanmeldung nach geografischen Schutzgebieten entgegen.

[34] Wesentlich ist dabei die Feststellung, dass als Nachanmeldung die PCT-Anmeldung anzusehen ist (aus der erst auf späterer Stufe die zum Verfügungspatent führende europäische Anmeldung hervorgegangen ist), weswegen Art. 118 EPÜ für die Beurteilung der Prioritätsfrage nicht bloß deswegen Bedeutung hat, weil die internationale Anmeldung beim Europäischen Patentamt („als Briefkasten“) eingereicht wurde. Letztlich kann aber sogar offenbleiben, ob die Nachanmeldung den EPÜ-Regelungen unterliegt, so dass verschiedene Anmelder eines europäischen Patents für verschiedene benannte Vertragsstaaten im Verfahren vor dem Europäischen Patentamt als gemeinsame Anmelder zu gelten haben. Nimmt man dies an, so bestehen gegen die wirksame Prioritätsbeanspruchung keine Bedenken, wie die vorläufige Auffassung der zuständigen Einspruchsabteilung (Vorbescheid Nr. 4.6 f.) zeigt. Das Resultat ist aber auch dann kein anderes, wenn – alternativ – die Verfahrensregelungen des EPÜ im Falle einer PCT-Anmeldung, sei sie auch beim EPA eingereicht worden, nicht einschlägig sein sollten und es deshalb einer materiellen Übertragung der Prioritätsrechte bedurfte. Solche – formlos und auch konkludent möglichen – Übertragungen liegen nämlich aus den nachfolgenden Gründen vor.

[35] (a) Was zunächst die erweiterte Zahl der Nachanmelder angeht, ist denkbar, die Nachanmeldung als gemeinschaftliche Anmeldung aller Nachanmeldenden aufzufassen. Für diesen Fall ist festzustellen, dass an der Nachanmeldung sämtliche Erstanmelder beteiligt sind, weswegen insoweit Anmelderidentität besteht. Gleichzeitig dokumentiert die von allen Erstanmeldern vorgenommene, um zwei Personen erweiterte Nachanmeldung, dass die Erstanmelder sich darin einig waren, neben sich weitere Personen als zusätzliche Nachanmelder zu dulden. Interessengerecht lässt sich dieser Sachverhalt nur dahingehend verstehen, dass die Erstanmelder den beiden weiteren Nachanmeldern – zumindest – ihre aus der Erstanmeldung erworbenen Prioritätsrechte in der Weise übertragen haben, dass sie gemeinsam mit ihnen als Prioritätsberechtigte agieren können sollten. Die zusätzlichen Nachanmelder sind mithin als Rechtsnachfolger aller Erstanmelder in deren Prioritätsrechten legitimiert.

[36] (b) Geht man stattdessen von zwei bloß äußerlich in einem einheitlichen Dokument zusammengefassten Nachanmeldungen aus (nämlich einer ersten Nachanmeldung durch die vier Erfinder für die USA und einer zweiten Nachanmeldung durch die Verfügungsklägerin für die übrigen Schutzgebiete der PCT), ist das Ergebnis einer wirksamen Prioritätsbeanspruchung kein anderes. Da alle Voranmelder das aus der Erstanmeldung resultierende Prioritätsrecht gemeinschaftlich halten, werden durch die alleinige Nachanmeldung der Verfügungsklägerin, auch wenn dies nur für einen geografischen Teil des Gesamtschutzgebiets geschieht, zwar die Prioritätsrechte der insoweit nicht Anmeldenden beeinträchtigt. Weil dem so ist, bedarf der Anmeldende daher einer Übertragung der für das Anmeldegebiet fortbestehenden Prioritätsrechte der anderen Erstanmelder. Genau eine solche Rechtsnachfolge ergibt sich aber aus der urkundlich gemeinsamen, auf jeweils unterschiedliche Schutzgebiete gerichteten PCT-Anmeldung. Denn mit ihr agiert keiner der

Bet. hinter dem Rücken der anderen, sondern jeder der Erst- und Nachanmeldenden dokumentiert in unzweideutiger Weise, dass er mit der alleinigen prioritätsgestützten Anmeldeerstellung des/der anderen für das jeweils ihm/ihnen zugewiesene Schutzgebiet einverstanden ist. Bei sachgerechtem Verständnis lässt sich daraus nur schließen, dass jeder die für die alleinige Nachanmeldung durch den anderen notwendige Prioritätsübertragung für die wechselseitig zugedachten Schutzgebiete vorzunehmen bereit ist. Der alleinige Anmelder ist deshalb, sofern er bereits Erstanmelder war, für sein Schutzgebiet teils aufgrund eigenen Rechts als Erstanmelder und im Übrigen als Rechtsnachfolger im diesbezüglichen Prioritätsrecht des anderen Erstanmelders berechtigt. War der Nachanmelder – wie vorliegend die Verfügungskl. – kein Erstanmelder, so leitet sich sein Prioritätsrecht für das ihm zugewiesene Schutzgebiet insgesamt aus einer Rechtsnachfolge aller Erstanmelder ab.

[37] Soweit den von der Verfügungsbeklagten angeführten Beschwerdekammer-Entscheidungen etwas anderes dahingehend zu entnehmen sein sollte, dass die urkundlich einheitliche PCT-Anmeldung bloß eine Kenntnis der Nachanmeldenden von Erstanmeldung und Erstanmeldern belege, aber nicht beweise, dass es vor Einreichung der Nachanmeldung zu einer Übertragung der Prioritätsrechte auf die nicht bereits aus dem Akt der Erstanmeldung originär berechtigten Nachanmelder gekommen sei, schöpft diese rein formale Betrachtungsweise den Lebenssachverhalt nach Auffassung des *Senats* völlig unzulänglich aus. Wichtig, um das Ziel der PCT-Nachanmeldung zu verwirklichen, nämlich einen Patentschutz mit dem Zeitrang der Erstanmeldung im personell und territorial näher beantragten Umfang zu erhalten, ist nicht eine Kenntnis der Nachanmelder von der Voranmeldung und den Voranmeldern, sondern ganz offensichtlich der Umstand, dass der Nachanmeldende, der selbst nicht Erstanmelder war, Rechtsnachfolger im Prioritätsrecht der Voranmelder ist und dies dem Patentamt gegenüber nachzuweisen ist. Wenn daher die PCT-Anmeldung in Bezug auf die Prioritätsrechte der Nachanmeldenden – wie hier – nirgends auf anderweitige Übertragungsakte verweist, so kann der Zweck der gemeinsamen Nachanmeldung verständigerweise nur darin bestehen, mit ihr diejenigen rechtlichen Voraussetzungen zu schaffen (und zugleich zu dokumentieren), ohne die eine erfolgreiche Nachanmeldung, wie sie beantragt ist, scheitern muss. Das Nachanmeldedokument legt so gesehen hinreichend Zeugnis darüber ab, dass es dem übereinstimmenden Willen aller Nachanmelder entspricht, einen Patentschutz selbst zu erhalten und gleichzeitig den anderen zu ermöglichen, wie er dem Inhalt der Nachanmeldung entspricht. Dazu bedarf es materieller Übertragungen des Prioritätsrechts, die demgemäß der gemeinschaftlichen Anmeldung nicht nur (mangels besonderer Formerfordernisse) entnommen werden können, sondern angesichts des einvernehmlich verfolgten Ziels entnommen werden müssen.

[38] In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob das Prioritätsrecht in jedem Fall vor Einreichung der Nachanmeldung materiell übertragen sein muss. Da eine Prioritätsfrist von 12 Monaten besteht, die prinzipiell voll ausgeschöpft werden kann, wäre denkbar, maßgeblich darauf abzustellen, ob spätestens vor Fristablauf eine Rechtsnachfolge in das Prioritätsrecht des Erstanmelders wirksam wird, so dass eine schon vorher erfolgte Nachanmeldung in die Wirksamkeit hineinwachsen würde. Selbst wenn man dem aber nicht folgen will, ist für den Streitfall bei lebensnaher Betrachtung offensichtlich, dass der Inhalt der PCT-Anmeldung das Ergebnis einer vorherigen Abstimmung der Erst- und Nachanmelder darüber wiedergibt, unter welcher personellen Beteiligung und mit welcher territorialen Aufteilung die Nachanmeldung durchgeführt werden soll. Es liegt

deshalb in der Natur der Sache, dass die fragliche Verständigung vor dem Einreichungsdatum stattgefunden hat, so dass die Prioritätsrechte im Augenblick der PCT-Anmeldung bereits übertragen waren.

[39] An dem vorstehenden Befund ändert nichts der Umstand, dass die Nachanmelder bei Einreichung der PCT-Anmeldung nicht persönlich, sondern durch einen einzigen, für alle Personen handelnden Anwalt agiert haben. Selbstverständlich kann sich der Anmelder anwaltlich vertreten lassen und selbstverständlich können die Anmelder denselben Anwalt mandatieren. Solange – wie hier – keine Anhaltspunkte für ein Handeln des Anwalts ohne Vertretungsmacht Einzelner bestehen, sind dessen Aktivitäten wie solche der (aller) von ihm vertretenen Mandanten (= Anmelder) selbst zu beurteilen.

[40] (c) Gegen eine Aufspaltung des Prioritätsrechts nach geografischen Schutzgebieten ist nichts zu erinnern. Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass das Prioritätsrecht von der prioritätsbegründenden Patentanmeldung und ihrer Inhaberschaft losgelöst werden kann und ein gegenüber der Anmeldung selbstständiges Vermögensrecht darstellt, das eigenständig und unabhängig von der zugrundeliegenden Patentanmeldung übertragen werden kann. Ausgehend hiervon ist kein Grund ersichtlich, weshalb das eigenständige Vermögensrecht „Priorität“ nicht seinerseits teilbar sein sollte, insbesondere nach geografischen Gesichtspunkten. Wesentlich und unverzichtbar ist nur, dass der Zusammenhang zu derjenigen technischen Lehre erhalten bleibt, die prioritätsbegründend vorangemeldet worden ist.

[41] Dass diese Sicht zutrifft, wird auch an dem folgenden Vergleich deutlich. Nichts stünde der Möglichkeit entgegen, dass die Nachanmelder das Erteilungsbegehren gemeinsam verfolgen und in Folge dessen in Bezug auf die Gesamtheit aller im Schutzgebiet der PCT erwirkten Schutzrechte Mitinhaber werden. In einem solchen Fall könnten die Mitinhaber die von ihnen gemeinsam gehaltenen Schutzrechte durch Übertragung ihrer jeweiligen Mitinhaberanteile beliebig untereinander aufteilen und jeweils einem einzigen von ihnen als Alleininhaber zuweisen, zum Beispiel dergestalt, dass einer das Schutzrecht für die USA erhält, während dem anderen alle übrigen erwirkten Patente alleine zustehen. Vor diesem Hintergrund ist nicht einzusehen, warum es nicht möglich sein sollte, dieselbe (legitime) Schutzrechtslage im Vorfeld der Erteilung dadurch herbeizuführen, dass die Prioritätsrechte aus der Erstanmeldung in exakt dieser Weise zur alleinigen Durchführung der Erteilungsverfahren aufgeteilt werden.

[42] (3) Dass die vier Erfinder nach Einreichung der Stamm-anmeldung eine Abtretung aller Rechte an der Patentanmeldung einschließlich des Prioritätsrechts an die Verfügungsklägerin erklärt haben, steht der Annahme einer vorherigen wirksamen Übertragung des Prioritätsrechts im Zuge der gemeinschaftlichen PCT-Anmeldung nicht entgegen. Das Abtretungsdokument selbst formuliert ausdrücklich dahin, dass die Zedenten ihre Rechte an der Erfindung bereits in der Vergangenheit an die Verfügungsklägerin verkauft und übertragen haben, und wiederholt denselben Rechtsakt lediglich nochmals. Dies mag der Form halber geschehen sein, um besonderen im Zuge des Erteilungsverfahrens aufgetretenen Nachweiserfordernissen Rechnung zu tragen, oder sonstige Gründe haben, steht jedoch keinesfalls der Annahme entgegen, dass bereits die erste, zurückliegende Übertragung aus Anlass der Nachanmeldung stattgefunden hat, von den Bet. gewollt war und zum Rechtsübergang geführt hat. Dies gilt selbst dann, wenn die Bet. davon ausgegangen sein sollten, dass bis zur Abgabe der Erklärung noch keine Übertragung des Prioritätsrechts erfolgt ist – wofür keine Anhaltspunkte bestehen-, da ein solcher Rechtsirrtum der von den

Bet. gewollten vorherigen Übertragung nicht entgegenstände.

[43] cc) Die im Vorfeld der Markteinführung von *S* in der Zeit bis Juli 2003 durchgeführten klinischen Versuche der Verfügungsklägerin fanden demgegenüber vor dem Prioritätsdatum des Verfügungspatents statt, so dass sie in zeitlicher Hinsicht einen vorbekannten Stand der Technik bilden. Dass mit ihnen die technische Lehre des Verfügungsschutzrechts in offenkundiger Weise vorweggenommen worden ist, lässt sich jedoch nicht feststellen.

[44] (1) Nach Art. 54 II EPÜ gehört zum Stand der Technik auch dasjenige, was der Öffentlichkeit durch Benutzung oder auf sonstige Weise zugänglich geworden ist. Es genügt jeder Gebrauch der technischen Lehre, der sie in ihrer Gesamtheit der Öffentlichkeit objektiv zugänglich macht. Dabei ist nicht erforderlich, dass der konkrete Benutzer die Lehre bei dieser Gelegenheit auch erkannt oder gar verstanden hat, sofern nur die zu ihrer Verwirklichung erforderliche Kenntnis auf diesem Wege an die Öffentlichkeit gelangen kann. Es reicht daher aus, wenn eine Weitergabe der ihm vermittelten Erkenntnisse an einen Fachmann zu erwarten ist und diese den Empfänger in die Lage versetzt, die benutzte Lehre auszuführen (*Benkard*, EPÜ, 3. Aufl. 2019, EPÜ Art. 54 Rn. 76). Wird eine offenkundige Vorbenutzung geltend gemacht, müssen der genaue Gegenstand der Benutzung und die Umstände, unter denen die Benutzung erfolgte, zum Beispiel der Ort der Benutzung, substantiiert dargelegt und erforderlichenfalls bewiesen werden (*BeckOK PatR/Fitzner/Metzger*, 19. Ed. 15.1.2020, EPÜ Art. 54 Rn. 20).

[45] (2) Die Verfügungsbekl. beruft sich auf die Studie ... (nachfolgend kurz: die Studie).

[46] (a) Das dort untersuchte Arzneimittel entspricht – bis auf die Beschichtung (Überzug) – dem späteren Produkt *S*. Im Rahmen der Studie erhielt ein Teil der insgesamt 395 Teilnehmer über 26 Wochen hinweg alle vier Wochen eine Flasche mit 35 Tabletten. Die Patienten wurden instruiert, die Tabletten nur zu den in der Studie vorgesehenen Zwecken zu nutzen und von ihnen nicht eingenommene Tabletten zurückzugeben.

[47] Von dem geschilderten Ablaufkonzept ist in tatsächlicher Hinsicht auszugehen, nachdem die Verfügungsklägerin im Einspruchsverfahren eine bestätigende eidesstattliche Versicherung vorgelegt hat und das bloße Bestreiten der Einsprechenden zum Prozedere rechtlich unbeachtlich ist, weil es als für die offenkundige Vorbenutzung darlegungs- und beweisbelastete Partei ihre Sache gewesen wäre, einen anderen Geschehensablauf konkret vorzutragen und nachzuweisen. Derartiges ist nicht erfolgt.

[48] (b) Bei dem gegebenen Studienkonzept ist nicht anzunehmen, dass technische Informationen zur stofflichen Zusammensetzung der ausgegebenen Tabletten an die Öffentlichkeit gelangen konnten. Hierzu reichte ein Augenschein ganz offensichtlich nicht aus, sondern hätte es geeigneter Analysen bedurft, welche von den Patienten selbst keinesfalls zu erwarten waren. Hinsichtlich des medizinischen Personals, welches in die Arzneimittelstudie involviert war, geht die Verfügungsbekl. mit Recht selbst davon aus, dass es zur Verschwiegenheit verpflichtet war und – mangels gegenteiliger Anhaltspunkte – Vertraulichkeit auch bewahrt hat.

[49] Dass Tabletten vor dem Prioritätstag – was mithin den einzig denkbaren Weg zu einer Offenlegung der Tablettenzusammensetzung darstellen kann – vonseiten der teilnehmenden Patienten in nicht zur Verschwiegenheit verpflichtete sachkundige dritte Hände gelangt sind oder ernsthaft hätten gelangen können, von denen aufklärende Maßnahmen und Einsichten hätten erwartet werden können, ist nicht ersichtlich. Soweit die Verfügungsbeklagte meint, durch die Bestückung der Patienten mit einem Monatsvorrat an Tabletten, der überdies im häuslichen Umfeld ohne weitere Auf-

sicht einzunehmen war, habe die Verfügungskl. in ihre Studie gleichsam einen Kontrollverlust eingebaut, der den Zugang zu den Tabletten für fachkundige Dritter eröffnet habe, übersieht sie, dass die Verfügungskl. es keineswegs den Studienteilnehmern überlassen hat, wie es mit den Tabletten verfährt, sondern hierzu ganz im Gegenteil eindeutige Verhaltensregeln dahingehend aufgestellt hat, dass von einem Patienten nicht verbrauchte Tabletten an sie zurückzugeben sind. Die Verfügungsklägerin hat es deshalb nicht dem Belieben der Teilnehmer überlassen, wie mit nicht verbrauchten Tabletten zu verfahren ist, sondern hat durch die von ihr aufgestellten Verhaltensregeln Vorsorge dafür getroffen, dass nicht verwendete Medikamente in ihren Besitz zurückkehren und folglich nicht (unkontrolliert) an die Öffentlichkeit gelangen können. Dass die Rückgabepflicht nicht strafbewehrt gewesen ist, macht sie unabhängig davon, ob dahingehende Vereinbarungen nach US-Recht zulässig gewesen wären, nicht unbeachtlich oder wirkungslos. Solange keine Anhaltspunkte für das Gegenteil bestehen, kann vielmehr davon ausgegangen werden, dass sich Studienteilnehmer an die ihnen vorgegebenen Verhaltensmaßgaben halten.

[50] Die von der Verfügungsbekl. angeführte Therapietreue (= Einhaltung der für die Studie ausgegebenen Verhaltensregeln) der Patienten von 87 % besagt in diesem Sinne nichts Belastbares für einen Drittzugang, weil sich der genannte Wert übergreifend auf alle den Studienteilnehmern mitgegebenen Verhaltensregeln (zB zur Häufigkeit, zum Zeitpunkt und zu den weiteren Modalitäten der Tabletteneinnahme) bezieht, von denen die Rückgabe nicht eingenommener Tabletten lediglich eine von vielen darstellt. Über rein Spekulatives hinaus gibt der Compliance-Wert von 87 % daher keine irgendwie stichhaltige Auskunft darüber, dass die übrigen 13 % der Patientenpopulation (oder auch nur ein Teil davon) sich gerade dadurch über die Studienvorgaben hinweggesetzt haben, dass unbenutzte Tabletten nicht etwa nur vernichtet oder aufbewahrt, sondern an kundige Dritte weitergegeben worden sind.

[51] Genau in diesem Punkt unterscheidet sich der Streitfall entscheidungserheblich von demjenigen Sachverhalt, der der Beschwerdekammer-Entscheidung T 07/07 vom 7.7.2011 zugrunde lag. Parallelen im Tatsächlichen bestehen noch insoweit, als es sich auch dort um klinische Studien gehandelt hat, in denen eine große Anzahl von Patienten Tabletten erhalten haben, um sie mit nach Hause zu nehmen und über einen längeren Zeitraum zu verwenden. Wie hier mussten die Teilnehmer (aus ethischen Gründen) keine Geheimhaltungsvereinbarung unterzeichnen. Sie waren allerdings – anders als vorliegend – über die dem Patent entsprechende Zusammensetzung des klinisch zu testenden, patentgemäßen Empfängnisverhütungsmittels informiert. Ferner war die Beschwerdekammer davon ausgegangen, dass nicht alle ungenutzten Studienmedikamente von den Teilnehmern zurückgegeben wurden, woraus geschlossen wurde, dass nach Aushändigung der Medikamente die Kontrolle über die Tabletten und deren Verbleib effektiv verloren gegangen ist, weil die Teilnehmer an den klinischen Studien in keiner Weise daran gehindert wurden, die Medikamente so zu entsorgen, wie sie wollten. Unter diesen Umständen gelangte die Beschwerdekammer zu dem Schluss, dass das Arzneimittel durch die Aushändigung an die Teilnehmer der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist, und befand, dass der Fachmann ohne unzumutbaren Aufwand die Zusammensetzung oder innere Struktur des bei den klinischen Versuchen verwendeten Erzeugnisses erschließen und dieses reproduzieren konnte. Im Streitfall ist hingegen ungewiss und durch nichts konkret belegt, dass es auch nur einen einzigen Fall gegeben hat, in dem eine zur klinischen Prüfung ausgehändigte Tablette tatsächlich nicht an die Verfügungsklägerin zurückgelangt ist.

[52] dd) Mit der Einspruchsabteilung (vgl. Nr. 6.25 des Vorbescheids) sieht der *Senat* schließlich auch keinen Anlass zu der Annahme, dass Anspruch 1 des Verfügungspatents nicht erfinderisch sein könnte.

[53] (1) Gerade in diesem Zusammenhang kommt der fachkundigen Stellungnahme der Einspruchsabteilung ganz besonderes und letztlich entscheidendes Gewicht bei. Während sich ein Verletzungsgericht bei komplexen technischen Gegenständen ein zumindest einigermaßen fundiertes eigenes Bild gegebenenfalls insoweit machen kann, als es darum geht, ob der Gegenstand des Verfügungspatents in der zugrunde liegenden Ursprungsanmeldung eindeutig und unmittelbar offenbart gewesen ist und sich möglicherweise auch die Neuheitsfrage noch halbwegs eigenständig überblicken lässt, hängt die Entscheidung darüber, ob der Fachmann in naheliegender Weise vom vorbekannten Stand der Technik zu der Erfindung gelangen konnte, von einem tiefgreifenden technischen Verständnis und Einblick in das Fachwissen, die Fähigkeiten sowie die Denk- und Vorgehensweise eines Durchschnittsfachmanns im Prioritätszeitpunkt ab. Dazu besitzt auch ein erfahrenes Verletzungsgericht, jedenfalls wenn es sich nicht um einfach mechanische, sondern – wie hier – um komplexe (zB pharmazeutische oder nachrichtentechnische) Erfindungen handelt, in aller Regel keinerlei eigene Expertise. Hingegen ist es die tägliche Aufgabe und Arbeit der technischen Mitglieder von Einspruchsabteilungen, Beschwerdekammern und Nichtigkeitssenaten, sich auf dem ihnen jeweils zugewiesenen, engen technischen Fachgebiet Gedanken darüber zu machen, welche Vorkenntnisse der einschlägige Fachmann zum maßgeblichen Zeitpunkt besessen hat, mit welchem Wissenshorizont er deshalb den Stand der Technik wahrgenommen und mit welcher Strategie er diesen fortzuentwickeln versucht hat. Aufgrund ihrer stetigen und im Zweifel langjährigen Befassung mit genau diesen Fragestellungen haben die Spruchkörper der Rechtsbestandsinstanzen einen reichen Erfahrungsschatz, der die Handhabung des Kriteriums der erfinderischen Tätigkeit auf eine rechtssichere Basis stellt. Schon vor diesem Hintergrund verbietet es sich, dass ein Verletzungsgericht, welches weder über ein annähernd vergleichbares Wissen noch über Erfahrungen bezüglich der Entwicklungsarbeit von Technikern verfügt, seine eigene, notwendigerweise gänzlich laienhafte Einschätzung über die Überlegungen eines fundierten Vorbescheids stellt. Anlass, sich über eine fachkundig begründete Einschätzung hinwegzusetzen, besteht erst dann, wenn dem Rechtsbestandspruchkörper Interpretationen oder Schlussfolgerungen nachgewiesen werden, die objektiv nachweisbar unzutreffend sind und seiner Würdigung die Grundlage entziehen.

[54] (2) Nach der Spruchpraxis des Europäischen Patentamtes ist für die Beurteilung der erfinderischen Tätigkeit von demjenigen am Prioritätstag vorbekannten Kenntnisstand auszugehen, der der technischen Lehre und dem technischen Fortschritt, den das Verfügungspatent bereitstellt, am nächsten kommt.

[55] Er besteht vorliegend in einer pharmazeutischen Formulierung, die Cinacalcet-HCl (= kalziumrezeptoraktive Verbindung) als arzneilichen Wirkstoff enthält, der dank des besonderen, mikro-kristalline Cellulose und Stärke in einem bestimmten Gewichtsverhältnis enthaltenden Trägerstoffs in vivo rasch zu nennenswerten Teilen freigesetzt und damit im Organismus des Patienten bioverfügbar wird. Die Einspruchsabteilung hat untersucht, ob die vorgebliche Wirkung hinreichend nachgewiesen und somit plausibel ist, und dies unter Auswertung der im Rechtsbestandsverfahren diskutierten Unterlagen bejaht. Im Vorbescheid heißt es diesbezüglich unter den Nrn. 6.22 f.:

„Das Patent zeigt die Auflösung von drei Formulierungen, die eine schnelle Auflösung zeigen (s. [0069].) [Tabelle 2]. In Versuchsberichten II (D 47) wurde die Auflösung in Abhängigkeit vom Verhältnis

von Cellulose zu Stärke untersucht. D 71 zeigte die Auflösung von Tabletten in Abhängigkeit von der Menge an Cinacalcet. Die Einspruchsabteilung ist der Ansicht, dass die experimentellen Daten bestätigen, dass durch die beanspruchten Zusammensetzungen eine schnelle Auflösung erreicht wird. Das zu lösende Problem scheint daher darin zu bestehen, eine Zusammensetzung bereitzustellen, in der Cinacalcet eine sofortige Freisetzung zeigt, und nicht die Bereitstellung einer Alternative.“

[56] Der *Senat* besitzt keine eigene, erst Recht keine überlegene pharmazeutische Sachkunde und kann sich eine solche auch nicht durch externe Begutachtung beschaffen (§ 294 II ZPO). Es geht deshalb nicht an, an den unabhängigen Feststellungen der technisch sachkundigen Einspruchsabteilung zu zweifeln und von ihnen abzuweichen. Etwas anderes würde nur in Betracht kommen, wenn die Verfügungsbeklagte diejenigen Grundlagen als objektiv unzutreffend widerlegt hätte, auf denen die Schlussfolgerungen der Einspruchsabteilung fußen. Dass Tabelle 2 der Verfügungsschrift sowie die Dokumente D 47 und D 71 einen experimentellen Beleg dafür liefern, dass die Auflösungsrate mit der Konstitution des Trägerstoffs und mit der Menge an Cinacalcet im Zusammenhang steht, hat die Verfügungsbeklagte jedoch nicht widerlegt.

[57] Der *Senat* sieht keine Anhaltspunkte dafür, dass die Einspruchsabteilung fehlerhaft einen Nachweis des technischen Effekts über die gesamte Breite des Anspruchs angenommen haben könnte. Es ist nicht ersichtlich, dass – wie die Verfügungsbeklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem *Senat* ausgeführt hat – die Einspruchsabteilung in diesem Punkt die Einschätzung der Technischen Beschwerdekammer zum Stamm patent übernommen hat, ohne zu berücksichtigen, dass das Verfügungspatent anders als das Stamm patent auch Zusammensetzungen ohne Bindemittel erfasst. Der Einspruchsabteilung lag das Dokument D 76 vor, welches unstrittig Untersuchungen beschreibt, gemäß denen das Bindemittel keine relevanten Auswirkungen auf die Wirkstofffreisetzung hat. Zwar erwähnt die Einspruchsabteilung in Nr. 6.22 nur die Tabelle 2 des Verfügungspatents sowie die Dokumente D 47 und D 71; bei ihrer Schlussfolgerung in Nr. 6.23 des Vorbescheids begründet sie aber die von ihr angenommene schnelle Auflösung mit der Bestätigung durch experimentelle Daten allgemein, was auch das Dokument D 76 umfasst.

[58] (a) Es überzeugt deshalb, wenn die Einspruchsabteilung als nächstkommenden Stand der Technik den Aufsatz von *Franceschini et al.* (Cinacalcet-HCl: a calcimimetic agent for the management of primary and secondary hyperparathyroidism, 2003, Expert Opin. Investig. Drugs, 12, S. 1413 – 1421, D1) betrachtet. Die Schrift offenbart zwar den Wirkstoff Cinacalcet-HCl, verhält sich aber weder zu Hilfsstoffen noch zu einem Auflösungsprofil. Bereits im Einspruchsverfahren gegen das Stamm patent hat die Technische Beschwerdekammer festgestellt, dass die Verwendung irgendeiner Art von Hilfsstoff oder die Erzielung irgendeiner Art von Wirkstofffreisetzung in D 1 nicht vorgeschlagen wird und sich daraus auch nicht ableiten lässt. Diese Feststellung ist auch vorliegend angebracht und deshalb von der Einspruchsabteilung zutreffend auch im Hinblick auf das Verfügungspatent getroffen worden. Die Einspruchsabteilung hat in keinem präsentierten Dokument eine Offenbarung dahingehend gefunden, dass sich eine rasche Auflösung dadurch erreichen lässt, dass die pharmazeutische Zusammensetzung (gleich welchen Wirkstoff sie aufweist) mikro-kristalline Cellulose und Stärke in dem patentgemäßen Gewichtsverhältnis enthält. Erst Recht hat die Einspruchsabteilung keine Offenbarung dafür gefunden, dass sich eine schnelle Auflösungsrate im Zusammenhang mit Cinacalcet-HCl als arzneilichem Wirkstoff einstellt und dabei die Wirkstoffmenge bedeutsam sein könnte. An dieser Sachlage hat sich durch die Diskussion vor dem *Senat* nichts geändert. Es beruht deswegen auf einer

rein rückschauenden Betrachtung in Kenntnis der Lehre des Verfügungspatents, wenn die Verfügungsbeklagte argumentiert, die vorgeschlagenen Hilfsstoffe seien als solche geläufig gewesen und hätten vom Durchschnittsfachmann ohne erfinderische Überlegungen in der erfindungsgemäßen Weise zum Einsatz gebracht werden können.

[59] (b) Die Entgegenhaltung US 6,211,244 B1 (D23) liegt vom Gegenstand des Verfügungspatents noch weiter ab, weil sie nicht einmal den relevanten Cinacalcet-HCl-Wirkstoff betrifft, sondern sich auf Calcimimetikum NPS R-568 bezieht.

[60] (3) Soweit die Privatgutachter der Verfügungsbeklagten Prof. G und Dr. R in ihren schriftlichen Stellungnahmen den erfinderischen Rang des Verfügungspatents in Abrede stellen, geben diese Stellungnahmen keinen Anlass zu einer abweichenden Beurteilung. Es handelt sich um keine unparteiischen Äußerungen, sondern um qualifizierten Sachvortrag der Verfügungsbeklagten, der naturgemäß daran gelegen ist, den gegen sie gerichteten Unterlassungsanspruch zu Fall zu bringen. Schon deswegen können die parteigutachterlichen Bemerkungen für den *Senat*, dem selbst eine fundierte technische Sachkunde fehlt, nicht denselben Stellenwert bei Beurteilung der Erfolgsaussichten des Einspruchs gegen das Verfügungspatent besitzen wie es der detaillierte und sorgfältig begründete Vorbescheid der Einspruchsabteilung hat. Das gilt jedenfalls in dem Umfang, in dem die Privatgutachter – wie hier – bloß ihre eigene subjektive Sicht von den Fähigkeiten des Durchschnittsfachmanns bei der Fortentwicklung des Standes der Technik an die Stelle der Würdigung durch die unabhängige Einspruchsabteilung setzen. Dass der Vorbescheid an irgendeiner Stelle von einem nachweisbaren Fehlverständnis ausgeht, weil zum Beispiel eine Druckschrift objektiv unzutreffend interpretiert oder technisch objektiv falsche Schlüsse gezogen werden, was seine Aussagekraft erschüttern könnte, ist nicht zu erkennen und wird auch von den Privatgutachtern nicht aufgezeigt.

[61] 3. Der Erlass einer einstweiligen Verfügung ist dringlich, wie das LG auf S. 27 f. seines Urteils zutreffend ausgeführt hat.

[62] a) Die Verfügungskl. hat unmittelbar nach Listung der angegriffenen Ausführungsform in der Lauer-Taxe den Erlass der streitgegenständlichen einstweiligen Verfügung verlangt.

[63] b) Es sind auch keine sonstigen Gründe ersichtlich, aufgrund derer sich die Verfügungskl. auf ein Hauptsacheverfahren verweisen lassen müsste.

[64] aa) Soweit die Verfügungsbekl. einwendet, die Verfügungskl. gehe weder in Deutschland noch in anderen europäischen Ländern (wie Polen, den Niederlanden, Spanien oder im Vereinigten Königreich) gegen Cinacalcet-Generika anderer Hersteller vor, kommt es auf die Richtigkeit dieser Behauptung nicht an. Der Verfügungsklägerin steht es grundsätzlich vollkommen frei, gegen welchen Verletzer sie gerichtlich vorgeht und gegen welchen Verletzer sie solches unterlässt. Diese Freiheit besteht so lange wie die Verfügungsklägerin keine (zB kartellrechtlichen) Sonderpflichten (etwa aus dem Gesichtspunkt einer marktbeherrschenden Stellung) treffen, die sie zu einem gleichmäßigen Einschreiten gegen alle Verletzer anhalten. Dafür ist nichts ersichtlich. Weil dem so ist, kann die Verfügungsklägerin auch nicht dadurch in ihrer Rechtsdurchsetzung gegenüber einem Ag. per se deshalb behindert sein, weil sie andere Verletzer gewähren lässt. Eine andere Frage ist, ob eine Patentinhaber, der bewusst einzelne Generikahersteller gewähren lässt und dadurch eine für sich nachteilige Marktsituation (zB mit niedrigen Festbeträgen) schafft, sich in vollem Umfang auf diejenigen Vorteile bei der Beurteilung der Rechtsbestandsfrage berufen kann, die ihm gegenüber Generikaunternehmen gewöhnlich zustehen.

[65] Abgesehen davon kommt mit Blick auf ausländische Generikaunternehmen hinzu, dass Verfügungsanträge gegen diese ohnehin nicht auf das hiesige (deutsche) Verfügungspatent gestützt werden könnten, womit sich von vornherein die Überlegung verbietet, die Untätigkeit der Verfügungsklägerin gegenüber ausländischen Verletzern zeige, dass die Verfügungsklägerin an einer Durchsetzung des Verfügungspatents im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes kein Interesse habe. Was die Durchsetzung des Verfügungspatents im Inland betrifft, hat die Verfügungsklägerin im Übrigen dezidiert vorgetragen, dass sie in Deutschland aus dem Verfügungspatent und dem EP 3 395 339 gegen sieben andere Generika-Hersteller vorgeht, und hierzu die konkreten Aktenzeichen genannt. Dem ist die Verfügungsbeklagte nicht entgegen getreten.

[66] bb) Eine von der Verfügungskl. im Einspruchsverfahren erwirkte Fristverlängerung hat gleichfalls keine Bedeutung. Das gilt schon deshalb, weil ungeachtet dessen mittlerweile ein umfangreicher Vorbescheid der Einspruchsabteilung vorliegt, der sich ausführlich mit den Einwänden der Einsprechenden auseinandersetzt und sich zu den Erfolgsaussichten des Rechtsbestandsangriffs gegen das Verfügungspatent verhält. Im Verletzungsverfahren liegt daher jedenfalls jetzt eine wertvolle Orientierung für die Beurteilung des Verfügungsgrundes vor.

Anm. d. Red.: Zur Notwendigkeit einer erstinstanzlichen Einspruchs- oder Nichtigkeitsentscheidung vor Erlass einer e. V. s. *LG München I* GRUR 2021, 466 – Rechtsbestand im Verfügungsverfahren, m. einer Anmerkung von *Kühnen* GRUR 2021, 468. ■

2. Begrenzung der funktionsorientierten Auslegung durch gewürdigten Stand der Technik

EPÜ Art. 54, 63; PatG § 9 S. 2 Nr. 1; BGB §§ 242, 259 – **Infusionsvorrichtung**

1. Aus dem Schutzbereich haben – ungeachtet ihrer technisch-funktionalen Brauchbarkeit für die Zwecke der Erfindung – solche Ausführungsformen auszuschneiden, die sich nur dann unter den Wortsinn des Patentanspruchs subsumieren lassen, wenn ein Begriffsverständnis zugrunde gelegt wird, bei dem die erteilte Anspruchsfassung durch den in der Patentschrift gewürdigten Stand der Technik neuheitsschädlich getroffen wäre.

2. Jenseits einer funktionsorientierten Auslegung dürfen Begriffe einer Patentschrift nicht so verstanden werden, dass Ausführungsformen erfasst werden, die durch den in der Patentschrift selbst gewürdigten Stand der Technik neuheitsschädlich offenbart sind.

OLG Düsseldorf, Urte. v. 8.4.2021 – 2 U 41/20

Zum Sachverhalt: Die Kl. nimmt die Bekl. zu 1 (nachfolgend nur die Bekl. genannt) wegen Verletzung des deutschen Teils des europäischen Patents ... (nachfolgend: Klagepatent; vorgelegt als Anlage PS2a), deren eingetragene Inhaberin sie ist, auf Unterlassung, Auskunft und Rechnungslegung, Rückruf und Vernichtung patentverletzender Erzeugnisse sowie auf Feststellung der Schadenersatzpflicht dem Grunde nach in Anspruch.

Das Klagepatent mit dem Titel „Infusionsvorrichtung und System“ wurde am 31.8.2001 unter Inanspruchnahme des Prioritätsdatums vom 8.9.2000 in englischer Verfahrenssprache angemeldet. Das Europäische Patentamt veröffentlichte die Erteilung des Klagepatents am 6.6.2007. Die als DE 601 28 826 T2 veröffentlichte deutsche Übersetzung des Klagepatents ist als Anlage PS 2 b vorgelegt worden. Das Klagepatent steht in Kraft. Über eine von der Bekl. erhobene Nichtigkeitsklage (6 Ni 35/19 [EP]) hat das *BPatG* bisher nicht entschieden.

In der englischen Verfahrenssprache lautet der erteilte Anspruch 1 wie folgt:

„A device (10) for delivering fluid to a patient, comprising:
an exit port assembly (70) adapted to connect to a transcutaneous patient access tool;
a dispenser for (40) causing fluid from a reservoir (30) to flow to the exit port assembly;
a local processor (50) connected to the dispenser and programmed to cause a flow of fluid to the exit port assembly based on flow instructions;
a wireless receiver (60) connected to the local processor for receiving flow instructions from a separate, remote control device and delivering the flow instructions to the local processor; and
a housing (20) containing the exit port assembly, the dispenser, the local processor, and the wireless receiver;
wherein the housing is free of user input components for providing flow instructions to the local processor, and wherein the transcutaneous patient access tool is integrated into the exit port assembly.“

In der eigetragenen deutschen Fassung des Klagepatents lautet der erteilte Anspruch 1 wie folgt:

„Vorrichtung (10) zur Verabreichung eines Fluids an einen Patienten, umfassend:
eine Ausgangsportanordnung (70), welche zur Verbindung zu einem transkutanen Patientenzugangswerkzeug ausgelegt ist, einen Verteiler (40), welcher bewirkt, dass das Fluid aus einem Behälter (30) zu der Ausgangsportanordnung fließt;
einen lokalen Prozessor (50), welcher mit dem Verteiler verbunden ist und derart programmiert ist, dass er einen Fluss des Fluids zu der Ausgangsportanordnung basierend auf den Flussanweisungen hervorruft;
einen drahtlosen Empfänger (60), welcher mit dem lokalen Prozessor zum Empfang der Flussanweisungen von einer separaten Fernsteuerungsvorrichtung [sic!] und zur Lieferung der Flussanweisungen zu dem lokalen Prozessor verbunden ist und ein Gehäuse (20), welches die Ausgangsportanordnung, den Verteiler, den lokalen Prozessor und den drahtlosen Empfänger beinhaltet;
wobei das Gehäuse frei von Benutzereingabekomponenten zur Bereitstellung von Flussanweisungen zu dem lokalen Prozessor ist, und wobei das transkutane Patientenzugangswerkzeug in die Ausgangsportanordnung integriert ist.“

Die Kl. macht Anspruch 1 im hiesigen Verfahren mit dem folgenden, zusätzlichen Merkmal geltend:

„wobei der Behälter (30) in dem Gehäuse enthalten ist und ein Volumen im Bereich von 2-3 ml aufweist.“

Sie verteidigt das Klagepatent im Nichtigkeitsverfahren im Hauptantrag nur in der so eingeschränkten Fassung. Zur Veranschaulichung werden nachfolgend die Fig. 1 und Fig. 7 des Klagepatents verkleinert eingeblendet. Diese zeigen nach Abs. [0023] und Abs. [0035] der Beschreibung des Klagepatents jeweils Querschnittsansichten von Beispielen einer beanspruchten Fluidabgabevorrichtung:

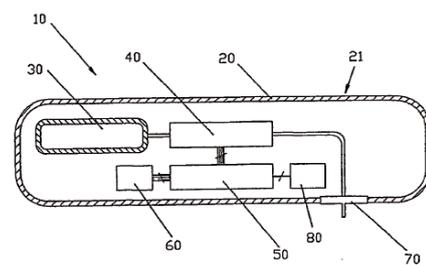


Fig. 1

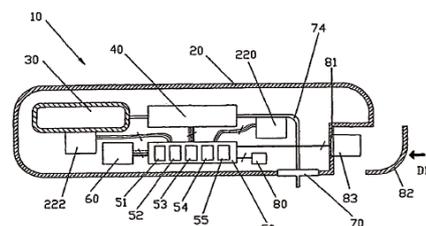
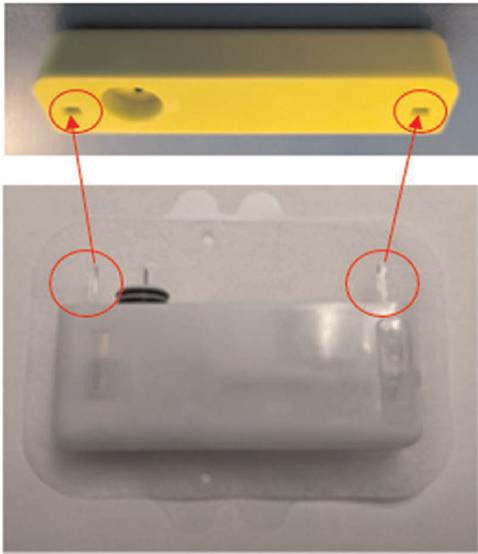


Fig. 7

Die Bekl. vertreibt in der Bundesrepublik Deutschland unter anderem eine Insulinpumpe mit der Bezeichnung „M. A6 TouchCare“, bestehend aus einer Pumpenbasis und einem Einweg-Patch-Behälter

mit der Bezeichnung „M. A6 Reservoir Patches“ für 200 Einheiten Insulin (im Folgenden: angegriffene Ausführungsform). Die „Reservoir Patches“ enthalten eine Pumpe und eine Nadel, mit der einem Patienten das Insulin verabreicht werden kann. Die wiederverwendbare Pumpenbasis enthält einen Prozessor und einen drahtlosen Empfänger, der Anweisungen für den Prozessor empfangen kann. Bestimmungsgemäß verabreicht die angegriffene Ausführungsform einem Patienten das Insulin per Injektion in die Unterhaut (Subcutis). Pumpenbasis und Reservoir Patch der angegriffenen Ausführungsform lassen sich miteinander verbinden, um vom Patienten verwendet zu werden; sie lassen sich zerstörungsfrei wieder voneinander trennen. Hierzu sind Rastnasen am Reservoir Patch (weiß) und entsprechende Aufnahmen in der Pumpenbasis (gelb) vorhanden, die in der nachfolgend eingeblendeten Abbildung von S. 5 der Berufungsrepublik markiert sind:



Nachfolgend wird ein Ausschnitt eines Fotos einer zusammengesteckten angegriffenen Ausführungsform (von S. 6 der Berufungsrepublik) eingeblendet:



Nach Auffassung der Kl. stellen das Angebot und der Vertrieb der angegriffenen Ausführungsform in der Bundesrepublik Deutschland eine unmittelbare wortsinngemäße Verletzung des Klagepatents dar, das rechtsbeständig sei. Sie hat bereits erstinstanzlich gegen die Bekl. die auch nunmehr verfolgten Ansprüche geltend gemacht.

Die Bekl. hat eine Verletzung des Klagepatents durch die angegriffene Ausführungsform in Abrede gestellt und im Übrigen die Ansicht vertreten, das Klagepatent werde sich im Nichtigkeitsverfahren als nicht rechtsbeständig erweisen.

Die Bekl. zu 2 und zu 3 haben die gegen sie gerichteten Ansprüche der Kl. auf Grundlage des Klagepatents anerkannt. Das *LG Düsseldorf* hat insoweit am 4.9.2019 ein Teilerkenntnis-Urteil erlassen. Das *LG Düsseldorf* (Urt. v. 13.8.2020 – 4c O 33/19) hat eine Patentverletzung verneint und die Klage gegen die Bekl. (zu 1) abgewiesen. Zur Begründung hat das *LG* im Wesentlichen ausgeführt: Die Klage sei zwar zulässig, aber unbegründet. Die angegriffene Ausführungsform mache von der technischen Lehre des Klagepatents keinen Gebrauch, da es an einem patentgemäßen Gehäuse fehle. Unter einem Gehäuse verstehe das Klagepatent eine einteilig ausgestaltete, nicht zerstörungsfrei auseinandernehmbare Außenumhüllung einer Fluidabgabevorrichtung, die jedenfalls die Ausgangsportanordnung, den Verteiler, den lokalen Prozessor und den drahtlosen Empfänger beinhalte. Diese Vorrichtungsbestandteile müssten patentgemäß in derselben räumlichen Gesamtanordnung

zusammengefasst sein. Rein philologisch verstehe der Fachmann unter einem Gehäuse ein festes, schützendes Raumgebilde, das etwas umgibt, mithin eine Umhüllung. Für das Klagepatent sei entscheidend, dass eine in sich abgeschlossene, nach außen einteilige Einheit bereitgestellt werde, um sie als solche am Körper des Patienten anbringen zu können. Bekräftigt in diesem Verständnis werde der Fachmann durch sämtliche Beschreibungsstellen, die bezogen auf die Vorrichtung durchgängig „das“ bzw. „ein“ Gehäuse thematisierten. Der Beschreibung des Klagepatents sei dagegen kein Hinweis zu entnehmen, dass das Gehäuse seinerseits durch mehrere Bestandteile gebildet werden könnte, wobei das Klagepatent an verschiedenen Stellen gerade zeige, dass ihm die mitunter variable Mehrteiligkeit im Inneren der Vorrichtung bekannt sei. Die Abs. [0052] und Abs. [0059] brächten für den Fachmann erkennbar zum Ausdruck, dass die Außenfläche des Gehäuses insgesamt relativ glatt und insbesondere vereinfacht zu reinigen sein solle. Schmuck und Bekleidungsstücke sollten an der Vorrichtung nicht angreifen können. Diese Möglichkeiten wären indes bei einer mehrteiligen Konstruktion des Gehäuses eröffnet und die Reinigung würde sich schwieriger gestalten. Daher werde der Fachmann durch diese Beschreibungsabsätze von einer mehrteiligen Ausgestaltung weggeleitet. Für eine mehrteilige Ausgestaltung fehlten überdies Angaben dazu, wie die einzelnen im Anspruch aufgeführten Elemente auf mehrere Vorrichtungsteile aufgeteilt werden könnten, ohne den Funktionszusammenhang zu gefährden. Ein abweichendes Verständnis sei nicht allein aus dem Umstand zu folgern, dass das Klagepatent gesondert abgetrennte Bereiche im Inneren einer erfindungsgemäßen Vorrichtung zulässt. Die Beschreibungsstellen in den Abs. [0074] ff. und [0083] ff. beträfen eine abschirmbare Reservoirkammer. Das Klagepatent offenbare mit der Beschreibung solcher Subanordnungen die Möglichkeit, untergeordnete, in sich abgeschlossene Bereiche zu schaffen, die sich aber in den größeren, sie umgebenden Bereich, namentlich in das Gehäuse, einfügen müssten. Außerdem sprächen indiziell die eigenen Äußerungen der Kl. im Erteilungsverfahren für dieses Verständnis, mit der sie eine Abgrenzung von der Druckschrift D4 EP 1 177 802 begründet habe. Auch mit dem technischen Verständnis im Übrigen sei ein mehrteiliges Gehäuse nicht in Einklang zu bringen. Denn der Fachmann erkenne unter dem technisch-funktionalen Aspekt, dass das Klagepatent eine Vorrichtung lehre wolle, die als Einweg- bzw. Wegwerfartikel ausgestaltet sei und insgesamt weggeworfen und ausgetauscht werden solle, ohne auf einzelne unter Umständen wiederverwendbare Bestandteile Rücksicht nehmen zu müssen. Aufgrund der Zweiteilung der angegriffenen Ausführungsform fehle es an einem Gehäuse im Sinne des Klagepatents. Dagegen seien die übrigen Merkmale in der angegriffenen Ausführungsform verwirklicht. Mit einem transkutanen Patientenzugangswerkzeug meine das Klagepatent ein solches, das so in die Hautschichten des Patienten eingebracht werden kann, dass eine medizinisch-ordnungsgemäße und zuverlässige Zufuhr des flüssigen Medikaments über die Haut gewährleistet ist. Welche Hautschichten durchdrungen werden müssen, überlasse das Klagepatent dem Wissen des Fachmanns. Bei der angegriffenen Ausführungsform werde die Nadel zur Verabreichung der Infusion in die Haut des Patienten gesetzt und bis in die Unterhaut (Subcutis) geführt, was ausreichend sei. Patentgemäß müsse ferner ein Zusammenhang zwischen der Ausgangsportanordnung und dem transkutanen Patientenzugangswerkzeug bestehen („Integration“). Für das Zusammenspiel der beiden Elemente Ausgangsportanordnung und Patientenzugangswerkzeug sei darüber hinaus lediglich erforderlich, dass Erstere so ausgestaltet ist, um das komplementär konstruierte transkutane Patientenzugangswerkzeug aufnehmen zu können. Dies sei bei der angegriffenen Ausführungsform verwirklicht. Im Schlussurteil hat das *LG* auch die Kosten des durch Teilerkenntnisurteil erledigten Teils des Rechtsstreits der Kl. auferlegt, da die Bekl. zu 2 und zu 3 sofortige Anerkenntnisse iSv § 93 ZPO abgegeben hätten.

Gegen das Schlussurteil hat die Kl. Berufung eingelegt, mit der sie ihr vor dem *LG* erfolglos gebliebenes Begehren auf eine Verurteilung der Bekl. zu 1 weiterverfolgt. Die Bekl. verteidigt das angefochtene Urteil, soweit eine Patentverletzung verneint wurde, und tritt den Ausführungen der Kl. unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens entgegen.

Die Berufung hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: [47] Im Ergebnis zu Recht hat das *LG* eine Verwirklichung der Lehre des Klagepatents durch die angegriffene Ausführungsform verneint, so dass der Kl. die geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung, Auskunftserteilung und Rechnungslegung Rückruf und Vernichtung patentverletzender Erzeugnisse sowie auf Schadenersatz aus Art. 64 EPÜ iVm §§ 139 I, II, 140 a I, III, 140 b I, III PatG iVm §§ 242, 259 BGB nicht zustehen.

[48] 1. Das Klagepatent (dem die nachfolgend zitierten Absätze entstammen) betrifft insbesondere kleine, kostengüns-

tige und tragbare Infusionsvorrichtungen, die zum Erreichen genauer, ausgeklügelter und programmierbarer Flussmuster bzw. Strömungsmuster zur Abgabe von therapeutischen Flüssigkeiten an Säugerpatienten geeignet sind.

[49] In seiner einleitenden Beschreibung schildert das Klagepatent, dass es bei der Abgabe von Medikamenten häufig wünschenswert ist, das Verdauungssystem des Säugerpatienten zu umgehen. Die parenterale Abgabe (also unter Umgehung des Verdauungswegs) von verschiedenen Arzneistoffen in flüssiger Form ist häufig gewollt, um die Wirkung des abgegebenen Stoffes zu erhöhen, damit gewährleistet ist, dass das unveränderte Medikament bei einer wesentlichen Konzentration seinen vorgesehenen Ort erreicht. Auch können unerwünschte Nebenwirkungen, die mit anderen Abgabebewegungen einhergehen, wie systemische Toxizität, potenziell vermieden werden (Abs. [0002]).

[50] Das Klagepatent geht auf ambulante Infusionspumpen ein, die zur Abgabe von flüssigen Medikamenten an einen Patienten entwickelt wurden. Diese Infusionsvorrichtungen haben die Fähigkeit, ausgeklügelte Fluidabgabeprofile zu bieten, welche Bolus-Erfordernisse, kontinuierliche Infusion und variable Fließgeschwindigkeitsabgabe bewerkstelligen. Diese Infusionsfähigkeiten führen gewöhnlich zu einer besseren Wirksamkeit des Arzneistoffs und der Therapie und geringerer Toxizität für das System des Patienten. Ein Beispiel zur Verwendung einer ambulanten Infusionspumpe ist die Abgabe von Insulin zur Behandlung von Diabetes mellitus (Abs. [0005]).

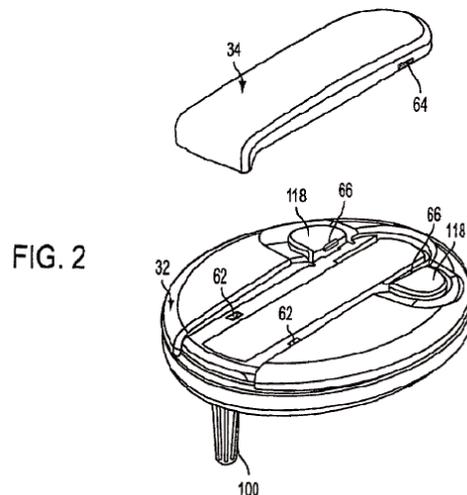
[51] Solche ambulanten Pumpen arbeiten häufig mit einem Reservoir zum Beinhaltenden des flüssigen Medikaments, wie eine Patrone oder eine Spritze, und verwenden elektro-mechanische Pump- oder Dosiertechnologie zur Abgabe der Medikation an den Patienten über einen Schlauch von der Infusionsvorrichtung zu einer Nadel, die transkutan eingesetzt ist, oder über die Haut des Patienten. Die Vorrichtungen gestatten Steuerung und Programmierung über elektro-mechanische Knöpfe oder Schalter, die an dem Gehäuse der Vorrichtung angeordnet und für Patient oder Klinikpersonal zugänglich sind. Die Vorrichtungen umfassen visuelle Rückkopplung über Text- oder Grafikschrime, wie Flüssigkristalldisplays, bekannt als LCDs, und können Alarm- oder Warnlampen und akustische oder Vibrationssignale und Alarmvorrichtungen enthalten (Abs. [0006]).

[52] Hieran kritisiert das Klagepatent, das derzeit verfügbare ambulante Infusionsvorrichtungen kostspielig, schwierig zu programmieren und für Infusionen zuzubereiten sind und zudem dazu neigen, sperrig, schwer und sehr zerbrechlich zu sein. Das Füllen dieser Vorrichtungen oder dieser Reservoirs kann schwierig sein und erfordern, dass der Patient sowohl die vorgesehene Medikation als auch das Füllzubehör etwa auf Reisen oder zur Arbeit bei sich trägt. Die Genauigkeits- und die Sicherheitserfordernisse für diese Vorrichtungen sind sehr wichtig, sie basieren sowohl auf dem Medikament, das abgegeben wird, als auch dem Zustand des Patienten. Daher erfordern die Vorrichtungen spezialisierte Vorsorge, Wartung und Reinigung zur Gewährleistung genauer Funktionalität und Sicherheit für ihre vorgesehene Langzeitverwendung. Die Vorrichtungen werden gewöhnlich für bis zu 6000 Dollar verkauft, so dass die Wartung der Vorrichtung für vier oder mehrere Jahre erforderlich ist, um die Ausgabe zu rechtfertigen. Ebenfalls aufgrund der Kosten sind Ersatzvorrichtungen nicht leicht verfügbar. Werden solche Vorrichtungen beschädigt, schlägt sich dies nicht nur in den Kosten der Reparatur oder des Ersatzes nieder, sondern führt auch zu einer Unterbrechung der Therapie. Die hohen Kosten der Vorrichtung können schließlich deren Einsatzmöglichkeiten in der Praxis beschränken (Abs. [0007]).

[53] In den Abs. [0008] und [0009] erörtert das Klagepatent insgesamt fünf verschiedene Schriften aus dem Stand der Technik, wobei es zu der EP 1 177 802 (D4) ausführt:

„EP 1 177 802, veröffentlicht am 6.2.2002, welche unter Art. 54, 3 der Europäischen Patentübereinkunft fällt, offenbart eine autonome Arzneistoffinfusionsvorrichtung mit einem wegwerfbaren Abschnitt und einem wieder verwendbaren Abschnitt, der entfernt an den wegwerfbaren Abschnitt angeschlossen ist.“

[54] Die EP 1 177 802 zeigt eine Insulinpumpe, die nach Ansicht der Parteien im parallelen Nichtigkeitsverfahren sämtliche Merkmale des erteilten Anspruchs 1 aufweist, wobei in der EP 1 177 802 anstelle eines einteiligen Gehäuses eine zweiteilige Anordnung gezeigt ist, deren oberer Teil den Prozessor, den Empfänger und die Pumpe und deren unteres Teil den Insulinbehälter und die Injektionsnadel aufnimmt. Zur Veranschaulichung wird nachfolgend Fig. 2 der EP 1 177 802 verkleinert eingeblendet:



[55] Das Klagepatent übt zu keiner der Schriften (einschließlich der EP 1 177 802) spezifische Kritik. Vielmehr kommt es zusammenfassend in Abs. [0010] zu dem Schluss, dass keine der von ihm erwähnten Druckschriften ein programmierbares und einstellbares Infusionssystem offenbart, das genau und verlässlich ist und Klinikärzten und Personal und Patienten eine kleine, kostengünstige, leichtgewichtige einfach zu verwendende Alternative für parenterale Abgabe flüssiger Medikamente bieten kann.

[56] Diese Nachteile zu überwinden ist als Aufgabe (technisches Problem) des Klagepatents anzusehen.

[57] 2. Zur Lösung schlägt das Klagepatent eine Fluidverabreichungsvorrichtung nach Anspruch 1 vor, der mit dem zusätzlich geltend gemachten Merkmal wie folgt dargestellt werden kann:

Vorrichtung (10) zur Verabreichung eines Fluids an einen Patienten.

1. Die Vorrichtung (10) umfasst eine Ausgangsportanordnung (70), welche zur Verbindung zu einem transkutanen Patientenzugangswerkzeug ausgelegt ist.
 - 1.1 Das transkutane Patientenzugangswerkzeug ist in die Ausgangsportanordnung (70) integriert.
2. Die Vorrichtung (10) umfasst einen Verteiler (40), welcher bewirkt, dass das Fluid aus einem Behälter (30) zu der Ausgangsportanordnung fließt.
 - 2.1 Der Behälter (30) weist ein Volumen im Bereich von 2-3 ml auf.
3. Die Vorrichtung (10) umfasst einen lokalen Prozessor (50),
 - 3.1 Der lokale Prozessor (50) ist mit dem Verteiler (40) verbunden.

- 3.2 Der lokale Prozessor (50) ist derart programmiert, dass er einen Fluss des Fluids zu der Ausgangsportanordnung (70) basierend auf den Flussanweisungen hervorruft.
4. Die Vorrichtung (10) umfasst einen drahtlosen Empfänger (60).
- 4.1 Der drahtlose Empfänger (60) ist mit dem lokalen Prozessor (50) zum Empfang der Flussanweisungen von einer separaten Fernsteuerungsvorrichtung und zur Lieferung der Flussanweisungen zu dem lokalen Prozessor (50) verbunden.
5. Die Vorrichtung (10) umfasst ein Gehäuse (20), welches die Ausgangsportanordnung (70), den Verteiler (40), den Behälter (30), den lokalen Prozessor (50) und den drahtlosen Empfänger (60) beinhaltet.
- 5.1 Das Gehäuse ist frei von Benutzereingabekomponenten zur Bereitstellung von Flussanweisungen zu dem lokalen Prozessor (50).

[58] Das Klagepatent sieht somit eine Fluidabgabevorrichtung vor, die sich fernsteuern lässt und so auf bestimmte Benutzereingabekomponenten am Gehäuse der Vorrichtung verzichten kann.

[59] Die patentgemäße Fluidabgabevorrichtung umfasst einen Behälter, in dem ein Fluid – insbesondere ein Medikament – aufgenommen werden kann (Merkmalsgruppe 2). Über einen Verteiler, der nach Unteranspruch 24 eine Pumpe beinhalten kann, wird das Fluid vom Behälter an eine Ausgabeportanordnung geleitet (Merkmal 2), mit der das Fluid einem Patienten verabreicht werden kann. Zu diesem Zwecke ist in der Ausgangsportanordnung ein transkutaner Patientenzugangswerkzeug integriert (Merkmalsgruppe 1).

[60] Zur Steuerung der Fluidabgabe ist ein lokaler Prozessor vorgesehen, der aufgrund von Flussanweisungen den Verteiler steuert und so die Abgabe des Fluids an den Patienten reguliert (Merkmalsgruppe 3). Um dem lokalen Prozessor Flussanweisungen zukommen zu lassen, ist ein drahtloser Empfänger vorgesehen. Dieser kann Flussanweisungen von einer separaten Fernsteuerungsvorrichtung (die selbst nicht Gegenstand von Anspruch 1 ist) empfangen und an den Verteiler weitergeben (Merkmalsgruppe 4).

[61] Die vorgenannten Komponenten sind patentgemäß in einem Gehäuse untergebracht, wobei das Klagepatent das Vorsehen weiterer Komponenten im Gehäuse nicht ausschließt und beispielsweise beschreibt, dass eine Stromquelle in das Gehäuse aufgenommen werden kann (Fig. 1/ Abs. [0054]). Um die Vorrichtung gemäß der Aufgabenstellung klein, leicht, kostengünstig und einfach verwendbar gestalten zu können, sieht das Klagepatent vor, dass das Gehäuse frei von Benutzereingabekomponenten zur Bereitstellung von Flussanweisungen zu dem lokalen Prozessor ist (Merkmal 5.1). Die erforderlichen Flussanweisungen erhält der lokale Prozessor nicht durch manuelle Eingabe, sondern vielmehr über den bereits erwähnten drahtlosen Empfänger und eine hiermit kommunizierende Fernsteuerung.

[62] Aufgrund dieser Gestaltung frei von bestimmten Benutzereingabekomponenten kann die Vorrichtung klein, leicht und kostengünstig sein. Weiterhin ist sie damit einfacher zu tragen und komfortabler für den Patienten, so dass sie sogar durch Kleben an die Haut des Patienten, ähnlich einem transdermalen Pflaster, angebracht werden kann. Aufgrund der geringen Kosten kann die Vorrichtung auch als Einweg-Produkt konzipiert werden, so dass ein Austausch im Falle eines Verlustes oder Defektes der Vorrichtung möglich ist und so Standzeiten etwa für die Reparatur vermieden werden (vgl. Abs. [0012]).

[63] 3. Die zwischen den Parteien insbesondere streitige Merkmalsgruppe 5 sieht vor, die im Anspruch genannten Komponenten (gemäß den Merkmalen 1-4) in einer räumli-

chen Umhüllung zusammenzufassen. Als Gehäuse erfasst das Klagepatent nur solche Ausgestaltungen, bei denen alle Komponenten in einer einheitlichen, nicht aus mehreren einzelnen Gehäuseteilen zusammengesetzten Umhüllung untergebracht sind.

[64] a) Wendet man die üblichen Regeln der Patentauslegung an, so besteht zwar noch kein Anlass für die Annahme, dass das Gehäuse der Insulinpumpe unbedingt einteilig sein muss und nicht – wie bei der angegriffenen Ausführungsform – mehrteilig sein kann.

[65] Dem Klagepatent kommt es entscheidend darauf an, dass auf Benutzereingabekomponenten zur Eingabe von Flussanweisungen für das zu verabreichende Insulin am Gehäuse verzichtet wird. Hierdurch sollen patentgemäß Größe, Kompliziertheit und Kosten der Vorrichtung vermindert werden, so dass die Vorrichtung selbst von wegwerfbarer Natur wird (Abs. [0014] aE und Abs. [0052]). Die im Klagepatent aufgezählten Vorteile beschreibt dieses erkennbar als Folge (nur) des Fehlens von Benutzereingabekomponenten zur Bereitstellung von Fluidanweisungen am Gehäuse. Dagegen sieht das Klagepatent nicht vor, diese Ziele durch eine einteilige Gestaltung des Gehäuses oder sonstige Maßnahmen zu erreichen. Zum Aufbau des Gehäuses macht der Anspruch keinerlei Vorgaben; er beschreibt nur, was das Gehäuse als schützende Ummantelung enthalten muss und dass es frei von bestimmten Benutzereingabekomponenten sein muss.

[66] Dies – und nur dies – soll die vom Klagepatent angestrebten Vorteile bewirken. Dies gilt insbesondere auch für die Wegwerfbarkeit der Vorrichtung. Der geltend gemachte Anspruch 1 beinhaltet kein Merkmal, das fordert, dass es sich bei der Fluidabgabevorrichtung um ein Einweg-Produkt handeln muss oder es sonst wegwerfbar zu gestalten ist. Die Wegwerfbarkeit ist in der Lehre des Klagepatents vielmehr eine Folge des Fehlens von Benutzereingabekomponenten am Gehäuse, was die Kosten der Vorrichtung senkt. Ob eine patentgemäße Fluidabgabevorrichtung tatsächlich ein Einweg-Produkt ist oder aber aus welchen Gründen auch immer regelmäßig nicht entsorgt wird, steht außerhalb der Lehre des Klagepatents.

[67] Ähnliches gilt für die vom Klagepatent als Vorteil angesprochene „relativ glatte“ Oberfläche, welche nach der Patentbeschreibung die Reinigung der Vorrichtung erleichtert und vermeidet, dass Schmuck oder Bekleidungsstücke an der Vorrichtung angreifen können (Abs. [0059]). Diesen Vorteil beschreibt das Klagepatent ebenfalls nicht als allgemeines Ziel, sondern als vorteilhafte Folge der Freiheit des Gehäuses von Benutzereingabekomponenten. Der Fachmann entnimmt der Beschreibung gerade nicht, dass das Klagepatent weitere Maßnahmen vorsieht, um eine relativ glatte Oberfläche zu erreichen. Insbesondere kann aus dem beschriebenen Vorteil des Fehlens von Benutzereingabekomponenten nicht verallgemeinernd gefolgert werden, bei der Gestaltung des Gehäuses müssten Nähte stets vermieden werden, was wiederum gegen mehrteilige Gehäuse sprechen könnte. Denn das Klagepatent beschreibt selbst Ausgestaltungen, bei denen Nähte entstehen – etwa, indem in einer bevorzugten Ausführungsform ein transparentes Fenster im Gehäuse vorgesehen ist (Unteranspruch 32; vgl. Abs. [0086], Fig. 8 a). Auch sieht das Klagepatent für eine Ausführungsform Entlüftungslöcher 38 im Gehäuse vor (Abs. [0074], Fig. 4 b), wodurch dessen Oberfläche ebenfalls nicht glatt ist. All dem entnimmt der Fachmann, dass es dem Klagepatent gerade nicht um eine glatte Oberfläche per se geht, sondern darum, dass Benutzereingabekomponenten nicht die Gestaltung des Gehäuses stören. Folgerichtig beschreibt das Klagepatent selbst Ausführungsbeispiele, die dem Fachmann die Zulässigkeit einer mehrteiligen Gestaltung des Gehäuses bei iso-

liert Betrachtung nahelegen könnte. So offenbart das Klagepatent in Fig. 7 eine Vorrichtung mit einer Batterietür 82, die entfernt und nach dem Einsetzen einer Batterie wieder am Gehäuse befestigt werden kann (Abs. [0083]). Dabei zeigt die nachfolgend verkleinert eingeblendete Figur 7 ein Gehäuse, das zerstörungsfrei in mehrere Elemente – Batterietür 82 und übriges Gehäuse – aufgeteilt werden kann:

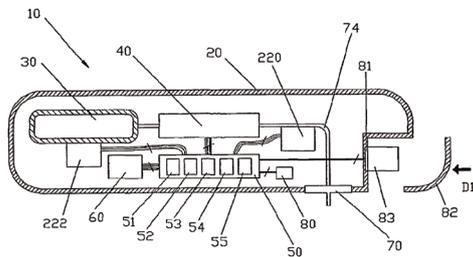


Fig. 7

[68] Ferner erläutert das Klagepatent für ein Ausführungsbeispiel, den lokalen Prozessor und andere elektronische Vorrichtungen in einer modularen Subanordnung unterzubringen (Abs. [0084]), für die ein eigenes elektronisches Modulgehäuse (301) vorgesehen ist. Dieses elektronische Modulgehäuse kann abgeschirmt oder wasserdicht gemacht werden, indem man es – im Gegensatz zum sonstigen Gehäuse – einkapselt (Abs. [0085]). Dies zeigt dem Fachmann ebenfalls, dass das Gehäuse aus verschiedenen Untersegmenten zusammengesetzt werden kann, welche nicht alle in der gleichen Weise abgedichtet sein müssen.

[69] b) Allerdings erkennt der Fachmann, dass ihm im Klagepatent durchgehend Ausführungsbeispiele beschrieben werden, bei denen alle in Merkmal 5 aufgezählten Komponenten in ein- und derselben Umhüllung untergebracht sind. Dies gilt auch für die in Fig. 7 gezeigte Ausführungsform – die Batterietür 82 selbst enthält keine der im Anspruch genannten Komponenten, sie ist vielmehr Bestandteil eines einheitlichen Gehäuses. Das erwähnte elektronische Modulgehäuse 301 ist ebenfalls nur eine Subanordnung innerhalb eines einheitlichen Gehäuses. Dagegen sind Vorrichtungen, bei denen die aufzunehmenden Komponenten auf separate, zusammensteckbare (Teil-)Gehäuse aufgeteilt sind – so wie es in der vom Klagepatent erörterten EP 1 117 802 offenbart wird – in der Beschreibung des Klagepatents nicht gezeigt. Auch im Übrigen findet sich kein unmittelbarer Hinweis auf die Möglichkeit einer solchen Ausgestaltung.

[70] c) Mit den bisherigen Überlegungen kann die Patentauslegung und Schutzbereichsbestimmung allerdings noch nicht abgeschlossen werden. Vielmehr ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Klagepatentschrift die EP 1 177 802 als fiktiven Stand der Technik abhandelt, woraus der Fachmann ersehen kann, dass die Erteilungsbehörde zwischen ihrem Offenbarungsgehalt und dem erteilten Hauptanspruch einen die Neuheit begründenden Unterschied gesehen hat. Er kann – auch die Parteien tragen nichts anderes vor – nur in der variierenden Gehäuseausgestaltung liegen, die beim Gegenstand der EP 1 177 802 im Sinne von zwei miteinander verrastbaren Gehäuseteilen ausgeführt ist, die jeweils einen anderen Teil der im Gesamtgehäuse unterzubringenden Bauteile beherbergen, während das Klagepatent ausschließlich solche Gehäuse zeigt, bei denen alle Bauteile in ein- und demselben Gehäusekörper untergebracht sind. Die in der Klagepatentschrift vorgenommene Würdigung der EP 1 177 802, in deren Rahmen der Fachmann vom Klagepatent darauf hingewiesen wird, dass die dort offenbarte Vorrichtung zweiteilig ist, da sie aus einem

wiederverwendbaren und einem wegwerfbaren Abschnitt besteht, verträgt sich deshalb nur dann mit dem erteilten Hauptanspruch, wenn das vom Klagepatent geforderte Gehäuse als etwas anderes verstanden wird als es die EP 1 177 802 offenbart, nämlich als einheitlicher Gehäusekorpus, in dem alle Bauteile positioniert sind. Denn würde man den im Klagepatent gebrauchten Begriff des „Gehäuses“ – wie es die Überlegungen unter 3 a nahelegen – weitherziger interpretieren und darunter auch mehrteilige Gehäusestrukturen verstehen, so wären letztere bereits in der EP 1 177 802 gezeigt und der – so verstandene – Hauptanspruch unzulässiger Weise auch auf Ausführungsformen gerichtet, die aus der eigenen Perspektive des Klagepatents unbekannt waren. Es liegt jedoch auf der Hand, dass der Schutzbereich eines Patents – jenseits aller technisch-funktionalen Erwägungen – keinesfalls auf etwas erstreckt werden kann, was in dem von der Patentschrift gewürdigten Stand der Technik neuheitsschädlich offenbart war.

[71] Eine Patentauslegung, die eben solche Ausführungsvarianten eliminiert, verstößt nicht gegen den Grundsatz, dass ein Patent nicht danach interpretiert werden darf, mit welchem Inhalt es sich als rechtsbeständig (neu, erfindetisch, nicht unzulässig erweitert) erweisen würde. Vorliegend geht es nicht um eine Vorwegnahme von Rechtsbestandseinwänden im Rahmen der Patentauslegung, sondern einzig und allein darum, aus fachmännischer Sicht diejenige technische Lehre zu identifizieren, für die dem Inhaber das fragliche Patent (mit Bindungswirkung für das Verletzungsgericht) erteilt worden ist. Der Fachmann, der das Klagepatent auslegt, muss deshalb eine Antwort auf die Frage geben, wie sich die als nicht neuheitsschädlich gewürdigte EP 1 177 802 mit der erteilten Anspruchsfassung verträgt, in der das Patentamt einen die Neuheit begründenden Überschuss gesehen hat. Wer dies erwägt, muss zu dem Schluss kommen, dass das Klagepatent unter dem „Gehäuse“ – auch wenn dies nirgends ausdrücklich thematisiert wird und auch wenn im Rahmen der Vorteilsangaben die besondere Art des patentgemäßen Gehäuses keinerlei Erwähnung findet – ganz offensichtlich einen von der EP 1 177 802 abweichenden, nämlich einheitlichen und alle Bauteile umschließenden Korpus versteht, weil der erteilten Anspruchsfassung anderenfalls die – bei der Patenterteilung gesehene – EP 1 177 802 entgegenstehen würde.

[72] Aus dem Schutzbereich haben deswegen – ungeachtet ihrer technisch-funktionalen Brauchbarkeit für die Zwecke der Erfindung – solche Ausführungsformen auszuscheiden, die sich nur dann unter den Wortsinn des Patentanspruchs subsumieren lassen, wenn ein Begriffsverständnis zugrunde gelegt wird, bei dem die erteilte Anspruchsfassung durch den in der Patentschrift gewürdigten Stand der Technik neuheitsschädlich getroffen wäre. Anders gewendet: Jenseits einer funktionsorientierten Auslegung dürfen Begriffe einer Patentschrift nicht so verstanden werden, dass Ausführungsformen erfasst werden, die durch den in der Patentschrift selbst gewürdigten Stand der Technik neuheitsschädlich offenbart sind.

[73] Der hiernach gebotene Ausschluss von mehrteiligen Gehäusen vom Schutzbereich führt nicht zu Widersprüchen bei der Auslegung des Klagepatents, da auch nach diesem Verständnis der beanspruchten Lehre weiter alle in der Beschreibung offenbarten Ausführungsbeispiele von Anspruch 1 erfasst werden, da diese – wie bereits erwähnt – durchgängig Vorrichtungen mit einem einteiligen Gehäuse zeigen.

[74] d) Soweit die Kl. in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat argumentiert hat, Anspruch 1 werde im Nichtigkeitsverfahren nunmehr nur mit dem zusätzlichen Merkmal 2.1 verteidigt, so dass der Fachmann in diesem Merkmal

den Unterschied zur Lehre der EP 1 177 802 sehen würde, kann dies zu keiner anderen Sichtweise führen.

[75] Es kann schon nicht abgesehen werden, ob und wie das Klagepatent im Nichtigkeitsverfahren letztlich geändert wird und welche Modifikationen der Beschreibung dies mit sich bringt. Das Klagepatent ist bei seiner Auslegung mit der derzeitigen Beschreibung zu betrachten, aus welcher der Fachmann – wie dargelegt – entnimmt, dass sich der erteilte Anspruch von der EP 1 177 802 durch die Einteiligkeit des Gehäuses unterscheidet. Zu diesem Schluss würde der Fachmann auch nach einer Änderung der Beschreibung kommen, da die erteilte Fassung eines Patents bei einem späteren Teilwiderruf zur Auslegung des geänderten Patents herangezogen werden kann (vgl. *OLG Düsseldorf* Urt. v. 13.9.2013 – I-2 U 23/13, BeckRS 2013, 18740; *OLG Düsseldorf* Urt. v. 8.7.2014 – I-15 U 29/14, GRUR-RS 2014, 21715 – Verschleißteil; *OLG Karlsruhe* Urt. v. 9.7.2014 – 6 U 29/11, GRUR-RS 2014, 17797 – Zugriffskanal; *Kühnen*, Hdb. d. Patentverletzung, 13. Aufl. 2021, Kap. A.Rn. 98). Damit bleibt für den Fachmann bei der Auslegung eines geänderten Klagepatents aufgrund der Berücksichtigung dessen ursprünglich erteilter Fassung die Erkenntnis unverändert, dass solche Ausführungsformen nicht beansprucht werden sollen, bei denen die Komponenten auf mehrere (zusammensteckbare) Gehäuse aufgeteilt sind.

[76] Im Übrigen erscheint fraglich, ob eine Änderung des Anspruchs (durch Einfügen von Merkmal 2.1), die im Ergebnis zur Erweiterung des Schutzbereichs auf mehrteilige Gehäuse führen würde, überhaupt zulässig wäre – was aber dahingestellt bleiben kann.

[77] e) Die vorstehende Auslegung, wonach das Klagepatent nur einteilige Gehäuse schützt, wird indiziell durch die Äußerungen der Kl. im Erteilungsverfahren bestätigt (*BGH NJW* 1997, 3377 [3380] – Weichvorrichtung II; *BGH GRUR* 2016, 921 Rn. 39 f. – Pemetrexed; *Kühnen*, Hdb. d. Patentverletzung, 13. Aufl. 2021, Kap. A.Rn. 96). Die Kl. hat im Erteilungsverfahren die Lehre von Anspruch 1 des Klagepatents von der EP 1 177 802 abgegrenzt, indem sie argumentiert hat, in dieser sei offenbart, dass zwei Gehäuse erforderlich sind, während nach dem Klagepatent ein einziges Gehäuse alle Komponenten beinhaltet (vgl. das Schreiben vom 27.7.2005 in Anlage B1). Wenngleich diese Auslegung nicht ohne weiteres übernommen werden darf, folgt die Beschränkung auf einteilige Gehäuse hier – wie gezeigt – aus der ausdrücklichen Erwähnung der EP 1 177 802 durch das Klagepatent.

[78] 4. Auf Grundlage der vorstehenden Erwägungen zum Verständnis des Klagepatents verwirklicht die angegriffene Ausführungsform Merkmal 5 nicht. Die angegriffene Ausführungsform besteht aus zwei separaten Gehäusen. Deren Zusammenfügung führt nicht dazu, dass ein einheitliches Gehäuse entsteht. Vielmehr wird – wie bei der von der EP 1 177 802 gezeigten Vorrichtung – ein Teil der Komponenten in dem einen Gehäuse untergebracht, während die übrigen Komponenten in einem anderen Gehäuse lagern.

[79] 5. Im Hinblick auf die nicht nachgelassenen Schriftsätze der Parteien, die nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung eingereicht worden sind, sieht sich der *Senat* nicht veranlasst, die mündliche Verhandlung im Rahmen des gem. § 156 I ZPO eingeräumten Ermessens wieder zu eröffnen. Die nicht nachgelassenen Schriftsätze enthalten nur Rechtsausführungen, die eine Wiederöffnung vorliegend nicht rechtfertigen.

Anm. d. Red.: Die Nichtzulassungsbeschwerde wird beim *BGH* unter dem Az. X ZR 42/21 geführt. – Zu den Überlegungen des Fachmanns zur Gleichwertigkeit auch ohne die Anknüpfung an die Beschreibung s. *BGH GRUR* 2014, 852 – Begrenzungsanschlag. Zur funktionsorientierten Auslegung von Patentansprüchen s. *OLG Düsseldorf* Urt. v. 10.6.2020 – 15 U 86/19, GRUR-RS 2020, 9516 – Fahrradanhänger II. ■

URheberRECHT

3. Keine zulässige Zitierung aus einem unveröffentlichten Buch

UrhG §§ 6 I, 12 I, II, 50 – **Sarrazin-Thesen**

1. Urheberpersönlichkeitsrechte schützen auch materielle Interessen des Urhebers, die von einem Dritten bei entsprechendem Interesse im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft geltend gemacht werden können.

2. Eine Veröffentlichung im Sinne des § 6 I UrhG ist nicht anzunehmen, wenn ein Buch vorab allein einer Gruppe von Journalisten übergeben wurde, die sich vertraglich zur Unterlassung der Weitergabe verpflichtet haben.

3. Eine zulässige Berichterstattung über ein Tagesereignis im Sinne des § 50 UrhG liegt nicht vor, wenn wesentliche Inhalte eines Buches vor dem Erscheinungsdatum wörtlich öffentlich wiedergegeben werden.

OLG Köln, Urt. v. 26.3.2021 – 6 U 101/20

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten über die Frage, ob die Veröffentlichung von Auszügen aus einem Buch des Autors *Thilo Sarrazin* Schadensersatz- und weitere Ansprüche der Kl. gegen die Bekl. begründet.

Die Kl. ist eine Verlagsgruppe, die verschiedene weitere rechtlich unselbstständige Verlagshäuser als deren Rechtsträgerin (Imprints) vereint. Darunter befindet sich auch der *H Verlag*. Die Bekl. zu 1 ist ein Unternehmen der Mediengruppe *C*. In ihrem Verlag erscheint das Nachrichtenmagazin *G Magazin*. Darüber hinaus verantwortet sie die auf der Internetseite „www.g.de“ erscheinenden Artikel des *G-Magazins*. Der Bekl. zu 2 ist der Verfasser des dem Streit zugrundeliegenden Artikels „... Sarrazin ...“. Zwischen der Kl. und dem Autor *Thilo Sarrazin* besteht ein auf den 3.6.2018 und 7.7.2017 datierender Autorenvertrag mit dem Arbeitstitel „Zeitbombe Islam“. Der Vertrag enthält unter anderem folgende Regelungen:

„§ 2 Rechte Dritter

2.1 Der Autor versichert, dass das Werk noch nicht (auch nicht in wesentlichen Teilen) veröffentlicht wurde, dass er allein berechtigt ist, über die vertragsgegenständlichen Rechte an seinem Werk uneingeschränkt und frei von Rechten Dritter zu verfügen, (...)

§ 3 Rechtseinräumung

3.1 Der Autor räumt dem Verlag an dem Werk die räumlich, zeitlich und inhaltlich unbeschränkten, ausschließlichen Nutzungsrechte für alle bekannten und unbekanntenen Nutzungsarten ein. Die Rechtseinräumung erstreckt sich auf die Verwertung der Nutzungsrechte sowohl im eigenen Verlag als auch durch entgeltliche und unentgeltliche (auch teilweise) Vergabe von Rechten an Dritte sowie alle Ausgaben und Auflagen in allen Sprachen. Eine genauere Ausweisung der übertragenen Rechte findet sich in der Anlage.

Das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes in Hardcover-, Taschenbuch (...) sowie das Recht zur Aufnahme des Werkes oder von Teile darauf in Archive und Sammlungen (...) das Recht des ganzen oder teilweisen Vorabdrucks und Nachdrucks des Werkes (...) das Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung von Ausgaben oder Teilen davon (...)

§ 6 Manuskriptablieferung, Rücktritt, sonstige Rechte und Pflichten

6.2 Als spätester Lieferzeitpunkt für das vollständige und vervielfältigungsfähige Manuskript wird ein Tag nach Vertragsschluss vereinbart. Das Manuskript ist einschließlich etwa vorgesehener und vom Autor zu beschaffender Bildvorlagen den formalen und technischen Vorgaben des Verlags entsprechend in elektronischer Form zu übergeben. (...) Als Erscheinungstermin wird Ende August 2018 vereinbart (...).

In der Anlage zu dem Vertrag heißt es unter 3.1. Rechtseinräumung:

3.1.1 Print- und Verlagsrechte

a) Das Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes in Hardcover-, Taschenbuch-, Reprint-, Schul-, Buchgemeinschaft (...) und sonstigen Buchausgaben (...).

b) Das Recht des ganzen oder teilweisen Vorabdrucks und Nachdrucks des Werkes, (...)

3.1.4. „das Recht, das Werk in allen vertragsgegenständlichen körperlichen Nutzungsarten zu veröffentlichen, gewerblich oder nichtgewerblich auszuleihen und/oder zu vermieten“

Vorprozessual erteilte der Autor *Thilo Sarrazin* der Kl. folgende Ermächtigung:

„Hiermit ermächtige ich (...) zur gerichtlichen und außergerichtlichen Wahrnehmung sämtlicher aus der Verletzung meiner Urheberrechte an dem Werk „Feindliche Übernahme. Wie der Islam den Fortschritt behindert und die Gesellschaft bedroht“ resultierender Rechte, einschließlich derjenigen aus der Verletzung des Rechts aus § 12 UrhG, im eigenen Namen (gewillkürte Prozessstandschaft).“

Die Kl. hatte das Manuskript des Buches vor Veröffentlichung an mehrere ausgewählte Medienunternehmen übersandt, wobei deren genaue Zahl streitig ist. Unstreitig ging den Bekl. das Manuskript vor Veröffentlichung der nachfolgend genannten Artikel zu. Die ebenfalls von der Kl. am 6.7.2018 herausgegebene Verlagsankündigung enthielt folgenden Text:

„Das Zurückbleiben der islamischen Welt, die Integrationsdefizite der Muslime in Deutschland und Europa sowie die Unterdrückung der muslimischen Frauen sind eine Folge der kulturellen Prägung durch den Islam. Das zeigt *Thilo Sarrazin* in seinem neuen Bestseller. Auch Deutschland muss sich diesen Tatsachen stellen, wächst doch der Anteil der Muslime in Deutschland und Europa durch Einwanderung und anhaltend hohe Geburtenraten immer weiter an. Bei einer Fortsetzung dieses Trends sind die Muslime hier auf dem Weg zur Mehrheit. Unsere Kultur und Gesellschaft lassen sich nur schützen, indem die weitere Einwanderung von Muslimen gestoppt und die Integration der bei uns lebenden Muslime mit robusten Mitteln vorangetrieben wird. Denn alle Tendenzen, den Islam zu reformieren, sind bisher weitgehend gescheitert. So gibt es in keinem Land, in dem Muslime in der Mehrheit sind, Religionsfreiheit und eine funktionierende Demokratie. Stattdessen leidet die islamische Welt als Ganzes unter einem explosionsartigen Bevölkerungswachstum, und ihre Fanatisierung nimmt ständig zu. *Thilo Sarrazin* spannt einen Bogen von den Aussagen des Koran zur mentalen Prägung der Muslime, von da weiter zu den Eigenarten und Problemen muslimischer Staaten und Gesellschaften und schließlich zu den Einstellungen und Verhaltensweisen von Muslimen in den Einwanderungsgesellschaft des Westens.“

Am 18.8.2018 erschien der streitgegenständliche Artikel „... Sarrazin ...“ in der Ausgabe .../2018 der Printausgabe des Magazins *G* und am 24.8.2018 auf der Internetseite des *G* Magazins „www.g.de“. Der Artikel lautet auszugsweise wie folgt:

„(...) Die SPD streitet über *Thilo Sarrazin*. Bis heute ist es ihr nicht gelungen, den Autor aus der Partei zu werfen. Nun hat er wieder ein Buch geschrieben: „Feindliche Übernahme“, eine Islam Kritik. *G* liegt das Manuskript vor. (...) Die knapp 500 Seiten gipfeln in einer klaren Aussage, einer Conclusio, die im deutschen Parlament so bislang nur von der AfD geteilt wird: Die Einwanderung von Muslimen muss grundsätzlich unterbunden werden. (...) Sein Buch schließt mit der Frage: „Was kann man tun?“ Dann folgen diese neun Antworten, hier vollständig zitiert

1. Man muss verhindern, dass sich das demografische Gewicht der Muslime in Deutschland und Europa weiterhin durch Einwanderung und Geburtenreichtum kontinuierlich verstärkt. Deshalb muss man die Einwanderung von Muslimen grundsätzlich unterbinden und falsche Anreize im Sozialsystem beseitigen.
2. Man muss mit allen Richtungen des islamischen Glaubens in Dialog bleiben. Die Relevanz der Kernaussagen der traditionellen islamischen Lehre für die moderne Welt muss man dabei immerhin wieder hinterfragen und den Zusammenhang zur Rückständigkeit der islamischen Welt auch öffentlich herstellen.
3. Man muss das Frauenbild und die Rolle der Frau im Islam immer wieder öffentlich kritisieren.
4. Man muss in Schulen und öffentlichen Einrichtungen die fortschritt- und freiheitsfeindlichen Aspekte des Islam thematisieren.
5. Die gesellschaftlich richtige Antwort auf die religiöse Herausforderung durch den Islam ist nicht mehr die christliche oder eine andere Religion, sondern mehr säkulare Aufklärung. Wo Vertreter christlicher Religion in falsch verstandener Solidarität problematische Aspekte des Islam verdrängen oder herunterspielen, gehört zur Islam Kritik auch die Kritik an den Vertretern christlicher Kirchen.
6. Man muss klar kommunizieren: In der gesamten islamischen Geschichte und Gegenwart gab und gibt es keinen Fall eines toleranten Mehrheitsislam, der Nichtmuslimen gleiche Rechte gewährte oder gewährt, darunter auch das Recht zur Missionierung der Muslime.
7. Wenn es den toleranten Mehrheitsislam noch nie gab und auch gegenwärtig nirgendwo gibt, ist es nicht nur erlaubt, sondern auch geboten, ihn öffentlich immer wieder die Schimäre zu nennen, die er tatsächlich ist.
8. Die geistige Reform des Islam ist eine Aufgabe der Muslime. Der tolerante, mit Demokratie und Pluralität kompatible Islam ist bislang in der islamischen Welt ein Projekt kleiner Minderheiten. Außer den Büchern einiger islamischer Intellektueller in

Europa gibt es dazu bisher wenig. Die weitere Entwicklung zu einem liberalen, mit der Moderne und der Demokratie kompatiblen Islam hängt von den Muslimen selbst ab.

9. Die Wahrscheinlichkeit, dass es in den nächsten Jahren und Jahrzehnten zu einer breit angelegten Reform des Islam in Richtung Demokratie und Pluralität kommt, ist eher niedrig. Gegenwärtig dringt überall in der islamischen Welt die islamistische Radikalisierung vor. Die Länder des Westens sollten sich in ihrer Einwanderungs- und Integrationspolitik entsprechend aufstellen, um daraus erwachsenden Gefahren vorbeugend abzuwehren.

So sieht es *Thilo Sarrazin*. Verletzt er damit sozialdemokratische Grundsätze? Oder hat das Flüchtlingsjahr 2015 das gesellschaftliche Klima innerhalb der SPD so sehr verändert, dass ein Parteimitglied und ehemaliger Berliner Senator den grundsätzlichen Einwanderungstopp von Muslimen fordern kann“.

Zum Zeitpunkt der Veröffentlichungen des streitgegenständlichen Artikels war ein Parteiausschlussverfahren der SPD hinsichtlich des Autors *Sarrazin* anhängig, über das noch keine Entscheidung getroffen war. Vor dem Hintergrund des laufenden Parteiausschlussverfahrens und der zeitnah bevorstehenden Veröffentlichung eines neuen Buches des Autors *Sarrazin* erschienen zum damaligen Zeitpunkt eine Vielzahl von Zeitungsartikeln unter anderem in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung, der Bild und der Welt. Am 30.8.2018 erschien das Buch „Feindliche Übernahme. Wie der Islam den Fortschritt behindert und die Gesellschaft bedroht“ im *F* Verlag.

Das *LG Köln* (Urt. v. 13.8.2020 – 14 O 77/19) hat der Klage hinsichtlich des Zahlungsanspruchs iHv 10.000 Euro nebst Zinsen sowie hinsichtlich der Feststellung der Erledigung in Bezug auf den Antrag Nr. 3 stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen.

Die hiergegen gerichtete Berufung der Bekl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: [45] Der Kl. steht der geltend gemachte Zahlungsanspruch iHv 10.000 Euro gegen die Bekl. aus §§ 97, 15, 16, 19 a UrhG zu. Auf die sorgfältig begründete Entscheidung des *LG* kann Bezug genommen werden. Im Hinblick auf die Berufungsbegründung ist folgendes auszuführen:

[46] 1. Die Aktivlegitimation der Kl. hat das *LG* mit Recht angenommen, weil die Kl. Inhaberin der ausschließlichen Nutzungsrechte an dem dem Streit zugrundeliegenden Werk ist. Dies ergibt sich auch aus den entsprechenden Verlagsverträgen und ist für die Verwertungsrechte auch unstreitig.

[47] Die Kl. kann die materiellen Schadensersatzansprüche, die sich auch aus einer Verletzung der Ansprüche des Urheberpersönlichkeitsrechts aus § 12 UrhG ergeben können, im Rahmen der gewillkürten Prozessstandschaft geltend machen. Eine Abtretung dieser Ansprüche ist indes nicht ersichtlich.

[48] Die Ansprüche aus dem Urheberpersönlichkeitsrecht schützen zwar in erster Linie die Persönlichkeitsrechte, indem sie dem Schutz der Privatsphäre des Urhebers in der Öffentlichkeit dienen und es dem Urheber ermöglichen zu entscheiden, ob, wie und wann er sein Werk veröffentlicht (vgl. *BGH GRUR* 2017, 1027 – Reformistischer Aufbruch I, mwN). Durch das Urheberpersönlichkeitsrecht werden indes auch materielle Interessen des Urhebers geschützt (vgl. *Peukert in Schricker/Loewenheim*, UrhG, vor §§ 12 ff. Rn. 7 f.). Aus diesem Grund können auch bei einer Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten materielle Schadensersatzansprüche aus § 97 I UrhG bestehen (vgl. *BGH GRUR* 2002, 532 – Unikatrahmen).

[49] Die materiellen Schadensersatzansprüche aufgrund einer Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts des § 12 UrhG können im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft geltend gemacht werden. Dass das Urheberrecht und auch das Urheberpersönlichkeitsrecht nicht übertragbar ist und auf die Persönlichkeitsrechte auch nicht wirksam verzichtet werden kann (vgl. *Peukert in Schricker/Loewenheim*, vor §§ 12 ff. Rn. 11), führt zu keinem anderen Ergebnis. Denn die Nichtübertragbarkeit bezieht sich auf den Kerngehalt des Urheberpersönlichkeitsrechts (vgl. *Peukert in Schricker/Loewenheim*, vor §§ 12 ff. Rn. 11). Einwilligungen im Einzelfall werden als möglich angesehen, wenn sie den Umfang klar umreißen (vgl. *BeckOK UrhR/Kroitzsch/Götting*, 29. Ed., 5.9.2020, § 11 Rn. 11). Dies gilt jedenfalls für die materiellen

Ansprüche, die sich aus einer Verletzung der Ansprüche aus dem Urheberpersönlichkeitsrecht ergeben.

[50] Soweit auch weitere Bestandteile des Urheberpersönlichkeitsrechts aus § 12 UrhG verletzt sein können, sind diese nicht Gegenstand des Rechtsstreits. Die Kl. macht allein materielle Schadensersatzansprüche geltend.

[51] Entgegen der Ansicht der Bekl. sind die weiteren Voraussetzungen für eine Geltendmachung der materiellen Ansprüche aufgrund einer Verletzung der Rechte des § 12 UrhG gegeben. Da die Kl. aufgrund der ihr eingeräumten Befugnis das Werk zu nutzen, auch zur Erstveröffentlichung im Verhältnis zum Urheber berechtigt ist, hat die Kl. – wie das LG angenommen hat – ein materielles Interesse auch insoweit die entsprechenden Schadensersatzansprüche geltend zu machen.

[52] Bedenken gegen die Wirksamkeit der Vereinbarung, die zu prüfen ist (vgl. *BGH GRUR 1993, 151* – Universitäts-embblem) bestehen nicht. Der Urheber hat die Kl. persönlich ausdrücklich ermächtigt, die entsprechenden Ansprüche im eigenen Namen geltend zu machen. Es liegen keine Gründe vor, die gegen die Wirksamkeit dieser Ermächtigung sprechen würden.

[53] Die Tatsache, dass die Ermächtigung in unterschiedlicher Form mit Klageerhebung und zu einem späteren Zeitpunkt eingereicht worden ist, führt zu keinem anderen Ergebnis. Selbst wenn die Ermächtigung nicht bereits zum Zeitpunkt der Klageerhebung vorgelegen hätte, führte dies zu keinem anderen Ergebnis. Denn die Ermächtigung kann auch noch im laufenden Verfahren erteilt werden (vgl. *Zöller/Althammer, ZPO, 33. Aufl., vor § 50 Rn. 41, mwN*). Dies könnte allenfalls im Rahmen der Kostenentscheidung zu berücksichtigen sein, wenn die Bekl. den Anspruch sofort anerkannt hätten.

[54] Eine Verletzung des § 12 UrhG ist auch nicht ausgeschlossen, weil das Werk bereits durch die Zurverfügungstellung an mindestens 36 Journalisten veröffentlicht wurde.

[55] Der Begriff der Veröffentlichung (§ 12 I UrhG) ist derjenige des § 6 I UrhG. Für den Begriff der Öffentlichkeit (§ 12 II UrhG) gilt Entsprechendes (vgl. *BGH GRUR 2014, 974* – Porträtkunst). Nach § 6 I UrhG ist ein Werk veröffentlicht, wenn es mit Zustimmung des Berechtigten der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist. Nach allgemeiner Meinung ist der Begriff der Öffentlichkeit indes nicht der im Rahmen des § 15 III UrhG genutzte. Da dem Recht der Erstveröffentlichung zentrale Bedeutung zukommt, ist dem Urheber die Möglichkeit vorzubehalten, das Werk in einem kleineren Kreis zu „testen“ (vgl. *Peukert in Schrickner/Loewenheim, § 12 Rn. 8*). Daher ist von einer Veröffentlichung nicht auszugehen, wenn das Werk lediglich einem kleinen abgrenzbaren Kreis zugänglich gemacht wurde (vgl. *Peukert in Schrickner/Loewenheim, § 12 Rn. 8*). Das Zugänglichmachen an einen bestimmten Personenkreis ist dann nicht als Veröffentlichung iSd § 12 UrhG anzusehen, wenn Vorkehrungen getroffen werden, um den Kreis auf die ausgewählten Personen zu beschränken (vgl. *BeckOK UrhR/Kroitzsch/Götting, § 12 Rn. 9, mwN*).

[56] So liegt der Fall hier. Denn es kann nicht angenommen werden, dass die Kl. oder der Urheber das Manuskript bereits einer breiten Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt hat. Vielmehr wurde das Werk – nach dem Vortrag der Kl. – lediglich 36 Journalisten zur Verfügung gestellt, die sich jeweils mit einer Vertragsstrafe bewehrt, zur Unterlassung der Weitergabe vor der Veröffentlichung verpflichtet haben. Entsprechendes ergibt sich aus dem von der Kl. behaupteten Inhalt der Vertraulichkeitsvereinbarung.

[57] Sodann hätte es der Bekl. obliegen, substantiiert darzulegen, aus welchem Grund sie von einer Übersendung des Skripts an weitere Personen ausgeht. Sie konnte sich nicht auf einfaches Bestreiten beschränken. Denn die Kl. hat – soweit

eine sekundäre Darlegungslast angenommen werden kann – dieser Genüge getan. Dass das Manuskript weiteren Personen zugänglich war, haben die Bekl. lediglich behauptet, ohne hinreichend darzulegen, worauf diese Annahme beruht, oder Beweis anzutreten. Dies ist indes ohnehin nicht erheblich, weil es sich bei dem Veröffentlichungsrecht um ein absolutes Recht handelt, was solange besteht, bis der Urheber von diesem Recht Gebrauch gemacht hat (vgl. *BeckOK UrhR/Kroitzsch/Götting, § 12 Rn. 14*), so dass die Weitergabe durch die Journalisten ohne Zustimmung des Autors, die ebenfalls nicht dargelegt ist, eine Veröffentlichung nicht begründen kann. Dass das Manuskript indes mit dem Willen des Urhebers weiteren Personen zugänglich gemacht worden wäre, ist ebenfalls nicht substantiiert von den Bekl. dargelegt worden.

[58] Vor diesem Hintergrund war die Kl. auch nicht verpflichtet, ihren Vortrag weiter zu konkretisieren und die Vertraulichkeitsvereinbarungen vorzulegen.

[59] Soweit der Verlag selbst eine Verlagsankündigung herausgegeben hat, lag hierin keine Veröffentlichung der Thesen iSd § 12 UrhG. Zwar werden im Rahmen der Ankündigung die wesentlichen Erwägungen des Autors zusammengefasst. Allerdings spielt auch die Art der Darstellung und die Gewichtung der Thesen im Rahmen einer politischen Auseinandersetzung mit dem Islam in Deutschland eine gewichtige Rolle. Durch die Verlagsankündigung sind die Thesen daher noch nicht veröffentlicht worden.

[60] 2. Die Werkqualität auch der übernommenen Passagen aus dem Manuskript des Autors *Sarrazin* gem. § 2 UrhG hat das LG mit Recht bejaht. Die Passagen, insbesondere die Thesen stellen ein Sprachwerk iSd § 2 I Nr. 1 UrhG dar.

[61] Die Schutzfähigkeit eines Werks setzt eine persönliche geistige Schöpfung voraus (*Schulze in Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl., § 2 Rn. 6*). Bei einem Schriftwerk kann die urheberrechtlich geschützte, individuelle geistige Schöpfung sowohl in der von der Gedankenführung geprägten Gestaltung der Sprache als auch in der Sammlung, Auswahl, Einteilung und Anordnung des Stoffes zum Ausdruck kommen (vgl. *BGH GRUR 2011, 134* – Perlentaucher I, mwN).

[62] Es ist nach der Lebenserfahrung ohne weiteres möglich, den gedanklichen Inhalt eines Schriftwerks – wie hier des Manuskripts zu dem weiteren Buch des Autors *Sarrazin* – in einzelnen Thesen zusammenzufassen. Durch die Auswahl der Thesen und die Wortwahl, die der Autor im Rahmen dieser Thesen genutzt hat, ist die notwendige Schöpfungshöhe erreicht. Die Gedankenführung wird durch den Autor in komplexen Thesen dargestellt.

[63] 3. Die Bekl. sind als Verfasser bzw. Verantwortliche für das Nachrichtenmagazin *G* und die Internetseite „www.g.de, auf dem der dem Streit zugrundeliegende Artikel erschienen ist, für die geltend gemachten Ansprüche passivlegitimiert, weil sie durch ihre Handlungen in die der Kl. zustehenden Verwertungsrechte gem. § 16 UrhG und § 19 a UrhG eingegriffen haben. Auch haben die Bekl. das Erstveröffentlichungsrecht des § 12 UrhG verletzt.

[64] 4. Die Bekl. handelten rechtswidrig. Unstreitig lag eine Zustimmung der Kl. oder des Urhebers nicht vor. Die Schrankenregelungen der Berichterstattung über Tagesereignisse (§ 50 UrhG) und des Zitatrechts (§ 51 UrhG) führen zu keinem anderen Ergebnis.

[65] a) Die Bekl. können sich nicht auf die Schrankenregelung des § 50 UrhG berufen.

[66] aa) Nach § 50 UrhG ist zur Berichterstattung über Tagesereignisse durch die im Gesetz aufgeführten Mittel und Wege die Vervielfältigung und öffentliche Wiedergabe von Werken, die im Verlauf des Ereignisses wahrnehmbar werden, in einem durch den Zweck gebotenen Umfang zulässig.

[67] Diese Regelung dient der Umsetzung von Art. 5 III Buchst. c RL 2001/29/EG und ist deshalb richtlinienkonform

auszulegen. Unter Berichterstattung ist nach der Rechtsprechung des *EuGH* eine Handlung zu verstehen, mit der Informationen über ein Tagesereignis bereitgestellt werden. Die bloße Ankündigung eines Tagesereignisses stellt noch keine Berichterstattung über das Ereignis dar, eine eingehende Analyse des Ereignisses ist jedoch nicht erforderlich (*BGH GRUR 2020, 853 Rn. 29 – Afghanistan Papiere II, mwN*).

[68] bb) Die Berichterstattung betraf ein Tagesereignis iSd § 50 UrhG. Darunter ist jedes zur Zeit des Eingriffs in das Urheberrecht aktuelle Geschehen zu verstehen, das für die Öffentlichkeit von Interesse ist, wobei ein Geschehen so lange aktuell ist, wie ein Bericht darüber von der Öffentlichkeit noch als Gegenwartsberichterstattung empfunden wird (*BGH GRUR 2020, 853 Rn. 40 – Afghanistan Papiere II*).

[69] Die Berichterstattung betraf die politische Diskussion über die Frage, wie in Deutschland mit dem Islam umgegangen werden sollte. Diese Diskussion war unter anderem durch das erste Buch des Autors *Sarrazin* zu diesem Thema jedenfalls mit geprägt, so dass die angekündigte Veröffentlichung des dem Streit zugrundeliegenden Buchs ebenfalls auf erhebliches Interesse in der Öffentlichkeit gestoßen ist. Es kommt hinzu, dass der Autor *Sarrazin* bereits in seinem ersten Buch Thesen zu dem Umgang mit dem Islam in Deutschland veröffentlicht hat, die zu einem Parteiausschlussverfahren geführt haben, welches zum Zeitpunkt der Veröffentlichung noch nicht abgeschlossen, sondern Gegenstand der Berichterstattung in der Presse war. Es wurde insbesondere umfangreich darüber diskutiert, ob die Thesen des Autors mit den sozialdemokratischen Grundsätzen vereinbar waren. Dies wird bestätigt durch die Artikel aus dem genannten Zeitraum, die zahlreiche andere Medien bundesweit veröffentlicht haben (s. *LG Köln Urt. v. 13.8.2020 – 14 O 77/19*).

[70] cc) Die Thesen sind auch iSd § 50 UrhG im Verlaufe des Tagesereignisses wahrnehmbar geworden. Dieses Merkmal setzt nach der Rechtsprechung des *BGH* das in Art. 5 III Buchst. c Fall 2 RL 2001/29/EG geregelte Erfordernis um, dass die Nutzung des urheberrechtlich geschützten Werks in Verbindung mit der Berichterstattung über Tagesereignisse stehen muss (*BGH GRUR 2020, 853 Rn. 43 – Afghanistan Papiere II*). Die Bekl. haben die Thesen des Autors *Sarrazin* im Zusammenhang mit ihrer Berichterstattung über die Person und die Einstellungen des Autors *Sarrazin* sowie dem Parteiausschlussverfahren wahrnehmbar und zur Grundlage ihrer Erwägungen zu den genannten Thesen gemacht. Es wird dargestellt, dass das Parteiausschlussverfahren bislang keinen Erfolg gehabt habe. Der Inhalt der ursprünglichen Veröffentlichung wird zusammengefasst und die Folgen für den Autor werden dargestellt. Sodann werden die neun neuen Thesen des Autors in diesem Kontext wiedergegeben und eingeordnet. Dies ist für die Wahrnehmbarkeit im Verlaufe des Tagesereignisses ausreichend.

[71] dd) Dass die Bekl. vor der Zugänglichmachung der Thesen die Zustimmung des Kl. hätten einholen können, steht der Anwendung des § 50 UrhG nicht entgegen, weil ein solches Erfordernis der Bestimmung bei unionsrechtskonformer Auslegung nicht zu entnehmen ist (*BGH GRUR 2020, 859 Rn. 45 f. – Reformistischer Aufbruch II*).

[72] ee) Die von dem Kl. beanstandete Berichterstattung hat sich indes nicht in einem durch ihren Zweck gebotenen Umfang gehalten, was das *LG* zutreffend und mit überzeugender Begründung angenommen hat. Danach ist eine Berichterstattung gem. § 50 UrhG nur dann privilegiert, wenn sie verhältnismäßig ist, das heißt mit Blick auf den Zweck der Schutzschränke, der Achtung der Grundfreiheiten des Rechts auf Meinungsfreiheit und auf Pressefreiheit, den Anforderungen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit entspricht (vgl. *BGH GRUR 2020, 859 Rn. 48 f. – Reformistischer Aufbruch II*).

[73] (1) Der *BGH* hat zu der Frage, wann die Berichterstattung verhältnismäßig ist, in dem Urteil vom 30.4.2020 (*BGH GRUR 2020, 859 – Reformistischer Aufbruch II*) folgendes ausgeführt:

„Gemäß § 50 UrhG ist die Berichterstattung über Tagesereignisse nur in einem durch den Zweck gebotenen Umfang zulässig. Nach Art. 5 III Buchst. c Fall 2 RL 2001/29/EG darf die fragliche Nutzung des Werks nur erfolgen, soweit es der Informationszweck rechtfertigt, sie also dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Daraus ergibt sich, dass die Nutzung des geschützten Werks zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sein muss und nicht die Grenzen dessen überschreiten darf, was zur Erreichung des verfolgten Informationsziels erforderlich ist (*EuGH GRUR 2019, 940 Rn. 34 u. 68 – Spiegel Online*). Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Ausnahme oder Beschränkung gem. Art. 5 III Buchst. c Fall 2 RL 2001/29/EG nicht als Ausnahme von einer allgemeinen Regel eng, sondern in einer Weise auszulegen ist, die ihre praktische Wirksamkeit wahrt und ihre Zielsetzung beachtet, die Achtung der Grundfreiheiten des Rechts auf Meinungsfreiheit und auf Pressefreiheit zu gewährleisten (vgl. *EuGH GRUR 2019, 940 Rn. 53 u. 55-59 – Spiegel Online*). Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit sind außerdem die betroffenen Grundrechte des Rechts am geistigen Eigentum auf der einen und der Meinungsäußerungsfreiheit und Informationsfreiheit auf der anderen Seite gegeneinander abzuwägen (vgl. *EuGH GRUR 2019, 940 Rn. 38 – Spiegel Online*). Diese Anforderungen bedeuten im Ergebnis, dass eine Berichterstattung über Tagesereignisse nur dann gem. § 50 UrhG privilegiert ist, wenn sie verhältnismäßig ist, das heißt mit Blick auf den Zweck der Schutzschränke, der Achtung der Grundfreiheiten des Rechts auf Meinungsfreiheit und auf Pressefreiheit, den Anforderungen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) entspricht.“

[74] (2) Die öffentliche Zugänglichmachung der Thesen des Autors *Sarrazin* durch die Bekl. war geeignet, das mit der Berichterstattung verfolgte Informationsziel zu erreichen.

[75] Die Bekl. haben – wie dargelegt – mit der Veröffentlichung der neun Thesen, die unstreitig einen wesentlichen Kern und eine Zusammenfassung der Erwägungen des Autors *Sarrazin* darstellen, die Interessenten durch das Nachrichtenmagazin und die Online-Veröffentlichung über die Meinungen und Ansichten des Autors informiert und so auch zu der Diskussion über das laufende und in der Öffentlichkeit umfangreich dargestellte Parteiausschlussverfahren beigetragen. Die Thesen dienten als Beleg für die politische Auffassung des Autors im Zusammenhang mit dem Islam in Deutschland, die durch deren Darstellung veranschaulicht werden konnten.

[76] (3) Die Veröffentlichung der Thesen des Autors vor der Veröffentlichung war auch erforderlich. Es standen keine anderen gleich geeigneten Mittel zur Verfügung, die weniger intensiv in die Grundrechte der Kl. bzw. des Autors eingegriffen hätten.

[77] Insbesondere führt die Nutzung allein der Verlagsankündigung nicht zu dem gleichen Ergebnis. Denn diese geben die Ansichten des Autors *Sarrazin* lediglich zusammenfassend wieder. Der angesprochene Leserkreis kann sich daher nicht in gleicher Weise ein Bild über die möglicherweise stattgefundenene Entwicklung des Autors machen. Insbesondere kann der Leserkreis nicht ausschließen, dass die Zusammenfassung durch den Verlag wesentliche Punkte nicht und verfälscht wiedergegeben hat. Daher konnte nur durch die vollständige Darstellung der Thesen eine umfassende Information erreicht werden, die in gleichwertiger Weise durch die Nutzung der Verlagsveröffentlichung nicht möglich war.

[78] (4) Die Darstellung der Thesen entsprach letztlich jedoch nicht den Anforderungen an eine Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne und war daher nicht angemessen. Zu der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn hat der *BGH* in einem vergleichbaren Fall (*GRUR 2020, 859 – Reformistischer Aufbruch II*) folgendes ausgeführt:

„Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit sind die betroffenen Grundrechte des Rechts am geistigen Eigentum auf der einen Seite und der Meinungsäußerungsfreiheit und Informationsfreiheit auf der anderen Seite gegeneinander abzuwägen (vgl. *EuGH GRUR 2019, 940 Rn. 38 – Spiegel Online*). Da keine konkreten und hinreichenden Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, dass das grundlegende Schutzniveau des Unionsrechts – hier Art. 17 II sowie

Art. 11 I, II EU-Grundrechtecharta – durch die in Art. 5 I 1 u. 2, 14 I GG geregelten Grundrechte des Grundgesetzes nicht gewahrt ist, sind diese nach den vorstehend wiedergegebenen Grundsätzen in die Abwägung einzustellen. Der Konflikt zwischen grundrechtlich geschützten Positionen verschiedener Grundrechtsträger ist dabei nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz zu lösen, der fordert, dass nicht eine der widerstreitenden Rechtspositionen bevorzugt und maximal behauptet wird, sondern alle einen möglichst schonenden Ausgleich erfahren (vgl. *BVerfG NJW* 1970, 1729; *BVerfG NJW* 1976, 947; *BVerfG NJW* 1980, 575; *BVerfG NJW* 1995, 2477; *BGH GRUR* 2017, 1233 Rn. 22 – Loud). Im Streitfall sind nach diesen Maßstäben bei der Auslegung und Anwendung der Verwertungsrechte und der Schrankenregelungen auf der Seite des Kl. das ihm als Urheber zustehende, durch Art. 14 I GG geschützte ausschließliche Recht der öffentlichen Zugänglichmachung seiner Werke zu berücksichtigen. Außerdem ist das von seinem Urheberpersönlichkeitsrecht geschützte Interesse betroffen, eine öffentliche Zugänglichmachung seines Werks nur mit dem gleichzeitigen Hinweis auf seine gewandelte politische Überzeugung zu gestatten (vgl. *BGH GRUR* 2017, 1027 Rn. 32 u. 34 – Reformistischer Aufbruch I). Für die Bekl. streiten dagegen die Grundrechte der Meinungs- und Pressefreiheit gem. Art. 5 I 1 u. 2 GG.“

[79] Auch im vorliegenden Fall stehen sich die aus dem Urheberrecht resultierenden Rechte aus Art. 14 GG und die Grundrechte der Presse- und Meidungsfreiheit gem. Art. 5 GG gegenüber. Dabei ist indes auch zu berücksichtigen, dass es sich bei den Thesen – wie dargelegt – um ein bislang nicht veröffentlichtes Werk handelt und es dem Autor aufgrund seines Urheberpersönlichkeitsrechts überlassen bleiben muss, wann und in welcher Form die Veröffentlichung stattfindet.

[80] Vor diesem Hintergrund führt die Abwägung der im Streitfall betroffenen Grundrechte nicht zu einem Vorrang der Meinungs- und Pressefreiheit.

[81] Allerdings ist zugunsten der Bekl. zu berücksichtigen, dass es sich – aus den dargelegten Gründen – um die Berichterstattung über die Öffentlichkeit wesentlich betreffende Fragen handelt. Auch kommt den von der Bekl. in Anspruch genommenen Grundrechten der Meinungs- und der Pressefreiheit ein besonders hoher Rang zu, weil es sich um die Frage der politischen Ausrichtung der SPD in Deutschland und dem Umgang einer Regierungspartei mit dem Islam und islamkritischen, teilweise als rechtsradikal eingestuften Äußerungen geht. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass es sich um Informationen handelt, die im Rahmen einer politischen Auseinandersetzung erfolgten.

[82] Auch kam den Bekl. im Rahmen ihrer grundrechtlich gewährleisteten Meinungs- und Pressefreiheit die Aufgabe zu, sich mit den Behauptungen des Autors kritisch auseinanderzusetzen. Diese Auseinandersetzung war in erheblichem Umfang möglich, als wenn lediglich die Zusammenfassung durch den Verlag veröffentlicht worden wäre, zumal das von der Bekl. wahrgenommene Informationsinteresse der Öffentlichkeit zum Zeitpunkt der Nutzungshandlung erheblich war. Allerdings handelte es sich bei den Thesen um Äußerungen, die durch den Autor noch nicht veröffentlicht waren. Der Autor hatte diese somit noch nicht bewusst der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt und damit sein Veröffentlichungsrecht verloren. Die Interessen der Bekl. an der Nutzung eines bislang nicht veröffentlichten Werks im Rahmen der Darstellung einer politischen Auseinandersetzung wiegen indes erheblich geringer, als wenn der Autor die Art und Weise der Veröffentlichung bereits selbst bestimmt und vorgenommen hat.

[83] Die Argumentation der Bekl., nur durch die Darstellung der Thesen sei gewährleistet, dass die Öffentlichkeit in dem gebotenen Umfang über die Ansichten des Autors informiert würden, kann vor diesem Hintergrund auch nicht mit dem gleichen Gewicht berücksichtigt werden, wie dies bei veröffentlichten Werken der Fall wäre. Denn der Autor ist gerade noch nicht mit seinen Ansichten in die Öffentlichkeit getreten.

[84] Im Hinblick auf die Interessen der Kl. ist zu berücksichtigen, dass die durch Art. 14 I GG geschützten ausschließlichen Verwertungsrechte nicht nur unwesentlich betroffen sind.

Die Möglichkeit, mit den Thesen des Autors als erstes an die Öffentlichkeit zu treten, ist der Kl., die Inhaberin der ausschließlichen Nutzungsrechte ist, genommen worden. Auch ist zu berücksichtigen, dass die Kl. als Verlag eine wirtschaftliche Verwertung des Werks vornimmt und daher materielle Interessen der Kl. zu berücksichtigen sind, die – wie darzulegen ist – durch die Nutzung durch die Bekl. beeinträchtigt wurden.

[85] (4) Der Drei-Stufen-Test des Art. 5 V RL 2001/29/BEG steht der Annahme einer Privilegierung der öffentlichen Zugänglichmachung der Thesen des Autors *Sarrazin* vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen ebenfalls entgegen. Die in Art. 5 I-IV genannten Ausnahmen und Beschränkungen dürfen nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden, in denen die normale Verwertung des Werks nicht beeinträchtigt wird und es dürfen die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt werden.

[86] (aa) Allerdings liegt ein Sonderfall im vorgenannten Sinn vor, weil die Verwertungsrechte des Urhebers bzw. alleinigen Nutzungsberechtigten seines Werkes nur beschränkt werden, wenn das Werk bei einer Berichterstattung über Tagesereignisse im Verlauf des Tagesereignisses wahrnehmbar wird und nur soweit es durch den Zweck der Berichterstattung geboten ist.

[87] (bb) Im vorliegenden Fall wird die normale Verwertung des Werks beeinträchtigt. Die Kl. verwertet das Werk als Verlag, der auf die Erzielung eines Gewinns ausgerichtet ist, in wirtschaftlicher Weise. Die Verwertungsmöglichkeit bezieht sich auch auf Teile des Werks. Vorliegend haben die Bekl. die vom Autor formulierten neun Thesen genutzt. Diese stellten eine zentrale Zusammenfassung des Werks dar. Vor diesem Hintergrund ist anzunehmen, dass sich zahlreiche Rezipienten des Artikels der Bekl. in ihrer Ansicht, wie sich die Position des Autors in Bezug auf den Islam darstellt, bereits bestätigt oder auch widerlegt fühlen und daher das Interesse an dem Erwerb des Buches sinkt, auch wenn die Begründung der Thesen den wesentlichen Teil des Buches ausmacht.

[88] (cc) Vor diesem Hintergrund fehlt es auch nicht an einer ungebührlichen Verletzung der berechtigten Interessen des Rechtsinhabers, weil – wie im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ausgeführt – die beanstandete Nutzung nicht verhältnismäßig war.

[89] b) Ein Zitatrecht der Bekl. nach § 51 UrhG kommt ebenfalls nicht in Betracht.

[90] Gemäß § 51 ist die Vervielfältigung Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werks zum Zweck des Zitats unter den in § 51 UrhG genannten Bedingungen zulässig. Da das Werk – wie dargelegt – nicht veröffentlicht war, scheidet die Anwendung der Schrankenregelung des § 51 UrhG im Grundsatz aus.

[91] Soweit die Bekl. vorträgt, das Zitatrecht müsse dennoch zu ihren Gunsten über den Wortlaut des Gesetzes hinaus berücksichtigt werden, weil die Darstellung zur Unterrichtung der Öffentlichkeit und für die öffentliche Meinungsbildung erforderlich gewesen sei, kann dem nicht beigetreten werden. Unabhängig von der Frage, ob eine solche Ausweitung des Zitatrechts in Betracht kommt (vgl. hierzu Beck-OK *UrhR/Schulz*, § 51 Rn. 9, mwN), kann nach den vorstehenden Abwägungen zu der Schrankenregelung des § 50 UrhG nicht angenommen werden, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind.

[92] 5. Die Bekl. handelten auch schuldhaft, weil sie die ausschließlichen Nutzungsrechte der Kl. fahrlässig verletzt haben.

[93] 6. Rechtsfolge der Verletzung der dem Streit zugrundeliegenden Verwertungsrechte ist ein Schadensersatzanspruch nach § 97 I UrhG. Diesen hat das LG zutreffend mit 10.000 Euro bewertet.

[94] a) Die Kl. hat sich – neben der Geltendmachung der Ansprüche auf Zahlung einer Vertragsstrafe – auf die Lizenzanalogie gestützt.

[95] b) Bei der Bemessung des zu leistenden Schadensersatzes im Wege der Lizenzanalogie ist zu fragen, was vernünftige Vertragsparteien als Vergütung für die vorgenommenen Benutzungshandlungen vereinbart hätten. Zu ermitteln ist der objektive Wert der Benutzungsberechtigung. Dabei ist unerheblich, ob und inwieweit der Verletzer selbst bereit gewesen wäre, für seine Nutzungshandlungen eine Vergütung zu zahlen (vgl. *BGH GRUR 2020, 990 – Nachlizenzierung, mwN*).

[96] Die Höhe der als Schadensersatz zu zahlenden Lizenzgebühr ist gem. § 287 ZPO unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls nach freier Überzeugung des Gerichts zu bemessen.

[97] c) Entgegen der Ansicht der Kl. kann die Vereinbarung einer Vertragsstrafe mit 36 Journalisten, die sich für Verletzungen der jeweils mit den Journalisten getroffenen Vereinbarung iHv 50.000 Euro ergeben, nicht zu der Annahme führen, es handle sich insoweit um die angemessene Lizenz.

[98] aa) Maßgebliche Bedeutung für die Bemessung des zu leistenden Schadensersatzes im Wege der Lizenzanalogie kommt einer zur Zeit der Verletzungshandlung am Markt durchgesetzten eigenen Lizenzierungspraxis der Rechtsinhaberin zu. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die in den Lizenzverträgen aufgeführten Lizenzsätze allgemein üblich und objektiv angemessen sind. Soweit die Rechtsinhaberin die von ihr vorgesehenen Lizenzgebühren verlangt und auch erhält, rechtfertigt dieser Umstand die Feststellung, dass vernünftige Vertragsparteien bei Einräumung einer vertraglichen Lizenz eine entsprechende Vergütung vereinbart hätten. Werden die von der Rechtsinhaberin geforderten Lizenzsätze für die eingeräumten Nutzungsrechte auf dem Markt gezahlt, können sie einer Schadensberechnung im Wege der Lizenzanalogie auch dann zugrunde gelegt werden, wenn sie über dem Durchschnitt vergleichbarer Vergütungen liegen (vgl. *BGH GRUR 2020, 990 – Nachlizenzierung, mwN*). Ein Strafzuschlag kommt nicht in Betracht (vgl. *BGH GRUR 2020, 990 – Nachlizenzierung*).

[99] Die von der Kl. – nach ihrem Vortrag – mit den Journalisten abgeschlossenen Vereinbarungen rechtfertigen die Annahme einer entsprechenden Lizenzierungspraxis nicht. Hier haben die Journalisten pauschal für den untersagten Fall der Nutzung des Manuskripts in welcher Form und in welchem Umfang auch immer die Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen. Diese Vertragsstrafen können allenfalls ein Indiz für den wirtschaftlichen Wert darstellen, gestatten aber keine Rückschlüsse auf die Höhe des angemessenen Lizenzbetrags. Die Kl. hatte aufgrund der offerierten Möglichkeit, vor der Veröffentlichung Einsicht in das Werk zu gewähren, eine Rechtsposition, die sie bei der Verhandlung gestärkt hat. Dies ist bei der Höhe der vereinbarten Lizenz zu berücksichtigen. Im Rahmen der Vereinbarung einer Lizenz wäre allerdings auch der Umfang der Nutzung berücksichtigt worden. Entscheidend ist indes, dass die Vertragsstrafe von den Journalisten nicht als zu zahlende Lizenz akzeptiert wurde. Vielmehr ist der Sinn und Zweck einer vereinbarten Vertragsstrafe regelmäßig auf der einen Seite eine pauschale Leistung von Schadensersatz, was sich aus der Vereinbarung selbst ergibt, nach der eine Zahlung von Schadensersatz bei entsprechendem Nachweis ausdrücklich nicht ausgeschlossen wird, während eine Anrechnung der Vertragsstrafe auf einen solchen stattfindet. Auf der anderen Seite liegt der Sinn und Zweck einer solchen Vereinbarung aber auch darin, dass der die Vertragsstrafe Versprechende aufgrund der Höhe von der Handlung abgehalten wird. Daher wird in aller Regel eine Vertragsstrafe vereinbart, die erheblich über die angemessene Lizenz hinausgeht.

[100] Die vereinbarte Vertragsstrafe stellt daher nicht die Vergütung dar, die vernünftige Parteien als Gegenleistung für den Wert der Benutzungshandlung vereinbart hätten; vielmehr bildet sie darüber hinaus regelmäßig eine Absicherung dafür, dass das Werk nicht entgegen der vertraglichen Vereinbarung genutzt wird (vgl. *BGH GRUR 2020, 990 – Nachlizenzierung*). Dieser bei der Vereinbarung einer Vertragsstrafe typische Aufschlag im Vergleich zu einer Lizenzierung steht der Annahme entgegen, die Höhe der Vertragsstrafe könnte der angemessenen Lizenz entsprechen.

[101] Weitere Anhaltspunkte dafür, dass die Kl. eine entsprechende Lizenz hätte am Markt erzielen können, sind weder ersichtlich noch vorgetragen. Insbesondere ist nicht vorgetragen, dass die Kl. üblicherweise Lizenzen für Vorabdrucke von Auszügen aus einem noch nicht veröffentlichten Buch erhält. Daher können die Lizenzsätze nicht nach branchenüblichen Vergütungssätzen bemessen werden.

[102] Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass – wie die Bekl. vortragen haben – ein Schaden nicht entstanden ist, weil die Verkaufszahlen für das Buch nicht gesunken seien. Dies beruht bereits darauf, dass die Kl. ihren Schadensersatzanspruch nicht auf die Berechnung des konkreten Schadens, sondern auf die Lizenzanalogie stützt. Daher stellt sich nicht die Frage, ob ein Schaden dadurch entstanden ist, dass die Verkaufszahlen der Bücher niedriger ausgefallen wären als ohne die rechtswidrige Nutzung durch die Bekl. Entscheidend ist alleine, ob für die Verwertungshandlung der Bekl. eine Lizenz zu erzielen gewesen wäre. Da es sich um ein urheberrechtlich geschütztes Werk handelt, entspricht es der Lebenserfahrung, dass eine Lizenz gezahlt worden wäre. Die Bekl. haben selbst durch die Nutzung und die Darstellung, dass diese für die angesprochene Öffentlichkeit wesentliche Informationen enthielt, deutlich gemacht, dass die Verwertung einen – auch wirtschaftlichen – Wert hatte.

[103] Soweit die Bekl. vortragen, dass im Sachbuchbereich Vorabdrucke in der Regel lizenzfrei ermöglicht würden, ergibt sich hieraus nichts anderes. Denn im konkreten Fall stellte die Nutzung im Zusammenhang mit der bevorstehenden Veröffentlichung des Buches und der Tatsache, dass anderen Verlagen lediglich die Nutzung der Verlagsankündigung ermöglicht wurde, einen Vorteil dar, der sich im Verkauf des Magazins und in Aufrufen der Internetseite niederschlägt, so dass die Zahlung einer Lizenz naheliegender ist.

[104] Vor diesem Hintergrund kann die angemessene Lizenz nach § 287 ZPO geschätzt werden. Die Schadensschätzung muss auf gesicherten Grundlagen beruhen. Die Vorschrift des § 287 ZPO zielt zwar auf eine Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens ab und nimmt in Kauf, dass die gerichtliche Schätzung unter Umständen nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt; sie rechtfertigt es aber nicht, in einer für die Streitentscheidung zentralen Frage auf nach Sachlage unerlässliche Erkenntnisse zu verzichten (vgl. *BGH GRUR 2020, 990 – Nachlizenzierung, mwN*).

[105] Diesen Maßstäben ist das *LG* gerecht geworden. Da keine üblichen Vergütungssätze vorhanden sind und die Besonderheiten des Buches, das einerseits als Sachbuch einzustufen ist, aber andererseits aufgrund der politischen Brisanz bereits frühzeitig in der Spiegel-Bestsellerliste geführt wurde, berücksichtigt werden müssen, liegt es auch fern, eine übliche Vergütung für die Lizenz eines Vorabdrucks eines Sachbuchs, die die Bekl. mit 450 Euro pro Seite beziffern, zu veranschlagen.

[106] Vor diesem Hintergrund hat das *Gericht* die angemessene Lizenz unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung von Art und Umfang zu schätzen. Insoweit können der Vereinbarung der Vertragsstrafe mit 50.000 Euro und damit einem erheblichen Betrag Anhaltspunkte dafür entnommen werden, dass die Kl. die Rechte des Vorabdrucks als nicht unerheblich bewertet. Im Übrigen

kann auf die Schadensschätzung des LG Bezug genommen werden, die eine Abwägung für den vorliegenden Einzelfall enthält, die sich der *Senat* zu Eigen macht.

[107] Insoweit hat das LG auf der einen Seite die erhebliche Rechtsverletzung aufgrund der Nutzung vor der Veröffentlichung berücksichtigt. Es hat aber auch berücksichtigt, dass es sich lediglich um einen kleinen Auszug aus dem Gesamtwerk handelte.

[108] Es ist auch zu berücksichtigen, dass die Parteien bei einer Lizenzvereinbarung den Wettbewerb der Vorabnutzung berücksichtigt hätten. Daher ist es nicht widersprüchlich, wenn das LG auch den Verkaufserfolg des Buches mit in die Erwägungen einbezieht, auch wenn sich eine konkrete Auswirkung der Nutzungen auf die Veröffentlichung nicht feststellen lässt.

[109] 7. Soweit das LG festgestellt hat, dass der Antrag Nr. 3 erledigt ist, ist das Urteil nach den vorstehenden Ausführungen nicht zu beanstanden.

Anm. d. Red.: Zur zitierten Entscheidung des BGH GRUR 2017, 1027 – Reformistischer Aufbruch I, sowie zur *EuGH*-Vorlage des BGH GRUR 2017, 901 – Afghanistan Papiere, s. den Beitrag zur Rechtsprechung von *Stieper* GRUR 2017, 1209. Zu BGH GRUR 2020, 859 – Reformistischer Aufbruch II, s. den Beitrag zur Rechtsprechung von *Kraetzig* GRUR 2020, 955. Zu BGH GRUR 2011, 134 – Perlentaucher I, s. den Beitrag von *Obergfell* GRUR 2011, 208, sowie die Anmerkung von *Loewenheim* LMK 2011, 316760. ■

4. Urheberrechtsverletzung durch Veröffentlichung nicht freigegebener Buchfassung

UrhG §§ 12, 16, 17, 97; VerlG § 20 – **Buchmanuskript**

1. Nimmt ein/e Urheber/in die Erstveröffentlichung ihres Werks nicht selbst durch eigene Handlung vor, sondern lässt er/sie dies durch einen Dritten durchführen, bedarf es einer konkreten vertraglichen Vereinbarung oder einer Einwilligung des/der Urheber/in. Eine solche Einwilligung ist grundsätzlich auch konkludent möglich. Eine solche konkludente Einwilligung lässt sich aber nicht daraus folgern, dass der/die Urheber/in nach Vorlage eines Ansichtsexemplars durch den Dritten zunächst lediglich Änderungswünsche zu einzelnen Bestandteilen eines Buchs mitteilt (hier: nur zu Lichtbildern, nicht zum Text).

2. Bei der Annahme von konkludenten Erklärungen im Zusammenhang mit Urheberpersönlichkeitsrechten, insbesondere dem Veröffentlichungsrecht gemäß § 12 UrhG, ist wegen der hohen Wertigkeit der Rechte besondere Zurückhaltung geboten. Auch bei der gebotenen objektivierten Betrachtung aus Empfängersicht kann die besondere Bedeutung der Urheberpersönlichkeitsrechte dazu führen, dass faktischem Handeln des/der Urhebers/in kein für eine Willenserklärung erforderliches Erklärungsbewusstsein bzw. kein Rechtsbindungswillen zugemessen werden kann.

3. Eine Genehmigungsfiktion nach § 20 II VerlG ist nicht geeignet, eine nicht erfolgte Zustimmung des/der Urhebers/in zur Erstveröffentlichung einer konkreten Version eines Buchs zu ersetzen. Die Genehmigungsfiktion des § 20 II VerlG setzt vielmehr voraus, dass die Zustimmung des/der Urhebers/in zur Veröffentlichung im Sinne von § 12 UrhG durch einen Dritten vorliegt.

LG Köln, Urt. v. 25.3.2021 – 14 O 462/20

Anm. d. Red.: Die Berufung wird beim *OLG Köln* unter dem Az. 6 U 60/21 geführt. – Die vollständige Entscheidung ist mit Sachverhalt und Gründen unter GRUR-RS 2021, 7016 abrufbar. ■

MARKENRECHT

5. Zulässigkeit von Erinnerungs- und Beschwerdeschriftsätzen mit Rubrumsunterschrift

MarkenG § 66 II; RPfIG § 23 II; PMAV §§ 10 I, 11 I – **ALMWURZEL**

Eine so genannte „Rubrumsunterschrift“ nach österreichischem Gerichtsgebrauch stellt keine Unterschrift dar, kann aber im Einzelfall gleichwohl dem Schriftformerfordernis genügen, wenn sich unter Berücksichtigung aller Umstände ohne weitere Beweiserhebung zweifelsfrei feststellen lässt, dass die betreffende Erklärung (hier: Einlegung einer Beschwerde bzw. einer Erinnerung) von der Person stammt, die nach außen als ihr Urheber auftritt, und dass sie mit ihrem Willen in den Rechtsverkehr gebracht worden ist.

BPatG, Beschl. v. 12.11.2020 – 30 W (pat) 527/20

Zum Sachverhalt: Um Schutz in der Bundesrepublik Deutschland wird nachgesucht für die am 8.3.2016 international registrierte Marke IR 1 304 902 für die Klassen 29 und 40

ALMWURZEL.

Die Markenstelle hat der Marke mit Beschluss vom 17.12.2019 den Schutz in der Bundesrepublik Deutschland teilweise, und zwar für die folgenden Waren und Dienstleistungen:

„Klasse 29: Meat, poultry, game, meat extracts, jellies, black pudding [blood sausage], edible fats, meat jellies, salted meats, meat tinned [canned (Am.)], liver, liver pâté, ham, pork, lard, bacon, game not live, sausages, charcuterie.

Klasse 40: Food preservation, food smoking, slaughtering of animals.“

wegen eines Schutzhindernisses nach § 8 II Nr. 2 MarkenG verweigert.

Mit Eingabe vom 23.1.2020 hat die IR-Markeninhaberin gegen „den Beschluss des DPMA vom 17.12.2019 zur internationalen Registrierung IR 1 304 902, dem Vertreter der Einschreiterin zugestellt gem. § 94 I Nr. 1 MarkenG iVm § 184 II 1 ZPO am 2.1.2020 (Postaufgabe am 18.12.2019)“, Beschwerde erhoben. Diese Beschwerdeschrift, die dem Patentamt am 23.1.2020 „vorab per Fax“ und sodann im Original auf dem Postweg übersandt worden ist, schließt nicht mit einer Unterschrift ab. Der handschriftliche Namenszug des österreichischen Verfahrensbevollmächtigten der Markeninhaberin ist auf der ersten Seite des Schriftstücks, im „Rubrum“ rechts von der Bezeichnung des Verfahrensbevollmächtigten („vertreten durch...“), angebracht. Die Beschwerdegebühr iHv 200 Euro ist am 31.1.2020 per Bankauftrag angewiesen worden und am 3.2.2020 auf dem Konto des DPMA eingegangen.

Mit Anhörungsschreiben vom 23.3.2020 hat der zuständige Rechtspfleger des BPatG der IR-Markeninhaberin mitgeteilt, dass die tarifmäßige Gebühr erst am 3.2.2020 und „mithin nicht innerhalb der gesetzlichen Frist von einem Monat nach der am 27.12.2019 bewirkten Zustellung des angefochtenen Bescheides eingezahlt“ worden sei. Hierauf hat die IR-Markeninhaberin nicht reagiert. Mit Beschluss vom 30.4.2020 hat der Rechtspfleger des Bundespatengerichts festgestellt, dass die Beschwerde der IR-Markeninhaberin gem. § 6 II PatKostG als nicht erhoben – eingelegt – gelte. Zur Begründung ist ausgeführt, dass die tarifmäßige Beschwerdegebühr nicht gezahlt worden sei. Hiergegen richtet sich die Erinnerung der Markeninhaberin mit Eingabe vom 2.6.2020. Sie macht geltend, dass die Beschwerdegebühr am 31.1.2020 auf das Konto der Bundeskasse Halle/DPMA überwiesen worden und dies auch dem Patentamt per Fax vom selben Tag mitgeteilt worden sei. Auch diese Erinnerungsschrift, die dem BPatG am 2.6.2020 „vorab per Fax“ und sodann auf dem Postweg übersandt worden ist, schließt nicht mit einer Unterschrift ab, sondern enthält wiederum – wie schon die Beschwerdeschrift – auf der ersten Seite eine „Rubrumsunterschrift“ des österreichischen Verfahrensbevollmächtigten der Markeninhaberin. Die Rechtspflegerin des BPatG hat der Erinnerung nicht abgeholfen und sie dem *Senat* zur Entscheidung vorgelegt. In der Nichtabhilfe-Verfügung vom 4.6.2020 ist „ergänzend angemerkt“, der Beschluss vom 30.4.2020 beinhalte insoweit einen Fehler, als die Beschwerdegebühr tatsächlich gezahlt worden sei. Die Zahlung sei allerdings verspätet erfolgt, weshalb die Rechtsfolge des § 6 II PatKostG ebenso eintrete. Die Erinnerung hatte Erfolg. Die Beschwerde hatte teilweise Erfolg.

Aus den Gründen: [20] Der Zulässigkeit von Erinnerung und Beschwerde steht vorliegend nicht entgegen, dass die bestimmenden Schriftsätze jeweils nicht mit einer Unterschrift abschließen, sondern lediglich eine so genannte „Rubrumsunterschrift“ nach österreichischen Gepflogenheiten tragen (A).

[21] Auf die Erinnerung der Markeninhaberin war der Beschluss des Rechtspflegers vom 30.4.2020 aufzuheben, da die Voraussetzungen nach § 82 I 3 MarkenG iVm § 6 II PatKostG nicht vorlagen (B).

[22] Die zulässige Beschwerde hat lediglich im tenorierten Umfang Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet (C).

[23] A. Der Zulässigkeit von Erinnerung und Beschwerde steht es jeweils nicht entgegen, dass die Erinnerungsschrift vom 2.6.2020 sowie die Beschwerdeschrift vom 23.1.2020 nicht mit einer Unterschrift abschließen, sondern lediglich eine so genannte Rubrumsunterschrift des österreichischen Verfahrensbevollmächtigten tragen.

[24] 1. Die Erinnerung nach § 23 II 1 RPfG muss, sofern sie nicht durch Erklärung zu Protokoll des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des BPatG erhoben wird, „schriftlich“ eingelegt werden (vgl. MüKoZPO/Hamdorf, 6. Aufl. 2020, § 11 RPfG Rn. 54). Für die Beschwerde gegen den Beschluss der Markenstelle ergibt sich das Schriftformerfordernis unmittelbar aus der Bestimmung des § 66 II MarkenG.

[25] 2. Das Erfordernis der „Schriftlichkeit“ eines bestimmenden Schriftsatzes ist nach deutschem Verfahrensrecht nur gewahrt, wenn sich unter ihm die eigenhändige Unterschrift der Person befindet, die diesen Schriftsatz verantwortet (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl., § 66 Rn. 36 sowie § 42 Rn. 36 mwN). Für die Beschwerdeschrift in Markenverfahren ergibt sich dies zudem aus §§ 10 I, 11 I DPMVA, wonach Originale von Anträgen und Eingaben unterschrieben einzureichen sind (vgl. BPatG Beschl. v. 2.8.2018 – 30 W [pat] 10/18, BeckRS 2018, 20456-fitmeals; Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl., § 66 Rn. 36 sowie § 42 Rn. 36).

[26] 3. Die „Unterschrift“ muss sich am Ende des Textes befinden, auf den sie sich bezieht (BGH NJW 1991, 487; BGH NJW-RR 2004, 1364; Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 130 Rn. 13). Denn nur eine Unterschrift, die den zugehörigen Text räumlich abschließt, kann die ihr zukommende Funktion erfüllen, die Übernahme der Verantwortung für diesen Text durch den Unterzeichnenden zu dokumentieren (BGH NJW 1991, 487). Da eine Unterschrift im Regelfall unter den fertigen Text gesetzt wird, bietet nur ein an dieser Stelle angebrachter Namenszug, nicht aber eine dem Text vorausgehende „Oberschrift“ die Gewähr für die Übereinstimmung des schriftlich Erklärten mit dem Willen des Ausstellers der Urkunde (BGH NJW 1991, 487; VGH München Beschl. v. 22.3.2010 – 11 CE 09.3150, BeckRS 2010, 31200; aA etwa Musielak/Voit/Stadler, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 129 Rn. 9).

[27] 4. Bei in einem gerichtlichen Verfahren eingereichten bestimmenden Schriftsätzen muss die Unterschrift deshalb grundsätzlich unter den Erklärungen stehen, die zum notwendigen Inhalt eines solchen Schriftsatzes gehören (vgl. BGH NJW-RR 2004, 1364; BFH JZ 1970, 254 [255]). Zum notwendigen Inhalt einer schriftlich vorgenommenen Rechtsmitteleinlegung gehören die Bezeichnung der Entscheidung, gegen die sich der Rechtsmittelführer wendet, und die Erklärung, dass gegen sie Rechtsmittel eingelegt wird. Dieselben Grundsätze gelten für den Rechtsbehelf der Rechtspflegererinnerung nach § 23 II 1 RPfG, für den nach § 11 II 7 RPfG die Vorschriften der ZPO über die sofortige Beschwerde anwendbar sind (vgl. MüKoZPO/Hamdorf, 6. Aufl. 2020, § 11 RPfG Rn. 4). Vorliegend, in der Erinnerungsschrift vom 2.6.2020 sowie der Beschwerdeschrift 23.1.2020, folgen die notwendigen Angaben dem Namens-

zug des Verfahrensbevollmächtigten aber erst nach. Eine auf diese Weise vorgenommene Unterzeichnung bestimmender Schriftsätze genügt den Anforderungen des deutschen Prozessrechts grundsätzlich nicht (vgl. VGH München Beschl. v. 22.3.2010 – 11 CE 09.3150, BeckRS 2010, 31200, mwN).

[28] 5. Nach einem Urteil des BFH vom 29.7.1969 soll dies ausdrücklich auch für den Fall gelten, dass eine derartige „Rubrumsunterschrift“ in Österreich üblich ist und von den dortigen Gerichten anerkannt wird (BFH JZ 1970, 254 [255]; vgl. ebenso OLG Frankfurt a. M. RIW 2001, 543). Diese Ablehnung der österreichischen Rubrumsunterschrift ist allerdings nicht unumstritten, Teile der Literatur kritisieren die vorgenannte Rechtsprechung (vgl. Vollkommer JZ 1970, 256; Zöller/Greger, ZPO, § 130 Rn. 13, „aus europarechtlicher Sicht bedenklich“; vgl. ferner Musielak/Voit/Stadler, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 129 Rn. 9). Zudem wurde die „Rubrumsunterschrift nach österreichischer Gepflogenheit“ in einigen jüngeren Gerichtsentscheidungen unter Betonung verfassungsrechtlicher Vorgaben als im konkreten Einzelfall unschädlich (VGH München Beschl. v. 22.3.2010 – 11 CE 09.3150, BeckRS 2010, 31200) oder generell im Hinblick auf die Formwirksamkeit des bestimmenden Schriftsatzes unbedenklich (vgl. AG Hannover NJ 2020, 121 = BeckRS 2020, 4724) angesehen.

[29] 6. Im hiesigen Verfahren bedarf es keiner generellen Auseinandersetzung mit diesem Meinungsstreit. Denn die fehlende Unterzeichnung der beiden bestimmenden Schriftsätze (der Erinnerungs- und der Beschwerdeschrift) erweist sich jedenfalls vorliegend als unschädlich, da sich aus den bestimmenden Schriftsätzen vom 2.6.2020 und vom 23.1.2020 jeweils in zweifelsfreier Weise ergibt, dass sie von der Person stammen, die nach außen hin als ihr Urheber auftritt, und dass sie mit ihrem Willen in den Rechtsverkehr gebracht wurde, ohne dass darüber Beweis erhoben werden muss (vgl. zur Entbehrlichkeit einer Unterschrift in solchen Fällen BVerwG NJW 1989, 1175; im Ergebnis ebenso BVerfG NJW 2002, 3534 [3535]; s. auch ausführlich VGH München Beschl. v. 22.3.2010 – 11 CE 09.3150, BeckRS 2010, 31200).

[30] a) Verfassungsrechtlich ist anerkannt, dass die Gerichte bei der Auslegung und Anwendung verfahrensrechtlicher Vorschriften den Zugang zu den in den Verfahrensordnungen eingeräumten Instanzen nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren dürfen. Die sich aus einem verfahrensrechtlichen Schriftformerfordernis ergebenden Zulässigkeitsanforderungen sind daher nicht zu überspannen. Fehlt eine handschriftliche Unterschrift, müssen die Gerichte ausgehend vom Zweck des Schriftformerfordernisses prüfen, ob in dem Schriftstück selbst Anzeichen für ein bewusstes und gewolltes Inverkehrbringen und die Person des Erklärenden enthalten sind (vgl. BVerfG NJW 2002, 3534 [3535]). Nichts Anderes kann für den vorliegenden Fall einer österreichischen „Rubrumsunterschrift“ gelten (VGH München Beschl. v. 22.3.2010 – 11 CE 09.3150, BeckRS 2010, 31200; AG Hannover NJ 2020, 121 = BeckRS 2020, 4724). Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang unter anderem, ob der Name des Absenders maschinenschriftlich auf dem fraglichen Dokument genannt wird, ob in ihm das Aktenzeichen der Entscheidung, auf das sich die Rechtsbehelfserklärung bezieht, oder andere Daten genannt werden, die in der Regel nur dem Betroffenen bekannt sind, ob das Schreiben ausdrücklich zur Fristwahrung als Fernkopie übersandt wird, und ob es kurz hintereinander zweimal bei Gericht eingeht (BVerfG NJW 2002, 3534 [3535]). Rechtserheblich kann es unter diesem Blickwinkel ferner sein, wenn dem Gericht, an das der bestimmende Schriftsatz adressiert ist, aus einer Mehrzahl früherer Schreiben des gleichen Verfahrensbevollmäch-

tigten Form und Inhalt der von ihm herrührenden schriftlichen Erklärungen bekannt sind (*BVerwG* NJW 1989, 1175; *VGH München* Beschl. v. 22.3.2010 – 11 CE 09.3150, BeckRS 2010, 31200).

[31] b) In Anwendung der dargelegten Grundsätze auf den vorliegenden Fall steht sowohl außer Frage, dass die Erinnerungs- und die Beschwerdeschrift jeweils von dem Verfahrensbevollmächtigten der Markeninhaberin stammen, als auch, dass sie keinen bloßen Entwurf darstellen, sondern jeweils mit dem Willen des Verfahrensbevollmächtigten an das DPMA (Beschwerdeschrift) bzw. das *BPatG* (Erinnerungsschrift) gesandt wurden.

[32] Denn die bestimmenden Schriftsätze vom 2.6.2020 sowie vom 23.1.2020 tragen nicht nur übereinstimmend den vorgedruckten Briefkopf der Kanzlei des Verfahrensbevollmächtigten der Markeninhaberin; sie enthalten darüber hinaus weitere, sich auf die Kanzlei beziehende Angaben. Ferner benennen sie jeweils die verfahrensgegenständliche IR-Marke IR 1 304 902 sowie die angefochtenen Beschlüsse (der Markenstelle bzw. des Rechtspflegers des *BPatG*) mit den jeweils zutreffenden Entscheidungsdaten.

[33] Darauf, dass die Schriftsätze mit dem Willen ihres Urhebers in den Rechtsverkehr gelangt sind, deutet zum einen hin, dass sie dem Patentamt bzw. *BPatG* jeweils zunächst als Fernkopie übermittelt wurden und dann noch einmal als Brief gingen. Den Weg einer Vorabübersendung mittels Faxkopie wählt aber typischerweise, wer nicht nur gewährleisten will, dass ein Schriftstück seinen Empfänger überhaupt erreicht, sondern dass es dem Adressaten – wie bei fristgebundenen Rechtsmitteln erforderlich – bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zugeht (*VGH München* Beschl. v. 22.3.2010 – 11 CE 09.3150, BeckRS 2010, 31200). Dass der Verfahrensbevollmächtigte der Markeninhaberin mit der Übersendung der bestimmenden Schriftsätze jeweils eine Frist wahren wollte, verdeutlicht zum anderen der Umstand, dass die Faxschreiben den maschinenschriftlichen Vermerk „vorab per Telefax“ tragen, an den sich die Fax-Nummer des DPMA bzw. des *BPatG* anschließt (vgl. *VGH München* Beschl. v. 22.3.2010 – 11 CE 09.3150, BeckRS 2010, 31200). Dass diese Fernkopien von der Kanzlei des Verfahrensbevollmächtigten übersandt wurden, wird zusätzlich durch den Umstand belegt, dass sie als Absenderangabe jeweils den Namen seiner Kanzlei nebst deren Fax-Nr. aufweisen. Schließlich konnte der *Senat* anhand der sowohl im Amtsverfahren wie auch im Beschwerdeverfahren insgesamt angefallenen Schriftsätze feststellen, dass die Praxis der Rubrumsunterschrift der ständigen Übung des Verfahrensbevollmächtigten der Markeninhaberin entspricht.

[34] c) Daher ist es vorliegend, im konkreten Einzelfall, unschädlich, dass die Erinnerungsschrift und die Beschwerdeschrift nicht mit einer Unterschrift abschließen. Die fehlenden Unterschriften stehen weder der Zulässigkeit der Rechtspflegererinnerung nach § 23 II RPfG, noch der Zulässigkeit der Beschwerde gegen den Beschluss der Markenstelle entgegen.

[35] B. Die auch im Übrigen nach § 23 II RPfG zulässige Erinnerung hat auch in der Sache Erfolg und führt zur Aufhebung des Rechtspflegerbeschlusses vom 30.4.2020.

[36] Nach § 82 I 3 MarkenG iVm Nr. 401 300 GebVerz zu § 2 I PatKostG ist für jede Beschwerde eine Beschwerdegebühr zu entrichten. Die Beschwerdegebühr wird gem. § 82 I 3 MarkenG iVm § 3 I PatKostG mit der Einlegung der Beschwerde fällig und ist nach § 82 I 3 MarkenG iVm § 6 I 1 PatKostG innerhalb der Beschwerdefrist des § 66 II MarkenG zu zahlen (vgl. *Ströbele/Hacker/Thiering*, § 66 Rn. 43 mwN). Wird die Beschwerdegebühr nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig eingezahlt, gilt die Be-

schwerde gem. § 82 I 3 MarkenG iVm § 6 II PatKostG als nicht eingelegt.

[37] Vorliegend ist der zuständige Rechtspfleger mit Beschluss vom 30.4.2020 zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Beschwerdegebühr nicht eingezahlt worden sei. Vielmehr ist die Beschwerdegebühr nachweislich am 3.2.2020 auf dem Konto des DPMA eingegangen.

[38] Entgegen dem Anhörungsschreiben vom 23.3.2020 sowie der Nichtabhilfefreiverfügung vom 4.6.2020 wurde die Beschwerdegebühr auch innerhalb der einmonatigen Beschwerdefrist des § 66 II MarkenG gezahlt, so dass die Voraussetzungen des § 6 II PatKostG nicht vorliegen.

[39] Für den Beginn der Beschwerdefrist gem. § 66 II MarkenG kann vorliegend nicht auf den 27.12.2019 (als Tag der tatsächlich bewirkten Zustellung) abgestellt werden; vielmehr wurde die Frist erst am 2.1.2020 in Lauf gesetzt. Denn die Markenstelle hat den im Beschwerdeverfahren angefochtenen Beschluss vom 17.12.2019 am 18.12.2019 zur Post aufgegeben und als Übergabeeinschreiben an die in Österreich ansässigen Verfahrensbevollmächtigten der IR-Markeninhaberin versandt. In der Sache handelt es sich dabei um eine (vereinfachte) Auslandszustellung mit eingeschriebenem Brief durch Aufgabe zur Post an den im Ausland ansässigen Inlandsvertreter nach § 94 I Nr. 1 S. 2 in Verbindung mit § 96 I MarkenG.

[40] Nach § 94 I Nr. 1 S. 2 MarkenG kann seit dem 1.10.2009 auch an Inlandsvertreter, die – wie hier – in einem anderen Mitgliedstaat der EU ansässig sind, mit eingeschriebenem Brief durch Aufgabe zur Post zugestellt werden (vgl. *Ströbele/Hacker/Thiering*, § 94 Rn. 29). In den Akten ist gem. § 94 I Nr. 1 S. 3 MarkenG iVm § 184 II 4 ZPO zu vermerken, zu welcher Zeit und unter welcher Adresse die Aufgabe erfolgt ist. Vorliegend war dies der 18.12.2019.

[41] Liegen diese Voraussetzungen vor, führt § 94 I Nr. 1 S. 3 MarkenG zur entsprechenden Anwendung der Zustellungsfiktion nach § 184 II 1 ZPO, wonach die jeweiligen Schriftstücke zwei Wochen nach Aufgabe zur Post als zugestellt gelten. Anders als etwa bei der Auslandszustellung per Einschreiben mit Rückschein nach § 9 I Nr. 1 VwZG ist daher kein tatsächlicher Nachweis der Zustellung erforderlich, vielmehr begründet § 184 II 1 ZPO eine unwiderlegliche Vermutung des Zugangs (vgl. *Musielak/Voit*, ZPO, 15. Aufl., § 184 Rn. 3). Demgegenüber ist es unerheblich, ob und gegebenenfalls wann die Sendung tatsächlich zu dem Empfänger gelangt (vgl. *BGH* NJW-RR 1996, 387 [388]; *Zöller/Schultzky*, ZPO, 33. Aufl., § 184 Rn. 10).

[42] In Anwendung der dargelegten Grundsätze trat die Fiktion der Zustellung entsprechend § 184 II 1 ZPO vorliegend – ausgehend von der Postaufgabe am 18.12.2019 und unter Berücksichtigung des Feiertags am 1.1.2020 – am Donnerstag den 2.1.2020 ein, so dass der mit der Beschwerde angegriffene Beschluss der Markenstelle als an diesem Tage zugestellt gilt. Auf einen abweichenden – gegebenenfalls früheren – tatsächlichen Zugang der Postsendung an die IR-Markeninhaberin kann dagegen nicht abgestellt werden.

[43] Die Beschwerdefrist gem. § 66 II MarkenG wurde daher am 2.1.2020 in Lauf gesetzt und endete am Montag, den 3.2.2020. Somit ist die Beschwerdegebühr noch rechtzeitig (am letzten Tag der Beschwerdefrist) eingezahlt worden.

[44] C. Die somit zulässige Beschwerde hat in der Sache lediglich im tenorierten Umfang Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet.

[45] 1. Die Markenstelle hat der verfahrensgegenständlichen IR-Marke in Bezug auf die folgenden beschwerdegegenständlichen Waren und Dienstleistungen

„Klasse 29: Meat, poultry, game, meat extracts, jellies, edible fats, meat jellies, salted meats, meat tinned [canned (Am.)], pork, lard, bacon, game not live, sausages, charcuterie.“

Klasse 40: Food preservation, food smoking.“

im Ergebnis zu Recht den Schutz in der Bundesrepublik Deutschland versagt (§§ 119, 124, 113, 37 I, 8 II Nr. 2 MarkenG iVm Art. 5 PMMA, Art. 6 quinquies B Nr. 2 PVÜ). In diesem Umfang unterliegt die Wortmarke ALMWURZLER dem Schutzhindernis des § 8 II Nr. 2 MarkenG, denn es handelt sich um eine bloße Sortenbezeichnung (für eine bestimmte Wurstsorte), die für die oben genannten Waren und Dienstleistungen zugunsten der Mitbewerber der Markeninhaberin freigehalten werden muss.

[46] a) Gemäß § 8 II Nr. 2 MarkenG sind Marken von der Eintragung ausgeschlossen, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge und der Bestimmung oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dienen können. Der Zweck dieser Vorschrift besteht vor allem darin, beschreibende Angaben oder Zeichen vom markenrechtlichen Schutz auszuschließen, weil ihre Monopolisierung einem berechtigten Bedürfnis der Allgemeinheit an ihrer ungehinderten Verwendbarkeit widerspricht, wobei bereits die potenzielle Beeinträchtigung der wettbewerbsrechtlichen Grundfreiheiten ausreichen kann. Es genügt also, wenn das angemeldete Zeichen in Bezug auf die konkret beanspruchten Waren oder Dienstleistungen als beschreibende Angabe geeignet ist (vgl. *EuGH* GRUR 1999, 723 Rn. 30, 31 – Chiemsee; *EuGH* GRUR 2004, 674 Rn. 56 – Postkantoor). Für die Eignung als beschreibende Angabe ist auf das Verständnis des Handels und/oder des normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der Waren als maßgebliche Verkehrskreise abzustellen (vgl. *EuGH* GRUR 1999, 723 Rn. 29 – Chiemsee; *EuGH* GRUR 2006, 411 Rn. 24 – Matratzen Concord/Hukla).

[47] b) Das Markenwort ALMWURZLER besteht nach diesen Maßstäben ausschließlich aus einer Angabe, die die Art, Beschaffenheit und Bestimmung der oben genannten Waren und Dienstleistungen beschreibt. Die Mitbewerber der Anmelderin haben deshalb insoweit ein berechtigtes Interesse an der ungehinderten Verwendung dieser Angabe.

[48] Die Markeninhaberin hat im Amtsverfahren selbst vorgebracht, dass es sich bei dem ALMWURZLER um „ein edelwürziges Rohwürstchen aus Schweinefleisch, welches mit Naturgewürzen vermischt und in Collagendärme gefüllt und nur luftgetrocknet und explizit nicht geräuchert ist“, handele. Soweit sie aber meint, dass die Bezeichnung nicht zur Beschreibung geeignet sei bzw. vom angesprochenen Verkehr nicht beschreibend verstanden werde, dringt sie hiermit nicht durch.

[49] Zwar ist das konkrete Markenwort lexikalisch nicht nachweisbar (anders als der Begriff „Kaminwurz“ als Bezeichnung für eine aus Südtirol stammende, kaltgeräucherte und luftgetrocknete Rohwurst, vgl. hierzu den entsprechenden *Wikipedia*-Eintrag). Der Begriff „ALMWURZLER“ wurde aber bereits vor dem Prioritätszeitpunkt inländisch vielfach als Sortenbezeichnung (für eine Rohwurstsorte) und in einer Form verwendet, die keine produktkennzeichnende bzw. markenmäßige Funktion erkennen lässt.

[50] Dies ergibt sich aus zahlreichen Fundstellen im Internet, die auch vor dem Prioritätszeitpunkt datieren und die der IR-Markeninhaberin in Ausdrücken zur Verfügung gestellt wurden. Nach diesen Rechercheergebnissen findet sich die Bezeichnung „ALMWURZLER“ in einschlägigen Produktlisten verschiedener Hersteller, aber auch auf Verbraucherseiten als gängige Bezeichnung für eine Rohwurstsorte, die

im Inland vertrieben wird, vgl. zum Beispiel die Anlagen: (...).

[51] Ferner wird der Begriff „Almwurzerl“ auch von Verbrauchern in Internetforen verwendet (vgl. etwa die Fundstelle „April 2008 – abspeckblog“, Eintrag vom 29.4.2008, „(...) habe mir heute gegönnt: (...) 1 Almwurzerl“).

[52] Damit wird der Begriff „Almwurzerl“ nachweislich im Inland als Bezeichnung für eine bestimmte Rohwurstsorte gebraucht. Die aufgeführten Fundstellen verdeutlichen, dass die beteiligten inländischen Verkehrskreise das Markenwort zur Beschreibung solcher Wurstwaren verwenden und benötigen. Da der Markeninhaberin diese Marktverhältnisse nicht unbekannt sein dürften, beansprucht sie letztlich Monopolrechte an einer im Geschäftsverkehr bereits gebräuchlichen Sortenbezeichnung (Bezeichnung einer Wurstsorte). Es muss aber jedem Hersteller solcher Waren unbenommen von Monopolrechten Dritter möglich sein, seine Waren als solche zu benennen, was markenregisterrechtlich die Feststellung eines Freihaltungsbedürfnisses iSv § 8 II Nr. 2 MarkenG in sich trägt (vgl. ua *BPatG* Beschl. 2.7.2003 – 28 W [pat] 231/02 – BERGSALAMI; *BPatG* Beschl. v. 12.5.2010 – 28 W [pat] 531/10 – SCHINKEN- BEIßER; *BPatG* Beschl. 26.6.2002 – 28 W [pat] 272/00 – Farmerschinken; *OLG Düsseldorf* GRUR-RR 2009, 100 – Bierbeißer).

[53] c) Dies gilt für alle oben genannte Waren und Dienstleistungen. Soweit die Markeninhaberin in Klasse 29 unmittelbar Wurst und Wurstwaren („sausages, charcuterie“) beansprucht, beschreibt ALMWURZLER als Sortenbezeichnung die Art und Beschaffenheit dieser Waren.

[54] Die weiteren Waren („meat, poultry, game, meat extracts, jellies, edible fats, meat jellies, salted meats, meat tinned [canned [Am.]], pork, lard, game not live“) können als Rohprodukte der Herstellung von ALMWURZLER dienen, wobei nach den Rechercheergebnissen „Wurzerl“ neben Fleisch zum Beispiel auch aus Geflügel hergestellt werden können (vgl. die Anlage „www.genuss-magazin.eu/essen/2011 [...]“, „Pute auf tirolerisch“, „Putenwurzerl“). Auch die Dienstleistungen „Food preservation, food smoking“ können auf die Herstellung von ALMWURZLER ausgerichtet sein, so dass sich das Markenwort auch insoweit in einer Bestimmungsangabe iSv § 8 II Nr. 2 MarkenG erschöpft.

[55] d) Der weitere Vortrag der Markeninhaberin im Beschwerdeverfahren ist demgegenüber nicht geeignet, der Marke für die og Waren und Dienstleistungen zur Schutzfähigkeit zu verhelfen.

[56] Dass eine frühere Basismarke ALMWURZLER bereits am 7.6.2005 beantragt worden und ihr Schutz sodann seit dem 2.8.2005 bis August 2015, also für zehn Jahre, unter anderem auch auf Deutschland erstreckt war, ist für die Beurteilung des Schutzhindernisses unerheblich. Denn der Beurteilung der Schutzhindernisse nach § 8 II Nrn. 1 u. 2 MarkenG ist das Verkehrsverständnis im Zeitpunkt der Anmeldung bzw. der Schutzstreckung zugrunde zu legen. Zudem ist die Beurteilung der Schutzhindernisse nach § 8 II Nrn. 1 u. 2 MarkenG unabhängig von der Person des Anmelders vorzunehmen. Daher ist es unerheblich, ob und inwieweit das Markenwort von der Markeninhaberin „erfunden“ und/oder in der Vergangenheit benutzt worden ist (vgl. *BGH* GRUR 2009, 411 – Streetball; *Ströbele/Hackerl/Thiering*, § 8 Rn. 404, 405).

[57] Die IR-Markeninhaberin kann sich zur Ausräumung des Schutzhindernisses schließlich auch nicht auf eine ihrer Meinung nach abweichende Eintragungspraxis berufen. Nach übereinstimmender höchstrichterlicher Rechtsprechung lässt sich aus Voreinträgen ähnlicher oder übereinstimmender Marken grundsätzlich kein Schutzgewährungsanspruch herleiten, da es sich bei der Entscheidung über die Schutzfähigkeit einer Marke nicht um eine Ermes-

sens-, sondern um eine gebundene Entscheidung handelt, die jeweils einer auf den Einzelfall bezogenen Prüfung unterliegt (vgl. zB *EuGH GRUR* 2009, 667 Rn. 18 – Bild.t.-Online.de; *BGH GRUR* 2012, 276 Rn. 18 – Institut der Norddeutschen Wirtschaft eV).

[58] e) Im dargelegten Umfang (hinsichtlich der o.g. Waren und Dienstleistungen) war die Beschwerde daher zurückzuweisen.

[59] 2. In Bezug auf die im Beschlusstenor aufgeführten Waren und Dienstleistungen lässt sich hingegen eine beschreibende Bedeutung der Bezeichnung ALMWURZLER bzw. ein enger beschreibender Bezug nicht feststellen, so dass das Zeichen insoweit auch nicht nach § 8 II Nrn. 1 u. 2 MarkenG von der Eintragung (bzw. hier: Schutzerstreckung) ausgeschlossen ist. Die Waren „black pudding [blood sausage], liver, liver pâté, ham“ unterscheiden sich von der speziellen Rohwurstsorte ALMWURZLER und stellen auch keine (Roh-)Produkte zu deren Herstellung dar. Auch die Dienstleistung „slaughtering of animals“ wird nicht mehr beschreibend von dem Markenwort erfasst.

[60] Insoweit war der Beschwerde daher stattzugeben.

Ann. d. Red.: S. hierzu auch den Beitrag von *Kortge/Mittenberger-Huber GRUR* 2021, 793. ■

6. Verwechslungsfahr zwischen Marke für E-Zigaretten und Zeichen für Sisha-Tabak

UMV Art. 129 II; MarkenG §§ 14 VI, 19 I, 125 b Nr. 2 – **ALFALIQUID/ALPA TOBACCO**

1. Es besteht eine mindestens durchschnittliche Warenähnlichkeit zwischen E-Zigaretten nebst Zubehör und Sisha-Tabak.

2. Der Markenbestandteil „LIQUID“ wird vom Verkehr in einem beschreibenden Sinn für den Warenbereich der „elektronischen Zigaretten“ angesehen und kann daher die Marke nicht prägen.

3. Die angesprochenen Verbraucher in Deutschland erkennen in dem Begriff „TOBACCO“ das englische Wort für Tabak. Selbst wenn sie nicht über ausreichende Englischkenntnisse verfügen, erschließt sich ihnen die Bedeutung aufgrund der mit dem deutschen Wort ähnlichen Klangwirkung.

OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 12.3.2021 – 6 U 17/20

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten über Ansprüche wegen Markenverletzung.

Die Kl. ist Inhaberin der am 28.2.2013 eingetragenen Unionswortmarke

ALFALIQUID

mit Priorität vom 24.9.2012 (Reg.-Nr. ...). Die Marke beansprucht Schutz unter anderem für folgende Waren der Klasse 34: „Tabak; Raucherartikel; Zigarren, Zigaretten und Zigarillos; ... Elektronische Zigaretten, Elektronische Zigarren, Elektronische Zigarillos oder elektronische Pfeifen, die Tabakersatzstoffe enthalten, nicht für medizinische Zwecke; ...“

Die Bekl. vertreibt über ihren Online-Shop „www.(...)com“ unter anderem von der Streithelferin hergestellten Shisha-Tabak, der mit der Bezeichnung ALPA TOBACCO versehen ist wie folgt:



Die Bekl. hat auf die Abmahnung der Kl. eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben. Die Parteien streiten allein um Folgeansprüche auf Auskunft, Schadensersatz und Erstattung von Abmahnkosten. Die Streithelferin ist dem Rechtsstreit mit Schriftsatz vom 13.8.2019 beigetreten.

Das *LG Frankfurt a. M.* (Urt. v. 27.11.2019 – 3-8 O 40/19) hat die Bekl. sinngemäß verurteilt, unter Vorlage schriftlicher Belege Auskunft zu erteilen, über

1. Ein- und Verkaufspreise sowie Gestehungskosten von Shisha-Tabak, aufgegliedert nach Packungsgrößen, welche mit dem angegriffenen Zeichen gekennzeichnet sind, wie aus der Anlage 1 ersichtlich, und welche durch die Bekl. ohne Zustimmung der Kl. im geschäftlichen Verkehr der Europäischen Union angeboten wurden;
2. Namen und Anschriften der Hersteller, Lieferanten und anderer Vorbesitzer der Waren sowie der gewerblichen Abnehmer und Verkaufsstellen, für die sie bestimmt waren.

Ferner hat das *LG* die Bekl. zur Erstattung von Abmahnkosten iHv 1.531,90 Euro verurteilt und festgestellt, dass die Bekl. zum Schadensersatz verpflichtet ist. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Streithelferin der Bekl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: [14] 1. Die Berufung der Streithelferin ist zulässig. Nach §§ 74 I, 67 ZPO hat der Nebenintervenient das Recht, namens der Hauptpartei (hier: der Bekl.) ein Rechtsmittel einzulegen (*BGH NJOZ* 2017, 568). Die Streithelferin ist dem Rechtsstreit mit Schriftsatz vom 13.8.2019 beigetreten. Das Rechtsmittel eines (einfachen) Streithelfers muss stets ein Rechtsmittel für die Hauptpartei sein, ohne dass er dabei selbst in eine Parteirolle gelangt. In seiner Rechtsmitteleinlegung liegt daher regelmäßig nur die Erklärung, das Rechtsmittel der von ihm bei seinem Beitritt bezeichneten Partei unterstützen zu wollen. Vorliegend erwecken zwar Berufungsschrift und Berufungsbegründung den Anschein, die Streithelferin habe das Rechtsmittel im eigenen Namen eingelegt. Sie bezeichnet sich im Rubrum selbst als Berufungsklägerin und das Rechtsmittel als „selbstständige Berufung“. Bei einer interessengerechten Auslegung kann aber gleichwohl angenommen werden, dass sie nicht selbst Partei des Berufungsverfahrens werden, sondern die Bekl. als Hauptpartei in zulässiger Weise lediglich als Streithelferin unterstützen wollte (vgl. *BGH NJOZ* 2017, 568). Ein der Wirksamkeit dieser Berufungseinlegung entgegenstehender Wille der Bekl. ist nicht erkennbar geworden.

[15] 2. Der Kl. steht gegen die Bekl. ein Anspruch auf Schadensersatz dem Grunde nach sowie auf Auskunft über den Verletzungsumfang nach Art. 129 II UMV iVm §§ 125 b Nr. 2, 14 VI, 19 I MarkenG, § 242 BGB zu (*LGU Tenor* zu I.1 und III).

[16] a) Die Kl. begehrt Auskunft über Verletzungshandlungen in der gesamten Europäischen Union (vgl. Antrag). Da-

her stellt sich die Frage des anwendbaren Rechts. Die Unionsmarkenverordnung regelt keine Ansprüche auf Auskunft und Schadensersatz, sondern verweist insoweit auf das nationale Recht (Art. 17 I, 129 II UMV). Nach Art. 8 II Rom II-VO (VO [EG] Nr. 864/2007) ist bei einer Verletzung von gemeinschaftsweit einheitlichen Rechten des geistigen Eigentums das Recht des Staates anzuwenden, in dem die Verletzung begangen wurde. Bei wörtlicher Anwendung dieser Bestimmung müsste also das Recht sämtlicher Mitgliedsstaaten ermittelt werden, in die Lieferungen der Bekl. erfolgt sein können. Nach der neueren Rechtsprechung des *EuGH* ist die Vorschrift indes so auszulegen, dass nicht auf jede einzelne vorgeworfene Verletzungshandlung abzustellen ist, sondern eine Gesamtwürdigung des Verhaltens vorzunehmen ist, um den Ort zu bestimmen, an dem die ursprüngliche Verletzungshandlung, auf die das vorgeworfene Verhalten zurückgeht, begangen worden ist (*EuGH* GRUR 2017, 1120 Rn. 111 – Nintendo/BigBen). Da die Bekl. ihren Sitz in Deutschland hat und der fragliche Online-Shop in deutscher Sprache gehalten ist, geht die Verletzungshandlung auf ein Verhalten in Deutschland zurück. Es ist daher insgesamt deutsches Recht anwendbar.

[17] b) Das *LG* hat zu Recht angenommen, dass die Bekl. mit dem Angebot der „ALPA TOBACCO“-Produkte die Klagemarke verletzt hat. Das Wort-/Bildlogo „ALPA TOBACCO“ wird auf den Tabakdosen markenmäßig nach Art eines Herkunftshinweises verwendet. Es besteht auch Verwechslungsgefahr mit der Klagemarke.

[18] aa) Die Frage der Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht zu ziehenden Faktoren, insbesondere der Identität oder der Ähnlichkeit der Zeichen und der Identität oder der Ähnlichkeit der mit ihnen gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen sowie der Kennzeichnungskraft der älteren Marke.

[19] bb) Es besteht eine mindestens durchschnittliche Warenähnlichkeit. Die Klagemarke ist für E-Zigaretten nebst Zubehör eingetragen. Das angegriffene Zeichen wird für Sisha-Tabak verwendet. Entgegen der Ansicht der Streithelferin der Bekl. kommt es für die Warenähnlichkeit nicht darauf an, ob die Produkte austauschbar sind. Maßgeblich ist vielmehr, ob sie nach der Verkehrsauffassung aus demselben Unternehmen oder aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen können (*EuGH* GRUR 2017, 1257 Rn. 52 – Darjeeling). Insoweit kann es auf deren Art, Verwendungszweck und Nutzung ankommen. In die Beurteilung einzubeziehen ist auch, ob die Produkte beim Vertrieb Berührungspunkte aufweisen (*EuG* Urt. v. 6.4.2017 – T-39/16, BeckRS 2017, 106116 – NANA/Nana Fink). Bei beiden Produkten handelt es sich um Rauchartikel im weitesten Sinne. Es ist nach der Verkehrsauffassung naheliegend, dass derartige Produkte von ein- und demselben Unternehmen hergestellt und vertrieben werden können. Für ein solches Verkehrsverständnis spricht auch der von der Kl. vorgelegte Blog-Eintrag aus „www(...).info“. Danach werden E-Zigaretten teilweise als E-Shishas bezeichnet, da sie in ähnlichen Geschmacksrichtungen wie Wasserpfeifentabak konsumiert werden. Ob beide Produkte von den gleichen Abnehmerkreisen konsumiert werden, ist nicht von entscheidender Bedeutung.

[20] cc) Die Klagemarke verfügt über einen durchschnittlichen Grad an Kennzeichnungskraft. Davon ist mangels durchgreifender Anhaltspunkte für eine Stärkung durch Benutzung oder einer Schwächung durch Drittzeichen bzw. einer originären Kennzeichenschwäche auszugehen.

[21] (1) Entgegen der Ansicht der Berufung führt die Anlehnung an den Begriff des griechischen Buchstabens Alpha in Kombination mit dem beschreibenden Zusatz „liquid“ nicht

zu einer originären Kennzeichnungsschwäche. Davon könnte nur dann ausgegangen werden, wenn die Bezeichnung vom Verkehr in einen beschreibenden Kontext zu den betreffenden Produkten gesetzt werden würde (vgl. *BGH* GRUR 2014, 382 Rn. 18 – REAL-Chips). Dafür sind keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich.

[22] (2) Entgegen der Ansicht der Berufung kann auch nicht von einer Schwächung der Kennzeichnungskraft durch Drittzeichen ausgegangen werden. Voraussetzung wäre insoweit, dass die Drittkennzeichen in gleichen oder eng benachbarten Branchen in einem Umfang in Erscheinung treten, der geeignet ist, den Verkehr an die Existenz weiterer Kennzeichen im Ähnlichkeitsbereich zu gewöhnen (vgl. *BGH* GRUR 2016, 83 Rn. 54 – Amplidect/ampliteq). Es reicht nicht aus, eine Vielzahl von entsprechenden Drittzeichen aufzuzeigen. Vielmehr bedarf es auch Vortrag zum Benutzungsumfang der Drittzeichen (*BGH* GRUR 2012, 930 Rn. 40 – Bogner B). Daran fehlt es vorliegend. Es ist nicht ersichtlich, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die aus den Anlagen N1-N5 ersichtlichen Marken mit dem Bestandteil Alfa im Geschäftsverkehr benutzt werden.

[23] Anders sieht es bei dem Zeichen Alpha Liquid/Alpha Steam Liquid der Fa. X & Y GmbH aus. Insoweit wurden Internetangebote auf der Webseite „www(...).com“ sowie Fotos aus einer Ladenpräsentation vorgelegt. Auch unter dem Unternehmenskennzeichen „Alfa Labs“ werden im Internet über einen Online-Shop Shisha-Produkte angeboten. In der Summe reicht das jedoch nicht, um eine Gewöhnung des Verkehrs an Zeichen mit dem vorangestellten Bestandteil „Alfa“ zu belegen. Es ist nicht ersichtlich, dass die genannten Produkte über nennenswerte Marktanteile verfügen oder auf gängigen Handelsplattformen in so erheblichem Umfang vertreten sind, dass sie Einfluss auf das Erfahrungswissen der Verbraucher haben.

[24] dd) Die Klagemarke und das angegriffene Zeichen sind durchschnittlich ähnlich. Die Ähnlichkeit einander gegenüberstehender Zeichen ist grundsätzlich in Ansehung ihres Gesamteindrucks nach deren Ähnlichkeit im Klang, im (Schrift-)Bild und im Bedeutungs- oder Sinngehalt zu beurteilen, weil Zeichen auf die angesprochenen Verkehrskreise in klanglicher, bildlicher und begrifflicher Hinsicht wirken können. Für die Bejahung der Zeichenähnlichkeit genügt dabei regelmäßig bereits die Ähnlichkeit in einem der genannten Wahrnehmungsbereiche (*BGH* GRUR 2020, 1202 Rn. 23 – YOOFOOD/YO). Bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit ist auf den durch die Zeichen hervorgerufenen Gesamteindruck abzustellen, wobei insbesondere ihre unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind (*EuGH* GRUR 2020, 52 Rn. 48 – Hansson; *BGH* GRUR 2020, 870 [58] – INJEKT/INJEX, mwN).

[25] (1) Der Gesamteindruck der Klagemarke ALFALID wird durch den Bestandteil „ALFA“ geprägt.

[26] (a) Grundsätzlich darf eine eingetragene Marke im Verletzungsverfahren nicht in ihre Bestandteile aufgespalten werden, da ihr kein Elementeschutz zukommt. Es ist regelmäßig davon auszugehen, dass der Verkehr sie als Ganzes wahrnimmt. Trotz dieses Ausgangspunktes kann es sein, dass jenseits des Normalfalls der Gesamteindruck einer zusammengesetzten Marke durch einen Bestandteil in der Weise geprägt wird, dass die anderen Bestandteile im Gedächtnis bzw. in der Wahrnehmung der Verkehrskreise zurücktreten. Für die Prüfung der Zeichenähnlichkeit ist dann auf den prägenden Bestandteil abzustellen (BeckOK UMV/Büscher/Kochendörfer, 18. Ed., Art. 8 Rn. 193 mwN).

[27] (b) Bei zusammengesetzten Marken neigt der Verkehr zur Verkürzung (*EuG* GRUR Int 2009, 588 Rn. 48 – Limoncello). Er neigt insbesondere dazu, dem Wortanfang

eine stärkere Bedeutung beizumessen als den nachfolgenden Wortbestandteilen (vgl. *BGH GRUR* 2021, 482 Rn. 43 – *RETROLYMPICS*; *EuG GRUR* 2007, 720 Ls. = BeckRS 2006, 70648 – *PAM-PIM'S BABY-PROP*). Beschreibende Markenbestandteile oder solche mit beschreibenden Anklängen sind im Allgemeinen nicht als dominierendes Merkmal des Gesamteindrucks der Marke anzusehen (*EuGH* Urt. v. 18.6.2020 – C-702/18 P, *GRUR-RS* 2020, 12960 Rn. 53 – *PRIMA/PRIMART*; *EuGH GRUR* 2020, 52 Rn. 55 – *Hanson*; *BGH GRUR* 2020, 1202 Rn. 27 – *YOOFood/YO*). Sie werden häufig vernachlässigt.

[28] (c) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze wird die Klagemarke von dem Bestandteil ALFA geprägt. Der Bestandteil „LIQUID“ wird vom Verkehr in einem beschreibenden Sinn für die im Warenverzeichnis beanspruchten Waren verstanden. Die Marke ist – soweit hier von Interesse – für „elektronische Zigaretten“ eingetragen. Den angesprochenen Endverbraucherkreisen, zu denen auch die Mitglieder des *Senats* gehören, ist bekannt, dass es sich bei E-Liquids um die Nikotinlösung in der austauschbaren Patrone oder dem wiederaufladbaren Tanksystem handelt. Dem Begriff kommt daher keinerlei Kennzeichnungskraft zu. Er tritt im Gesamteindruck der Marke hinter dem vorangestellten Bestandteil „Alfa“ zurück. Der Bestandteil „ALFA“ ist nicht beschreibend. Er mag nicht besonders kennzeichnungskräftig sein, da Buchst. des griechischen Alphabets in der Werbesprache häufiger zu finden sind; ihm kann jedoch weder jegliche Unterscheidungskraft abgesprochen werden noch eine nur so geringe Kennzeichnungskraft zugemessen werden, dass er die Wortkombination nicht prägen oder gar vernachlässigt werden kann.

[29] (2) Der Gesamteindruck des angegriffenen Logos wird durch den Wortbestandteil „ALPA“ geprägt.

[30] (a) In klanglicher Hinsicht wird das Gesamtlogo der Streithelferin zunächst durch seine Wortbestandteile dominiert. Dies folgt aus dem Erfahrungssatz, wonach sich der Verkehr für die Aussprache eines Zeichens erfahrungsgemäß an der einfachsten Benennungsmöglichkeit orientiert (*EuGH* Beschl. v. 13.6.2013 – C-346/12 P, BeckRS 2013, 81259 Rn. 20 – *MILRAM/RAM*; *EuG GRUR* Int 2010, 722 – *Golden Eagle*; *BGH GRUR* 2008, 903 Rn. 25 – *SIERRA ANTIGUO*). Eine Ausnahme gilt nur bei besonders markanten Bildbestandteilen, wenn gleichzeitig der Wortbestandteil kennzeichnungsschwach ist. Vorliegend erschöpfen sich die grafischen Elemente in der Stilisierung des Schriftzuges „ALPA“ und in einem das Logo umgebenden Kasten.

[31] (b) An der Prägung nimmt der Bestandteil TOBACCO nicht teil. Es handelt sich aus Sicht des Verkehrs um einen glatt beschreibenden Zusatz, dem keine Kennzeichnungskraft zukommt. Das angegriffene Gesamtzeichen wird nach den Feststellungen des *LG* für so genannte Sisha-Tabak verwendet. Die angesprochenen Verbraucher in Deutschland und Europa erkennen in dem Begriff „TOBACCO“ das englische Wort für Tabak. Es handelt sich um einen Begriff, der dem an Rauchartikeln interessierten Verbraucher häufig begegnet. Selbst wenn er nicht über ausreichende Englischkenntnisse verfügt, erschließt sich ihm die Bedeutung aufgrund der mit dem deutschen Wort ähnlichen Klangwirkung (vgl. *Kochendörfer GRUR* 2020, 949 [955]). Dass in anderen Teilen des Unionsgebiets ein abweichendes Verkehrsverständnis vorherrscht, hat die insoweit beweispflichtige *Bekl.* nicht dargetan. Ohne Erfolg beruft sie sich darauf, die Bezeichnung sei für ein E-Liquid nicht beschreibend. Darauf kommt es nicht an. Maßgeblich ist die Bedeutung des Begriffs im Zusammenhang mit den gekennzeichneten Tabakprodukten.

[32] (3) Für den Zeichenvergleich kommt es somit entscheidend auf die Gegenüberstellung der beiden prägenden Be-

standteile ALFA und ALPA an. Die Wörter stimmen hinsichtlich ihrer Länge und ihrer Vokalfolge überein und erzeugen einen ähnlichen Klangeindruck. Der einzig abweichende Buchstabe (P anstatt F) fällt nicht maßgeblich ins Gewicht. Entgegen der Ansicht der *Bekl.* kommt es insoweit nicht entscheidend darauf an, ob diese Buchstaben – isoliert betrachtet – eine unterschiedliche Klangwirkung erzeugen. Aufgrund ihrer mittigen Positionierung in den hier maßgeblichen Begriffen fällt der Unterschied nicht maßgeblich ins Gewicht. Es ist auch nicht von der Hand zu weisen, dass – wie das *LG* festgestellt hat – ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs dazu neigen dürfte, das „P“ vorliegend wie ein „PH“ (= F) auszusprechen. Auf diesen Aspekt kommt es jedoch nicht entscheidend an. Nach Abwägung sämtlicher Umstände ist von einem mindestens durchschnittlichen Ähnlichkeitsgrad der gegenüberstehenden Zeichen in klanglicher Hinsicht auszugehen.

[33] (4) Die klangliche Ähnlichkeit wird nicht durch begriffliche Unterschiede neutralisiert. Grundsätzlich kann eine klangliche oder bildliche Ähnlichkeit durch einen Unterschied im Sinngehalt aufgehoben oder verringert werden (vgl. *EuGH GRUR* 2020, 640 Rn. 74 – *labell*; *EuGH GRUR* 2006, 237 Rn. 20 – *PICASSO/PICARO*). Voraussetzung ist, dass zumindest eine der fraglichen Marken für die maßgeblichen Verkehrskreise eine eindeutige und bestimmte Bedeutung hat, so dass der Verkehr sie ohne weiteres erfassen kann, und dass die andere Marke keine oder eine ganz andere Bedeutung hat (*EuGH GRUR* 2020, 640 Rn. 75 – *labell*). Eine Neutralisierung scheidet hingegen aus, wenn der den Zeichen zugeschriebene Sinngehalt nicht hinreichend direkt und genau ist, um vom Verbraucher sofort erfasst werden zu können und damit ihre sichere Unterscheidung zu ermöglichen (*EuG GRUR-RR* 2003, 279 Rn. 47 – *Mystery/Mixery*).

[34] (a) Die Streithelferin der *Bekl.* weist zu Recht darauf hin, dass zumindest ein Teil des Verkehrs in der Bezeichnung „ALFA“ die Anlehnung an den gleichnamigen griechischen Buchstaben Alpha erkennen wird. Dem Zeichen „ALPA“ kann ein solcher Sinngehalt hingegen in klanglicher Hinsicht nicht ohne weiteres entnommen werden. Das *LG* hat zu Recht angenommen, dass der Unterschied im Sinngehalt vorliegend aber nicht so deutlich ist, dass der Verkehr allein aus diesem Grund die Zeichen problemlos auseinanderhalten kann. Denn mit dem griechischen Buchstaben Alpha lassen sich keine direkten Assoziationen auf die hier in Rede stehenden Produkte verbinden. Es handelt sich nicht um eine „sprechende“ Marke. Der Bedeutungsgehalt ist vage und nichtssagend. Es ist damit nicht ausgeschlossen, dass Teile des Verkehrs sich bei den Produkten der *Bekl.* an die Marke der *Kl.* erinnern.

[35] (b) Das *LG* ist auch zu Recht davon ausgegangen, dass der Verkehr bei dem angegriffenen Zeichen nicht die (beabsichtigte) Reminiszenz an einen Berliner Rapper namens „C“ erkennen wird. Es ist nicht ersichtlich, dass der genannte Musiker über einen ausreichend hohen Bekanntheitsgrad verfügt, um ein Produkt allein aufgrund des übereinstimmenden Anfangsbestandteils seines Künstlernamens mit ihm in Verbindung zu bringen. Auf diesen Aspekt geht die Streithelferin der *Bekl.* im Berufungsverfahren auch nicht mehr ein.

[36] ee) Bei der Gesamtabwägung ist daher zu berücksichtigen, dass alle in Wechselwirkung stehenden wesentlichen Parameter (Produktähnlichkeit, Kennzeichnungskraft, Zeichenähnlichkeit) jeweils in durchschnittlicher Ausprägung vorliegen. Vor diesem Hintergrund ist nach der Überzeugung des *Senats* die Verwechslungsgefahr zu bejahen.

[37] c) Soweit die Streithelferin mit Schriftsatz vom 23.2.2021 andeutet, die Klagemarke werde nur für E-Liquids benutzt, ist unklar, ob damit die Einrede der Nichtbenut-

zung hinsichtlich der eingetragenen Ware „E-Zigaretten“ erhoben werden soll (Art. 18, 127 III UMG). Mit diesem Einwand wäre sie im Berufungsrechtszug jedenfalls nach § 531 II Nr. 3 ZPO ausgeschlossen. Die Kl. hat erstinstanzlich unwidersprochen vorgetragen, auch elektronische Zigaretten herzustellen und zu vertreiben. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob die Klage jedenfalls hinsichtlich der gleichlautenden Marke mit der Reg.-Nr. ... Erfolg hat, die ausdrücklich auch für E-Liquids eingetragen und mit dem angegriffenen Zeichen ebenfalls warenähnlich ist.

[38] d) Die Bekl. handelte schuldhaft. Bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt wäre die Rechtsverletzung erkennbar gewesen.

[39] e) Die Pflicht zur Auskunft besteht in dem für die Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs erforderlichen Umfang. Die Kl. strebt offenbar eine Schadensberechnung nach der Methode der Herausgabe des Verletzergewinns an. Für die Berechnung des Verletzergewinns sind die beantragten Angaben zu Ein- und Verkaufspreisen sowie zu den Gestehungskosten erforderlich (vgl. *BGH GRUR* 2013, 1161 – Hard Rock Cafe).

[40] 3. Der Kl. steht gegen die Bekl. auch ein Anspruch auf Auskunft über Herkunft und Vertriebsweg der markenverletzend gekennzeichneten Produkte nach Art. 129 II UMG iVm §§ 125 b Nr. 2, 19 I, III MarkenG zu (LGU Tenor zu I.2). Zu den Angaben, die die Bekl. danach zu machen hat, gehören nach dem Wortlaut des Gesetzes die Namen und Anschriften der Lieferanten und anderer Vorbesitzer. Die Auskunftsverpflichtung besteht im Hinblick auf alle Glieder der Lieferkette (*BGH GRUR* 2017, 1160 Rn. 69 – Bretaristgenair).

[41] 4. Die Kl. hat gegen die Bekl. auch einen Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten (LGU Tenor zu II). Die Abmahnung war berechtigt.

Anm. d. Red.: Zur zitierten Entscheidung des *EuGH GRUR* 2017, 1120 – Nintendo/BigBen, s. die Anmerkung von *Kur GRUR* 2017, 1127. Zu *EuGH GRUR* 2017, 1257 – Darjeeling, s. den Beitrag zur Rechtsprechung von *Grabrucker GRUR* 2018, 53. ■

7. Beschreibende Verwendung einer Marke für ein Universitätsgebäude

MarkenG § 14 II Nrn. 1 u. 2 – **Medicum**

1. Bei der redaktionellen Verwendung des Zeichens „Medicum“ in einem Artikel einer universitätsnahen Zeitschrift, in dem unter anderem über Planung und Neubau des als „Medicum“ bezeichneten Gebäudes berichtet wird, steht regelmäßig der Informationszweck im Vordergrund, der aus dem übergeordneten Grundsatz der Pressefreiheit nicht aus markenrechtlichen Erwägungen behindert werden darf.

2. Sofern es bei der Berichterstattung um das Gebäude selbst geht, wird der Verkehr hierin keinen Herkunftshinweis für die dort angebotenen Dienstleistungen sehen.

3. Veröffentlicht die Universität auf ihren Internetseiten den Hinweis „Die Prüfungen finden im Medicum (Haus 10A) im Prüfungssaal statt.“ handelt es sich um eine rein informative Darstellung, in der der Verkehr keinen Herkunftshinweis sehen wird.

OLG Frankfurt a. M., Urt. v. om 10.12.2020 – 6 U 193/19

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten um markenrechtliche Ansprüche wegen der Benutzung des Zeichens **Medicum**.

Die Kl., ein Akutkrankenhaus der Schwerpunktversorgung in Stadt1, ist Inhaberin der eingetragenen deutschen Wortmarke „Medicum“ mit der Registernummer ..., die für Dienstleistungen der Klasse 44, nämlich „ärztliche Dienstleistungen, Betrieb eines ärzt-

lichen Fachzentrums“ eingetragen ist. Die Bekl., eine Hochschule des Landes Hessen, errichtete auf ihrem Campus (...) ein Lehr-, Lern- und Prüfungszentrum des Fachbereichs Medizin (Haus 10 A) für die Ausbildung von Ärzten und Ärztinnen. Dieses Gebäude bezeichnete sie bereits in der Planungs- und Bauzeit als „Medicum“. Die Bezeichnung, die bis heute unverändert fortgeführt wird, ist auch am Gebäude angebracht. Das Gebäude wird in den Lageplänen der Universität ebenfalls so bezeichnet.

Das *LG Frankfurt a. M.* (Urt. v. 23.8.2019 – 3-10 O 46/19) hat die auf Unterlassung der Zeichenbenutzung gerichtete Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das *LG* ausgeführt, eine herkunftshinweisende Benutzung des Zeichens sei nicht erkennbar. Der Verkehr (angehende und derzeitige Studenten sowie Besucher der Universität) sehe hier lediglich eine beschreibende Verwendung, um das in Rede stehende Gebäude (Haus 10 A) schlagwortartig zu beschreiben. Die Bezeichnung als „Medicum“ habe lediglich den Zweck, Studenten und Besuchern die Orientierung auf dem Campus- und Klinikumsgelände zu erleichtern. Die Verwendung des Zeichens füge sich auch zwanglos in die Bezeichnung weiterer universitärer Gebäude anderer Fachbereiche ein, wie zum Beispiel „Juridicum“, „Philosophicum“ und „Biologicum“. Auch andere deutschen Universitäten verwendeten lateinische Begriffe für Gebäude jener Universitäten.

Die hiergegen gerichtete Berufung der Kl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: [9] Die Verwendung des Zeichens „Medicum“ in der streitgegenständlichen Form stellt keine herkunftshinweisende Benutzung der Klagemarke dar.

[10] 1. Auf den Hinweis des *Senats* hat die Kl. ihren allgemein gehaltenen Antrag („zu benutzen“) auf konkrete Verletzungshandlungen präzisiert. Dies war notwendig, da die Parteien gerade darüber streiten, ob eine konkrete Benutzung herkunftshinweisend erfolgt ist. In diesem Falle würde einem allgemein gehaltenen, den Gesetzeswortlaut wiederholenden Antrag die Bestimmtheit fehlen. Nunmehr hat die Kl. zwei konkrete Benutzungshandlungen in den Antrag aufgenommen, nämlich von einer Internetseite der Bekl. und einen Artikel in der Zeitung *B*. Nur diese sind Gegenstand des Rechtsstreits.

[11] 2. Das *LG* hat zu Recht eine herkunftshinweisende Benutzung des Zeichens „Medicum“ verneint.

[12] a) Die Verwirklichung der Verletzungstatbestände des § 14 II Nrn. 1 u. 2 MarkenG hängt grundsätzlich von einer Beeinträchtigung der jeweils geschützten Markenfunktionen ab, wobei im Bereich der Verwechslungsgefahr nur eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion in Betracht kommt, also der Funktion der Marke, den Abnehmern gegenüber die Herkunft der Ware oder Dienstleistung vom Markeninhaber zu gewährleisten. Im Gegensatz dazu steht die rein beschreibende Verwendung. Ob ein Zeichen rein beschreibend verwendet wird, ist anhand der konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls unter Berücksichtigung des Gesamteindrucks zu beurteilen, der bei den angesprochenen Verkehrskreisen aufgrund der Zeichenverwendung entsteht.

[13] Als Beurteilungsgrundsätze sind dabei neben dem Inhalt des Zeichens (*BGH GRUR* 2003, 792 – Festspielhaus II/*BGH GRUR* 2002, 814 – Festspielhaus) unter anderem die Kennzeichnungsgewohnheiten im maßgeblichen Warensektor (*BGH GRUR* 2010, 838 Rn. 20 – DDR-Logo), die Positionierung des zu beurteilenden Zeichens (vgl. zB *BGH GRUR* 2012, 1040 Rn. 18 – pjur/pure) sowie die weitere Gestaltung des Produkts bzw. der Verpackung zu beachten, insbesondere das Hinzutreten oder Fehlen weiterer Kennzeichen.

[14] Maßgeblich ist die Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise, die das Gericht festzustellen hat (*BGH GRUR* 2010, 838 Rn. 20 – DDR-Logo). Es muss dabei die Faktoren berücksichtigen, die das Verkehrsverständnis beeinflussen, wie etwa die Gewöhnung daran, dass in bestimmten Warensektoren üblicherweise Marken gewählt werden, die sich stark an beschreibende Bezeichnungen anlehnen (wie etwa im Arzneimittelsektor die Anlehnung an die generische Bezeichnung des Wirkstoffs). Abzustellen

ist auf die konkrete streitgegenständliche Verwendung des Zeichens und den dadurch hervorgerufenen Gesamteindruck.

[15] b) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist das LG zu Recht davon ausgegangen, dass eine herkunftshinweisende Benutzung nicht vorliegt.

[16] (1) Die zweite angegriffene Verwendung erfolgte im Rahmen eines Artikels in der Zeitschrift *B*. Dort wurde unter der Überschrift „Für Lehre auf höchstem Niveau – Präsentation der Wettbewerbs-Ergebnisse für den Neubau von Audimax und Medicum“ über die Planungen für diese beiden Bauvorhaben berichtet. Hier ist schon zweifelhaft, ob die redaktionelle Benutzung überhaupt eine herkunftshinweisende Benutzung darstellen kann. Ob auch die rein redaktionelle Verwendung der Marke als Benutzung zur Unterscheidung von Waren oder Dienstleistungen im Sinne des Verletzungstatbestandes anzusehen ist, ist nämlich fraglich (ablehnend *Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering*, MarkenG, § 14 Rn. 79). Wenn Presseorgane über eine Marke berichten und diese beim Namen nennen, liegt eher eine Benutzung in rein beschreibendem Sinne vor (ähnlich wie in *EuGH GRUR 2002, 692 – Hölterhoff/Freiesleben*). Bei der redaktionellen Verwendung steht regelmäßig der Informationszweck im Vordergrund, der zudem von dem übergeordneten Grundsatz der Pressefreiheit gedeckt ist. Eine Behinderung der Berichterstattung aus rein markenrechtlichen Erwägungen ist daher nicht zulässig. Ob dies uneingeschränkt auch für eine redaktionelle Berichterstattung in einer Art „Unternehmenszeitung“ – wie hier dem *B* – gilt, kann jedoch dahinstehen.

[17] Jedenfalls stellt sich nämlich die Verwendung des Zeichens auch unter einem anderen Gesichtspunkt als nicht herkunftshinweisend dar. Durch die Gleichsetzung von „Audimax“ (offensichtlich rein beschreibend) und „Medicum“ und den Bericht über den „Neubau“ und die architektonischen Aspekte wird deutlich, dass es hier nur um das Gebäude geht und nicht um die Herkunft der dort angebotenen Dienstleistungen. Der Artikel berichtet über die „Präsentation der Wettbewerbsergebnisse für den Neubau von Audimax und Medicum“. Im Vordergrund stehen Berichte über das Gebäude und den Ablauf des Wettbewerbsverfahrens. Der Verkehr wird hierin keinen Herkunftshinweis auf die dort angebotenen Dienstleistungen der Aus- und Fortbildung erkennen, sondern vielmehr einen Bericht über die geplanten „Audimax“- und „Medicum“-Gebäude.

[18] (2) Die erste angegriffene Verwendung erfolgte auf einer Internet-Seite der Bekl. auf den Seiten des Dekanats. Dort wurden aktuelle Hinweise zu Prüfungen veröffentlicht, die mit dem Satz eingeleitet wurden: „Die Prüfungen finden im Medicum (Haus 10A) im Prüfungsraum statt.“ Hierbei handelt es sich um eine rein informative Darstellung der Prüfungsbedingungen, die sich an Studenten richtet. Es ist fernliegend, dass der Verkehr hierin einen Herkunftshinweis der Bekl. sieht. Vielmehr wird hier nur ein Ort angegeben, in dem die Prüfungen abgelegt werden sollen.

[19] (3) Auf die vom LG aufgeworfene Frage, ob die Bezeichnung „Medicum“ generell als beschreibend bzw. nicht markenmäßig anzusehen ist, weil sie lediglich ein bestimmtes Gebäude bezeichnet, aber keinen Herkunftshinweis beinhaltet, kommt es angesichts des – in zweiter Instanz – auf die konkreten Verletzungsformen beschränkten Streitgegenstand nicht mehr an.

[20] Das LG dürfte dies aber zu Recht angenommen haben. Der Verkehr wird in der Verwendung des Zeichens „Medicum“ in Lageplänen und an dem Haus selbst keinen Herkunftshinweis erkennen. Er wird vielmehr davon ausgehen, dass hiermit das Gebäude bezeichnet wird, in dem bestimmten Leistungen angeboten werden, nicht hingegen die Her-

kunft der Leistungen selbst. Die Parallele zu „Juridicum“ und „Biologicum“ liegt nahe. Der Verkehr versteht zum Beispiel unter „Juridicum“ das Gebäude an der Senckenberganlage, in dem früher der juristische Fachbereich der Universität untergebracht war. Auch nach dessen Auszug hat das Gebäude jedoch nicht seinen Namen verloren, sondern wird – auch im Zusammenhang mit der Neubebauung des Geländes – als „Juridicum“ bezeichnet. Ebenso war die Präsidialabteilung jahrzehntelang im „Juridicum“ unterbracht – auch nach Auszug der juristischen Fakultät. Diese Kennzeichnungsgewohnheiten sind bei der Frage zu berücksichtigen, ob der Verkehr dem Zeichen „Medicum“ eine herkunftshinweisende Bedeutung zumisst.

[21] Die Tatsache, dass die Bekl. zur Orientierung auf dem Campus ein nummerisches System verwendet – (Haus 10A) – schließt nicht aus, dass zusätzlich auch Begriff wie „Medicum“ oder „Juridicum“ verwendet werden. Es liegt auf der Hand, dass diese Bezeichnungen für prominente Gebäude dem Verkehr die Orientierung deutlich erleichtern, da es einfacher ist, sich einprägsame Begriffe zu merken, als alphanummerische Begriffe zur Orientierung zu verwenden.

[22] Zu kurz greift schließlich der Einwand der Kl., gegen die Annahme einer beschreibenden Verwendung spreche, dass das Gebäude in den Augen des Verkehrs auch dann noch „Medicum“ hieße, wenn es an einen anderen Ort verlegt würde. Die Ablehnung einer rein beschreibenden Verwendung führt nicht automatisch dazu, dass eine herkunftshinweisende Benutzung vorliegt (*BGH GRUR 2019, 1289 – Damenhose MO*). Vielmehr muss die herkunftshinweisende Verwendung positiv festgestellt werden. Das kann hier nicht gelingen.

[23] 3. Angesichts dessen kann dahinstehen, ob bei geringer Kennzeichnungskraft der Klagemarke und Dienstleistungsähnlichkeit die identische Zeichenverwendung zu einer Verwechslungsgefahr führt. Gleiches gilt für die Frage, ob die Einrede der rechtserhaltenden Benutzung Erfolg haben kann.

Anm. d. Red.: Zur zitierten Entscheidung des *BGH GRUR 2019, 1289 – Damenhose MO*, vgl. *Thiering GRUR 2019, 1237 (1241 unter VII)*. Zur Verwechslungsgefahr eines Wortzeichens mit beschreibendem Anklang für eine Wohnraumvermittlung s. *OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2018, 345 – Home Company*. ■

8. Fehlende kennzeichenmäßige Verwendung als Zweitmarke

MarkenG § 14 II Nr. 1 – **Barbour Steppjacke Sam**

1. In dem Werbeangebot „Barbour Barbour Heritage Steppjacke mit Druckknöpfen Modell Sam-Olivgrün“ versteht der Verkehr „Sam“ als Modellbezeichnung, nämlich als Bezeichnung der angebotenen Steppjacke aus dem Hause Barbour.

2. Dabei kann nicht angenommen werden, dass der Durchschnittsverbraucher in der Modellbezeichnung „Sam“ zugleich einen Herkunftshinweis im Sinne einer Zweitmarke sieht, denn es fehlt an einer markentypischen Hervorhebung. Der Verkehr geht daher nicht davon aus, dass die Bezeichnung „Sam“ neben der Dachmarke eingesetzt wird, um das konkrete Jackenmodell zusätzlich der Herkunft nach zu kennzeichnen, denn die Modellbezeichnung nimmt nicht am Blickfang teil und ist auch nicht anderweitig hervorgehoben.

OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 9.2.2021 – 6 W 10/21

Anm. d. Red.: Die vollständige Entscheidung ist mit Sachverhalt und Gründen unter GRUR-RS 2021, 3150 abrufbar. ■

WETTBEWERBSRECHT

9. Lauterkeitsrechtliche und deliktsrechtliche Ansprüche bei unwahren Aussagen auf Fluggastrechteportal

UWG §§ 2 I Nr. 3, 8 III Nr. 1; BGB §§ 824, 1004 – Fluggastrechteportal

Zwischen Fluggastrechteportalen und Fluggesellschaften besteht kein Wettbewerbsverhältnis.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.1.2021 – 20 U 239/20

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten im einstweiligen Rechtschutzverfahren um verschiedene Äußerungen, die die Ag., ein Fluggastrechteportal, über die Ast., eine Fluggesellschaft, getätigt hat.

Anfang März 2020 wurden über das Portal der Ag. für die Passagierin H wegen Verspätung eines von der Ast. durchgeführten Fluges von Modlin nach London Entschädigungsansprüche nach Art. 7 der VO (EG) Nr. 261/2004 (FluggastrechteVO) geltend gemacht. Am 5.3.2020 teilte die Ag. der Passagierin in einer E-Mail unter anderem mit:

„Dank der Unterlagen, die Sie uns zur Verfügung gestellt haben, hat unser Rechtsteam Ihren Fall nun genau geprüft und nochmals bestätigt, dass Sie einen Anspruch auf Entschädigung für Ihren [ASt]-Flug von Modlin nach London haben. [ASt] zeigt sich jedoch immer noch unkooperativ und streitet ab, dass Sie eine berechnete Forderung haben. Für gewöhnlich ist dies kein Problem. Wir bringen die Fluggesellschaft einfach vor Gericht, um sie dazu zu bringen, den Passagieren die Entschädigung zu zahlen, die ihnen zusteht.“

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Ansprüche der Passagierin H bei der Ast. zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht wurden. Auf der Webseite der Ag. „www.A.com“ fanden sich auf der auf die Ast. bezogenen Unterseite „www.A.com/de/airlines/ASt“ unter anderem folgende Aussagen:

- „Sie müssen keine komplizierten Formulare ausfüllen, wenn Sie mit [ASt] Verspätung hatten.“
- „Unser Team (...) weiß bestens über die Rechtslage Bescheid, so dass Sie sich nicht mit langwierigen Verfahren mit der Fluggesellschaft auseinandersetzen müssen.“
- „A klärt auf und bietet Fluggästen eine stressfreie Möglichkeit, die ihnen zustehende Entschädigung zu erhalten.“
- „Aufgrund unserer langjährigen Erfahrung in der Branche der Fluggastrechte wissen wir, welche Ausreden die Fluggesellschaften verwenden und wie Sie trotzdem Ihre Entschädigung erhalten.“
- „[ASt] bietet Ihnen vielleicht einen Gutschein an, um Sie zufriedenzustellen, während Sie warten, aber wir haben schon von Fällen gehört, in denen man durch die Annahme eines solchen Gutscheins auf seinen Entschädigungsanspruch verzichtet.“
- „A ist das erfolgreichste Unternehmen für Fluggastrechte.“

Hiergegen wandte sich die Ast. nach erfolgloser Abmahnung mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassen der zitierten Äußerungen. Sie hält die Äußerungen der Ag. für wettbewerbswidrig.

Das OLG Düsseldorf (Urt. v. 9.6.2020 – 14 c O 50/20) hat dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung überwiegend stattgegeben und der Ag. die Äußerung – „[ASt] zeigt sich jedoch immer noch unkooperativ und streitet ab, dass Sie eine berechnete Forderung haben.“ in der E-Mail-Ansprache an Kunden sowie folgende Äußerungen auf der Webseite der Ag. untersagt:

- „Sie müssen keine komplizierten Formulare ausfüllen, wenn Sie mit [ASt] Verspätung hatten.“
- „[ASt] bietet Ihnen vielleicht einen Gutschein an, um Sie zufriedenzustellen, während Sie warten, aber wir haben schon von Fällen gehört, in denen man durch die Annahme eines solchen Gutscheins auf seinen Entschädigungsanspruch verzichtet.“
- „Aufgrund unserer langjährigen Erfahrung in der Branche der Fluggastrechte wissen wir, welche Ausreden die Fluggesellschaften verwenden und wie Sie trotzdem Ihre Entschädigung erhalten.“
- „A ist das erfolgreichste Unternehmen für Fluggastrechte.“

Das OLG hat die geltend gemachten Unterlassungsansprüche aus dem UWG hergeleitet. Zwischen der Fluggesellschaft und dem Fluggastrechteportal bestehe ein konkretes Wettbewerbsverhältnis; die Äußerungen seien irreführend iSd § 5 I 1 UWG.

Die hiergegen gerichtete Berufung der Ag. hatte teilweise Erfolg.

Aus den Gründen: [12] Der Ast. stehen die geltend gemachten Unterlassungsansprüche nur zum Teil zu.

[13] I.1. Zunächst kann sich die Ast. nicht mit Erfolg auf wettbewerbsrechtliche Anspruchsgrundlagen stützen. Denn entgegen der Auffassung des LG fehlt es in Ermangelung eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses (§ 2 I Nr. 3 UWG) an der nach § 8 I, III Nr. 1 UWG erforderlichen Eigenschaft der Ast. als Mitbewerberin der Ag.

[14] Der Senat hat im Beschluss vom 9.7.2019 – I-20 U 50/19 (Vorinstanz: LG Düsseldorf Az. 37 O 133/18), in einem Rechtsstreit zwischen einem Fluggastrechteportal und einer Fluggesellschaft wegen eines Abtretungsverbots in deren Allgemeinen Beförderungsbedingungen zur Frage des Vorliegens eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses Folgendes ausgeführt:

„Die Annahme des LG, dass zwischen der Ast. als Betreiberin eines Fluggastrechteportals und der Ag. als einer ungarischen Fluggesellschaft, die auch von deutschen Flughäfen Flüge anbietet, ein konkretes Wettbewerbsverhältnis besteht, erweist sich bereits bei summarischer Prüfung als nicht tragfähig. Es fehlt im Streitfall vielmehr an dem für die Mitbewerberbereitschaft erforderlichen konkreten Wettbewerbsverhältnis iSv § 2 I Nr. 3 UWG, so dass die Berufung gegen das angefochtene Urteil voraussichtlich erfolgreich sein wird.“

Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis iSd § 2 I Nr. 3 UWG ist gegeben, wenn beide Parteien gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen und daher das Wettbewerbsverhalten des einen den anderen beeinträchtigen, dh im Absatz behindern oder stören kann. Da im Interesse eines wirksamen lauterkeitsrechtlichen Individualschutzes grundsätzlich keine hohen Anforderungen an das Vorliegen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses zu stellen sind, reicht es hierfür aus, dass sich der Verletzer durch seine Verletzungshandlung im konkreten Fall in irgendeiner Weise in Wettbewerb zu dem Betroffenen stellt (BGH GRUR 2014, 1114 Rn. 32 – nickelfrei; BGH GRUR 2017, 918 Rn. 16 – Wettbewerbsbezug, mwN). Nach der Rechtsprechung des BGH ist daher ein konkretes Wettbewerbsverhältnis anzunehmen, wenn zwischen den Vorteilen, die die eine Partei durch eine Maßnahme für ihr Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die die andere Partei dadurch erleidet, eine Wechselwirkung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann (BGH, GRUR 2014, 1114 – nickelfrei; BGH GRUR 2017, 918 – Wettbewerbsbezug). Eine bloße Beeinträchtigung im Marktbestreben reicht zur Begründung eines Wettbewerbsverhältnisses nicht aus, wenn es an jeglichem Konkurrenzmoment im Angebots- oder Nachfragewettbewerb fehlt (BGH GRUR 2017, 918 Rn. 16 – Wettbewerbsbezug).

Danach hat das LG das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Parteien iSd § 2 I Nr. 3 UWG zu Unrecht mit der Begründung angenommen, dass sich das konkrete Wettbewerbsverhältnis im Verhältnis der Parteien daraus ergebe, dass beide um dieselben Kunden – nämlich Fluggäste der Bkl. – werben würden, wenn auch mit unterschiedlicher Zielrichtung. Eine von dem Wettbewerbsverhältnis des § 2 I Nr. 3 UWG begründete Wechselwirkung der von der beanstandeten Handlung ausgelösten Vor- und Nachteile besteht nach Vorgesagtem nämlich nur, wenn die von den Parteien angebotenen Waren oder Dienstleistungen auch einen konkreten wettbewerbslichen Bezug zueinander aufweisen (BGH GRUR 2017, 918 Rn. 19 – Wettbewerbsbezug). So liegt der wettbewerbsliche Bezug zwischen dem Betrieb eines Hotelbewertungsportals, das mit einem Online-Reisebüro verbunden ist, und dem Betrieb eines Hotels, das auf dem Bewertungsportal negativ bewertet worden ist,

im Absatz von Hotelbuchungen (vgl. *BGH GRUR* 2015, 1129 Rn. 19 – Hotelbewertungsportal). Im Falle eines werbefinanzierten Fernsehsenders und eines Unternehmens, das ein Gerät mit Werbeblocker-Funktion vertreibt, wird der wettbewerbliche Bezug zwischen den verschiedenartigen Waren und Dienstleistungen durch deren Einwirkung auf die Wahrnehmbarkeit der Werbesendungen hergestellt (vgl. *BGH GRUR* 2004, 877 [879] – Werbeblocker).

Ein solches „zusätzliches, verbindendes Element“ (*Bücher GRUR* 2014, 113 [115]) fehlt im Streitfall. Die sich gegenüberstehenden Dienstleistungen (Transport mit dem Flugzeug einerseits und Unterstützung bei der Geltendmachung von Fluggastrechten andererseits) sind völlig ungleichartig, eine Konkurrenz auf den diesbezüglichen Angebotsmärkten ist schon im Ansatz ausgeschlossen. Der vorliegende Fall ist vielmehr vergleichbar mit der Fallkonstellation, die Gegenstand der Entscheidung „Wettbewerbsbezug“ des *BGH* war und in der der *BGH* entschieden hat, dass es an dem erforderlichen wettbewerblichen Bezug zwischen einer anwaltlichen Tätigkeit – etwa durch die Beratung oder Prozessführung für einen Kunden – und dem Unternehmen, auf das sich die Geschäftstätigkeit nachteilig auswirken kann, fehlt (*BGH GRUR* 2017, 918 Rn. 20 f. – Wettbewerbsbezug). Nichts anderes kann gelten, wenn sich im umgekehrten Fall die geschäftliche Tätigkeit eines Unternehmens nachteilig auf die Geschäftstätigkeit desjenigen auswirken kann, der Kunden dieses Unternehmens bei der Durchsetzung ihrer Rechte diesem gegenüber unterstützt.“

[15] Hieran ist festzuhalten. Insbesondere gebietet der Umstand, dass es vorliegend allein um die Geltendmachung von Ansprüchen nach der FluggastrechteVO geht, sich die maßgebliche Dienstleistung aufseiten der Ast. als Fluggesellschaft also enger fassen lässt, keine andere Beurteilung.

[16] a) Die hier in Rede stehenden Dienstleistungen stellen sich – gerade auch aus der Sicht der angesprochenen Verbraucher – nicht als gleichartig dar (keine Marktidentität). Die Ast. bietet ihren Kunden mit dem auf ihrer Webseite befindlichen Formular eine Möglichkeit, Entschädigungsansprüche nach der FluggastrechteVO ihr gegenüber geltend zu machen. Sie bietet ihren Kunden damit neben einer postalischen Anschrift und einer E-Mail-Adresse eine weitere Kommunikationsmöglichkeit an. Demgegenüber erbringt die Ag. gegenüber den Kunden der Ast. eine Rechtsdienstleistung, die in der Geltendmachung von Ansprüchen einem Dritten gegenüber besteht. Anders als die Ast. beschränkt sich die Ag. nicht auf die Entgegennahme von Forderungsanmeldungen. Dies ist auch aus Sicht des Verbrauchers nicht anders. Keinesfalls hat der Verbraucher den Eindruck, er könne seine Ansprüche wahlweise bei der Ast. oder bei der Ag. anmelden und werde dann von der einen oder der anderen entschädigt. Vielmehr ist offensichtlich, dass die Ag. die Rolle einer Mittlerin einnimmt und die Ansprüche des Verbrauchers – ähnlich einem Rechtsanwalt – für ihn bei der Ast. anmeldet.

[17] Dass die Ast., wie sie in der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2020 vorgetragen hat, zum Zwecke der Kundenbindung eigens Strukturen zur Bearbeitung von Kundenbeschwerden und darunter auch die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen nach der FluggastrechteVO aufgebaut hat, gebietet keine andere Bewertung. Selbst wenn die Entgegennahme von Forderungsanmeldungen für den Kunden komfortabel gestaltet wird und Ansprüche durch die Ast. schnell befriedigt werden, bleibt es dabei, dass diese hiermit nur ihrer Pflicht als Schuldnerin nachkommt und keine darüber hinausgehende Dienstleistung erbringt. Dies unterscheidet den vorliegenden Fall auch von dem Fall des Versicherungsberaters, bei dem der *BGH* ein Wettbewerbsverhältnis zum Versicherer anerkennt, weil beide die Dienstleistung der Beratung über Versicherungsangelegenheiten anbieten (*BGH*

GRUR 2021, 497 Rn. 21 – Zweitmarkt für Lebensversicherungen). Als Dauerschuldverhältnis lässt der Versicherungsvertrag Raum für Beratungsleistungen, den es im Fall von Einzelansprüchen wegen Flugverspätung nicht gibt.

[18] b) Ebenso wenig kann vorliegend eine Wechselwirkung zwischen den Vorteilen der einen Partei und den Nachteilen der anderen Partei in dem Sinne angenommen werden, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann. Fehlt es nämlich an jeglichem Konkurrenzmoment, reicht eine bloße Beeinträchtigung, also eine irgendwie geartete Auswirkung auf das eigene Marktstreben, zur Begründung eines Wettbewerbsverhältnisses nicht aus (*BGH GRUR* 2017, 918 Rn. 16 – Wettbewerbsbezug). So liegt der Fall hier. Die Geltendmachung von Ansprüchen nach der FluggastrechteVO über die Ag. als Rechtsdienstleisterin ersetzt für den Verbraucher zwar die Nutzung des Formulars auf der Webseite der Ast., nicht aber die Entgegennahme seiner Forderungsanmeldung schlechthin. Denn statt seiner muss sich nun die Ag. an die Ast. wenden und, lediglich auf anderem Kommunikationswege, seine Forderung geltend machen. Dass die Ast. möglicherweise vermehrt Forderungsanmeldungen über die Ag. ausgesetzt ist – und dies wäre der Vorteil auf deren Seite – anstatt Forderungsanmeldungen von ihren Kunden selbst zu erhalten, begründet keinen wettbewerbsrechtlich relevanten Nachteil für sie. Ein Einwirken auf die Vertragsbeziehung der Ast. zu ihren Kunden findet nicht statt (auch insoweit anders als in dem jüngst vom *BGH* entschiedenen Fall des Versicherungsberaters: *BGH GRUR* 2021, 497 Rn. 29 – Zweitmarkt für Lebensversicherungen).

[19] Der hier zu entscheidende Fall ist vielmehr vergleichbar mit der Geltendmachung von Forderungen durch einen Rechtsanwalt, die nach der Rechtsprechung des *BGH* keinen wettbewerbsrechtlichen Bezug zu dem betroffenen Anspruchsgegner begründet (*BGH GRUR* 2017, 918 Rn. 20 – Wettbewerbsbezug). Der *BGH* führt hierzu wörtlich aus: „Andernfalls wäre eine ungebührliche Ausweitung der wettbewerbsrechtlichen Anspruchsberechtigung von Unternehmen gegenüber Rechtsanwälten zu befürchten, weil das Unternehmen stets als Wettbewerber des Rechtsanwalts anzusehen wäre, wenn sich seine anwaltliche Tätigkeit – etwa durch die Beratung oder Prozessführung für einen Kunden – für das Unternehmen geschäftlich nachteilig auswirken kann.“ (*BGH GRUR* 2017, 918 – Wettbewerbsbezug). Dies gilt in gleicher Weise für Rechtsdienstleister wie die Ag.

[20] Entgegen ihrer Befürchtung ist die Ast. damit gegenüber Äußerungen der Ag. nicht rechtlos gestellt. Sie kann deliktsrechtliche Normen für sich in Anspruch nehmen und damit zumindest einen gewissen Schutz erreichen.

[21] 2. Der vom *LG* bejahte Verfügungsanspruch ergibt sich für einen Teil der der Ag. untersagten Äußerungen aus §§ 824 I, 1004 I 2 BGB. Die erforderliche Wiederholungsgefahr wird im Hinblick auf die erfolgten Verletzungshandlungen indiziert. Eine strafbewehrte Unterlassungserklärung hat die Ag. nicht abgegeben.

[22] a) Im Hinblick auf die Aussage in der E-Mail-Korrespondenz mit einer Kundin am 5.3.2020, „[Ast] zeigt sich jedoch immer noch unkooperativ und streitet ab, dass Sie eine berechnete Forderung haben.“, hat die Ast. einen Unterlassungsanspruch aus §§ 824 I, 1004 I 2 BGB glaubhaft gemacht.

[23] Dass die in der E-Mail vom 5.3.2020 an die Passagierin *H* enthaltenen Tatsachenbehauptungen, die Ast. zeige sich im Fall der Kundin unkooperativ und streite den Entschädigungsanspruch ab, unwahr sind, ist zwischen den Parteien unstrittig. Ihnen kommt auch die erforderliche Schädigungseignung zu. § 824 I BGB schützt vor unmittelbaren Beeinträchtigungen wirtschaftlicher Interessen durch die Behauptung oder Verbreitung unwahrer Tatsachen (*BGH GRUR*

1989, 222 – Filmbesprechung). Die Vorschrift begründet für denjenigen einen Ersatzanspruch, der von der Stoßrichtung einer unrichtigen – wenn auch nicht notwendigerweise ehrenrührigen – Aussage, so wie sie im Verkehr verstanden wird, betroffen ist, weil sich die Aussage mit seiner Person, seinem Unternehmen oder der von ihm ausgeübten Tätigkeit unmittelbar befasst (BGH GRUR 1989, 222 – Filmbesprechung). So liegt der Fall hier. Die angegriffenen Äußerungen der Ag. befassen sich mit dem Regulierungsverhalten der Ast. bei Ansprüchen nach der FluggastrechteVO und damit unmittelbar mit ihrem wirtschaftlichen Betätigungsfeld als Fluggesellschaft. Da sich die allgemeine Reputation einer Fluggesellschaft, die unmittelbare Auswirkung auf deren Passagierzahlen und damit auf deren wirtschaftlichen Erfolg hat, auch auf den Umgang mit den Passagieren nach dem Flug gründet, sind die unwahren Behauptungen geeignet, die wirtschaftlichen Interessen der Ast. unmittelbar zu beeinträchtigen. Dem steht die Behauptung der Ag., die Ast. habe ihren guten Ruf selbst zerstört, nicht entgegen. Denn unabhängig davon, ob dieser Einwand überhaupt geeignet wäre, den Anspruch aus § 824 I BGB entfallen zu lassen – schließlich würde das bedeuten, dass die Ast. tatsächlich gegenüber unwahren, geschäftsschädigenden Äußerungen rechtlos gestellt wäre-, kann er jedenfalls nicht mit einem Presseartikel aus dem Jahr 2016 substantiiert und belegt werden.

[24] b) Auch im Hinblick auf die Aussage auf der Webseite der Ag. „www.A.com“, „[ASt] bietet Ihnen vielleicht einen Gutschein an, um Sie zufriedenzustellen, während Sie warten, aber wir haben schon von Fällen gehört, in denen man durch die Annahme eines solchen Gutscheins auf seinen Entschädigungsanspruch verzichtet.“, hat die Ast. einen Unterlassungsanspruch aus §§ 824 I, 1004 I 2 BGB glaubhaft gemacht.

[25] Die im Kern in der Äußerung enthaltene Tatsachenbehauptung, die Ast. biete ihren Passagieren Gutscheine an, mit deren Annahme ein Verzicht auf die Rechte aus der FluggastrechteVO verbunden sei, ist unwahr. Die Ast. hat durch Vorlage der eidesstattlichen Erklärung des Leiters ihrer Rechtsabteilung glaubhaft gemacht, dass eine derartige Praxis bei ihr nicht besteht. Demgegenüber hat die Ag. ihre Äußerung nicht substantiiert, insbesondere die behaupteten „Fälle“ nicht dargelegt. Das Vorlegen eines Presseartikels aus dem Jahr 2016 ersetzt substantiierten Vortrag nicht. Auch die als Anlagen vorgelegten, überwiegend englisch-sprachigen Presseartikel aus April 2020 sind zur Substanziierung nicht geeignet. Sie befassen sich ausschließlich mit Erstattungsansprüchen wegen annullierter Flüge, nicht aber mit Entschädigungsforderungen wegen verspäteter Flüge, um die allein es im vorliegenden Fall geht. Die von der Ast. behauptete Unwahrheit der Äußerung ist daher nicht wirksam bestritten und als zugestanden zu behandeln.

[26] Da sich ein „Abspeisen“ von Kunden mit Gutscheinen negativ auf die allgemeine Reputation einer Fluggesellschaft auswirkt, sind die dahingehenden Behauptungen der Ag. auch geeignet, die wirtschaftlichen Interessen der Ast. unmittelbar zu beeinträchtigen.

[27] c) Wegen der Aussage auf der Webseite der Ag., „Sie müssen keine komplizierten Formulare ausfüllen, wenn Sie mit [ASt] Verspätung hatten.“, steht der Ast. hingegen kein deliktsrechtlicher Unterlassungsanspruch zu.

[28] Zwar kann der Argumentation der Ag. in der Berufungsbegründung, diese Aussage werde durch Verbraucher nur dahingehend verstanden, dass ihre eigenen Formulare unkompliziert seien, und enthalte entgegen der Interpretation des LG keine Aussage über die Formulare der Ast., nicht gefolgt werden. Der Inhalt einer Äußerung ist, ausgehend vom Wortlaut, stets unter Berücksichtigung des sprachlichen Kontextes und der für den Adressaten erkennbaren Begleitumstände zu ermitteln (BGH NJW 2004, 598; BGH NJW

2006, 601). Diesen Grundsätzen folgend hat das LG zu Recht angenommen, dass sich die angegriffene Äußerung nicht auf eine Aussage über die Formulare der Ag. beschränkt, sondern indirekt zugleich dahingehend verstanden wird, dass die Formulare der Ast. kompliziert seien.

[29] Nach den hier allein anwendbaren Maßstäben des Deliktsrechts steht der Ast. allerdings kein Anspruch auf Unterlassen dieser Äußerung zu. Denn die (indirekte) Aussage, die Formulare der Ast. seien kompliziert, stellt sich nicht als Tatsachenbehauptung, sondern als ein subjektives Werturteil und damit als Meinungsäußerung dar, die vom Schutzbereich des Art. 5 I GG umfasst ist. Ob ein Formular kompliziert ist, hängt von subjektiven Wahrnehmungen, Erfahrungen und Erwartungen ab und ist damit einer objektiven Klärung nicht zugänglich. Eine ausnahmsweise unzulässige Schmähekritik liegt in der Bewertung von Formularen als „kompliziert“ ersichtlich nicht. Die Formulare der Parteien sind auch nicht identisch. Die von der Ag. vorgenommene Wertung hält sich im Rahmen des Hinnehmbaren.

[30] d) Auch wegen der Aussage auf der Webseite der Ag., „Aufgrund unserer langjährigen Erfahrung in der Branche der Fluggastrechte wissen wir, welche Ausreden die Fluggesellschaften verwenden und wie Sie trotzdem Ihre Entschädigung erhalten.“, steht der Ast. kein deliktsrechtlicher Unterlassungsanspruch gegen die Ag. zu.

[31] Auch wenn sich die Aussage auf der auf die Ast. bezogenen Unter-Webseite der Ag. befindet, bezieht sie sich doch ihrem eindeutigen Wortlaut nach auf sämtliche Fluggesellschaften, nicht allein auf die Ast. Für einen Anspruch aus § 824 I BGB fehlt es damit an der erforderlichen Schädigungseignung, weil sich die Äußerung nicht gezielt gegen die Ast. richtet (vgl. zu diesem Erfordernis BGH GRUR 1989, 222 – Filmbesprechung). Vielmehr enthält sie allgemeine Kritik an der gesamten Branche der Fluggesellschaften, die die Ast. hinzunehmen hat.

[32] § 823 I BGB tritt als Auffangtatbestand hinter dem insoweit spezielleren § 824 I BGB zurück. Letztere Vorschrift regelt den Schutz der „wirtschaftlichen Wertschätzung“ gegenüber der Verbreitung unwahrer Tatsachen abschließend (BGH GRUR 1989, 539 – Warentest V; MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl., § 823 Rn. 372 mwN).

[33] e) Ein Unterlassungsanspruch steht der Ast. schließlich auch nicht wegen der Aussage auf der Webseite der Ag., „A ist das erfolgreichste Unternehmen für Fluggastrechte.“, zu.

[34] In Ermangelung eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Parteien (s. dazu oben unter I.1) kommen allein deliktsrechtliche Anspruchsgrundlagen zum Schutz des Geschäftsbetriebs der Ast. in Betracht. Bei der behaupteten Spitzenstellung der Ag. fehlt es aber an jedem Bezug zur wirtschaftlichen Betätigung der Ast.

[35] II. Die Ast. hat, soweit ihr Unterlassungsanspruch reicht, auch einen Verfügungsgrund glaubhaft gemacht. Zwar greift die Vermutung des § 12 I UWG nF (= § 12 II UWG aF) nicht ein, jedoch ist es ihr wegen der möglichen nachteiligen Auswirkungen der Äußerungen auf ihren Geschäftsbetrieb nicht zuzumuten, die Durchführung eines Hauptsacheverfahrens abzuwarten. Aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung, die von der Berufung nicht angegriffen werden, liegt auch kein Fall der Selbstwiderlegung der Dringlichkeit durch zögerliches Betreiben des erstinstanzlichen Verfahrens vor.

Anm. d. Red.: Zur zitierten Entscheidung des BGH GRUR 2004, 877 – Werblocker, s. die Anmerkung von *Fritzsche* LMK 2004, 192. Zu BGH GRUR 2021, 497 – Zweitmarkt für Lebensversicherungen s. den Beitrag zur Rechtsprechung von *Köhler* GRUR 2021, 426. Zum fehlenden Wettbewerbsverhältnis zwischen einem Unternehmen und einem kritischem Anwalt s. *OLG Frankfurt a.M.* GRUR-RR 2015, 338 – Foto-Abzocker. Zur Verneinung eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen Unternehmen auf einem regulierten Markt *OLG Frankfurt a.M.* GRUR 2017, 936 – Windpark. ■

10. Informationspflichten bei Zugangsdiensten für Telekommunikationsanschlüsse

UWG § 3 a; TKG § 45 n – **Produktinformationsblatt**

1. Die vorvertragliche Informationspflicht in § 45 n TKG mit § 1 der TK-Transparenzverordnung ist Marktverhaltensregel im Sinne des § 3 a UWG. Ihre Durchsetzung über das UWG ist nicht durch die RL 2005/29/EG gesperrt, zumal auch die in Art. 7 V RL 2005/29/EG angesprochenen unionsrechtlichen Informationspflichten als „nicht erschöpfend“ bezeichnet werden.

2. Wenn der Gesetzgeber Informationsanforderungen standardisiert und dadurch begrenzt, verstoßen zusätzliche Informationen gegen das gesetzgeberische Anliegen, gerade durch Verknappung konkurrierende Angebote vergleichbar zu machen. Ein Verstoß gegen die TK-Transparenzverordnung scheidet daher nicht bereits deswegen aus, weil in einem Produktinformationsblatt zusätzliche und möglicherweise auch zutreffende Informationen durch den Anbieter angegeben werden.

OLG Köln, Urt. v. 26.2.2021 – 6 U 85/20

Zum Sachverhalt: Der Kl. ist eine qualifizierte Einrichtung nach § 8 III Nr. 3 UWG, die Bekl. bietet Telekommunikationsanschlüsse mit Internetzugang an. Bei solchen Zugangsdiensten lässt sich nach dem insoweit unstrittigen Vorbringen nicht stets gewährleisten, dass die standardmäßige Zugangsgeschwindigkeit auch für jeden individuellen Kundenanschluss erbracht werden kann, weil manche Internetzugangsdienstleister – so auch die Bekl. – „auf der letzten Meile“, das heißt in dem Bereich, der unmittelbar zum Hausanschluss führt, Kupferdoppelladerkabel verwenden, welche die angelieferte Datengeschwindigkeit je nach Entfernung zur Vermittlungsstelle beeinflussen können und somit – bei zu langem Abstand – individuelle Bandbreitenvereinbarungen erforderlich machen können.

Die Parteien streiten über die Frage, ob die Angaben in von der Bekl. für Internetanschlüsse bereitgestellten Produktinformationsblätter (PIB) hinreichend transparent sind. Die streitgegenständlichen PIB über die Tarife Magenta Zuhause S, M und XL enthalten neben den Standardangaben auch Angaben über eine „Rückfalloption“, die zusätzliche Datenübertragungsraten „auf Kundenwunsch“ bietet, „wenn die Standard-Datenübertragungsraten nicht zur Verfügung stehen“. Der Kl. hält diese Zusatzangaben für nicht rechtskonform. Er hat gemeint, dass die TK-TransparenzVO vorschreibe, dass das PIB ausschließlich die in § 1 II TK-TransparenzVO angesprochenen Standardangaben enthalten dürfe. Indem die Bekl. in ihrem PIB in der Verordnung nicht angesprochene zusätzliche Angaben über eine Rückfalloption nach Kundenwunsch bereitstelle, gehe sie über diese Angaben hinaus und kommuniziere damit unklar. Der Kl. hat die Bekl. vorgerichtlich abgemahnt und hierfür Erstattung der Kosten verlangt.

Der Kl. hat insbesondere beantragt, die Bekl. zu verurteilen (bei Meidung von Ordnungsmitteln) im Rahmen geschäftlicher Handlungen betreffend Internetzugangsdienste Verbrauchern ein Produktinformationsblatt bereitzustellen, in dem neben den Informationen über den Standardtarif gleichzeitig Informationen über eine oder mehrere Rückfalloptionen erteilt werden, wenn dies wie (im Urteil S. 3-5 abgebildet) geschieht.

Das *LG Bonn* (Urt. v. 2.7.2020 – 14 O 20/19) hat die Klage für zulässig und begründet gehalten. Der Anspruch aus § 3 a UWG iVm § 1 TK-TransparenzVO bestehe, weil die Produktinformationsblätter der Bekl. für die Tarife Magenta Zuhause S, M und XL gegen § 1 II der TK-TransparenzVO verstießen. Entgegen der Verordnung, die abschließende Angaben vorsehe, enthielten sie Informationen, die individuell abweichende Datenübertragungsraten für zwei so genannte Rückfalloptionen vorsähen. Nach der Konzeption der Verordnung erschwerten solche zusätzlichen Informationen unabhängig davon, ob sie zuträfen, den Tarifvergleich für Verbraucher und führten daher zur Intransparenz. § 1 TK-TransparenzVO sei eine Marktverhaltensregelung iSd § 3 a UWG, der Verstoß sei geeignet, die Interessen der Verbraucher spürbar zu beeinträchtigen, weil die Bekl. als wichtiger Marktteilnehmer in einer Vielzahl von Fällen und über einen längeren Zeitraum von den in der Verordnung aufgestellten Standards abweiche. Der Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Abmahnpauschale bestehe, weil dieser Abmahnung nach dem zuletzt Vorgebrachten kein abweichender Sachverhalt als der Klage zugrunde gelegen habe.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Bekl. Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und verteidigt das Urteil insoweit, als dort festgestellt worden sei, dass die Pflicht, für jedes Angebot nur ein PIB zu verwenden, nicht verletzt worden sei, da die Rückfalloptionen keine eigenen Angebote darstellten. Die Bekl. greift das Urteil aber an, soweit dort das PIB für intransparent gehalten wird. Sie meint, dass das PIB die Transparenz sogar erhöhe, weil – anders als die Angebote von Wettbewerbern – nicht nur der Tarif, sondern auch Informationen zur erreichbaren Bandbreite je nach Verfügbarkeit am individuellen Standort geliefert würden. Der Verbraucher erfahre dadurch noch vor der Bestellung, welche maximale Geschwindigkeit für ihn individuell verfügbar sei, werde also bessergestellt. Die geltenden Transparenzvorschriften würden nicht die Freiheit der Produkt- und Angebotsgestaltung beeinträchtigen, die Rückfalloption nutze diesen Spielraum, um über eine produkt- und angebotsbezogene Anpassung zu informieren. Auch die BNetzA gehe davon aus, dass die Darstellung verschiedener Tarifoptionen im PIB zulässig sei, wie das Muster-PIB für „Prepaid Mobilfunk“ zeige.

Die Kl. verteidigt das angegriffene Urteil. Sie wiederholt, dass die Bekl. sich bei dem Angebot von Internetzugangsdiensten auf drei Angaben zu den Datenübertragungsraten (minimal, normal, maximal) jeweils im Down- und Upload zu beschränken hat. Dies folge aus § 1 Abs. 1 S. 1 und II Nr. 5 TK-TransparenzVO. Diese Informationen seien unabhängig davon zu präsentieren, ob es um ein allgemeines oder ein konkret verfügbares Angebot gehe. Sofern zusätzliche „Rückfalloptionen“ angeboten würden, verwirre dies in beiden Konstellationen. Die TK-rechtlichen Grundlagen seit der Unionsaldiensterichtlinie beabsichtigten, transparente, aktuelle und vergleichbare Informationen einheitlich bereitzustellen. Der Kl. weist darauf hin, dass er seinen Anspruch zusätzlich auf § 44 II 1 TKG stützt, so dass auch bei Ablehnung einer wettbewerbsrechtlichen Klage das Begehren begründet sei.

Die Berufung hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: [14] 1. Die Unterlassungsklage ist zulässig und begründet.

[15] a) Der Unterlassungsanspruch ist hinreichend konkret formuliert. Der in der Berufung erhobene Vorwurf, dass die Wendung im Antrag, die auf Informationen über den Standardtarif hinweist, die eingblendete PIB nicht treffe, ist letztlich nicht überzeugend, weil der Antrag auf ein konkretes PIB Bezug nimmt, in dem die Standardinformationen den Rückfallkonditionen gegenübergestellt werden. Aus Formulierung und Abbildung wird dieser Zusammenhang deutlich, so dass auch der Lebenssachverhalt, nämlich die Ergänzung von Tarifinformationen nach dem PIB durch zusätzliche Informationen nach den individuellen Anschlussbedingungen, verständlich wiedergegeben wird.

[16] b) Der Unterlassungsanspruch ist gem. §§ 8 I, III Nr. 3, 3 I, 3 a UWG iVm § 1 der TK-TransparenzVO begründet.

[17] aa) Zwar weist die Bekl. zutreffend darauf hin, dass die UGP-RL im Verbraucherschutzbereich grundsätzlich abschließende Vorgaben macht, allerdings gilt dies nur für den Anwendungsbereich der Richtlinie, zu dem vorvertragliche und vertragliche Informationspflichten nicht gehören (Art. 3 II UGP-RL). § 2 TK-TransparenzVO stellt klar, dass „der Verbraucher vor Vertragsschluss“ auf die durch das in § 1 näher beschriebene Produktinformationsblatt hingewiesen werden muss. Hinzu kommt, dass Bestimmungen aus unionsrechtlichen Vorschriften, die besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln (Art. 3 IV UGP-RL) anwendbar bleiben. Die UGP-RL hat zur Zeit ihrer Schaffung Vorgaben vorgefunden, die auf die so genannte Unionsaldiensterichtlinie zurückgehen (RL 2002/22/EG idF RL 2009/136/EG, ABL. L 337/11). Auf diese Vorschriften geht auch die TK-TransparenzVO zurück. Art. 22 RL 2002/22/EG bzw. RL 2009/136/EG sieht vor, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die nationalen Regulierungsbehörden Diensteanbieter zur Veröffentlichung vergleichbarer, angemessener und aktueller Endnutzerinformationen über die Qualität ihrer Dienste verpflichten können. Details können auch durch die Regulierungsbehörden geregelt werden. § 45 n TKG mit § 1 der TK-TransparenzVO formuliert diese Vorgabe aus. Insoweit sperrt die UGP-RL nicht den Erlass der hier streitgegenständlichen Transparenzvorschriften. Für

dieses Ergebnis spricht auch Art. 7 V UGP-RL, der selbst im Anwendungsbereich der UGP-RL die Einbeziehung von Informationspflichten aus dem Unionsrecht nicht sperrt, weil die in der Richtlinie selbst aufgeführten Informationspflichten des Unionsrechts dort ausdrücklich als „nicht erschöpfend“ bezeichnet werden. Die ausführliche landgerichtliche Begründung hierzu lässt keine Fehler erkennen.

[18] bb) Verbraucherschützende Informations- und Transparenzpflichten sind typischerweise Marktverhaltensnormen (vgl. entsprechend zur EnergieeffizienzVO BGH GRUR 2019, 746 Rn. 22 – Energieeffizienzklasse III). Anliegen der UGP-RL ist es, Entscheidungen auf informierter, aber auch transparenter Entscheidungsgrundlage zu ermöglichen. Daher haben die vorgenannten Normen auch den Zweck, das Marktverhalten im Bereich der wettbewerblich relevanten Kommunikation zu steuern.

[19] cc) Ein Verstoß gegen die TK-TransparenzVO scheidet nicht bereits deswegen aus, weil zusätzliche Informationen im PIB der Bekl. vorliegen. Diese zusätzlichen Informationen können nämlich den Standard aufweichen. Eine Rechtsordnung, die auf Informationsgebote setzt, muss bemüht sein, Informationen zu verdichten, zu verknappen und zu strukturieren und dadurch auch die möglichen Informationen zu verkürzen. Hierin liegt auch das Anliegen der TK-TransparenzVO. Sie möchte in einem konkreten technischen Bereich Angebote durch Standardisierung vergleichbar machen. Standardisierung bedeutet dann allerdings auch Begrenzung. Wenn der Kunde anhand des Produktinformationsblattes gewissermaßen auf einen Blick einen Tarifvergleich vornehmen soll, muss das Informationsblatt stets gleich strukturiert und für jeden Anbietertarif auch gleich gestaltet sein. Bei standardisierten Informationen sind Zusatzinformationen problematisch, weil hierdurch ein Anbieter in einem standardisierten Bereich die Standardinformation gerade nicht zu weiteren, nicht standardisierten Angaben nutzen soll. Diese weiteren Angaben mögen richtig oder falsch sein, jedenfalls erzeugen sie beim Rezipienten den Eindruck, dass der den Standard ergänzende Unternehmer etwas bietet, was der Konkurrent, der sich an den Standard hält, möglicherweise nicht bietet.

[20] Soweit die Bekl. einwendet, dass die Angaben auf dem PIB eher zur Verwirrung als zur Transparenz beitragen, richtet sich dieser Vorwurf nicht gegen das Prinzip standardisierter Information, sondern gegen die konkrete Ausgestaltung des PIB. Die Aufgabe, dieses PIB anzupassen oder zu ändern, kommt schon nach der gesetzlichen Kompetenzverteilung allerdings nicht den Gerichten, sondern dem Normgeber oder der normausführenden Regulierungsbehörde zu.

[21] Immer dann, wenn der Gesetzgeber Informationsgebote vorgibt, besteht das Risiko, dass diese Informationsgebote auch Fehlsteuerungen enthalten. Würde eine Lebensmittelampel ein fettarmes, aber zuckerreiches Produkt mit einem grünen Farbton kennzeichnen, weil eben nur der hohe Fettanteil zu einer Rotfärbung führt, läge auch eine in Kauf genommene Irreführung über den Zuckeranteil vor. Das Beispiel zeigt, dass Informationsgebote ein Steuerungsinstrument mit begrenzter Reichweite sind, ohne dass deswegen solche Signalinformationen von vornherein ungeeignet sind, um den (dann jedoch auch beschränkten) Zweck zu erreichen.

[22] dd) Eine Verletzung der TK-TransparenzVO liegt mit der Begründung des LG vor. Das PIB ist auf bestimmte Angaben begrenzt, die von der Bekl. gegebenen Angaben gehen darüber hinaus.

[23] ee) Der Verstoß gegen die Informationspflicht beeinträchtigt Verbraucherinteressen spürbar. Dagegen spricht nicht, dass der Verbraucher durch ein Mehr an Information bessergestellt werden mag. Wenn der Zweck des Informationsgebots nämlich darin besteht, Informationen zu standar-

disieren, ist die Abweichung vom Standard jedenfalls geeignet, zu verunsichern oder gar zu verwirren. Dies aber beeinträchtigt Verbraucherinteressen. Dass der Einsatz durch einen großen Marktteilnehmer wie die Bekl. über einen längeren Zeitraum und in größerem Maße Marktprozesse spürbar beeinträchtigen kann, hat das LG zutreffend festgestellt.

[24] ff) Die Wiederholungsgefahr folgt aus der festgestellten Verletzung.

[25] gg) An dem vorstehenden Ergebnis ändert sich auch nichts, wenn man – wie das OLG Oldenburg (Urt. v. 27.9.2019 – 6 U 6/19) dies getan hat – die Klage auf § 44 I 1 TKG iVm §§ 44 II, 3 UKlaG stützt, denn die dort genannten Voraussetzungen erlauben es, qualifizierten Einrichtungen im Sinne des UKlaG verbraucherschützende Normen im TKG und den aufgrund des TKG erlassenen Verordnungen, also auch der TK-TransparenzVO – durchzusetzen und bei Verstößen Unterlassungsansprüche geltend zu machen. § 44 TKG ist eindeutig lauterkeitsrechtlich formuliert und an § 8 I UWG auch angelehnt (*Ditscheid/Rudloff in Geppert/Schütz*, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 44 TKG Rn. 3). Die Vorschrift soll neben §§ 823, 1004 BGB zusätzliche Ansprüche verschaffen (BeckOK Informations- und Medienrecht/Lueg, , 2020, § 44 Rn. 2), steht also jedenfalls zum BGB nicht im Verhältnis eines Vorrangs. Die Norm kommt allerdings mit weniger Tatbestandselementen aus, es reicht bereits die Betroffenheit, nicht einmal die Verletzung von Interessen muss daher nachgewiesen werden. Entscheidend für § 44 TKG ist der Verstoß gegen die telekommunikationsrechtliche Norm. Auch aufgrund der parallelen Ausgestaltung ist das von der Bekl. vorgebrachte Argument, die UGP-RL schließe einen auf TK-Recht gestützten Unterlassungsanspruch aus, wenig überzeugend.

Anm. d. Red.: Zur Hinweispflicht des Mobilfunkanbieters bei einer Änderung der Entgeltberechnung s. BGH NJW 2012, 2103. Zur Verpflichtung des Anbieters von Telekommunikationsdienstleistungen zur Darstellung eines Produktinformationsblatts s. OLG Oldenburg Urt. v. 27.09.2019 – 6 U 6/19, GRUR-RS 2019, 54337 – Produktinformationsblatt. ■

11. Bewerbung einer Testsiegermatratze mit abstrahiertem Preisnachlass

UWG § 5 I 1 u. 2 Nr. 1; ZPO §§ 139, 253 II Nr. 2 – **100 € günstiger als 299 €**

1. Voraussetzung für den Rechtsmissbrauch ist – trotz des Abstellens auf äußere Umstände – immer auch ein Wissens- und Wollenselement.

2. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts einem Kläger bei der Formulierung eines abstrakten Unterlassungsantrags durch wiederholte Hinweise behilflich zu sein.

3. Die Angabe „100 Euro günstiger als 299 Euro“ in einer Matratzenwerbung wird von einem wesentlichen Teil des angesprochenen Verkehrs, der sich nicht aktuell mit dem Kauf einer neuen Matratze befasst, dahin verstanden, dass der ursprüngliche Preis um 100 Euro reduziert worden ist, auch wenn es sich nicht um eine allgemein übliche Darstellung von Preissenkungen handelt.

OLG Köln, Urt. v. 27.11.2020 – 6 U 65/20

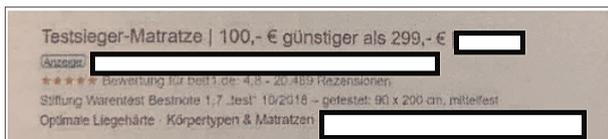
Zum Sachverhalt: Die Kl. nimmt die Bekl. auf Unterlassung wettbewerbswidrigen Verhaltens und auf Erstattung von Abmahnkosten in Anspruch.

Die Kl. vertreibt Matratzen und Bettwaren. Eines ihrer Produkte ist die von der Stiftung Warentest prämierte Matratze O. Die Matratze O ist unter anderem in der Größe 90x200 cm für 299 Euro erhältlich. Die Bekl. stellt ihrerseits die Matratze „B@“ her und vertreibt diese. Die Matratze ist in zwei verschiedenen Härten und 27 Größen erhältlich. Die Version 90x200 cm in mittelfest („B@ ...-Matratze“)

– 10/2018 von der Stiftung Warentest als Testsieger prämiert – kostet seit Jahren dauerhaft 199 Euro. Beide Parteien werben für ihre Matratzen in großem Umfang im Fernsehen und Internet. Die Bekl. bewirbt ihren Testsieger „B@ ...-Matratze“ mit der Angabe: „100 Euro günstiger als 299 Euro“, so wie in den Anlagen K1 und K2 wiedergegeben:



(Anlage K1)



(Anlage K2)

Die Kl. mahnte die Bekl. erfolglos ab. Bereits mit Schreiben vom 10.9.2019 und 15.10.2019 hatte die Kl. Google-Werbung der Bekl. wegen anderweitiger wettbewerbswidriger Aussagen abgemahnt und anschließend einstweilige Verfügungen erwirkt. Beide zuvor angegriffenen Google-Werbungen enthielten den hier streitgegenständlichen Slogan „100 Euro günstiger als 299 Euro“ in der Überschrift. Eine Beanstandung erfolgte zunächst indes nicht. Die Kl. ist der Ansicht gewesen, dass die Werbeaussage der Bekl. irreführend sei, weil die Verbraucher den Werbeslogan als Vergünstigung/Preissenkung auffassen, obwohl der suggerierte Preisvorteil überhaupt nicht existiere.

Die Kl. hat in der mündlichen Verhandlung beantragt, die Bekl. insbesondere zu verurteilen, es bei Meidung gesetzlicher Ordnungsmittel zu unterlassen, geschäftlich handelnd eine Matratze mit der Angabe „XY Euro günstiger als XY Euro“ zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, wenn die beworbene Matratze zu dem höheren Preis nicht angeboten worden ist und auch keine Preisreduktion für die Matratze in Höhe der angeführten „Vergünstigung“ erfolgt und kein Bezug auf Wettbewerbsprodukte enthalten ist, insbesondere, wenn dies mit der Angabe „100 Euro günstiger als 299 Euro“ und wie aus Anlage K1 und/oder aus Anlage K2 ersichtlich geschieht.

Die Bekl. ist der Ansicht gewesen, die Klage sei bereits unzulässig. Das Verhalten der Kl. sei rechtsmissbräuchlich, weil diese bereits im September und Oktober gemeinsam mit den Abmahnungen wegen anderweitiger potenziell wettbewerbswidriger Aussagen gegen den Slogan hätte vorgehen können. Da sie dies nicht getan habe – die Kl. behauptet in diesem Zusammenhang, den beanstandeten Slogan übersehen zu haben –, sei ein einheitlicher Lebenssachverhalt auf zwei verschiedene Verfahren aufgeteilt, eine Bündelungsmöglichkeit ausgelassen und die Anwaltskosten deutlich erhöht worden. Jedenfalls sei der Antrag zu unbestimmt. Es bleibe unklar, was die Kl. unter der Einschränkung „wenn keine Bezugnahme auf Wettbewerbsprodukte enthalten ist“ verstehe. Darüber hinaus sei der Antrag der Kl. unbegründet, weil er auch zulässige Verhaltensweisen umfasse. Die Aussage „XY Euro günstiger als XY Euro“ sei kontextfrei gar nicht zu beurteilen, weil bei der Frage, ob eine Aussage irreführend ist, auch alle Umstände der Darstellung beachtet werden müssten. Die Antragsfassung, die auf ein Verbot des Slogans „XY Euro günstiger als XY Euro“, ergebe ohnehin keinen Sinn, weil dann die beiden Vergleichsparameter (XY) identisch sein müssten. Ein Unterlassungsanspruch scheitert schließlich daran, dass der Verbraucher durch den Slogan nicht irreführt würde. Der angesprochene Verkehr würde den Satz

nicht als eine Preissenkung der Matratze auffassen, sondern in dem Satz einen Preisvergleich zwischen der Matratze der Kl. und der Bekl. erblicken.

Das LG Köln (Urt. v. 5.5.2020 – 81 O 131/19) hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Der Unterlassungsantrag der Kl. sei bezogen auf das Klagebegehren inhaltlich zu weit gefasst. Die Kl. habe, trotz Erörterung der Problematik in der mündlichen Verhandlung, ausdrücklich keinen Antrag in der konkreten Verletzungsform der Anlagen K1 und K2 gestellt, sondern es bei einem abstrakt umschriebenen Verbot belassen, das durch den „insbesondere“-Zusatz nicht bindend eingeschränkt worden sei. Das abstrakt umschriebene Verbot gehe indes zu weit, weil es auch zulässige Begehrensformen umfasse, auf die die Bekl. in ihrem Schriftsatz vom 9.4.2020 verwiesen habe. Da die Kl. ausdrücklich davon abgesehen habe, einen Antrag – auch hilfsweise – in der konkreten Verletzungsform zu stellen, könne der Antrag auch nicht im Sinne der konkreten Verletzungsform der Anlagen K1 und K2 ausgelegt werden.

Gegen diese Entscheidung des LG wendet sich die Kl. mit ihrer Berufung. Das LG habe den Klageantrag der Kl. verkannt, der sich nur auf die konkrete Werbung in Anlage K1 und K2 bezogen habe. Die Kl. habe mehrfach klargestellt, dass nur die konkreten Anzeigen verboten werden sollten, und zwar insbesondere nicht in einem Kontext, der die in Rede stehenden Aussagen anders als eine ungerechtfertigte Werbung mit einer nicht gegebenen Preisherabsetzung erscheinen lassen würde. Darüber hinaus hätte das LG den Antrag auslegen können und damit zu dem Verbot der konkreten Werbung gelangen können. Dafür hätte es lediglich das Wort „insbesondere“ streichen müssen. Ferner hätte das LG nach dem Schriftsatz der Bekl. vom 9.4.2020, in dem die Bekl. auf vom Verbot umfasste zulässige Begehrensformen hinwies, der Kl. einen Hinweis erteilen und ihr Gelegenheit geben müssen, die Klageanträge auch noch in Bezug auf die neuen Werbebeispiele auf die neuen Angriffe der Bekl. umzustellen und gegebenenfalls die mündliche Verhandlung wieder eröffnen müssen. Derartige von der Bekl. angestellte Überlegungen seien bislang nicht Gegenstand des Verfahrens und auch nicht der mündlichen Verhandlung gewesen. Sie seien von den Parteien und dem LG bis dato übersehen worden.

Die Kl. beantragt insbesondere,

es bei Meidung gesetzlicher Ordnungsmittel zu unterlassen, geschäftlich handelnd eine Matratze mit der Angabe „XY Euro günstiger als XY Euro“ zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, wenn die beworbene Matratze zu dem höheren Preis nicht angeboten worden ist und auch keine Preisreduktion für die Matratze in Höhe der angeführten „Vergünstigung“ erfolgt und kein Bezug auf Wettbewerbsprodukte enthalten ist, insbesondere, wenn dies mit der Angabe „100 Euro günstiger als 299 Euro“ und wie aus Anlage K1 und/oder aus Anlage K2 ersichtlich geschieht;

hilfsweise: eine Matratze mit der Angabe „XY Euro günstiger als XY Euro“ zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, wenn die beworbene Matratze zu dem höheren Preis nicht angeboten worden ist und auch keine Preisreduktion für die Matratze in Höhe der angeführten „Vergünstigung“ erfolgt und kein Bezug auf Wettbewerbsprodukte enthalten ist, wenn dies mit der Angabe „100 Euro günstiger als 299 Euro“ und wie aus Anlage K1 und/oder aus Anlage K2 ersichtlich geschieht.

Die Bekl. wendet sich gegen den Abstrahierungssatz im Antrag der Kl. „XY Euro günstiger als XY Euro“. Aufgrund der Identität der Variablen sei dieser Abstrahierungssatz unsinnig. Er würde Slogans wie beispielsweise „100 Euro günstiger als 100 Euro“ untersagen. Bei diesem unsinnigen Abstrahierungssatz handle es sich nicht um einen Schreibfehler, so dass davon auszugehen sei, dass die Kl. diesen nicht passenden Antrag absichtlich so stelle. Dem erstmalig in der Berufungsbegründung gestellten Hilfsantrag widerspricht die Bekl. Die Kl. habe sich in der ersten Instanz trotz Hinweises des LG Köln, dass der Antrag zu weitgehend sei und zumindest hilfsweise auf die konkrete Verletzungsform beschränkt werden solle, ausdrücklich geweigert, einen solchen Hilfsantrag zu stellen. Werde in der Berufungsinstanz nun erstmals ein Hilfsantrag gestellt, stelle das eine Klageänderung dar, der widersprochen werde und die nicht sachdienlich sei. Die Bekl. erhebt die Einrede der Verjährung. Die im Hilfsantrag erstmals mit der Berufungsbegründung vom 15.7.2020 zum Streitgegenstand gemachte Werbung sei letztmals im Dezember 2019 verwendet worden.

Die Berufung hatte teilweise Erfolg.

Aus den Gründen: [29] Die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs ist vorliegend nicht rechtsmissbräuchlich (dazu 1). Der gestellte Hauptantrag ist unzulässig, jedenfalls aber unbegründet (dazu 2). Die Bekl. ist auf den Hilfsantrag zur Unterlassung zu verurteilen (dazu 3).

[30] 1. Die gerichtliche Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs ist nicht rechtsmissbräuchlich iSd § 8 IV UWG. Allein die Tatsache, dass die Kl. bereits andere Werbean-

zeigen der Bekl. abgemahnt und gerügt hat, die den streitgegenständlichen Slogan enthalten, ohne sich jedoch gegen den Slogan zu wenden, begründet die Annahme einer Rechtsmissbräuchlichkeit letztlich nicht.

[31] Von einem Rechtsmissbrauch ist auszugehen, wenn der Anspruchsberechtigte mit der Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs überwiegend sachfremde, das heißt für sich gesehen nicht schutzwürdige Gesichtspunkte verfolgt und diese das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung darstellen (vgl. *BGH GRUR 2012, 286 Rn. 13 – Falsche Suchrubrik; BGH GRUR 2019, 199 Rn. 21 – Abmahnaktion II; BGH GRUR 2019, 966 Rn. 33 – Umwelthilfe; Köhler/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen, 38. Aufl., § 8 Rn. 4.10*). Ob ein Rechtsmissbrauch vorliegt, ist unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (vgl. *BGH GRUR 2001, 354 [355] – Verbandsklage gegen Vielfachabmahner; Köhler/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 8 Rn. 4.11*). Maßgeblich sind hierbei die Interessen und Zwecke des Anspruchstellers, die sich in der Regel nur aus äußeren Umständen erschließen lassen (*Köhler/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 8 Rn. 4.11*). Dabei ist das Vorliegen eines Missbrauchs im Rahmen des Freibeweises von Amts wegen zu prüfen. Die Folgen eines non-liquet treffen den Bekl. (vgl. *Büch in Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl., Kap. 13 Rn. 54 mwN*).

[32] Das Gesetz nennt in § 8 IV 1Hs. 2 Alt. 2 UWG insbesondere das Kostenbelastungsinteresse als ein sachfremdes, rechtsmissbräuchliches Interesse des Anspruchstellers. Von einem Kostenbelastungsinteresse ist auszugehen, wenn es dem Anspruchsberechtigten überwiegend darum geht, den Verletzer mit möglichst hohen Prozesskosten und Risiken zu belasten und seine personellen und finanziellen Kräfte zu binden (vgl. *BGH GRUR 2000, 1089 [1091] – Mißbräuchliche Mehrfachverfolgung*). Es ist dabei unerheblich, ob die Kostenbelastung für den Verletzer eine konkrete Behinderung im Wettbewerb darstellt. Ansonsten würden allein die Größe und finanzielle Leistungsfähigkeit des Verletzers den Anspruchsberechtigten von jedem Missbrauchsvorwurf entlasten (vgl. *BGH GRUR 2006, 243 Rn. 19 – MEGA SALE*).

[33] Anhaltspunkte für ein Kostenbelastungsinteresse können sich daraus ergeben, dass der Anspruchsinhaber bei einem einheitlichen, gleichartigen oder ähnlich gelagerten Wettbewerbsverstoß getrennte Verfahren anstrengt und dadurch die Kostenlast erheblich erhöht, obwohl eine Inanspruchnahme in nur einem Verfahren für ihn mit keinerlei Nachteilen verbunden ist (vgl. *BGH GRUR 2009, 1180 Rn. 20 – 0 Grundgebühr; BGH GRUR 2010, 454 [455] – Klassenlotterie*). Ein sachlicher Grund für eine Aufspaltung liegt vor, wenn die getrennte Anspruchsverfolgung aufgrund von möglichen Unterschieden in der rechtlichen Beurteilung oder Beweisbarkeit des jeweiligen Verstoßes als der prozessual sicherste Weg zur Durchsetzung des Rechtsschutzbegehrens erscheint (*BGH GRUR 2019, 631 Rn. 62 – Das beste Netz, mwN*).

[34] Die Kl. hätte zusammen mit den Abmahnungen vom 10.9.2019 und 15.10.2019 und der sich daran anschließenden einstweiligen Verfügungsverfahren den streitgegenständlichen Slogan abmahnen oder den wettbewerbsrechtlichen Verstoß gerichtlich geltend machen können. Dies gilt insbesondere deshalb, weil die am 10.9.2019 und 15.10.2019 angegriffenen *Google*-Werbungen zum Teil den streitgegenständlichen Slogan mitenthielten. Die Kl. hätte mithin gleichzeitig verschiedene potenziell wettbewerbswidrige Aspekte der Werbung der Bekl. angreifen und dadurch die Kostenlast minimieren können, ohne das ihr Nachteile durch die Inanspruchnahme in einem einheitlichen Verfahren entstanden wären.

[35] Für die vorgenommene Aufspaltung ist auch kein sachlicher Grund ersichtlich. Zwar hat die Kl. die anderen *Google*-Werbungen in einem einstweiligen Verfügungsverfahren angegriffen und hinsichtlich des hier streitgegenständlichen Slogans ein Hauptsacheverfahren angestrengt. Doch kann in den unterschiedlichen Verfahrensarten kein sachlicher Grund liegen, wenn sie nicht durch ein nachvollziehbares Motiv indiziert sind. Ansonsten könnte ein Anspruchsinhaber den Rechtsmissbrauchseinwand umgehen, indem er für verschiedene Verfahren unterschiedliche Verfahrensarten wählt, sofern die Voraussetzungen hierfür vorliegen. Ein nachvollziehbares Motiv, weshalb die Kl. diesen Unterlassungsantrag neben den anderen einstweiligen Verfügungsverfahren nicht auch im einstweiligen Rechtsschutz gestellt hat, ist nicht ersichtlich.

[36] Voraussetzung für den Rechtsmissbrauch ist – trotz Abstellens auf äußere Umstände – allerdings immer auch ein Wissens- bzw. Willenselement. Denn nur in diesem Fall können überwiegend sachfremde und nicht schutzwürdige Interessen und Zwecke des Anspruchsberechtigten angenommen werden. Die Kl. behauptet, den streitgegenständlichen Slogan erst nach den Abmahnungen gegen die *Google*-Werbungen gesehen zu haben. Zuvor habe sie den Slogan schlicht übersehen. Es ist fraglich, ob die Kl. nicht auch schon damals auf den Slogan aufmerksam geworden ist. Denn beide Parteien beobachten sich als unmittelbare Wettbewerber seit geraumer Zeit äußerst kritisch. Allerdings kann hier nicht ausgeschlossen werden, dass die Kl. den Werbeslogan tatsächlich zunächst übersehen hat. Dafür spricht, dass nicht alle von ihr gerügten *Google*-Werbungen den Slogan enthielten und das Hauptaugenmerk bei den Abmahnungen auf dem Anzeigentext und nicht der Werbeüberschrift lag. Gegen die Kenntnis des Slogans spricht auch die Vehemenz, mit der die beiden Parteien bei potenziellen Wettbewerbsverstößen bisher gegeneinander vorgegangen sind. Wettbewerbsverstöße wurden in der Regel zeitnah gerügt, um der Gegenseite die Vorteile aus einer wettbewerbswidrigen Werbung nicht zukommen zu lassen. Mithin kann die Bekl., zu deren Lasten die Nichtnachweisbarkeit der Kenntnis geht, die Kenntnis der Kl. von dem Slogan nicht nachweisen, weshalb kein Kostenbelastungsinteresse und deshalb auch kein Rechtsmissbrauch vorliegen.

[37] Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der Rechtsmissbrauch in erster Linie nach den äußeren Umständen zu beurteilen ist, weil vorliegend – wie dargelegt – hinreichend Indizien vorliegen, dass ein Kostenbelastungsinteresse nicht im Vordergrund stand.

[38] 2. Der in erster Linie gestellte Unterlassungsantrag ist wegen der Formulierung des Abstrahierungssatzes „Bezug auf Wettbewerbsprodukte“ unzulässig. Jedenfalls wäre er unbegründet.

[39] Nach § 253 II Nr. 2 ZPO darf ein Verbotsantrag – und nach § 313 I Nr. 4 ZPO eine darauf beruhende Verurteilung – nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 I ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Bekl. deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was dem Bekl. verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen bleibt (*BGH GRUR 2019, 813 Rn. 23 – Cordoba II*). Eine hinreichende Bestimmtheit ist für gewöhnlich gegeben, wenn eine Bezugnahme auf die konkrete Verletzungshandlung erfolgt oder die konkret angegriffene Verletzungsform antragsgegenständlich ist und der Klageantrag zumindest unter Heranziehung des Klagevortrags unzweideutig erkennen lässt, in welchen Merkmalen des angegriffenen Verhaltens die Grundlage und der Anknüpfungspunkt für den Wettbewerbsverstoß und damit das Unterlassungsgebot liegen soll (vgl. *BGH GRUR 2019, 627 Rn. 16 – Deutschland-Kombi*). Besteht zwischen den

Parteien Streit über die Bedeutung von allgemeinen Begriffen, muss der Kl. die Begriffe hinreichend konkret umschreiben und gegebenenfalls mit Beispielen unterlegen oder sein Begehren an der konkreten Verletzungshandlung orientieren (vgl. *BGH GRUR 2017, 266 Rn. 29 – World of Warcraft I*).

[40] Vor diesem Hintergrund kann offenbleiben, ob bereits die Formulierung „XY Euro günstiger als XY Euro“ zur Unzulässigkeit des Klageantrags führt. Denn der Zusatz im Hauptantrag „kein Bezug auf Wettbewerbsprodukte enthalten ist“ ist nicht hinreichend bestimmt. Wie die Bekl. mit Recht einwendet, ist unklar, wann ein solcher Bezug auf Wettbewerbsprodukte besteht. So bleibt offen, ob es hierfür ausreichen soll, dass ein solcher Bezug im Umfeld der Werbeaussage (möglicherweise in einer anderen Anzeige) hergestellt wird. Weiter wird nicht deutlich, wann der Verkehr einen solchen Bezug erkennen kann.

[41] Soweit der Wortlaut des Hauptantrags so verstanden werden kann, dass eine Werbung mit dem Streitgegenständlichen Slogan nur dann nicht unterlassen werden muss, wenn in der Werbeanzeige, die den Slogan enthält, Bezug auf Wettbewerbsprodukte genommen wird, reicht dies nicht aus, was sich schon daraus ergibt, dass auch in diesem Fall nicht ausreichend deutlich wird, unter welchen Umständen eine hinreichende Bezugnahme erfolgt.

[42] Der Unterlassungsantrag in Bezug auf den angegriffenen Slogan ist – wie das *LG* mit Recht ausführt – jedenfalls unbegründet, weil er auch zulässige Verhaltensweisen erfasst.

[43] Ein Unterlassungsantrag ist ua unbegründet, wenn er zu weit gefasst ist. Dies ist anzunehmen, wenn er auch Handlungen erfasst, die nicht wettbewerbswidrig sind (*Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 12 Rn. 2.44 a; vgl. auch *BGH GRUR 2014, 393 – wetteronline.de*).

[44] Welche Handlungen vom Unterlassungsantrag umfasst sind, ist der Antragsfassung und ihrer Auslegung zu entnehmen. Ein Unterlassungsantrag kann einerseits dergestalt formuliert werden, dass der Kl. die Unterlassung der Verletzungshandlung in der konkret begangenen Form beantragt. Bei diesen konkreten Anträgen brauchen Ausnahmetatbestände in den Klageantrag nicht aufgenommen zu werden, weil es nicht Sache des Kl. ist, den Bekl. darauf hinzuweisen, was ihm erlaubt ist (*BGH GRUR 2010, 749 Rn. 26 – Erinnerungswerbung im Internet*). Andererseits kann der Unterlassungsantrag über die konkrete Verletzungsform hinaus verallgemeinernd gefasst sein. Bei diesen abstrakten Anträgen müssen entsprechende Einschränkungen in den Tenor aufgenommen werden, wenn ein Verbot andernfalls auch erlaubte Verhaltensweisen erfassen würde (*BGH GRUR 2010, 749 Rn. 26 – Erinnerungswerbung im Internet*).

[45] Im vorliegenden Fall ist der Antrag allgemein gehalten. Die Kl. möchte der Bekl. generell verbieten, mit der Angabe „XY Euro günstiger als XY Euro“ zu werben und beschreibt lediglich einzelne Situationen (wenn die beworbene Matratze zu dem höheren Preis nicht angeboten worden ist und auch keine Preisreduzierung für die Matratze in Höhe der angeführten Vergünstigung erfolgt und kein Bezug auf Wettbewerbsprodukte enthalten ist), in denen mit dem Streitgegenständlichen Slogan nicht geworben werden darf. Damit passt sich der Antrag nicht möglichst genau an die konkrete Verletzungsform an und umschreibt auch nicht die Umstände, unter denen ein Verhalten untersagt werden soll, so deutlich, dass sie in ihrer konkreten Gestaltung zweifelsfrei erkennbar sind. Vielmehr sollen der Bekl. sämtliche Benutzungen des Slogans verboten werden, mit Ausnahme der explizit genannten Situationen.

[46] Eine unmittelbare Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform liegt zwar auch dann vor, wenn der Klageantrag die Handlung abstrakt beschreibt, sie aber mit einem „wie“-Zusatz („wie geschehen ...“, „wenn dies geschieht

wie ...“) konkretisiert. Im Hauptantrag zu 1 nutzt die Kl. den „wie“-Zusatz jedoch nur subsidiär. Den Schwerpunkt bildet im Antrag der „insbesondere“-Zusatz der Kl. („... insbesondere, wenn dies geschieht wie ...“). Da der „insbesondere“-Zusatz hier nicht lediglich einen einschränken den Einschub kennzeichnet – dafür bedürfte es bei der Formulierung des Antrags gar keines „insbesondere“-Zusatzes, weil schon der „wie“-Zusatz genügt –, ist er kein generell taugliches Mittel, mit dem ein weit gefasster Unterlassungsantrag durch beispielhafte Verdeutlichung konkretisiert wird (vgl. *Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 12 UWG Rn. 2.46). Der „insbesondere“-Zusatz kann hier daher nur zwei Funktionen haben. Zum einen kann er das in erster Linie beantragte abstrakte Verbot erläutern, indem er am Beispiel der konkreten Verletzungsform das Charakteristische der Verletzung erläutert und verdeutlicht, was unter der im abstrakten Antragsteil genannten Verletzungsform zu verstehen ist. Er kann zum anderen auf diese Weise verdeutlichen, dass Gegenstand seines Begehrens nicht allein ein umfassendes, abstrakt formuliertes Verbot ist, sondern dass er, falls er damit (nicht) durchdringt, jedenfalls die Unterlassung des konkret beanstandeten Verhaltens und gegebenenfalls kerngleicher Handlungen begehrt. In der Sache hat der Zusatz dann die Funktion eines unechten oder Quasi-Hilfsantrags (*Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 12 Rn. 2.46). Ganz gleich welche der beiden Funktionen dem „insbesondere“-Zusatz im Hauptantrag zu 1 zugeschrieben werden, der Klageantrag ist durch seine Formulierung und den Gebrauch des „insbesondere“-Zusatzes abstrakt gehalten und stellt einen abstrakten Antrag dar.

[47] Soweit die Kl. nun in der Berufung ausführt, dass sie mit dem Hauptantrag zu 1 nur die aus Anlage K1 und Anlage K2 ersichtlichen Werbungen und nicht auch den Slogan in einem ganz anderen – weiteren – Kontext verbieten lassen wollte, ist dieses aus den Schriftsätzen und der mündlichen Verhandlung vor dem *LG Köln* nicht ersichtlich. Führt die Kl. in ihrem Schriftsatz vom 4.3.2020 aus, dass die Antragsrüge unberechtigt sei, weil die Bekl. so geworben habe, „wie dies Gegenstand des Klageantrags ist, der auf die konkrete Verletzungsform bezogen worden ist (wie üblich aber auch kerngleiche Sachverhalte erfasst)“, kann dieser Begründung nicht eindeutig entnommen werden, ob die Kl. einen abstrakten oder konkreten Antrag stellt. Denn im Ergebnis bezieht sie sich nur auf die konkrete Verletzungsform, beschränkt sich aber nicht auch auf diese.

[48] Dem Prozessbevollmächtigten, der Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz ist, ist die Unterscheidung zwischen der Formulierung von abstrakten („insbesondere“-Zusatz) und konkreten („wie“-Zusatz) Anträgen bekannt. Daher kann der Antrag, zumal das *LG* auf die unbestimmte Formulierung des Klageantrags hingewiesen hat, nicht als Antrag in Bezug auf die konkrete Verletzungsform verstanden werden.

[49] Dieser abstrakt formulierte Unterlassungsantrag ist zu weit gefasst und daher unbegründet. Wie die Bekl. und das *LG Köln* zu Recht einwenden, gibt es Handlungen die nicht wettbewerbswidrig sind, aber gleichwohl von dem Hauptantrag umfasst würden. So viele beispielsweise die folgende Werbeaussage unter den Hauptantrag, obwohl sie nicht wettbewerbswidrig wäre:

„Wir haben lange intern diskutiert wie teuer die B in der Standardgröße sein soll: 499 Euro, 399 Euro oder 299 Euro. Dann haben wir entschieden auch den niedrigsten Planpreis zu unterbieten. Die B soll als ...-Matratze so billig wie möglich angeboten werden. Die B Matratze kostet in der Standardgröße immer und überall 199 Euro!
100 Euro günstiger als 299 Euro.“

[50] Soweit die Kl. rügt, dass die Angriffe gegen den Unterlassungsantrag gänzlich neu seien, in der mündlichen Verhandlung vor dem *LG* nicht zur Sprache gekommen seien

und sie daher nicht mehr die Gelegenheit bekommen habe, auf diese neuen Angriffspunkte zu reagieren, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Unabhängig von der Frage, ob das LG eine Hinweispflicht oder den Anspruch der Kl. auf rechtliches Gehör verletzt hat, hat die Kl. auch im Rahmen des Berufungsverfahrens keine Gründe vorgetragen, die ein anderes Ergebnis begründen würden.

[51] Im Übrigen liegt ein Verstoß gegen § 139 ZPO oder eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht vor.

[52] Ein Gericht muss einem Kl. nach § 139 ZPO nur dann Gelegenheit geben, die Reichweite seines Antrags zu prüfen und gegebenenfalls ihn neu zu fassen und dazu sachdienlich vorzutragen, wenn der zu weit gehende Antrag vom Bekl. nicht oder nur am Rande gerügt wurde (vgl. *BGH GRUR 2014, 393* – wetteronline.de; *Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 12 Rn. 2.44 a). Die Bekl. hat in ihrer Klageerwiderung, weiteren Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung jedes Mal den zu weit gefassten Hauptantrag zu 1 gerügt. Der Kl. war demnach bekannt, dass der Unterlassungsantrag möglicherweise zu weit geht und gegebenenfalls von ihr neugefasst werden musste. Eines weiteren Hinweises durch das Gericht bedurfte es nicht. Schriftsatznachlass wurde der Kl. gewährt, so dass sie auf das konkrete Werbebeispiel eingehen konnte.

[53] Es ist nicht Aufgabe des Gerichts einem Kl. bei der Formulierung eines abstrakten Unterlassungsantrags durch wiederholte Hinweise behilflich zu sein. Entscheidet sich ein Kl. dazu einen abstrakten Unterlassungsantrag zu stellen, muss er das Risiko tragen, dass dieser zu weit gerät.

[54] 3. Auf den Hilfsantrag der Kl., den diese im Rahmen der Berufung ausdrücklich formuliert hat, ist die Bekl. zur Unterlassung zu verurteilen.

[55] a) Dabei bedurfte es der ausdrücklichen Formulierung des Hilfsantrags im Rahmen der Berufungsbegründung nicht, die allerdings unschädlich ist. Der „insbesondere“-Zusatz ist regelmäßig so zu verstehen, dass wenigstens die Unterlassung des konkret beanstandeten Verhaltens begehrt wird (vgl. *Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 12 Rn. 2.46).

[56] Letztlich liegen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vor, dass die Kl. den Antrag nicht als Antrag im Rahmen der konkreten Verletzungsform ansehen wollte. Zwar hat die Kl. ausdrücklich an ihrem Antrag festgehalten, nachdem das LG auf die Unbestimmtheit hingewiesen hat. Auch ist es nicht Aufgabe des Gerichts, einen zu weit gefassten Antrag so umzuformulieren, dass er Erfolg hat. Allerdings konnte die Kl. davon ausgehen, dass der Antrag jedenfalls hilfsweise als auf die konkrete Verletzungsform bezogen angesehen wird, wie dies üblicherweise im Rahmen des „insbesondere“-Antrags geschieht. In diesem Fall bestand aus der Sicht der Kl. kein Bedürfnis für eine weitere Anpassung ihres Antrags, wenn sie an ihrem in erster Linie gestellten Antrag festhalten und die konkrete Verletzungsform lediglich hilfsweise geltend machen wollte.

[57] Hierfür spricht auch, dass die Kl. – jedenfalls im Rahmen der Berufung – ausdrücklich den Antrag unter Weglassung des Wortes „insbesondere“ stellt.

[58] Dies stellt keine Klageänderung dar, weil der Hilfsantrag – wie dargelegt – von vorne herein gestellt werden sollte.

[59] b) Der Hilfsantrag ist begründet. Entgegen der Ansicht der Bekl. erfolgt eine Irreführung des angesprochenen Verkehrskreises.

[60] aa) Die Bekl. rügt hinsichtlich des Hilfsantrags, dass die Anlagen K1 und K2 nur ein Fragment der konkreten Verletzungsform seien. Der Kontext, in dem die Werbung geschaltet würde, würde nicht berücksichtigt. Es wäre aber nur dann zulässig, die Werbung isoliert als konkrete Ver-

letzungsform zu benennen, wenn es auf den Kontext der Anzeige nicht ankäme, wenn die Werbung also immer unzulässig wäre, ganz egal, was für ein Kontext vorhanden ist. Demzufolge sei auch der Hilfsantrag zurückzuweisen, weil hier Werbeaussagen aus dem Kontext gerissen würden, ohne dass überhaupt die wirkliche konkrete Verletzungsform zum Streitgegenstand gemacht würde.

[61] Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung mit der konkreten Verletzungsform das konkret umschriebene beanstandete Verhalten meint (vgl. *Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 12 Rn. 2.23 e). Das im Hilfsantrag beanstandete Verhalten der Bekl. ist die Werbung wie in Anlage K1 und K2 dargestellt. Auf diese Gestaltung kann die Bekl. Einfluss nehmen, so dass es von ihrem Verhalten abhängt, „was“, „wie“, „wo“ und „wann“ beworben wird. Der weitere Kontext der Werbung, soweit er nicht von der Bekl. gesteuert wird, gehört nicht zur Verletzungsform. Soweit die Bekl. ausführt, dass ihre Werbung durch „keywords“ gesteuert werden könne, so dass ihre Anzeigen nur dann angezeigt würden, wenn sich im direkten Umfeld Werbung der Kl. mit Nennung des Preises der klägerischen Matratze wiederfindet, legt die Bekl. nicht substantiiert dar, dass die Werbung auch ausschließlich so geschaltet würde. Insofern hätte es der Darlegung bedurft, wie die Funktion der „keywords“ Werbung im Einzelnen abläuft und welche Ergebnisse insoweit erzielt werden können.

[62] Selbst wenn es zufälligerweise vereinzelt zu solchen Kombinationen der beiden Werbungen gekommen ist, führt dies nicht dazu, dass die Werbungen aus Anlage K1 und K2, die in einem anderen Kontext geschaltet wurden bzw. erschienen sind, ebenfalls nicht wettbewerbswidrig sein können. Gerade auf Webseiten und in Suchmaschinen sind Werbungen in der Regel nicht statisch, sondern dynamisch geschaltet, so dass die Werbungen nicht immer an derselben Stelle und in einem identischen Kontext angezeigt werden. Dies führt dazu, dass zwei unterschiedliche Besucher einer Suchmaschine die Anlage K2 einmal mit und einmal ohne eine Werbung für die klägerische Matratze angezeigt bekommen können. Der eine Besucher mag aus dem Kontext vielleicht noch schlussfolgern, dass sich der streitgegenständliche Slogan auf die O Matratze bezieht, wohingegen der andere Besucher einen ganz anderen Kontext zu sehen bekommt. Ein Wettbewerbsverstoß kann aber nicht schon per se ausgeschlossen sein, weil sich für einen der beiden Besucher aus dem Kontext etwas anderes ergeben könnte, als für den anderen Besucher.

[63] bb) In der Sache ergibt sich der geltend gemachte Unterlassungsanspruch der Kl. gegen die Bekl. aus § 8 I UWG.

[64] Nach § 8 I UWG kann derjenige, der eine nach § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, von den nach § 8 III UWG Berechtigten bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

[65] (1) Die Kl. ist nach § 8 III Nr. 1 UWG aktivlegitimiert. Die Bewerbung der Matratze „B@“ mit dem Slogan „100 Euro günstiger als 299 Euro“ wie in Anlage K1 und K2 durch die Bekl. stellt eine geschäftliche Handlung iSd § 2 I Nr. 1 UWG dar. Auch sind die Parteien Mitbewerber.

[66] (2) Die Bekl. beruft sich mit Erfolg auf den Unlauterkeitstatbestand der Irreführung gem. §§ 3, 5 UWG.

[67] Eine Aussage ist irreführend iSd § 5 I 1, 2 Nr. 1 UWG, wenn sie unwahre Angaben enthält. Bei der Prüfung, ob eine Angabe geeignet ist, den Verkehr irreführen, kommt es nicht auf den objektiven Wortsinn und nicht darauf an, wie der Werbende selbst seine Aussage verstanden wissen will. Entscheidend ist vielmehr die Auffassung der Verkehrskreise, an die sich die Werbung richtet (vgl. *Bornkamm/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 5 Rn. 1.57, mwN). Vor diesem Hintergrund kann auch eine gesetzlich zulässige und damit objektiv richtige Angabe irreführend sein, wenn

sie beim angesprochenen Verkehr zu einer Fehlvorstellung führt, die geeignet ist, sein Kaufverhalten zu beeinflussen. Abzustellen ist auf den normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen (vgl. *BGH GRUR 2013, 631 – AMARULA/Marulablu; Dreyer in Harte/Henning, UWG, 4. Aufl., § 5 I Rn. 14, mwN*).

[68] Soweit eine Aussage mehrdeutig ist, muss der Werben- de einer Werbeaussage die verschiedenen Bedeutungen gegen sich gelten lassen (vgl. *BGH GRUR 2012, 1053 – Marktführer Sport*). Allerdings genügt es für eine wett- bewerblich relevante Irreführung nicht, dass die Werbung nur von einem nicht ganz unbeachtlichen Teil des angespro- chenen Verkehrs in unrichtiger Weise verstanden wird (vgl. *BGH GRUR 2012, 1053 – Marktführer Sport*).

[69] Infolge des geänderten Verbraucherleitbildes hat sich der für eine wettbewerblich relevante Irreführung erforderliche Anteil des angesprochenen Verkehrs, der auf Grund der Werbung einer Fehlvorstellung unterliegt, nach oben ver- schoben. Eine Werbung ist nur dann irreführend, wenn sie geeignet ist, bei einem erheblichen Teil der umworbenen Verkehrskreise irri- ge Vorstellungen über die Eigenschaften oder die Befähigung des Unternehmers hervorzu- rufen und die zu treffende Marktentscheidung in wettbewerblich rele- vanter Weise zu beeinflussen (vgl. *BGH GRUR 2012, 1053 – Marktführer Sport*).

[70] Es ist zu berücksichtigen, in welchem Umfang eine Fehlvorstellung bei den angesprochenen Verbraucherkreisen hervorgerufen wird und ob und in welchem Umfang die Marktentscheidung der Verbraucher durch die Fehlvorstellung beeinflusst wird (vgl. *BGH GRUR 2016, 1073 – Geo- Targeting; Bornkamml/Feddersen in Köhler/Bornkamml/Feddersen, § 5 Rn. 1.96*). Eine Festlegung auf einen bestimmten Prozentsatz kommt nicht in Betracht, weil es von der Würdi- gung des Einzelfalls abhängt, welche Quote ausreichend ist (vgl. *Bornkamml/Feddersen in Köhler/Bornkamml/Feddersen, § 5 Rn. 1.98, mwN*). Auch ist im Rahmen der Gesamt- abwägung zu berücksichtigen, dass nicht jeder auf Unkennt- nis beruhende Irrtum eines Verbrauchers schutzwürdig ist (vgl. *Bornkamml/Feddersen in Köhler/Bornkamml/Feddersen, § 5 Rn. 1105, mwN*).

[71] Bei der Beurteilung der Frage, ob eine geschäftliche Handlung irreführend ist, kommt es auf den Gesamtein- druck an, der bei dem angesprochenen Verkehr hervorgeru- fen wird (vgl. *BGH GRUR 2018, 431 – Tiegelgröße*).

[72] Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass bei der Frage, ob eine Werbeangabe irreführend ist, zunächst der Verkehrskreis ermittelt werden muss, an den sich die Angabe richtet. Die Werbung richtet sich vorliegend an all- gemeine Verbraucher. Daher kann der Senat als in Wett- bewerbssachen erfahrener Senat das Verkehrsverständnis der Aussage selbst beurteilen.

[73] Nach den vorstehend dargelegten Grundsätzen liegt eine relevante Irreführung vor. Ein nicht unerheblicher Teil des angesprochenen Verkehrskreise wird davon ausgehen, es sei – wie die Kl. behauptet – eine Preissenkung von dem Preis von 299 Euro auf 199 Euro erfolgt.

[74] Dies gilt allerdings nicht für den Teil der Verbraucher, die sich intensiv mit dem Kauf einer neuen Matratze aus- einandersetzen. Denn für diesen Teil der angesprochenen Verkehrskreise liegt es nicht fern, dass die Darstellung als ein Vergleich zwischen dem Preis der beiden am besten getesteten Matratzen aufgefasst wird, so dass eine Irrefüh- rung dieser Verkehrskreise nicht erfolgt. Hierbei handelt es sich nach Ansicht des Senats indes um einen kleinen Teil der Verkehrskreise, weil die meisten Verbraucher sich eine Mat- ratze lediglich in großen Zeitabschnitten neu kaufen und sich nicht ständig derart umfassend informieren, dass ihnen stets die am Markt befindlichen Angebote und somit auch

das Angebot der Matratze O und deren Preis sowie die Aus- einandersetzung der Parteien als „Testsieger“ bekannt sind.

[75] Allerdings wird die Aussage von einem wesentlichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise, der sich nicht ak- tuell mit dem Erwerb einer neuen Matratze befasst, dahin verstanden werden, dass die Bekl. den ursprünglichen Preis ihrer Matratze um 100 Euro reduziert hat.

[76] Der durchschnittlich informierte und verständige Ver- braucher wird letztlich aus dem Slogan zu Recht schluss- folgern, dass die „B® ...-Matratze“ zu einem Preis von 199 Euro erworben werden kann. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um die einzige Aussage, die der Verbraucher dem Slogan entnimmt. Der Verbraucher stellt sich aufgrund der Formulierung des Slogans in einem nächsten Schritt die Frage, weshalb die Bekl. nicht schlicht den aktuellen Preis der Matratze nennt, sondern vom Verbraucher eine simple Rechenoperation verlangt, um selbst auf den Preis zu kom- men.

[77] Die gewählte Formulierung ist geeignet, die Vorstellung beim Verbraucher hervorzurufen, dass die Bekl. den Preis ihrer Matratze um 100 Euro reduziert hat.

[78] Dass es sich hierbei um eine nicht allgemein übliche Art der Darstellung von Preissenkungen handelt, ist für das Ver- braucherverständnis nicht entscheidend, weil er dem Slogan regelmäßig keine andere sinnstiftende Erklärung zuschreiben kann. Einen Preisvergleich mit einem Wettbewerberprodukt werden die meisten Verbraucher in den Slogan nicht hinein- interpretieren. Für vergleichende Werbung braucht der Ver- braucher ein greifbares Kriterium, mit dem er Produkte von Wettbewerbern assoziiert; bestenfalls der Name oder eine einzigartige Eigenschaft des Produktes oder der Dienstlei- stung. Der Preis ist als Kriterium nicht geeignet. Verbraucher fassen den Preis nicht als feste Größe auf, sondern als sich ständig ändernden Parameter. Zusätzlich ist ein bestimmter Preis nicht mit einem einzigen Produkt eines Wettbewerbers verknüpft, so dass ein Vergleich für den Verbraucher un- möglich ist, wenn er nicht weiß, um welche Vergleichstücke es sich handelt.

[79] Soweit die Bekl. einwendet, dass der Verkehr aus der Werbung die Matratzenpreise der beiden Parteien kenne und deshalb 299 Euro direkt mit der O und 199 Euro mit der B® ...-Matratze assoziiere und darüber hinaus wisse, dass es sich um keine Preissenkung der B® ...-Matratze handeln könne, weil diese schon immer für 199 Euro ange- boten worden sei, so überschätzt die Bekl. – wie dargelegt – die Kenntnisse des durchschnittlich informierten und ver- ständigen Verbrauchers über den Matratzenmarkt. Nur wenn ein Verbraucher beabsichtigt, sich eine Matratze zu kaufen, beschäftigt er sich für einen beschränkten Zeitraum mit der Marktsituation. Die Preisentwicklung der verschie- denen Matratzen über eine längere Zeit verfolgt der Ver- braucher nicht. Er weiß daher nicht, dass die B® ...-Mat- ratze von Beginn an 199 Euro gekostet hat oder das der Kaufpreis der O in der Regel 299 Euro beträgt.

[80] Die Werbung der Bekl. ist mithin grundsätzlich irrefüh- rend.

[81] Soweit der Slogan – wie dargelegt nicht geeignet sein mag, sämtliche angesprochenen Verbraucher irreführen, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Befassen sich Ver- braucher ausgiebig und tiefgehend mit dem Matratzen- markt, insbesondere mit den beiden im Streit befangenen Anbietern, so assoziieren sie möglicherweise mit den ge- nannten Preisen die Matratzenmodelle der Parteien. Dies schließt jedoch die Annahme einer Irreführung nicht aus, solange Verbraucher zu einem erheblichen Teil irreführt werden (vgl. *BGH GRUR 2004, 162 [163] – Mindestver- zinsung*). Bei der Beurteilung, ob eine Irreführung iSd § 5 UWG vorliegt, ist zwar auf die Sicht eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers

abzustellen. Das bedeutet jedoch nicht, dass die genannte Vorschrift nur dann eingreift, wenn die Angabe geeignet ist, jeden durchschnittlich informierten und verständigen Werbeadressat irreführen zu können. Denn auch durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher können eine Werbeanzeige unterschiedlich auffassen.

[82] Der Senat geht davon aus, dass bei einem erheblichen Teil der Verbraucher der Slogan zu einer Fehlvorstellung und damit einer Irreführung führt, weil es näherliegend ist, in der Formulierung eine Preissenkung zu erblicken und nicht einen Preisvergleich mit einem nicht benannten Wettbewerbsprodukt. Es kommt hinzu, dass im Rahmen der Gesamtabwägung der Grundsatz der Preisklarheit und –wahrheit zu berücksichtigen ist, was ebenfalls für die Annahme einer Irreführung spricht.

[83] Die Irreführung ist dazu geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

[84] (3) Der Anspruch ist nicht verjährt, weil die Kl. den Unterlassungsanspruch – wie dargelegt – bereits mit einem unechten Hilfsantrag („insbesondere“-Antrag) von Anfang an geltend gemacht hat.

Anm. d. Red.: Zur zitierten Entscheidung des BGH GRUR 2019, 966 Rn. 33 – Umwelthilfe, s. die Anmerkung von Koch LMK 2019, 422693. Zu BGH GRUR 2010, 454 – Klassenlotterie, s. die Anmerkung von Teplitzky LMK 2010, 302317. Zu BGH GRUR 2017, 266 – World of Warcraft I, s. den Beitrag zur Rechtsprechung von Czychowski GRUR 2017, 362. Zu BGH GRUR 2016, 1073 – Geo-Targeting, s. die Anmerkung von Sosnitsa LMK 2016, 382269. Zu BGH GRUR 2018, 431 – Tiegelgröße, s. die Anmerkung von Alexander GRUR 2018, 436. Zur Werbung mit Testergebnissen der Stiftung Warentest im Rahmen eines Nassrasierer-Tests s. OLG Stuttgart GRUR 2018, 1066 – Verblindung von Warentests. Zu einer Werbung mit der Aussage „Testsieger“ nach Test der Stiftung Warentest s. OLG Düsseldorf GRUR-RR 2016, 208 – Testsieger bei Energiesparlampen. ■

12. Irreführende Belehrung über den Ausschluss eines Widerrufsrechts bei Haustürgeschäften

UWG § 5; BGB § 312 g II Nr. 1 – **Kurven-Treppenlift**

Die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Anbieters von so genannte Kurventreppenliften enthaltene Angabe, ein Widerrufsrecht des Kunden scheidet bei Haustürgeschäften gemäß § 312 g II Nr. 1 BGB aus, ist irreführend. Es handelt sich nämlich bei dem Angebot eines solchen Lifts, für den eine individuelle Gestaltung des Tragrohrs geplant und angefertigt wird, um einen Werkvertrag, der von der zitierten Vorschrift nicht erfasst wird. (Leitsatz der Redaktion)

OLG Hamm, Urte. v. 10.12.2020 – 4 U 81/20

Zum Sachverhalt: Der Kl. ist als qualifizierte Einrichtung in die Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragen. Die Bkl. stellt so genannte Kurventreppenlifte her. Diese Lifтанlagen bestehen aus einem Stuhl mit darunterliegendem Antrieb. In Bezug auf Ausstattungs- und Designvarianten sind 1008 verschiedene Varianten des Kurventreppenliftes standardmäßig bestell- und lieferbar. Zur Grundausstattung gehört ein in Serie hergestellter elektrischer Drehsitz. Dessen Grundform ist unveränderbar. Jedoch kann zwischen verschiedenen Bezügen gewählt werden. Der patentierte Traktionsantrieb wird ebenfalls in Serie hergestellt. Die Fahrbahn besteht aus einem Zwei-Rohr-System. Die Fahrbahnbefestigung erfolgt über individuell angefertigte Stützen, welche auf die Stufen aufgestellt und dort oder an der Wand befestigt werden. Der Zuschnitt auf die persönlichen Bedürfnisse des Kunden erfolgt über die Fahrbahnkrümmung. Der Fahrbahnverlauf wird wie ein „Maßanzug“ an die Treppensituation des Kunden angepasst. Hierbei erfolgt mittels digitaler Photogrammetrie-Technik die Maßaufnahme der Treppe und anhand dieser Maße und der Körpermaße des Kunden die technische Klärung, ob vor Ort überhaupt genügend Platz für den Liftbetrieb vorhanden ist. Ist dies der Fall, ist – je nach

Treppenhaus – noch ein rechts- oder linksseitiger Anschlag der Wand- oder Stützbefestigungen sowie der Neigungswinkel der Fahrbahn festzulegen. Die erhobenen Daten werden im Weiteren an die Konstruktions- und Fertigungsabteilung übermittelt. Die Fertigung der Fahrbahn erfolgt sodann anhand der erhobenen Maße aus geraden Rohren individuell in Maßarbeit. An diese werden die angepassten Stützen angeschweißt. Je nach Treppenhausgröße entstehen so meterlange Bauteile. Die anschließende Montageleistung besteht darin, die Bauteile zusammenzustecken und die Stützen auf den Stufen und/oder der Wand zu befestigen. Dies macht in finanzieller Hinsicht 4 % der Gesamtleistung aus. Die Bkl. informiert ihre Kunden im Zusammenhang mit außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen über die Lieferung und Montage von Kurventreppenliften wie folgt:

„Belehrung über das Nichtbestehen eines Widerrufsrechts, gemäß § 312 g II BGB, bestehen für verschiedene außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossene Verträge kein Widerrufsrecht. Unter anderem gilt dies gemäß § 312 g II 1 Nr. 1 BGB für Verträge zur Lieferung von Waren, die nicht vorgefertigt sind und für deren Herstellung eine individuelle Auswahl oder Bestimmung durch den Verbraucher maßgeblich ist oder die eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse des Verbrauchers zugeschnitten sind. Der vorliegend abzuschließende Vertrag fällt unter diese Bestimmung, da der Lift individuell nach Ihren Bedürfnissen angefertigt und exakt an die baulichen Gegebenheiten vor Ort angepasst wird. Somit können Sie ihre zum Vertragsschluss führende Willenserklärung nicht gem. § 312 g I, 355 BGB widerrufen. (...) Die Belehrung über das Nichtbestehen eines Widerrufsrechts habe ich zur Kenntnis genommen und bestelle hiermit unter Anerkennung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen die oben angebotene Liftlösung.“

Der Kl. mahnte die Bkl. im Hinblick hierauf wegen der Beschwerde eines Verbrauchers ab und forderte sie zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf. Die Bkl. lehnte dies ab. Der Kl. hat die Ansicht vertreten, die Bkl. sei zur Unterlassung der beanstandeten Verhaltensweise verpflichtet. Sie könne sich nicht auf die Ausnahme zur Widerrufsbelehrung gem. § 312 g II Nr. 1 BGB berufen, da es sich bei den streitgegenständlichen Verträgen um Werkverträge handle.

Der Kl. hat beantragt, es der Bkl. zu untersagen, Verbraucher, mit denen sie außerhalb von Geschäftsräumen Verträge über die Lieferung und Montage von Kurventreppenliften schließt, nicht über das gesetzliche Widerrufsrecht zu belehren, sondern stattdessen zu behaupten, ein Widerrufsrecht sei diesbezüglich ausgeschlossen, weil der vom Verbraucher bestellte Lift individuell nach den Bedürfnissen des Verbrauchers angefertigt und exakt an die baulichen Gegebenheiten vor Ort angepasst werde, wie geschehen in den Vertragsbedingungen Anlage K3.

Das LG Bielefeld hat es der Bkl. im schriftlichen Verfahren mit am 22.5.2020 verkündetem Urteil unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel untersagt, Verbraucher, mit denen sie außerhalb von Geschäftsräumen Verträge über die Lieferung und Montage von Kurventreppenliften schließt, nicht über das gesetzliche Widerrufsrecht zu belehren, sondern stattdessen zu behaupten, ein Widerrufsrecht sei diesbezüglich ausgeschlossen, weil der vom Verbraucher bestellte Lift individuell nach den Bedürfnissen des Verbrauchers angefertigt und exakt an die baulichen Gegebenheiten vor Ort angepasst werde, wie geschehen in den Vertragsbedingungen Anlage K3.

Die Bkl. wendet sich unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens wie folgt gegen das erstinstanzliche Urteil: Bei den in Rede stehenden Kurventreppenliftverträgen handle es sich sehr wohl um Verträge zur Lieferung von Waren iSd § 312 g II Nr. 1 BGB. Sofern das LG den Schwerpunkt des Vertrags in der Herstellung eines funktionstüchtigen Werkes gesehen habe, fehle es an einer wertenden Betrachtung. Bei Werklieferungsverträgen gehe es um die Lieferung noch herzustellender beweglicher Sachen. Da der Warenumsatz im Vordergrund stehe, liege der Fokus auf der Produktion größerer Stückzahlen. Gegenstand sei somit die serienmäßige Herstellung von standardisierten Produkten. In Abgrenzung zum Werkvertrag gehe es um eine „bloß technische Herstellung“ und nicht um eine besondere Werkschöpfung. Vorliegend würden Stuhl und Antrieb in Serie hergestellt. Nur die Doppelrohrführung werde auf die jeweilige Treppensituation bezüglich Neigungswinkel und Biegung mittels modernster Technik in einem technisch standardisierten Verfahren angepasst. Dieser Zuschnitt eines Teils auf die persönlichen Bedürfnisse des Verbrauchers eröffne den Anwendungsbereich des § 312 g II Nr. 1 BGB und dürfe nicht mit der einem Werk in seiner Gesamtheit innewohnenden individuellen Werkschöpfung verwechselt werden. Andernfalls liefe die Ausnahmeregelung leer. Eine besondere Werkschöpfung käme der bloß technischen Herstellung von Sachen nur dann zu, wenn der Werkunternehmer spezielle Zusatzarbeiten, die das Gesamtbild prägen, schulden würde. Diese müssten über die reine Herstellung hinausgehen, von dieser unabhängig sein und den Schwerpunkt des Vertrags bilden. Nicht ausreichend seien die mit der Herstellung der Sache selbst zusammenhängenden Leistungen, wie etwa die planeri-

sche Tätigkeit des Unternehmers als Vorstufe der Herstellung oder die schlichte Montageleistung. Vorliegend komme keiner der von ihr, der Bekl., geschuldeten Leistungen eine spezielle, den Vertrag als Werkvertrag prägende Bedeutung zu. Die Maßnahme beim Kunden sei der erste notwendige Schritt im Herstellungsprozess. Sie erfolge vollautomatisch und sei weder arbeits- noch zeitintensiv. Gleiches gelte für die Arbeitsschritte im Bereich Konstruktion, Fertigung und Montage. Auch die abschließende Montage stelle keine spezielle Zusatzleistung dar. Die vorgefertigte Anlage werde vor Ort zusammengesetzt, auf die Stufen gestellt und dort befestigt. Der Kl. verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens wie folgt: Die Berufung sei bereits unzulässig, da sie nicht aufzeige, aus welchen Gründen das erstinstanzliche Urteil unzutreffend sei. Sie halte damit die zwingende Voraussetzung des § 520 III Nr. 2 ZPO nicht ein. Die Bekl. beschränke sich darauf, ihre eigene Wertung an diejenige des LG zu setzen, ohne dabei aufzuzeigen, weshalb die Wertung des LG rechtlich nicht zutreffend sei. Die Berufung könne auch in der Sache keinen Erfolg haben. Denn das LG habe den Vertrag über die Lieferung und den Einbau des Treppenliftes zu Recht als Werkvertrag eingestuft, so dass die Ausnahmevorschrift des § 312 g II Nr. 1 BGB keine Anwendung finde. Vorliegend habe der Verbraucher das ganz überwiegende Interesse, dass der Treppenlift individuell geplant und an die Gegebenheiten vor Ort angepasst werde, um eine reibungslose Beförderung zu ermöglichen. Somit stehe eindeutig die Funktionstauglichkeit im Vordergrund. Nicht die Eigentumsübertragung an bestimmten beweglichen Sachen, sondern die individuelle Umsetzung der Zielvorgabe, mittels eines Treppenliftes vom Erdgeschoss in einem höher gelegenen Stock zu gelangen, bilde den Schwerpunkt.

Die Berufung hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: [27] Die zulässige Klage ist begründet.

[28] Dem Kl. steht der von ihm verfolgte Unterlassungsanspruch jedenfalls aus §§ 8 I, III Nr. 3, 3, 5 I 2 Nr. 7 UWG gegen die Bekl. zu.

[29] I. Die seitens des Kl. beanstandete „Belehrung über das Nichtbestehen eines Widerrufsrechts“ in der mit der Anlage K3 wiedergegebenen konkreten Verletzungsform erfüllt den Tatbestand des § 5 II 1 Nr. 7 UWG.

[30] 1. Die unbedingte Erklärung, der Verbraucher könne den Vertrag gem. § 312 g II 1 Nr. 1 BGB nicht widerrufen, entspricht nicht der tatsächlichen Rechtslage.

[31] a) Denn dem Verbraucher steht beim Abschluss von iSd § 312 b BGB außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen der vorliegenden Art ein Recht zum Widerruf nach §§ 312 g I, 355 I 1 BGB zu.

[32] Der Tatbestand des § 312 g I BGB ist eröffnet, da dieser nach § 312 I BGB auf Verbraucherverträge iSd § 310 III BGB, die eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand haben, anwendbar ist. Die Anwendbarkeit wird nicht nach § 312 II Nr. 3 BGB ausgeschlossen, da es sich vorliegend um keine Verträge über erhebliche Baumaßnahmen an bestehenden Gebäuden iSd § 650 i I BGB handelt. Dies steht zwischen den Parteien nicht in Streit.

[33] b) Das Widerrufsrecht ist nicht nach § 312 g II 1 Nr. 1 BGB ausgeschlossen.

[34] aa) Denn Werkverträge fallen nicht unter diese Ausnahmevorschrift (BGH NJW 2018, 3380 Rn. 22 – Senkrechttreppenlift; Palandt/Grüneberg, BGB, 79. Aufl., § 312 g Rn. 4).

[35] Dies ergibt sich aus der richtlinienkonformen Auslegung der Vorschrift. § 312 g II 1 Nr. 1 BGB dient nämlich der Umsetzung von Art. 16 Buchst. c RL 2011/83/EU. Diese Richtlinie unterscheidet zwischen „Kaufverträgen“ und „Dienstleistungsverträgen“. Wenn Art. 16 Buchst. c RL 2011/83/EU von der „Lieferung von Waren“ spricht, sind hiermit – wie sich auch und insbesondere aus dem Erwägungsgrund (26) ergibt – indes nur „Kaufverträge“ und keine „Dienstleistungsverträge“ gemeint. Zu den „Dienstleistungsverträgen“ zählen laut der Legaldefinition in Art. 2 Nr. 6 RL 2011/83/EU insbesondere Werkverträge im Sinne des deutschen Rechts (BGH NJW 2018, 3380 Rn. 22 – Senkrechttreppenlift; jurisPK-BGB/Junker, 8. Aufl., § 312 Rn. 25.1).

[36] Dem entspricht auch die Systematik der Regelungen zu Verbraucherverträgen. Den Schutz der Unternehmer, die Werkleistungen erbringen (vgl. Art. 16 Buchst. a RL 2011/83/EU), hat der Gesetzgeber nämlich gerade nicht durch einen Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312 g II 1 Nr. 1 BGB verwirklicht, sondern durch die Regelung in § 357 VIII 1 BGB. Nach dieser Vorschrift schuldet der Verbraucher dem Unternehmer unter den weiteren Voraussetzungen von § 357 I 2 u. 3 BGB Wertersatz für die bis zum Widerruf erbrachte Dienstleistung, wenn der Verbraucher von dem Unternehmer ausdrücklich verlangt hat, dass dieser mit der Leistung vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt. Der in § 357 VIII 1 BGB benutzte Begriff der „Dienstleistung“ entspricht der Definition in Art. 2 Nr. 6 RL 2011/83/EU und erfasst damit jedenfalls regelmäßig auch Werkverträge (BGH NJW 2018, 3380 Rn. 23 – Senkrechttreppenlift).

[37] bb) Bei dem hier in Rede stehenden Vertrag handelt es sich um einen Werkvertrag.

[38] (1) Beinhaltet ein Vertrag – wie der hier in Rede stehende – nämlich sowohl die Verpflichtung zur Lieferung zu montierender Einzelteile als auch die Montageverpflichtung, kommt es für die Frage, ob dieser Vertrag als Werkvertrag oder als Werklieferungsvertrag/Kaufvertrag anzusehen ist, darauf an, auf welcher der beiden Leistungen bei der gebotenen Gesamtbetrachtung des Vertrags der Schwerpunkt liegt. Liegt der Schwerpunkt des Vertrags auf der mit dem Warenumsatz verbundenen Übertragung von Eigentum und Besitz, liegt ein Kauf- oder Werklieferungsvertrag vor. Liegt der Schwerpunkt des Vertrags dagegen nicht auf dem Warenumsatz, sondern schuldet der Unternehmer die Herstellung eines funktionstauglichen Werks, ist ein Werkvertrag anzunehmen (BGH NJW 2018, 3380 Rn. 25 – Senkrechttreppenlift; BGH Beschl. v. 16.4.2013 – VIII ZR 375/11, BeckRS 2013, 15325 Rn. 6).

[39] (2) Danach ist der hier in Rede stehende Vertrag über die Lieferung und Montage eines Kurventreppenliftes nach der insoweit gebotenen Gesamtbetrachtung als Werkvertrag zu qualifizieren.

[40] Im Vordergrund des Vertrags steht nämlich gerade nicht der bloße Warenumsatz mit „schlichter“ Montageleistung. Vielmehr besteht aus der insoweit maßgeblichen Sicht des Kunden – und hierauf kommt es an – die wesentliche Pflicht seines Vertragspartners in der Herstellung des an die räumlichen Gegebenheiten aufgrund der individuellen Planung mithilfe modernster Photogrammetrie-Technik und der späteren Montage des „wie ein Maßanzug“ exakt angepassten, funktionstüchtigen und solchermaßen sofort nutzbaren Kurventreppenliftes. Damit ist unter Verwendung von vertretbaren Sachen ein unververtretbares, gerade für die Bedürfnisse und Zwecke des Kunden geeignetes Werk herzustellen (vgl. BGH NJW-RR 1990, 787). Planung und Montage des auf die jeweilige Treppenhausituation angepassten Lifts stellen damit keine bloße Ergänzung des Verkaufs dar. Vielmehr stellt die Lieferung der erforderlichen Einzelteile für sich genommen aus der Sicht des Kunden nur einen, wenn auch notwendigen, gleichwohl aber untergeordneten Zwischenschritt bis zur Verwirklichung des eigentlichen Vertragszieles dar (vgl. Senat Beschl. v. 24.7.2018 – I-4 U 63/18; Senat Beschl. v. 13.4.2017 – I-4 U 51/16; OLG Zweibrücken Beschl. v. 28.10.2019 – 5 U 72/19, BeckRS 2019, 28389, zu Herstellung und Einbau eines Kaminofens). Dem steht nicht entgegen, dass die Montagekosten in finanzieller Hinsicht lediglich 4 % der Gesamtleistung ausmachen mögen (vgl. BGH NJW 2018, 3380 Rn. 30 – Senkrechttreppenlift).

[41] 2. Das solchermaßen irreführende Handeln der Bekl. ist auch wettbewerbsrechtlich relevant iSd § 5 I 1 UWG, da es geeignet ist, den Verbraucher davon abzuhalten, von der Aus-

übung seines gesetzlichen Widerrufsrechts Gebrauch zu machen.

[42] II. Für die Wiederholungsgefahr streitet aufgrund des Wettbewerbsverstoßes eine tatsächliche Vermutung (*Köhler/Bornkamm/Feddersen/Bornkamm*, UWG, 37. Aufl., § 8 Rn. 1.43).

Anm. d. Red.: Zur zitierten Entscheidung des *BGH NJW* 2018, 3380 – SenkrechtTreppenlift, s. die Anmerkung von *Ring LMK* 2018, 412409. Zur fehlenden Belehrungspflicht über das Widerrufsrecht bei dem Angebot von individuell angefertigten Treppenliften s. *OLG Köln* Beschl. v. 13.5.2020 – 6 U 300/19, GRUR-RS 2020, 21761 – Treppenlift. ■

13. Unzumutbare Belästigung der Verbraucher bei Haustürgeschäften

UWG § 7 I 1 – unbestellter Vertreterbesuch

1. Der Senat hält daran fest, dass eine unangekündigte oder ohne Einwilligung durchgeführte Haustürwerbung nur dann eine unzumutbare Belästigung im Sinne von § 7 I 1 UWG begründet, wenn aufgrund besonderer Umstände die Gefahr einer untragbaren oder sonst wettbewerbswidrigen Belästigung und Beunruhigung des privaten Lebensbereichs gegeben ist.

2. In Bezug auf Haustürbesuche, insbesondere im Hinblick auf ihre gegenüber Verbrauchern durchgeführte Anzahl, sind keine tatsächlichen Veränderungen erkennbar, die dazu führen, derzeit in unangekündigten oder ohne Einwilligung durchgeführten Haustürbesuchen grundsätzlich einen Verstoß gegen § 7 I 1 UWG zu sehen.

3. Aus europarechtlichen Vorgaben, insbesondere aus der so genannten UGP-Richtlinie (RL 2005/29/EG), folgt nicht, dass unangekündigte Haustürbesuche bei Verbrauchern oder Haustürbesuche ohne dessen Einwilligung in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht grundsätzlich unzulässig sind.

KG, Urt. v. 1.12.2020 – 5 U 26/19

Zum Sachverhalt: Der Kl. macht wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche wegen einer von der Bekl. veranlassten Haustürwerbung sowie eine Kostenpauschale für sein vorprozessuales Abmahnschreiben geltend.

Das *LG Berlin* (Urt. v. 18.12.2018 – 16 O 49/18) hat die Bekl. zur Unterlassung verurteilt und dem Kl. die geltend gemachte Kostenpauschale nebst Zinsen zugesprochen.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Bekl. ihr Begehren nach Klageabweisung weiter. Die Bekl. rügt zunächst, dass die Erwägung des *LG*, die eingeschalteten Vertriebspersonen erkämpften sich durch unlautere Methoden den Zugang zu den Verbrauchern (zum Beispiel durch „Hineinschlüpfen“), unzulässig sei. Bei einer solchen Praxis der Vertriebspersonen handele es sich nicht um ein typisches Vorgehen, weshalb sie bei der Prüfung, ob die hier interessierenden Haustürbesuche ohne vorherige Einwilligung grundsätzlich unzulässig seien, außer Betracht bleiben müsse. Zudem bestehe ein Widerspruch zwischen dem Verbotsanspruch und den Entscheidungsgründen des *LG*. Das *LG* untersage der Bekl. gemäß dem Tenor, Verbraucher ohne deren vorherige Einwilligung aufzusuchen oder aufsuchen zu lassen. Dagegen lasse das *LG* im Rahmen der Entscheidungsgründe ausdrücklich offen, ob eine vorherige Einwilligung erforderlich sei, wobei die Bekl. insoweit auf S. 7 des landgerichtlichen Urteils verweist. Entgegen der vom *LG* vertretenen Auffassung sei es dem Verbraucher leicht möglich, sich durch einen Aufkleber an der Haustür, der den entgegenstehenden Willen des Verbrauchers zum Ausdruck bringe, gegen unbestellte Vertreterbesuche zu schützen; zur Veranschaulichung verweist die Bekl. auf den als Anlage vorgelegten Ausdruck. Die Entscheidung des *LG* bedeute letztlich ein Per-se-Verbot von Haustürbesuchen, in welche der Verbraucher nicht eingewilligt habe. Dieses stehe zum einen im Widerspruch zur Systematik von § 7 I 1 und § 7 II UWG. Zum anderen sei ein solches Per-se-Verbot auch mit den Maßstäben des Unionsrechts unvereinbar; es widerspreche den Wertungen der Verbraucherrechte-RL (RL 2011/83/EU) und verstoße gegen den von

der UGP-RL (RL 2005/29/EG) verfolgten Ansatz zur Vollharmonisierung. Zudem werde die Entscheidung des *LG* dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gerecht, da weder das Informationsinteresse des Verbrauchers noch die Interessen des Unternehmers an der Werbung hinreichend berücksichtigt worden seien. Darüber hinaus trage die Entscheidung *LG* den Unterschieden zwischen der Telefonwerbung auf der einen Seite und der hier interessierenden Haustürwerbung auf der anderen Seite nicht hinreichend Rechnung. Schließlich würden die Wertungen der Gewerbeordnung und der Vorschriften über das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften nicht hinreichend in Ansatz gebracht.

Die Berufung hatte teilweise Erfolg.

Aus den Gründen: [19] Die Berufung ist begründet, soweit sie sich gegen den vom *LG* zuerkannten Unterlassungsanspruch richtet, da die Klage im Hinblick auf den Hauptantrag unbegründet ist (dazu unter 2). In Bezug auf den Hilfsantrag ist die Klage dagegen begründet (dazu unter 3), die Berufung deshalb unbegründet; Gleiches gilt für den geltend gemachten Zahlungsanspruch (dazu unter 4).

[20] 1. Auf den hiesigen Streitfall sind, da die mündliche Verhandlung am 1.12.2020 geschlossen wurde, die Vorschriften des UWG in der bis zu diesem Tage geltenden Fassung anzuwenden, nicht also idF, die jene Vorschriften durch das zum 2.12.2020 in Kraft getretene Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs vom 26.11.2020 (BGBl. 2020 I 2568) erhalten haben.

[21] 2. Dem Kl. steht der mit dem Hauptantrag geltend gemachte Unterlassungsanspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. Der Anspruch folgt insbesondere nicht aus § 8 I 1, III Nr. 3 iVm § 7 I 1 UWG.

[22] Gemäß § 7 I 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, unzulässig. Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt, wobei offenbleiben kann, ob – wofür einige Ausführungen in den Entscheidungsgründen sprechen können – das *LG* allein solche Haustürbesuche untersagt hat, die vom Unternehmer nicht angekündigt wurden, oder – wofür der Wortlaut des Tenors spricht – solche, in die der Verbraucher nicht eingewilligt hat. Der Senat hält daran fest, dass die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit eines Haustürbesuchs weder zwingend von einer Ankündigung noch stets von einer Einwilligung abhängt.

[23] a) Zwar folgt aus Haustürbesuchen von Vertriebspersonen eines Unternehmers für den Marktteilnehmer eine „Belästigung“ iSv § 7 I 1 UWG.

[24] aa) Belästigend ist eine geschäftliche Handlung, die dem Empfänger aufgedrängt wird und die bereits wegen ihrer Art und Weise unabhängig von ihrem Inhalt als störend empfunden wird (*BGH GRUR* 2019, 750 Rn. 12 – WifiSpot; *BGH GRUR* 2011, 747 Rn. 17 – Kreditkartenübersendung; *Senat Urt. v. 18.10.2013 – 5 U 138/12*, GRUR-RS 2014, 01040 – Pop-Up-Werbung).

[25] bb) Zutreffend stellt das *LG* insoweit darauf ab, dass bei einem Klingeln der Vertriebsperson an der Haustür der Verbraucher seine aktuelle Tätigkeit unterbrechen muss, um zur Tür zu gehen und nachzusehen, wer der Besucher ist. Darüber hinaus muss sich der Verbraucher das Anliegen der Vertriebsperson anhören, um dann gegebenenfalls ablehnend die Tür zu schließen. Dabei besteht auch die Gefahr, dass der Verbraucher von geschulten Vertriebspersonen in ein längeres Gespräch verwickelt wird, ehe er sich in der Lage sieht, die Tür zu schließen. In jedem Fall aber wird dem Verbraucher ein Besuch aufgedrängt, den dieser unabhängig von dem Inhalt der Werbung vielfach als störend empfindet.

[26] b) Es fehlt hier jedoch – entgegen der Annahme des *LG* – an einer „Unzumutbarkeit“ der Belästigung. Die Belästigung, die typischerweise aus einem weder angekündigten noch verabredeten Haustürbesuch folgt, ist für den Verbraucher nicht unzumutbar.

[27] aa) Unzumutbar ist die Belästigung, wenn sie eine solche Intensität erreicht, dass sie von einem großen Teil der Ver-

braucher als unerträglich empfunden wird, wobei der Maßstab des durchschnittlich empfindlichen Adressaten zugrunde zu legen ist. Dabei kommt es nicht einseitig auf die Perspektive des Adressaten der geschäftlichen Handlung an. Die Unzumutbarkeit ist vielmehr zu ermitteln durch eine Abwägung der auch verfassungsrechtlich geschützten Interessen des Adressaten, von der Werbung verschont zu bleiben (Art. 2 I GG), und des werbenden Unternehmers, der seine gewerblichen Leistungen durch Werbung zur Geltung bringen will (Art. 5 I, 12 GG; vgl. *BGH GRUR* 2011, 747 – Kreditkartenübersendung; *Senat* Ur. v. 18.10.2013 – 5 U 138/12, GRUR-RS 2014, 01040 – Pop-Up-Werbung).

[28] bb) Die Frage, ob die mit einer unbestellten Haustürwerbung typischerweise einhergehende Belästigung für den Marktteilnehmer unzumutbar ist, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet.

[29] (1) In der Literatur wird Haustürwerbung verbreitet – insbesondere unter Hinweis auf eine noch größere belästigende Wirkung als bei einer Telefonwerbung – als unzumutbare Belästigung angesehen und insoweit nicht nur eine Ankündigung des Hausbesuches gefordert, sondern sogar eine (ausdrückliche oder mutmaßliche) Einwilligung des Verbrauchers (*Hecker* WRP 2006, 640 [644]; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011 Rn. 2443 ff.; *Reich* GRUR 2011, 589 [595]; *MüKoUWG/Leible*, 3. Aufl., UWG § 7 Rn. 241; *Mankowski* in *Fezer/Büscher/Obergfell*, UWG, 3. Aufl., § 7 Rn. 311; *Menebröcker* in *Göttingen/Nordemann*, UWG, 3. Aufl., § 7 Rn. 139; *Ohly* in *Ohly/Sosnitzka*, UWG, 7. Aufl., § 7 Rn. 80; *Schöler* in *Harte-Bavendamm Henning-Bodewig*, UWG, 4. Aufl., § 7 Rn. 93; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 38. Aufl., § 7 Rn. 46 ff.; *Haselblatt/Zarn* in *Gloy/Loschelder/Dankwerts*, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., § 61 Rn. 60; *Pablow* in *Teplitzky/Peifer/Leistner*, UWG, 3. Aufl., § 7 Rn. 64). Ein anderer Teil der Literatur lehnt hingegen – unter Hinweis auf den geringen Umfang und die hohen Kosten der Haustürwerbung sowie eine daraus folgende geringe Nachahmungsgefahr – die Annahme einer unzumutbaren Belästigung ab (*Fernandez-Novoa* GRUR Int 1973, 436 [440]; *Lehmann* GRUR 1974, 133; *Hefermehl* GRUR 1980, 622 [626 f.]; *Ulmer* WRP 1986, 445 [454]; *Möller* WRP 2010, 321 [323]; *Koch* in *jurisPK-UWG*, 4. Aufl., § 7 Rn. 67; *Büscher* in *Büscher*, UWG, § 7 Rn. 76; *Bittner* WRP 2019, 1529 Rn. 17 ff.).

[30] (2) Der *BGH* hat bereits in älteren Entscheidungen keinen Anlass gesehen, den Hausbesuch zu Werbezwecken generell einzuschränken, etwa durch das Erfordernis einer Ankündigung oder einer Erlaubnis des Verbrauchers. Nur bei Vorliegen besonderer Umstände (zukünftige Bestattungsaufträge, Zusendung unbestellter Waren mit Ankündigung eines Vertreterbesuches, Grabsteinaufträge vor Ablauf von vier Wochen nach dem Todesfall; Aufforderung zur Einholung von Informationen mit tatsächlich nachfolgendem Vertreterbesuch, Grabsteinaufträge nach dem Todesfall auch ohne zeitliche Begrenzung, Gewinnübermittlung durch Verkaufsvertreter) hat er im jeweiligen Einzelfall den Hausbesuch zu Werbezwecken als unlauter angesehen (*BGH GRUR* 1955, 541 [542]; *BGH GRUR* 1959, 277 [280] – Künstlerpostkarten; *BGH GRUR* 1967, 430 – Grabsteinaufträge I; *BGH GRUR* 1968, 648 – Farbbildangebot; *BGH GRUR* 1970, 523 – Telefonwerbung I; *BGH GRUR* 1971, 317 – Grabsteinaufträge II; *BGH GRUR* 1971, 320 – Schlankheitskur; *BGH GRUR* 1973, 81 – Gewinnübermittlung). In mehreren Entscheidungen hat der *BGH* ausdrücklich ausgeführt, dass unangekündigte Besuche von Vertriebspersonen grundsätzlich wettbewerbsrechtlich erlaubt sind, weil historische Gegebenheiten den Schutz des erworbenen Besitzstandes rechtfertigen und weil üblicherweise jedermann frei in seiner Entscheidung ist, ob er einem ungebetenem Vertreter den Zutritt ins Haus gestatten will oder nicht

und es erwartet werden kann, dass der Verbraucher von dieser Freiheit Gebrauch macht (*BGH GRUR* 1970, 523 – Telefonwerbung I; *BGH GRUR* 1968, 648 – Farbbildangebot; *BGH GRUR* 1994, 380 – Lexikothek; *BGH GRUR* 1994, 818 – Schriftliche Voranmeldung; *BGH GRUR* 2004, 699 – Ansprechen in der Öffentlichkeit; *BGH GRUR* 2014, 883 Rn. 29 – Geschäftsführerhaftung). Die grundsätzliche wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit unerlaubter Besuche von Vertriebspersonen hat der *BGH* dabei nicht nur nebenbei erwähnt (wie in den Entscheidungen *BGH GRUR* 1970, 523 – Telefonwerbung I; *BGH GRUR* 2004, 699 – Ansprechen in der Öffentlichkeit; *BGH GRUR* 2014, 883 Rn. 29 – Geschäftsführerhaftung), sondern auch als tragend seiner – den jeweiligen Vertreterbesuch erlaubenden – Entscheidung zugrunde gelegt (*BGH GRUR* 1994, 380 – Lexikothek; *BGH GRUR* 1994, 818 – Schriftliche Voranmeldung). Unzulässig ist die unangekündigte Kontaktaufnahme im häuslichen Bereich hiernach nur dann, wenn aufgrund besonderer Umstände die Gefahr einer untragbaren oder sonst wettbewerbswidrigen Belästigung und Beunruhigung des privaten Lebensbereichs gegeben ist (*BGH GRUR* 1994, 818 – Schriftliche Voranmeldung).

[31] cc) Auch der *Senat* ist bislang davon ausgegangen, dass Haustürwerbung unabhängig davon grundsätzlich zulässig ist, ob der Termin angekündigt worden oder der Verbraucher in den Besuch (ausdrücklich oder konkludent) eingewilligt hatte (vgl. *Senat* Ur. v. 14.7.1992 – 5 U 523/89, BeckRS 1992, 01453). Er sieht auch nach erneuter Prüfung keinen Anlass, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Die zur Feststellung der Unzumutbarkeit iSv § 7 I UWG gebotene Interessenabwägung führt vielmehr zu dem Ergebnis, dass die berechtigten Interessen der Verbraucher daran, vor der Haustürwerbung verschont zu bleiben, die Interessen der Bekl., Haustürbesuche auch ohne Einwilligung oder Vorankündigung durchzuführen, grundsätzlich nicht überwiegen.

[32] (1) Allerdings lassen sich weder aus dem Europarecht noch aus § 355 I iVm §§ 312 g I, 312 b I BGB zwingende Vorgaben an die hier vorzunehmende Interessenabwägung ableiten.

[33] (a) Aus dem Europarecht folgt nicht, dass unangekündigte Haustürbesuche oder Haustürbesuche ohne vorherige Einwilligung in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht grundsätzlich unzulässig sind. Umgekehrt folgt aus jenen Vorgaben aber auch nicht abschließend, unter welchen Voraussetzungen sie zulässig sind. Nach ihren Erwägungsgründen 6 und 8 bezweckt die UGP-RL (RL 2005/29/EG) eine vollständige Rechtsangleichung nur im Hinblick auf den Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher. Sie will verhindern, dass Geschäftspraktiken das wirtschaftliche Verhalten der Verbraucher (Erwägungsgrund 13 S. 2 UGP-RL), nämlich ihre Fähigkeit zu einer informierten und freien geschäftlichen Entscheidung, beeinträchtigen (*Köhler* WRP 2017, 253 Rn. 7). Die UGP-RL behandelt in Art. 8 und Art. 9 sowie in Anh. I Nr. 25, 26 und 29 die Belästigung unter bestimmten Voraussetzungen als aggressive Geschäftspraktik und trifft insoweit eine abschließende Regelung, als die Geschäftspraktiken geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher erheblich zu beeinträchtigen (*Köhler* in *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 38. Aufl., § 7 Rn. 9). Dieser Regelungsgehalt der UGP-RL ist im Falle einer Belästigung in § 4 a I 2 Nr. 1 UWG sowie im Anhang (zu § 3 III) Nr. 26 übernommen worden. Dagegen bezieht sich die UGP-RL nach ihrem Erwägungsgrund 7 “nicht auf die gesetzlichen Anforderungen in Fragen der guten Sitten und des Anstands, die in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich sind“. Nach Auffassung des Unionsgesetzgebers sollten daher die Mitgliedstaaten “im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht (...) weiterhin Geschäftspraktiken aus Gründen der guten Sitten

und des Anstands verbieten können, auch wenn diese Praktiken die Wahlfreiheit des Verbrauchers nicht beeinträchtigen“. Aus diesem Grunde war der deutsche Gesetzgeber durch die UGP-RL nicht gehindert, geschäftliche Handlungen, die eine unzumutbare Belästigung der Verbraucher darstellen, ohne Rücksicht darauf zu verbieten, ob sie darüber hinaus auch die Entschließungsfreiheit der Verbraucher beeinträchtigen (BGH GRUR 2010, 1113 – Grabmalwerbung; BGH GRUR 2019, 750 Rn. 12 – WifiSpot; Köhler in Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 38. Aufl., § 7 Rn. 9). Daraus folgt zum einen, dass § 7 I UWG mit der UGP-RL (RL 2005/29) grundsätzlich vereinbar ist (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 38. Aufl., § 7 Rn. 9). Zum anderen ergibt sich aus dem Vorstehenden, dass die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine unzumutbare Belästigung vorliegt, sich nach nationalen Maßstäben richten kann.

[34] (b) Der Umstand, dass dem Verbraucher gem. § 355 I iVm §§ 312 g I, 312 b I BGB grundsätzlich das Recht zusteht, seine auf den Abschluss eines außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrags gerichtete Willenserklärung zu widerrufen, lässt ebenfalls keinen Rückschluss auf die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der in Rede stehenden Werbeform zu. Denn das Vertragsrecht befasst sich insoweit nur mit den Folgen einer Direktansprache, während die Frage, ob die Werbung zulässig ist, dem Wettbewerbsrecht unterfällt. Der dem Verbraucher mit dem Recht des Widerrufs gewährte vertragliche Schutz vor den Folgen einer möglicherweise nach überraschender Ansprache unüberlegt abgegebenen rechtsgeschäftlichen Erklärung steht neben dem Schutz seines Rechts, unbelästigt zu bleiben (BGH GRUR 2004, 699 – Ansprechen in der Öffentlichkeit; insoweit abweichend und die Billigung durch die Gewerbeordnung und das Haustürwiderrufgesetz betonend noch BGH GRUR 1994, 380 – Lexikothek; BGH GRUR 1994, 818 – Schriftliche Voranmeldung).

[35] (2) Im Ausgangspunkt zutreffend weist das LG darauf hin, dass unerwünschte Vertreterbesuche regelmäßig stärker als etwa eine – gem. § 7 II Nr. 2 UWG eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Verbrauchers erfordernde – Telefonwerbung in die Privatsphäre des Verbrauchers eingreifen. Ein Telefongespräch kann der Verbraucher ohne eine persönliche Nähe des Werbenden beenden, während er sich bei einem Besuch einer Vertriebsperson mit dieser persönlich von Angesicht zu Angesicht auseinandersetzen muss (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 38. Aufl., § 7 Rn. 47; Pablow in Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG, 3. Aufl., § 7 Rn. 64). Demgegenüber erscheint es wenig überzeugend, wenn darauf hingewiesen wird, Telefonwerbung sei zeitlich unbeschränkter möglich und der Besuch einer Vertriebsperson könne leichter als Werbung erkannt werden als ein telefonischer Werbeanruf (dahingehend BGH GRUR 1994, 380 – Lexikothek).

[36] Die entscheidenden Unterschiede zwischen der unerlaubten Telefonwerbung und einer Werbung mittels Besuchs durch eine Vertriebsperson liegen nach Auffassung des Senats vielmehr in der unterschiedlichen Anzahl dieser Werbungen gegenüber dem einzelnen Verbraucher und in der bei der Telefonwerbung deutlich größeren Nachahmungsgefahr. Unerwünschte Besuche von Vertriebspersonen erhält der einzelne Verbraucher typischerweise allenfalls an sehr wenigen Tagen im Jahr. Telefonwerbung kann den einzelnen Verbraucher dagegen monatlich an sogar mehreren Tagen treffen, und dies trotz des geltenden ausdrücklichen Verbots der unerwünschten Telefonwerbung. Hintergrund ist schon an dieser Stelle der ungleich größere Kostenaufwand der Besuche von Vertriebspersonen im Vergleich zur Telefonwerbung.

[37] Der sehr große Aufwand der Besuche, zudem noch verbunden mit einer eher geringen Erfolgserwartung, steht auch

der Annahme entgegen, diese Werbeform könnte zukünftig einen erheblich größeren Umfang (und damit auch eine erheblich größere Belästigung der Verbraucher) annehmen als bislang (vgl. BGH GRUR 1994, 818 – Schriftliche Voranmeldung; Koch in jurisPK-UWG, 4. Aufl., § 7 Rn. 67). Zwar mag die Erfolgserwartung von Telefonwerbung nicht größer sein als bei der Werbung an der Haustür. Der einzelne Telefonanruf verursacht aber typischerweise nur einen geringen Bruchteil derjenigen Kosten, die bei Besuchen von Vertriebspersonen anfallen. Daraus folgt ein ausgesprochen günstiges Kosten-/Nutzenverhältnis der Telefonwerbung, welches dazu geführt hat, dass schon in den letzten Jahren das geltende Verbot unerwünschter Telefonwerbung zahlreich übergangen wurde und die damit verbundenen Risiken von den werbenden Unternehmen vielfach hingenommen wurden. Bei einer Freigabe der Telefonwerbung wäre wohl damit zu rechnen, dass den Verbraucher nahezu täglich einzelne oder mehrere Werbeanrufe erreichten. Die Nachahmungsgefahr durch Wettbewerber war schon jeher in der Rechtsprechung ein zentrales Argument für die Annahme einer Unlauterkeit (vgl. BGH GRUR 1967, 430 – Grabsteinaufträge I; BGH GRUR 1994, 818 – Schriftliche Voranmeldung). Wäre bei der unerwünschten Telefonwerbung anzunehmen, dass sie auch bei einer Freigabe auf vereinzelte Anrufe – wie im Bereich der Haustürbesuche – beschränkt bliebe, so gäbe es auch insoweit keinen hinreichenden Anlass, diese Werbeform zu untersagen.

[38] Vor diesem Hintergrund überzeugt es auch nicht, wenn der Kl. aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber sich in § 7 II Nr. 2 UWG im Hinblick auf die Telefonwerbung für das so genannte Opt-Out-Modell entschieden habe, ableitet, dass es generell nicht die Aufgabe des Verbrauchers sein könne, sich vor unerwünschter Werbung zu schützen. Ohne ein solches Opt-Out-Modell erschien es dem Gesetzgeber vielmehr nicht möglich, der ausufernden Telefonwerbung wirksam Einhalt zu gebieten. Der Regelung kann mithin der von dem Kl. beigemessene Inhalt nicht entnommen werden.

[39] (3) Auch das LG räumt ein, dass die Gefahr eines gehäuft Auftretens von Außendienstmitarbeitern wegen der damit verbundenen Kosten derzeit noch als gering einzuschätzen ist. Es mag möglich sein, dass sich Haustürwerbung zukünftig in bestimmten Branchen in einem größeren Umfang als bislang als wirtschaftlich erfolgreich erweisen kann, auch wenn der Direktvertrieb zunehmend auf eine Konkurrenz mit dem häufig kostengünstigeren Onlinehandel trifft, so dass ein wirtschaftliches Bedürfnis der Verbraucher an jener Absatzform auch sinken könnte (vgl. Koch in jurisPK-UWG, 4. Aufl., § 7 Rn. 71; Pablow in Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG, 3. Aufl., § 7 Rn. 66), zumal das Bedürfnis des Verbrauchers nach einer persönlichen Beratung zielgerichteter über den stationären Handel und häufig auch über den Internethandel abgedeckt werden kann (vgl. hierzu auch Koch in PK-UWG, 4. Aufl., § 7 Rn. 71). Eine entsprechende Entwicklung ist derzeit nicht konkret absehbar. Weder der Kl. noch das LG haben hierzu näher ausgeführt, eine entsprechende Entwicklung ist auch sonst nicht ersichtlich. Dann aber muss nicht schon heute gleichsam präventiv eine Einschränkung der Haustürwerbung erfolgen. Es kann zwanglos die weitere Entwicklung abgewartet werden, bis sich eine drohende Häufung von Vertreterbesuchen aufgrund eingetretener Veränderungen oder bestimmter Entwicklungen näher abzeichnet. Ein solches Abwarten erscheint auch im Hinblick auf einen gewissen Besitzstand der Unternehmer geboten. Das Wandergewerbe gehört zu den ältesten Handelsformen. Unangekündigte Haustürbesuche sind bis heute vom Gesetzgeber und von der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht ausdrücklich untersagt oder allgemein eingeschränkt worden (BGH GRUR 1970, 523 – Telefonwerbung I), sondern als im Rahmen einer traditionell

zulässigen gewerblichen Betätigung liegend betrachtet worden (*BGH GRUR 1994, 818 – Schriftliche Voranmeldung*). Auch vor diesem Hintergrund erscheinen wettbewerbsrechtliche Einschränkungen nur dann als angemessen, wenn neue Entwicklungen in der Gesellschaft hierzu ausreichenden Anlass geben (vgl. auch *BGH GRUR 1994, 818 – Schriftliche Voranmeldung*). Daran fehlt es derzeit.

[40] (4) Entgegen der Annahme des *LG* verfügt der Verbraucher regelmäßig über eine einfache und zumutbare Möglichkeit, Haustürbesuche von vornherein durch Anbringung eines entsprechenden Schildes oder Aufklebers am Briefkasten oder an der Wohnungstür zu unterbinden oder einzuschränken. Angesichts der auch vom *LG* angenommenen großen Belästigungswirkung kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der Vermieter das Anbringen solcher Schilder oder Aufkleber mietvertragsrechtlich dulden muss. Insoweit kann aus Sicht des *Senats* auf die Grundsätze abgestellt werden, die dann gelten, wenn ein Mieter auf dem Briefkasten einen Aufkleber zur Abwehr von Papierwerbung anbringt (s. etwa *AG München WM 1989, 231 = BeckRS 1989, 05776; Reismann WuM 2007, 361*). Problematisch können insoweit nur Haustürbesuche in Häusern mit mehreren Wohnungen sein, die über eine Gegensprechanlage verfügen. Denn größere Klingeltableaus können nicht ohne weiteres individuell mit einem – Besuche von Vertriebspersonen abweisenden – Schild oder Aufkleber versehen werden, da die Interessen der dort wohnenden Verbraucher unterschiedlich sein können. In diesen Fällen erfolgt die belästigende Kontaktaufnahme jedoch bereits über die Klingel an der Haustür und nicht erst vor der Wohnungstür des einzelnen Wohnungsinhabers. Die belästigende Wirkung ist deshalb angesichts der fehlenden persönlichen Gegenüberstellung geringer und sie entspricht regelmäßig der Belästigung durch einen Telefonanruf. Dass gem. § 7 II Nr. 2 UWG ein Werbeanruf, in den der Verbraucher nicht eingewilligt hatte, als unzumutbare Belästigung anzusehen ist, führt freilich nicht dazu, die Haustürbesuche, die über einer Gegensprechanlage eingeleitet werden, ebenfalls für unzulässig zu halten. Denn mit § 7 II Nr. 2 UWG soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass Telefonwerbung vergleichsweise geringe Kosten verursacht und damit eine hohe Nachahmungsgefahr in sich trägt. Letzteres kommt bei einem persönlichen Besuch vor Ort nicht zum Tragen.

[41] (5) Zwar mag es Fälle geben, in denen Vertriebspersonen die Situation, dass eine Person in das Haus hineingeht oder es verlässt, ausnutzen, um in das Haus “hineinzuschlüpfen“. Auch dies führt aber nicht dazu, dass Haustürbesuche grundsätzlich unzulässig sind. Ein solches – unter Umständen auch strafrechtlich relevantes – Verhalten ist jedenfalls nicht typisch und muss im Rahmen der hier vorzunehmenden Abwägung, in der allein der Ablauf eines typischen Haustürbesuchs in Ansatz zu bringen ist, außer Betracht bleiben.

[42] (6) Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit eines Haustürbesuchs ist auch nicht zwingend davon abhängig, dass der Unternehmer diesen (schriftlich) ankündigt. Der Aufwand, der aus einem solchen Erfordernis für die Unternehmen folgen würde, wäre beträchtlich, zumal eine Datengrundlage geschaffen werden müsste, die Aufschluss darüber gibt, welche Verbraucher eine entsprechende Benachrichtigung erhalten haben. Demgegenüber wäre der Vorteil für den Schutz der Privatsphäre des Verbrauchers durch eine vorangehende Ankündigung eines Vertreterbesuches gering. In der Ankündigung kann typischerweise ohnehin nur ein Zeitfenster angegeben werden, in dem der Besuch stattfinden soll. Bei einem Klingeln an der Haustür innerhalb dieses Zeitfensters weiß der Verbraucher aber noch nicht sicher, ob die angekündigte Vertriebsperson, ein Freund, Bekannter oder ob sonst wer Einlass begehrt. Der

Verbraucher muss also auch bei einer vorhergehenden Ankündigung des Besuchs seine aktuelle Tätigkeit unterbrechen und zur Haustür gehen, um näheres zu erfahren. Er mag dann nicht mehr so überrascht sein, wenn der Vertreter sein Begehren vorträgt (vgl. *BGH GRUR 1994, 818 – Schriftliche Voranmeldung*). Dieser Vorteil wird aber aufgewogen durch den Nachteil, dass der Verbraucher sich dem Vorwurf ausgesetzt sehen könnte, er hätte aufgrund der schriftlichen Voranmeldung den Vertreterbesuch rechtzeitig absagen können (vgl. *BGH GRUR 1994, 818 – Schriftliche Voranmeldung*). So führt die schriftliche Voranmeldung des Besuchs zwar nicht zu einer weitergehenden Belästigung als der unangekündigte Vertreterbesuch, er kann aber eigene Beschwerneisse für den Verbraucher haben. Insgesamt wäre daher das Erfordernis einer vorherigen Ankündigung des Besuchs angesichts der geringen Vorteile für den Verbraucher und der sehr erheblichen Nachteile für den Unternehmer unverhältnismäßig.

[43] (7) Wollte man den durch Haustürbesuche werbenden Unternehmer für verpflichtet halten, zuvor die Einwilligung des Besuchten einzuholen, mag in den – freilich nicht immer gegebenen – Fällen, in denen eine konkrete Besuchszeit ausgemacht wird, die Überraschung aufseiten des Besuchten noch geringer sein, als bei einer etwaigen Pflicht zur vorherigen Ankündigung. Dafür wäre aber der Aufwand aufseiten des Unternehmers noch größer.

[44] 3. Da der Hauptantrag erfolglos bleibt, war über den für diesen Fall gestellten Hilfsantrag zu entscheiden. Dabei wird der wegen der vom *LG* ausgesprochenen Zuerkennung des Hauptantrags nicht beschiedene Hilfsantrag des Kl. allein schon durch die Rechtsmitteleinlegung des Bekl. zum Gegenstand des Berufungsverfahrens (vgl. *BGH NJW-RR 2013, 1334 Rn. 9*).

[45] In Bezug auf den Hilfsantrag hat die Klage Erfolg. Der hilfsweise geltend gemachte Unterlassungsanspruch folgt aus § 8 I 1, II, III Nr. 3 iVm § 3 I, § 5 I 1 und 2 Nr. 3 UWG.

[46] Die Voraussetzungen sind erfüllt.

[47] a) Bei dem Kl. handelt es sich um eine qualifizierte Einrichtung iSv § 8 III Nr. 3 UWG.

[48] b) Eine irreführende geschäftliche Handlung iSv § 5 I 1 UWG liegt vor. Gemäß § 5 I 2 Nr. 3 UWG ist eine geschäftliche Handlung insbesondere dann irreführend, wenn sie unwahre Angaben über die Identität des Unternehmers enthält. So liegt es hier.

[49–53] aa) Der von der Bekl. beauftragte Vertriebsmitarbeiter (§ 8 II UWG) hat darüber getäuscht, in wessen Auftrag er handelt und damit darüber, mit welchem Unternehmen der angeworbene Energielieferungsvertrag abgeschlossen wird. Der Kl. hat den insoweit ihm obliegenden Beweis erbracht. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht aus Sicht des *Senats* fest, dass der von der Bekl. eingesetzte Vertriebsmitarbeiter am 19.10.2017 den Zeugen ... aufgesucht hat und an der Haustür erklärt hat, er sei als Mitarbeiter der Stadtwerke ... von der Hausverwaltung damit beauftragt, den Hausbewohnern einen neuen Stromtarif anzubieten. Auf der Grundlage der Aussage des Zeugen ... besteht aus Sicht des *Senats* die Gewissheit in einem Maß, die vernünftigen Zweifeln das Schweigen gebietet. (*Wird ausgeführt. Die Ausführungen sind unter GRUR-RS 2020, 42381 abrufbar.*)

[54] bb) Der ebenfalls geladene, im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 1.12.2020 nicht erschienene Zeuge ... war nicht mehr zu hören, da die Bekl. auf die Vernehmung dieses von ihr gegenbeweislich benannten Zeugen verzichtet hat.

[55] c) Die Irreführung ist auch relevant. Nach seinem Schutzzweck greift das Irreführungsverbot nur dann ein, wenn die jeweilige Angabe geeignet ist, bei einem erheblichen Teil der umworbenen Verkehrskreise irrige Vorstellungen

über das Angebot hervorzurufen und die zu treffende Marktentschließung in wettbewerblich relevanter Weise zu beeinflussen (BGH GRUR 2004, 437 [438] – Fortfall einer Herstellerpreisempfehlung). Dabei kann aufgrund des Hervorrufens einer Fehlvorstellung grundsätzlich auf die wettbewerbsrechtliche Relevanz der Irreführung geschlossen werden. Etwas anderes gilt zwar dann, wenn über Umstände getäuscht worden ist, die für das Marktverhalten der Gegenseite nur eine unwesentliche Bedeutung haben (BGH GRUR 2007, 1079 – Bundesdruckerei). Das ist hier aber nicht der Fall. Die Identität eines potenziellen Vertragspartners ist vielmehr von ganz erheblicher Bedeutung.

[56] d) Die gem. § 8 I 1 UWG erforderliche Wiederholungsgefahr liegt vor. Dabei besteht eine tatsächliche Vermutung für eine Wiederholungsgefahr, wenn es in der Vergangenheit bereits zu einem Wettbewerbsverstoß gekommen ist (s. nur BGH GRUR 1997, 379 – Wegfall der Wiederholungsgefahr II). Dies ist hier aus den oben ausgeführten Gründen der Fall. Umstände, aus denen sich ergeben könnte, dass die tatsächliche Vermutung entfallen ist, sind nicht erkennbar. Insbesondere hat die Bekl. kein vertragsstrafbewehrtes Unterlassungsversprechen abgegeben.

[57] 3. Dem Kl. steht der mit dem Antrag zu II geltend gemachte Zahlungsanspruch nebst Zinsen zu.

[58] a) Der Kl. hat gegen die Bekl. einen Anspruch auf Zahlung der Kostenpauschale iHv 200 Euro zuzüglich Umsatzsteuer (19 %), insgesamt also 238 Euro. Der Anspruch folgt aus § 12 I 2 UWG.

[59] aa) Die Abmahnung vom 2.11.2017 bezog sich auf den Sachverhalt, aus dem der hier zuerkannte Anspruch gestützt wird und war daher berechtigt.

[60] bb) Dass die geltend gemachte Pauschale in der Höhe angemessen ist, wird von der Bekl. nicht in Abrede gestellt. Selbst wenn man fordert, es sei für einen schlüssigen Vortrag erforderlich, dass der Verband die Parameter offenlegt, die der Pauschalierung zugrunde liegen, gilt hier nichts Anderes. Der geltend gemachte Betrag liegt im Rahmen des Üblichen, so dass er auch Ausdruck der nach § 287 ZPO möglichen Schätzung durch das Gericht ist.

[61] cc) Der Anspruch besteht auch dann in der geltend gemachten Höhe, wenn man annimmt, dass die Abmahnung nur teilweise berechtigt war; letzteres ließe sich im Hinblick darauf begründen, dass die Bekl. sich nach der im Entwurf der Abmahnung beigefügten Unterlassungserklärung auch zur Unterlassung desjenigen Verhaltens verpflichten sollte, das Gegenstand des erfolglosen Hauptantrags ist. Dieses Unterliegen führt jedoch nicht zu einer Kürzung des hier in Rede stehenden Anspruchs. Es besteht auch dann ein Anspruch auf Ersatz der gesamten Kostenpauschale, wenn die Abmahnung eines klagebefugten Verbands nur teilweise berechtigt ist (BGH GRUR 2010, 744 – Sondernewsletter). Denn die einem Verband zustehende Kostenpauschale richtet sich nach den Kosten des Verbands und fällt daher auch bei einer nur teilweise berechtigten Abmahnung in voller Höhe an.

[62] b) Der geltend gemachte Zinsanspruch folgt aus §§ 291 S. 1 u. 2, 288 I 2 BGB, wobei für den Zinsbeginn analog § 187 I BGB auf den 28.2.2018 abzustellen ist; die Klage wurde am 27.2.2018 zugestellt.

Anm. d. Red.: Die Nichtzulassungsbeschwerde wird beim BGH unter dem Az. I ZR 221/20 geführt. – Zur zitierten Entscheidung des BGH GRUR 2014, 883 – Geschäftsführerhaftung, s. die Anmerkung von *Fritzsche* LMK 2014, 362609. Zur BGH GRUR 2004, 699 – Ansprechen in der Öffentlichkeit, s. die Anmerkung von *Rott* LMK 2004, 211. Zu BGH GRUR 2010, 744 – Sondernewsletter s. die Anmerkung von *Sosnitza* LMK 2010, 309200. Zur Belästigung durch die unbestellte Erweiterung der Funktionalität eines WLAN-Routers s. *OLG Köln* GRUR-RR 2018, 200 – Aufschaltung des WLAN-Routers. Mit Abwehrensprüchen von Verbrauchern und sonstigen Marktbeteiligten gegen unzulässige geschäftliche Handlungen befasst sich *Scherer* GRUR 2019, 361. ■

VERFAHRENS- UND KOSTENRECHT

14. Bemessung des Streitwerts von Unterlassungseilanträgen

GKG §§ 51 IV 2, 63 II 1, 68 I 3; RVG §§ 32 I 1, 33; UWG § 3 a; ElektroG § 6 II 2 – **Klimaanlagen**

1. Ein genereller Abzug in Eilverfahren gegenüber dem Wert der Hauptsache ist – auch in Anbetracht von § 51 IV GKG – nicht angebracht. Vielmehr kann im Einzelfall zumindest annähernd der gleiche Streitwert wie im Hauptsacheverfahren gelten, wenn das Verfügungsverfahren zur endgültigen Erledigung des Streits führt oder mit hoher Wahrscheinlichkeit führen wird.

2. Der Streitwert des lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruchs eines Mitbewerbers bei Zuwiderhandlungen gegen das Gesetz über das Inverkehrbringen, die Rücknahme und die umweltverträgliche Entsorgung von Elektro- und Elektronikgeräten (ElektroG) ist regelmäßig in der Größenordnung von 30.000 Euro zu bestimmen.

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 1.2.2021 – 6 W 55/20

Zum Sachverhalt: Die Ast. vertreibt Klimaanlagen an Baumärkte und über einen eigenen Onlineshop sowie auf diversen Internethandelsplattformen an Endabnehmer. Die Ag. bietet Klimaanlagen auf der Internethandelsplattform *eBay* unter dem *eBay*-Account „m2020“ an. Die Ast. wandte sich im Weg eines auf Unterlassung unlauteren Wettbewerbs gerichteten Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung dagegen, dass die Ag. – wie geschehen – Klimaanlagen der Marke „M“ verkauft, obwohl diese Marke nicht bei der Stiftung EAR registriert ist. In der Antragschrift hat die Ast. den Streitwert mit 50.000 Euro angegeben. Das LG hat beim Erlass der einstweiligen Verfügung den Streitwert auf 20.000 Euro festgesetzt. Dagegen wendet sich der Prozessbevollmächtigte der Ast. mit seiner Beschwerde, mit der er eine Heraufsetzung des Streitwerts auf die in der Antragschrift angegebene Höhe begehrt. Das LG hat beschlossen, der Beschwerde nicht abzuwehren. Die Beschwerde hatte teilweise Erfolg.

Aus den Gründen: [3] 1. Die nach § 68 GKG statthafte Beschwerde gegen die Festsetzung des Streitwerts für die Gerichtsgebühren, die nach § 63 II 1 GKG ergangen und nach § 32 I RVG auch für sich nach demselben Wert bestimmende Gebühren des Rechtsanwalts im gerichtlichen Verfahren (§ 23 I 1 RVG) maßgebend ist, ist dem Bf. (als Rechtsanwalt der Ast. nach § 32 I 1 RVG aus eigenem Recht eröffnet. Sie ist auch im Übrigen zulässig, insbesondere innerhalb der in § 68 I 3 GKG bestimmten Frist gem. § 63 III 2 GKG eingelegt. Der durch die Ag. angeführten (kürzeren) Frist nach § 33 III 4 RVG unterliegt nur eine auf § 33 I RVG gestützte selbstständige gerichtliche Festsetzung des Werts des Gegenstands der anwaltlichen Tätigkeit, die hier nicht vorliegt.

[4] 2. Die Beschwerde ist teilweise begründet.

[5] Im vorliegenden Verfahren über Ansprüche nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ist, soweit nichts anderes bestimmt ist, der gerichtliche Streitwert nach der sich aus dem Antrag des Anspruchstellers für ihn ergebenden Bedeutung der Sache nach Ermessen zu bestimmen (vgl. § 51 II GKG). Nach § 51 IV GKG ist in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes der sich aus § 51 II GKG ergebende Wert (nur) in der Regel unter Berücksichtigung der geringeren Bedeutung gegenüber der Hauptsache zu ermäßigen. Die Beschwerde erreicht, dass der Streitwert in Anwendung dieser Bestimmungen in – einer über den vom LG festgesetzten Betrag hinausgehenden – Höhe von 30.000 Euro festgesetzt wird. Eine weitergehende Anhebung des Streitwerts fordert die Beschwerde zu Unrecht.

[6] a) Der für das vorliegende Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes festzusetzende Streitwert deckt sich nahezu

mit dem Interesse des Ast. an der endgültigen Durchsetzung des Verfügungsanspruchs. Zu Unrecht hat das LG die Bedeutung des Rechtsschutzziels, das der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung verfolgt, geringer bewertet als die – vom LG im Nichtabhilfebeschluss mit 60.000 Euro bezifferte – Bedeutung einer entsprechenden Unterlassungsklage. Insbesondere eine vom LG vorgenommene Kürzung um zwei Drittel des Werts der Hauptsache ist nicht gerechtfertigt. Auch der von der Beschwerdeerwiderung geforderte Abschlag von einem Drittel ist nicht geboten.

[7] Ein genereller Abzug in Eilverfahren gegenüber dem Wert der Hauptsache ist – auch in Anbetracht von § 51 IV GKG – nicht angebracht, wenn das Verfügungsverfahren zur endgültigen Erledigung des Streits führt oder mit hoher Wahrscheinlichkeit führen wird (OLG Karlsruhe Beschl. v. 8.8.2016 – 4 W 62/16, GRUR-RS 2016, 14764 – Online Weinshop; Senat Beschl. v. 10.9.2018 – 6 W 33/18; Senat Beschl. v. 20.7.2020 – 6 W 1/20; s. auch Senat Beschl. v. 31.1.2018 – 6 W 98/17; Senat Beschl. v. 16.11.2018 – 6 W 49/18; Senat Beschl. v. 20.4.2020 – 6 W 73/19). Vielmehr kann im Einzelfall zumindest annähernd der gleiche Streitwert wie im Hauptsacheverfahren gelten (OLG Karlsruhe Beschl. v. 8.8.2016 – 4 W 62/16, GRUR-RS 2016, 14764 – Online Weinshop, mwN; Senat Beschl. v. 10.9.2018 – 6 W 33/18; Senat Beschl. v. 20.7.2020 – 6 W 1/20; s. auch Senat Beschl. v. 16.11.2018 – 6 W 49/18; Senat Beschl. v. 20.4.2020 – 6 W 73/19). Dass die Dinge hier so liegen, führt die Beschwerdeerwiderung selbst aus, die zudem darauf hinweist, dass die Ag. auf die einstweilige Verfügung hin eine Abschlusserklärung abgegeben hat. Mit einer endgültigen Erledigung des Streits durch das Verfügungsverfahren war bereits zum nach § 40 GKG maßgeblichen Zeitpunkt der Antragstellung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu rechnen.

[8] Zwar begründet die Beschwerde die Streitwertangabe, die der Bf. bei Verfahrensbeginn für die Ast. gemacht hat, damit, dass es sich dabei um die Hälfte des von der Ast. angenommenen Werts der Hauptsache gehandelt habe. Dies bindet den Senat bei der Anwendung von § 51 GKG, die nicht zur Disposition der Parteien steht, aber nicht hinsichtlich der Beurteilung der bloßen rechtlichen Vorfrage, ob der Streitwert des vorliegenden Verfahrens geringer als der einer Unterlassungsklage ist. Dies gilt im Beschwerdeverfahren zumindest, soweit der Senat mit einem Verzicht auf einen erheblichen Abschlag gegenüber dem Wert der Hauptsache keine Änderung der Streitwertfestsetzung vornimmt, die über das Ziel der Beschwerde hinausgeht, mithin keinen Streitwert über 50.000 Euro festsetzt.

[9] b) Die somit mit dem Wert der vorliegenden Sache annähernd übereinstimmende Bedeutung der (endgültigen) Durchsetzung des Verfügungsanspruchs für den Ast. rechtfertigt aber nur eine Heraufsetzung der angefochtenen Streitwertfestsetzung auf einen Betrag von 30.000 Euro, der in etwa der Bedeutung der Hauptsache entspricht. Mit dem Betrag von 60.000 Euro ist das LG von einem zu hohen Wert dieses Unterlassungsanspruchs ausgegangen. An diese Annahme ist der Senat wiederum jedenfalls insoweit nicht gebunden, als seine abweichende Beurteilung zu keiner Verböserung zulasten des Bf. führt, also zu keiner Kürzung des vom LG festgesetzten Streitwerts.

[10] aa) Die Bedeutung der Sache im Sinn von § 51 II GKG entspricht dem Interesse des Anspruchstellers an der erstrebten Entscheidung, das in der übrigen Zivilgerichtsbarkeit gemeinhin als maßgebend für den Streitwert angesehen wird. Die Bedeutung der Sache ist objektiv, nicht subjektiv zu verstehen (BT-Drs. 17/13057, S. 30). Entscheidend ist bei Unterlassungsanträgen das Interesse des Anspruchstellers an der Unterbindung weiterer gleichartiger Verstöße, das maßgeblich durch die Art des Verstoßes, insbesondere seine Gefährlichkeit und Schädlichkeit für die Träger der

maßgeblichen Interessen, bestimmt wird (BGH GRUR 2013, 301 Rn. 56 – Solarinitiative; BGH GRUR 2017, 212 Rn. 7 – Finanzsanierungen). Die Gefährlichkeit („Angriffsfaktor“) der zu unterbindenden Handlung für den Wettbewerber ist anhand des drohenden Schadens (Umsatzeinbußen, Marktverwirrungs- und Rufschaden) zu bestimmen und hängt von den Umständen ab, insbesondere von Umsätzen, Größe, Wirtschaftskraft und Marktstellung beider Parteien, Wettbewerbsintensität, Ausmaß, Intensität, Häufigkeit und Auswirkungen möglicher künftiger Verletzungshandlungen, Intensität der Wiederholungsgefahr mit Blick auf den Verschuldensgrad und einer etwaigen Nachahmungsgefahr (Köhler/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 38. Aufl., § 12 Rn. 5.6 mwN; vgl. BGH GRUR-RR 2011, 440 Ls. = GRUR-RS 2011, 7100 – Der Marktführer).

[11] bb) In Anwendung dieser Maßstäbe ist der hier geltend gemachte Unterlassungsanspruch mit geringfügig mehr als 30.000 Euro zu bewerten.

[12] (1) Dem steht nicht entgegen, dass der Ast. sein Interesse an der (endgültigen) Unterlassung bei Antragstellung mit 100.000 Euro erheblich höher angegeben hat.

[13] (a) Diesem Umstand kann allerdings grundsätzlich erhebliche Bedeutung zukommen. Die gebotene objektive Betrachtung schließt es zwar aus, von durch rein subjektive Ansichten geprägten Vorstellungen in Bezug auf den Wert des verfolgten Interesses auszugehen (vgl. Retzer/Tolkmitt in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl., § 12 Rn. 819). Der Streitwertangabe des Anspruchstellers zu Beginn des Rechtsstreits kommt gleichwohl eine indizielle Bedeutung für die Beurteilung seines wirtschaftlichen Interesses zu (vgl. BGH GRUR 1986, 93 [94] – Berufungssumme; vgl. Senat Beschl. v. 20.7.2020 – 6 W 1/20). Das Gericht hat die Streitwertangabe des Anspruchstellers anhand der objektiven Gegebenheiten zu überprüfen und mit üblichen Wertfestsetzungen in gleichgelagerten Fällen zu vergleichen (Senat Beschl. v. 27.7.2016 – 6 W 63/16; Senat Beschl. v. 20.4.2020 – 6 W 73/19; vgl. OLG Koblenz Urt. v. 29.8.2014 – 6 U 850/14, GRUR-RS 2014, 16858 – Rock am Ring; Retzer/Tolkmitt in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl., § 12 Rn. 821 ff.).

[14] (b) Danach vermag der Senat die Bewertung des Unterlassungsanspruchs mit 100.000 Euro durch den Ast. nicht nachzuvollziehen.

[15] (aa) Sie weicht erheblich den Bewertungen anspruchsberechtigter Mitbewerber und der Gerichte in anderen Fällen von Zuwiderhandlungen gegen das Gesetz über das Inverkehrbringen, die Rücknahme und die umweltverträgliche Entsorgung von Elektro- und Elektronikgeräten (ElektroG) ab. Dies gilt schon insoweit, als die Beschwerde sich auf die Billigung einer Wertangabe von 50.000 Euro durch das LG München I (Urt. v. 13.8.2008 – 1 HK O 1815/08, BeckRS 2011, 12224) betreffend den Vertrieb von Leuchtstoffröhren stützt, die dort als „nicht willkürlich oder sonst ermessensfehlerhaft“ angesehen worden ist. Zudem hat der Senat (Beschl. v. 20.7.2020 – 6 W 1/20) etwa einen Anspruch eines Mitbewerbers auf Unterlassung, batteriebetriebene Uhren in den Verkehr zu bringen, ohne dass der Hersteller der Geräte bei der Stiftung EAR registriert ist, gemäß der dortigen Streitwertangabe des Ast. mit 30.000 Euro bewertet. Schon diese (hohe) Bewertung hat der Senat ausdrücklich darauf gestützt, dass der Fall nicht mit dem eines Verstoßes gegen Informationspflichten vergleichbar ist, weil die Kaufgegenstände mangels Registrierung nicht verkehrsfähig waren (§ 6 II 2 ElektroG). Ferner ist in einem Fall des Onlinevertriebs, bei dem es an der Registrierung für batteriebetriebene Elektroautos für Kinder fehlte, in denen diese selbst fahren können, ein durch den Mitbewerber erhobener Unterlassungsanspruch von diesem selbst mit 30.000 Euro bewertet worden und dies ober-

gerichtlich gebilligt worden (s. *OLG Frankfurt a. M.* GRUR-RR 2019, 381 – Kinderautobatterien). Die Bewertung des Ast. steht auch in auffälligem Verhältnis zur Bewertung einer Verbandsklage an anderer Stelle. Im Fall eines Verstoßes gegen die Rücknahmepflichten aus § 17 I 1 Nr. 2, II 2 ElektroG beim Vertrieb von Leuchten und Lampen ist nämlich der Unterlassungsanspruch eines Umwelt- und Verbraucherschutzverbands mit 50.000 Euro bewertet worden (*OLG Düsseldorf* Urt. v. 3.9.2020 – I-15 U 78/19). Dabei ist zu beachten, dass das dort für die Wertfestsetzung maßgebliche Interesse der Verbraucher an dem Unterbinden der angegriffenen Handlung in der Zukunft erheblich höher sein kann als das Interesse eines Mitbewerbers (vgl. *Senat* Beschl. v. 20.8.2018 – 6 W 61/19; *Köhler/Feddersen* in *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 39. Aufl., § 12 Rn. 4.9 mwN).

[16] (bb) Dass in Relation zu alledem besondere Umstände dazu führen, dass das hier vorfolgte Interesse des Ast. mit einem Wert jenseits der Größenordnung von 30.000 Euro zu bemessen ist, zudem mit mehr als dem Dreifachen, ist nicht zu erkennen.

[17] Zwar sind die Verletzungshandlungen des Ag. von nicht unbeträchtlichem Ausmaß, wie auch die mehr als 25 Angebote von Klimaanlage der Marke „M“ zeigen. Dass der Fall sich insoweit deutlich von anderen (durchschnittlichen) Verletzungsfällen abhebt, ist aber nicht zu erkennen. Insbesondere die Hinweise der Beschwerde darauf, dass die Ast. einen bedeutenden Marktanteil beim Absatz von Klimageräten auf dem deutschen Markt habe (insoweit bestritten), dabei jährliche Umsätze im zweistelligen Millionenbereich erzielt, Herstellerin der vom Baumarktunternehmen (...) vertriebenen Eigenmarke „H“ ist, den Baumarkt „(...)“ beliefert und alleiniger Vertriebspartner für Produkte zweier chinesischer Marken in Deutschland ist, lassen die Streitwertangabe der Ast. noch nicht nachvollziehen. Denn mangels Erkenntnissen über die Marktbedeutung der (mit einem *eBay*-Shop auftretenden) Ag., die jedenfalls nicht Herstellerin der Geräte der Marke „M“ ist, ergibt sich daraus noch nicht, dass allein die Unterbindung der Zuwiderhandlungen der Ag. wirtschaftlich von so hoher Bedeutung für die Ast. ist, dass sie mit 100.000 Euro zu bewerten wäre. Dafür genügt auch nicht der Umstand, dass die Zuwiderhandlungen der Ag. einen – bei der Streitwertbemessung zu berücksichtigenden – gewissen Anreiz zu einer Nachahmung durch weitere Wettbewerber zum Nachteil des Ast. geben. Anders als die Beschwerde wohl meint, ist zumindest nicht vorrangig auf das Interesse des Verletzten an der Einhaltung der Marktverhaltensregelung auch durch die übrigen Wettbewerber (wohl gemeint: alle kumulativ) abzustellen, das freilich bei den vorgetragenen Umsätzen der Ast. hohe wirtschaftliche Bedeutung für diese hat.

[18] Dass die Hersteller bei rechtskonformer Registrierung eine insolvenz sichere Garantie für die Finanzierung der Rücknahme und Entsorgung der Elektro- und Elektronikgeräte nachweisen müssen (§§ 6 I 2, 7 I ElektroG), deren Höhe die Satzung der Stiftung EAR von Registrierungsgrundmenge, Rücklaufquote und Entsorgungskosten abhängig macht, und sich dies auf die wettbewerblichen Spielräume der Hersteller und damit auch der Unternehmen auf nachgelagerten Marktstufen (einschließlich der Ag. als Händlerin) auswirkt, ist keine Besonderheit des vorliegenden Falls und spiegelt sich bereits in den vorgenannten Streitwerten in anderen Fällen wider. Entsprechendes gilt für die Bereitstellungs-, Abhol- und Entsorgungspflichten gemäß den §§ 15, 16 ElektroG, die Meldepflichten nach § 27 I ElektroG und den mit der Erfüllung dieser Pflichten verbundenen Verwaltungskosten und/oder Kostenaufwand sowie die vergemeinschafteten Kostennachteile, die rechtstreuen Marktteilnehmern mittelbar durch Verstöße ihrer Mitbewerber entstehen.

[19] Soweit die Beschwerde auf die hohen voraussichtlichen Entsorgungskosten bei den vorliegenden Wärmeüberträgern (Klimageräten) iHv 176 Euro/t hinweist, werden diese nach dem Vorbringen der Beschwerde zumindest bei – von den og Entscheidungen des *OLG Düsseldorf* und des *LG München I* betroffenen – Lampen noch übertroffen. Dass nach dem Beschwerdevortrag Wärmeüberträger mit 39 % die höchste voraussichtliche Rücklaufquote haben, lässt mangels Angaben zu anderen Produkten zumindest nicht erkennen, in welchem Maß die Einhaltung der Registrierungs pflicht hier von größerer Bedeutung als bei anderen Gerätearten ist. Auch aus dem im Vergleich zu anderen Produkten wie Lampen deutlich höheren Gewicht von Klimageräten lässt sich nicht ohne weiteres auf eine höhere Bedeutung der Registrierung im Wettbewerb schließen, weil es insoweit auch darauf ankommt, welche Stückzahlen jeweils umgesetzt werden, die bei günstigeren Verschleißprodukten wie Lampen deutlich höher sein können. Im Übrigen können sich solche Kosten im Fall günstiger Produkten auch relativ stärker auf die Wettbewerbsfähigkeit des Anbieters auswirken; insoweit spricht der höhere Preis der vorliegend betroffenen Geräte entgegen der Ansicht der Beschwerde nicht für, sondern eher gegen eine besonders ausgeprägte Wirkung der Missachtung der Marktverhaltensregel.

[20] (2) Ist das Indiz der Streitwertangabe der Ast. nach alledem aufgrund wertenden Vergleichs mit Beurteilungen ähnlich gelagerter Fälle widerlegt, war die Bedeutung der Sache unter Berücksichtigung der oben bereits angesprochenen Umstände des vorliegenden Falls nach Ermessen des Gerichts zu bestimmen. Unter Berücksichtigung der erheblichen Bedeutung der Einhaltung der inmitten stehenden Marktverhaltensregelung für die wettbewerbliche Entfaltung der Ast. einerseits und des von der Zuwiderhandlung der Ag. ausgehenden Angriffsfaktors andererseits, bewertet der *Senat* eine (endgültige) Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs mit geringfügig mehr als 30.000 Euro. Danach war für das annähernd identisch zu bewertende Interesse am Erlass der einstweiligen Verfügung ein Streitwert von 30.000 Euro anzusetzen.

Anm. d. Red.: Zum Streitwert bei Unterlassungsklagen wegen Verstoßen gegen Pkw-EnVKV s. *OLG Karlsruhe* GRUR 2016, 424 – Allgemeininteresse an Pflichtangaben. Zu den Anforderungen an das fehlerfreie Ermessen der Berufungsbeschwerde s. *BGH* GRUR 2015, 298 – Wohnmobil-Anmietung. Zur Bemessung Gebührenstreitwert und Beschwer bei auf UKlaG gestützter Klage eines Wirtschaftsverbands s. *BGH* GRUR 2021, 521 – UKlaG-Streitwert. ■

15. Sonderzuständigkeit der Pressekammer für Veröffentlichungen in Massenmedien

ZPO § 36 I Nr. 6; GVG § 72 a S. 1 Nr. 5 – **Kinofilm**

1. In den Anwendungsbereich der gesetzlichen Sonderzuständigkeit nach § 72 a S. 1 Nr. 5 GVG fallen nicht sämtliche Streitigkeiten mit einem Bezug auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, sondern nur solche, die sich als Folge einer Veröffentlichung in einem Massenmedium darstellen.

2. Auf eine nach § 72 a GVG erfolgte Abgabe oder Verweisung eines Rechtsstreits von einer Kammer eines Landgerichts an eine andere ist § 281 ZPO weder unmittelbar noch analog anwendbar. Derartige Verweisungen entfalten daher auch keine Bindungswirkung nach § 281 II 4 ZPO.

KG, Beschl. v. 15.3.2021 – 2 AR 11/21

Anm. d. Red.: Die vollständige Entscheidung ist mit Sachverhalt und Gründen unter GRUR-RS 2021, 4895 abrufbar. ■

IMPRESSUM

ISSN 1616-2277

GRURRR

Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht

Schriftleitung (Verantwortlich für den Inhalt): Prof. Dr. Dr. h. c. Joachim Bornkamm, Vors. Richter am BGH a. D. (Joachim@Bornkamm.de); Prof. Dr. Ansgar Ohly, LL. M. (Cambridge) (ansgar.ohly@jura.uni-muenchen.de).

Verlagsredaktion: Rechtsanwältin Cristine Manz, LL. M. und Rechtsanwältin Birgit Rhaese (verantwortlich für den Textteil), Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M., Telefon: (0 69) 75 60 91-79, -33, Telefax: (0 69) 75 60 91-49. E-Mail: grur@beck-frankfurt.de

GRUR-Geschäftsstelle: Theodor-Heuss-Ring 32, 50668 Köln, Telefon (02 21) 789 59-330, E-Mail: office@grur.de; Internet: www.grur.de

Manuskripte: Manuskripte sind an die Redaktion zu senden. Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e. V. an seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Die Vereinigung wird diese Nutzungsrechte durch den Verlag C. H. Beck ausüben. Das in § 38 Abs. 4 UrhG niedergelegte zwingende Zweitverwertungsrecht des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung bleibt hiervon unberührt.

Urheber- und Verlagsrechte: Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Redaktion erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wieder gegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

Verlag: Verlag C.H.BECK oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: (0 89) 3 81 89-0, Telefax: (0 89) 3 81 89-398, Postbank München IBAN: DE82 7001 0080 0006 2298 02, BIC: PBNKDEFFXXX

Der Verlag ist oHG. Gesellschafter sind Dr. Hans Dieter Beck und Dr. h. c. Wolfgang Beck, beide Verleger in München.

Anzeigenabteilung: Verlag C.H.BECK, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München. Media-Beratung: Telefon (0 89) 3 81 89-687, Telefax (0 89) 3 81 89-589. Disposition, Herstellung Anzeigen, technische Daten: Telefon (0 89) 3 81 89-609, Telefax (0 89) 3 81 89-589, E-Mail: anzeigen@beck.de
Verantwortlich für den Anzeigenteil: Bertram Mehling.

Erscheinungsweise: Monatlich.

Bezugspreise 2021: Jährlich € 299,- (inkl. MwSt.). Einzelheft: € 29,- (inkl. MwSt.). Versandkosten jeweils zuzüglich. Die Rechnungsstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugszeitraumes. Das Ausbleiben einzelner Hefte kann nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden. Jahrestitelei und -register sind nur noch mit dem jeweiligen Heft lieferbar.

Bestellungen über jede Buchhandlung und beim Verlag.

KundenserviceCenter: Telefon: (0 89) 3 81 89-750, Telefax: (0 89) 3 81 89-358, E-Mail: kundenservice@beck.de

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Jahresende erfolgen.

Adressenänderungen: Teilen Sie uns rechtzeitig eine Adressenänderung mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an. Hinweis gemäß § 7 Abs. 5 der Postdienst-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftenänderung des Beziehers kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Heftes beim Verlag widersprechen.

Druck: Druckerei C.H.Beck, Bergerstraße 3-5, 86720 Nördlingen.



Korrekt auslegen und exakt formulieren.



**NEU
ERSCHEINUNG**

Baldus

**Die Auslegung und Formulierung
von Patentansprüchen**

2021. Rund 250 Seiten.

Kartoniert ca. € 75,-

ISBN 978-3-406-77169-9

Neu im Juli 2021

☰ beck-shop.de/32310324

Der neue Leitfaden

vermittelt das notwendige Know-how für die korrekte Auslegung von Patentansprüchen zur Durchführung des Erteilungsverfahrens vor dem Patentamt sowie zur Beurteilung einer späteren Verletzung des erteilten Patents im Zivilprozess. Denn nur wenn klar ist, welcher Gegenstand durch das Patent geschützt werden soll, kann ermittelt werden, ob dieser bereits aus dem Stand der Technik bekannt ist oder durch diesen nahe gelegt ist. Im Fall einer Patentverletzung muss bestimmt werden, ob der mutmaßliche Verletzungsgegenstand innerhalb des Schutzbereiches des erteilten Patents liegt.

Vorteile auf einen Blick

- Darstellung der Grundlagen zur Auslegung von Patentansprüchen
- Besonders verständliche Erläuterungen
- Mit zahlreichen Praxisbeispielen

Ein perfekte Arbeitshilfe

für Rechtsanwalt- und Patentanwaltschaft, Patentprüfung, Patentsachbearbeitung und Patentanwaltsfachangestellte.

Der Wegweiser durch das Unionsmarkenrecht.

Vorteile auf einen Blick

- besonders übersichtlicher und klar strukturierter Aufbau
- führt schnell zu den für die Falllösung wichtigen Entscheidungen
- umfassende Darstellung aller Bereiche des Unionsmarkenrechts

Der Praktiker-Kommentar

erläutert praxisnah und umfassend die Unionsmarkenverordnung und berücksichtigt dabei

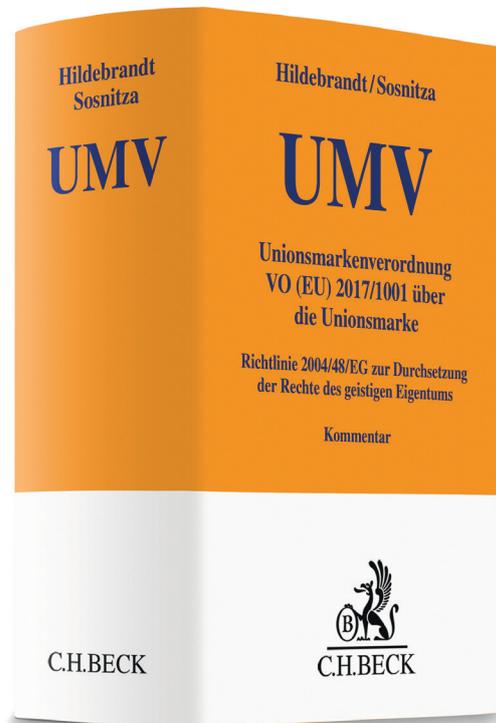
- die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes,
- die Entscheidungspraxis der Beschwerdekammern des Amtes der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) sowie
- die Verwaltungspraxis des EUIPO.

Detailliert erläutert

werden die Vorschriften zu den Anmelde-, Prüfungs-, Widerspruch-, Nichtigkeits-, Beschwerde- und Verletzungsverfahren sowie die Vorschriften über die Wirkungen der Unionsmarke, Rechtsübergänge, Insolvenzverfahren, Lizenzen und Umwandlung von Unionsmarken.

Beste Praxis-Hilfe

für Rechts- und Patentanwaltschaft sowie für Unternehmen und Gerichte.



Hildebrandt/Sosnitza
UMV · Unionsmarkenverordnung

2021. XXXVII, 1607 Seiten.

In Leinen € 189,-

ISBN 978-3-406-63761-2

Neu im Mai 2021

☰ beck-shop.de/10259952

Macht Sie noch kompetenter: die starke GRUR-Familie.

**JETZT
3 MONATE
KOSTENLOS
TESTEN**



Unentbehrlich

Aufsätze von hochkarätigen Autoren, die neueste Judikatur der Obergerichte und bedeutende Urteile/Beschlüsse auch der Untergerichte sowie Anmerkungen namhafter Autoren zu wichtigen Entscheidungen: Die »GRUR« ist seit über 100 Jahren die maßgebliche Informationsquelle zum Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht.

≡ beck-shop.de/2711

Grenzüberschreitend kompetent

GRUR International informiert in englischer Sprache über das gesamte relevante ausländische, europäische und internationale Patent-, Urheber-, Marken-, Wettbewerbs- und Kartellrecht. Fachkundige Übersetzungen und informative Anmerkungen machen wichtige ausländische Gerichtsentscheidungen leicht verfügbar.

≡ beck-shop.de/2737

Mit 100% Praxisnutzen

Die GRUR-Prax bietet den schnellen, aktuellen und vor allem praxisorientierten Überblick über alle wichtigen Entscheidungen und Neuerungen im Gewerblichen Rechtsschutz sowie im Urheber- und Medienrecht.

Im Fokus steht der konkrete Praxisnutzen für Sie:

- Was kommt auf Sie zu?
- Was ändert sich in der Praxis?
- Wie können Sie profitieren?

≡ beck-shop.de/30753

Die ideale Ergänzung: GRUR PLUS in beck-online

Dieses Zeitschriftenmodul enthält die Inhalte der »GRUR-Familie« (GRUR, GRUR-RR, GRUR Int. und IIC) mit Archivbestand ab 1948 bzw. seit Bestehen. Es ist interessant für alle im Gewerblichen Rechtsschutz Tätigen. Eine Sammlung der wichtigsten Normen (rechtsgebietsübergreifend) rundet das Produkt ab.

GRUR-RS

GRUR-RS ist eine digitale Rechtsprechungssammlung, welche die Zeitschriften der GRUR-Familie mit interessanter Rechtsprechung im Gewerblichen Rechtsschutz und angrenzender Rechtsgebiete erweitert. GRUR-RS ist in den Fachmodulen Gewerblicher Rechtsschutz PLUS | PREMIUM, Europarecht PLUS | PREMIUM und dem Zeitschriftenmodul GRUR PLUS komplett enthalten. Vielen weiteren Modulen ist GRUR-RS auszugsweise zugeordnet.

≡ beck-shop.de/29207

