

# Handbuch der Patentverletzung

von

**Prof. Dr. Thomas Kühnen**

Vorsitzender Richter am OLG Düsseldorf a.D.  
Honorarprofessor der Universität zu Köln

17. Auflage

Leseprobe

Carl Heymanns Verlag 2026

Carl Heymanns Verlag 2026

# Vorwort

Die vorliegende Bearbeitung bringt die Kommentierung – wie gewohnt – auf den aktuellen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung, wobei Änderungen und Entscheidungen bis Mitte August 2025 berücksichtigt sind.

Seit meinem Eintritt in den Ruhestand habe ich nur noch Zugriff auf diejenige Rechtsprechung, die veröffentlicht worden ist. Dem Buch hat dies – so hoffe ich – nicht geschadet. Durch meine gutachterliche Tätigkeit habe ich wertvolle Einblicke in die Welt der Unternehmen und der Anwaltschaft mit ihren rechtlichen und strategischen Problemen erhalten, die ich in der vorliegenden Auflage an diversen Stellen verarbeiten konnte.

Das Vorwort gibt mir Gelegenheit, mich bei meinen Lesern für die langen Jahre ihrer beständigen Treue zu bedanken und ihnen in schriftstellerischer Hinsicht *adieu* zu sagen. Sie alle haben das Buch zu dem gemacht, was es über die Jahre geworden ist – einem praxisrelevanten Kompass, um auf der hohen See vor und in einem Verletzungsgericht auf Kurs zu bleiben.

Mit dem heutigen Tag, an dem ich die Arbeiten an der 17. Auflage abschließe, übergebe ich das Werk an Herrn Lars Meinhardt, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht München. Ich bin mir sicher, dass es bei ihm in den allerbesten Händen ist. So wünsche ich ihm das Durchhaltevermögen, dessen es bedarf, um die Mühsal der fortwährenden Bearbeitung auf sich zu nehmen, den Mut, den es braucht, um Problemlösungen auch auf die Gefahr einer gelegentlich vielleicht berechtigten Kritik hin vorzudenken, und vor allem viel Freude bei der täglichen Arbeit an der Kommentierung.

Krefeld, im August 2025

Thomas Kühnen

# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	V
Abkürzungen . . . . .	XXIX
Literatur . . . . .	XXXV
<b>A. Schutzbereichsbestimmung . . . . .</b>	<b>1</b>
I. Rechtsgrundlagen . . . . .	1
II. Einige Grundregeln der Patentauslegung . . . . .	2
III. Zulässiges Auslegungsmaterial . . . . .	57
IV. Verständnishorizont . . . . .	98
V. Arten der Patentbenutzung . . . . .	103
<b>B. Sachverhaltsermittlung . . . . .</b>	<b>339</b>
I. Merkmalsgliederung . . . . .	339
II. Besichtigungsanspruch und Vorlageverpflichtung zur Sachaufklärung und Beweissicherung . . . . .	340
III. Vorlageverpflichtung zur Durchsetzung des Schadenersatzanspruchs . . . . .	402
IV. Grenzbeschlagnahme . . . . .	406
V. Industriestandard . . . . .	422
VI. Testkauf . . . . .	423
VII. Formalia des Klageschutzrechtes . . . . .	424
VIII. Schutzfähigkeit des Klageschutzrechtes . . . . .	429
IX. Weitere Vorüberlegungen . . . . .	431
<b>C. Vorprozessuales . . . . .</b>	<b>479</b>
I. Abmahnung . . . . .	479
II. Berechtigungsanfrage . . . . .	543
III. Presseerklärung . . . . .	546
IV. »Torpedo« . . . . .	547
<b>D. Klageverfahren . . . . .</b>	<b>551</b>
I. Zuständigkeit . . . . .	551
II. Aktivlegitimation . . . . .	634
III. Passivlegitimation . . . . .	670
IV. Klageansprüche . . . . .	710
V. Klageanträge . . . . .	855
VI. Klagebegründung . . . . .	859
VII. Checkliste für Kläger . . . . .	866
<b>E. Verteidigungsmöglichkeiten des Beklagten . . . . .</b>	<b>869</b>
I. Fehlende Verteidigungsaussichten . . . . .	869
II. Formelle Verteidigung . . . . .	872
III. Materielle Verteidigung . . . . .	912
IV. Checkliste für Beklagte . . . . .	1222
<b>F. Rechtsmittelverfahren . . . . .</b>	<b>1225</b>
I. Tatbestandsberichtigung und Urteilsergänzung . . . . .	1225
II. Berufungsverfahren . . . . .	1228
III. Revisionsverfahren . . . . .	1260
<b>G. Sonstige Verfahren . . . . .</b>	<b>1277</b>
I. Negative Feststellungsklage . . . . .	1277
II. Einstweilige Verfügung . . . . .	1285
III. Vollstreckungsabwehrklage, Restitutionsklage . . . . .	1398
IV. Verzichtsurteil . . . . .	1415
V. Nebenintervention . . . . .	1416
VI. Gewährleistungshaftung wegen Patentverletzung . . . . .	1428

<b>H. Zwangsvollstreckungsverfahren</b> . . . . .	1439
I. Grundsätzliches . . . . .	1439
II. Ordnungsmittelverfahren . . . . .	1475
III. Zwangsmittelverfahren . . . . .	1510
<b>I. Schadenersatz</b> . . . . .	1541
I. Anspruchsberechtigter . . . . .	1541
II. Anspruchsgegner . . . . .	1562
III. Schadensberechnung . . . . .	1565
IV. Schadensliquidation im Strafverfahren . . . . .	1604
V. Adhäsionsverfahren . . . . .	1605
VI. Rückgewinnungshilfe . . . . .	1606
<b>J. Sonstiges</b> . . . . .	1607
I. Sachverständigenbeweis . . . . .	1607
II. Zeugenbeweis . . . . .	1647
III. Fotobeweis . . . . .	1651
IV. Beweislastentscheidung . . . . .	1651
V. Streitwert . . . . .	1651
VI. Prozesskostenhilfe . . . . .	1678
Entscheidungsregister . . . . .	1691
Sachregister . . . . .	1783

subjektiven Parteierweiterung beizutreten. Wäre dies geschehen, könnte der durch die Verletzungsbeklagten geführten Feststellungsklage offensichtlich nur der Zeitrang ihres späten Klagebeitritts zuerkannt werden. An diesem Ergebnis kann sich nicht dadurch etwas ändern, dass statt einer Klageerweiterung ein formell anderer Weg der Prozessbeteiligung (nämlich der vereinbarten Rechtskrafterstreckung) gewählt wird.<sup>234</sup>

- 142 Im umgekehrten Fall einer Erweiterung des inländischen Verletzungsprozesses um ein neues Schutzrecht steht einer Wirksamkeit der Klageerweiterung nicht entgegen, dass der Verletzungsprozess, in dem die Klage erweitert wird, nach § 148 ZPO ausgesetzt ist.<sup>235</sup>

Praxistipp	Formulierungsbeispiel
143 Wird ein Torpedo gestartet, ist unbedingt darauf zu achten, im Vorhinein alle möglichen Beteiligten eines Verletzungsverfahrens (einschließlich Lizenznehmer und Geschäftsführer der beteiligten Unternehmen), sämtliche Schutzrechte, aus denen ein Klageangriff erfolgen könnte, und alle Ausführungsformen, die mit Aussicht auf Erfolg angegriffen werden könnten) in die negative Feststellungsklage einzubeziehen.	

#### (4) Ausschließliche Zuständigkeit des Zweitgerichts

- 144 Einen Sonderfall bildet die Konstellation, dass nur das später angerufene Gericht eine ausschließliche Zuständigkeit besitzt. Hier war streitig, ob trotzdem eine Aussetzungspflicht im Hinblick auf einen Rechtsstreit besteht, der bei einem nicht ausschließlich zuständigen Gericht zeitlich früher anhängig geworden ist. Die Frage ist inzwischen vom EuGH dahingehend entschieden worden, dass in solchen Fällen kein Aussetzungszwang besteht.<sup>236</sup>

#### bb) Rechtsfolge

- 145 Ein Ermessensspielraum ist dem Gericht nicht eröffnet. *So weit* die Voraussetzungen des Art 29 EuGVVO vorliegen, muss der inländische Rechtsstreit ausgesetzt werden. Das Gericht hat sich jedweder Entscheidung über die Klage zu enthalten, was bedeutet, dass es der Klage nicht stattgeben, die Klage aber auch nicht – und zwar weder als unbegründet noch als nach nationalem Prozessrecht unzulässig<sup>237</sup> – abweisen darf.
- 146 Letzteres geschieht erst dann, wenn das andere Gericht seine Zuständigkeit endgültig bejaht hat. In einem solchen Fall ist die Klage von Anfang an als unzulässig abzuweisen, und nicht erst von demjenigen Zeitpunkt an, zu dem die vorübergehende Aussetzung wegen der rechtskräftigen Bejahung der Zuständigkeit durch das parallel angerufene Gericht endet.<sup>238</sup> Es ist deswegen auch kein Raum für eine Erledigungserklärung, mit der sich die Kosten des unzulässigen Klageverfahrens auf den Gegner abwälzen ließen.<sup>239</sup> Ob es bei der kostenrechtlichen Belastung des Klägers im Zweitverfahren auch dann verbleibt, wenn der die Zuständigkeit des Erstgerichts begründende Sachverhalt erst nach Einleitung des Zweitverfahrens eintritt, ist fraglich.<sup>240</sup>

234 OLG Düsseldorf, Beschluss v 4.3.2013 – I-2 W 6/13.

235 LG Mannheim, InstGE 13, 65 – UMTS-fähiges Mobiltelefon II.

236 EuGH, NJW 2014, 1871 – Weber; BGH, MDR 2014, 1287.

237 ZB wegen anderweitiger Rechtshängigkeit.

238 BGH, MDR 2018, 691.

239 BGH, MDR 2018, 691.

240 Ebenso: Hau, MDR 2018, 723, 724.

Trifft Art 29 EuGVVO nur auf einzelne Streitgenossen und/oder auf einzelne Klageschutzrechte zu, wird der Rechtsstreit nicht blockiert, soweit er zwischen anderen Parteien oder über andere Ansprüche geführt wird als sie in dem auswärtigen Mitgliedstaat anhängig sind. Um in dieser Situation ein ggf unzulässiges Teilurteil zu vermeiden, empfiehlt es sich, diejenigen Ansprüche, über die das nationale Gericht befinden darf, vorsichtshalber in ein neues Verfahren abzutrennen. Fällt später der Aussetzungsgrund weg, kann wieder eine Verbindung beider Verfahren – des abgetrennten und des ausgesetzten – in Betracht kommen, wenn der beiderseitige Verfahrensstand dies als sinnvoll erscheinen lässt. 147

Auch der Einwand des Rechtsmissbrauchs seitens des Beklagten der negativen Feststellungsklage bei Erhebung einer offensichtlich unzulässigen Feststellungsklage ist bisher von den Gerichten in Deutschland nicht berücksichtigt worden, da grundsätzlich die Gleichwertigkeit aller örtlichen Gerichtsstände im Geltungsbereich der EU vermutet wird.<sup>241</sup> In jüngerer Vergangenheit zeichnet sich hier jedoch eine tendenziell großzügigere Auffassung ab. So hat das LG Düsseldorf<sup>242</sup> entschieden, dass dem Beklagten eines Patentverletzungsprozesses die Berufung auf Art 21 EuGVÜ unter dem Gesichtspunkt des Verbotes unzulässiger Rechtsausübung versagt ist, wenn er die negative Feststellungsklage vor einem aufgrund gesicherter Rechtsprechung<sup>243</sup> offensichtlich unzuständigen Gericht eines anderen Mitgliedstaates erhoben hat und das Verfahren vor diesem Gericht nicht oder ohne Grund derart langsam führt, dass das Recht des Klägers auf eine ordnungsgemäße Durchführung seines Patentverletzungsverfahrens praktisch vereitelt würde, wenn es zu einer Aussetzung gemäß Art 29 Abs 1 EuGVVO käme.<sup>244</sup> Dieser Auffassung steht die Rechtsprechung des EuGH nicht entgegen. In der Entscheidung Gasser<sup>245</sup> ist zwar ausgesprochen, der Umstand, dass die Verfahren vor den Gerichten des erstangerufenen Mitgliedstaates *allgemein* unvertretbar lange dauern, rechtfertige es nicht, von einer Aussetzung nach Art 21 EuGVÜ (heute Art 29 EuGVVO) (von vornherein) abzusehen. Zu berücksichtigen ist jedoch zum einen, dass der Fall kein zeitlich befristetes Ausschließlichkeitsrecht, sondern vermögensrechtliche Ansprüche aus einer längerfristigen Handelsbeziehung betraf. Zum anderen schließt es die EuGH-Entscheidung nicht aus, bei konkreten Feststellungen dazu, dass inzwischen unvertretbar lange Zeit verstrichen ist, ohne dass das erstangerufene Gericht über seine Zuständigkeit befunden hat, *diesen* Sachverhalt zum Anlass zu nehmen, Art 29 Abs 1 EuGVVO nicht anzuwenden, sondern das Verfahren vor dem später angerufenen Gericht fortzusetzen. Schließlich steht dem Kläger des Zweitverfahrens auch ein Justizgewährungsanspruch aus Art 6 Abs 1 EMRK zu. 148

Um dem mit dem Torpedo verbundenen Rechtsmissbrauch und der Blockade von Verletzungsverfahren entgegenzuwirken, greifen auch internationale Gerichte auf unterschiedliche Begründungen zurück. 149

Am weitesten ist hier wohl das Tribunal d'Instance in Paris in einer nicht veröffentlichten Entscheidung vom 28.4.2000<sup>246</sup> gegangen, wonach Klagen auf Verletzung eines Schutzrechtes und Klagen, mit denen die Feststellung der Nichtverletzung begehrt werden, nicht denselben Streitgegenstand betreffen. Eine Aussetzung nach Art 29 Abs 1 EuGVVO (bzw Art 21 EuGVÜ) wurde vor diesem Hintergrund abgelehnt.<sup>247</sup> 150

241 EuGH, NJW 2014, 1871 – Weber; BGH, MDR 2014, 1287; vgl auch Pitz, GRUR Int 2001, 32, 35.

242 LG Düsseldorf, InstGE 3, 8 – Cholesterin-Test.

243 Grabinski, FS für Tilmann, 2003, S 461, 468.

244 Vgl auch BGH, BGH-Report 2002, 345 (noch zu Art 21 EuGVÜ).

245 EuGH, IPRax 2004, 243 – Gasser/MISAT.

246 Mitgeteilt von Pitz, GRUR Int 2001, 32, 35 f.

247 Sogar eine Aussetzung nach Art 22 EuGVÜ wurde unter Hinweis auf die erkennbare Blockadeabsicht der Beklagten abgelehnt.

- 151 Andere Gerichte lehnen ihre Zuständigkeit für **negative Feststellungsklagen** dann ab, wenn die internationale Zuständigkeit für diese ausschließlich auf Art 7 Nr 2 EuGVVO gestützt wird.<sup>248</sup> Begründet wird dies damit, dass nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH Art 7 Nr 2 EuGVVO (bzw Art 5 Nr 3 EuGVÜ) als Ausnahmenvorschrift restriktiv auszulegen sei und daher nur für Klagen gelte, die sich unmittelbar auf die unerlaubten Handlungen bezögen. Bei negativen Feststellungsklagen werde das Vorliegen einer unerlaubten Handlung aber gerade bestritten.
- 152 Zu berücksichtigen ist jedoch auch bei diesen Gerichten, dass bis zum Erlass einer Entscheidung über die mangelnde Zuständigkeit, unabhängig davon, mit welcher Begründung diese abgelehnt wird, eine längere Zeit vergehen kann, die der Beklagte für seine Zwecke nutzen kann.

b) Art 30 EuGVVO

- 153 Ist eine Identität der Parteien oder aber der geltend gemachten Ansprüche nach Art 29 Abs 1 EuGVVO nicht gegeben, besteht noch die Möglichkeit, eine Aussetzung nach Art 30 Abs 1 EuGVVO zu beantragen. Danach *kann* ein später angerufenes Gericht das Verfahren aussetzen, wenn vor Gerichten verschiedener Vertragsstaaten Klagen in erster Instanz anhängig sind, die im **Zusammenhang** stehen. Auch diese Vorschrift dient dazu, gegensätzliche Entscheidungen in der Gemeinschaft zu vermeiden, weshalb die Vorschrift weit auszulegen ist. Dies gilt vor allem für Absatz 3, der eine Legaldefinition des Begriffs »Zusammenhang« enthält.<sup>249</sup> Das Landgericht Düsseldorf hat daher das Vorliegen eines Zusammenhangs verschiedener Klagen auch dann bejaht, wenn wegen der Verletzung unterschiedlicher nationaler Anteile eines europäischen Patentes vor unterschiedlichen Gerichten Klage erhoben wird<sup>250</sup> oder wenn wegen desselben Patents und derselben Ausführungsform im ausländischen Verfahren das Unternehmen negativer Feststellungskläger ist und im inländischen Prozess die (im Ausland nicht beteiligten) Geschäftsführer des Unternehmens wegen Patentverletzung verklagt sind<sup>251</sup>.
- 154 Die Entscheidung über die Aussetzung gemäß Art 30 Abs 1 EuGVVO ist jedoch im Gegensatz zu derjenigen nach Art 29 Abs 1 EuGVVO in das **Ermessen** des Gerichts gestellt. Ein deutsches Gericht wird sich dabei im Wesentlichen an die auch im Rahmen von § 148 ZPO angewandten Grundsätze halten und die Interessen der betroffenen Parteien gegeneinander abwägen. Wesentliche Gesichtspunkte sind,
- 155 – welches Gericht die größere Sachnähe zu dem zu entscheidenden Sachverhalt hat (typischerweise sind dies die Gerichte des Schutzstaates, die mit dem einschlägigen nationalen Recht vertraut sind, nach dem die Patentverletzung und ihre Rechtsfolge zu beurteilen sind),
- 156 – wann mit einer Entscheidung in dem einen bzw anderen Verfahren zu rechnen ist (es ist unangebracht, einen angelaufenen Verletzungsprozess im Hinblick auf ein negatives Feststellungsverfahren auszusetzen, dessen Entscheidung seinerseits noch geraume Zeit auf sich warten lassen wird) und
- 157 – inwieweit den berechtigten Belangen des Schutzrechtsinhabers bei einer Aussetzungsanordnung Rechnung getragen ist (was zu verneinen sein kann, weil er selbst bei

248 Vgl ua Oberster Gerichtshof Italien, GRUR Int 2005, 264 – Verpackungsmaschine II; Oberster Gerichtshof Schweden, GRUR Int 2001, 178 – Flootek; hierzu auch Lundstedt, GRUR Int 2001, 103 ff; OLG München, InstGE 2, 61 – Leit- und Informationssystem II; diese Praxis setzt sich auch in Belgien und Italien durch.

249 EuGH, NJW 1995, 1983 – Tatry/Maciej Rataj.

250 LG Düsseldorf, GRUR Int 1998, 803, 804 – Kondensatorspeicherzellen.

251 LG Düsseldorf, Beschluss v 19.4.2011 – 4a O 153/10; ebenso: LG Mannheim, Beschluss v 26.10.2010 – 2 O 234/09; LG Mannheim, Beschluss v 10.1.2011 – 2 O 234/09.

abgewiesener Feststellungsklage noch lange nicht über einen Titel zur Durchsetzung seiner Verbotungsrechte verfügt).<sup>252</sup>

Dem Interesse des Schutzrechtsinhabers wird zumindest dann Vorrang zuzubilligen sein, wenn der geltend gemachte Unterlassungsanspruch unter Berücksichtigung der Verfahrensdauer des zuerst anhängig gemachten Verfahrens nicht mehr oder nur erheblich beschränkt durchgesetzt werden kann. Dies dürfte zumindest in den Fällen zu bejahen sein, in denen der Beklagte eine negative Feststellungsklage als Torpedo eingereicht hat und mit einer Entscheidung über diese nicht kurzfristig gerechnet werden kann. Dies bedeutet aber auch, dass über Art 30 Abs 1 EuGVVO nur in den seltensten Fällen eine Aussetzung zu erreichen sein wird. Denkbar ist derartiges nach der Instanzrechtsprechung aber, wenn der Verletzungsprozess gegen das Unternehmen wegen Art 29 EuGVVO blockiert ist und im inländischen Prozess deren Geschäftsführer in Anspruch genommen werden, für die Art 29 EuGVVO mangels Beteiligung am ausländischen Feststellungsverfahren nicht einschlägig ist. Eine Aussetzung soll hier jedenfalls dann angezeigt sein, wenn für den Kläger mit einem Urteil gegen die Geschäftsführer nicht wirklich etwas gewonnen ist, weil die Geschäftsführer außerhalb des Unternehmens nicht selbst am Markt tätig sind.<sup>253</sup> Über diesen Gesichtspunkt hinaus wird man unbedingt im Blick behalten müssen, welcher Erkenntnisgewinn aus dem ausländischen Feststellungsprozess und dort eingeholten Beweisen für das (aufgeschobene) inländische Erkenntnis tatsächlich zu erwarten sind. Steht zu befürchten, dass eigene Beweisermittlungen nicht entbehrlich gemacht werden (zB weil das ausländische Gericht in Patentsachen unerfahren ist), sollte von einer Aussetzung abgesehen werden.

**Art 30 Abs 2 EuGVVO**, der die Möglichkeit für das Gericht vorsieht, sich auf Antrag der Parteien für unzuständig zu erklären, dürfte in Deutschland ausgeschlossen sein, da nach § 147 ZPO eine Verbindung von Verfahren, die vor unterschiedlichen Gerichten laufen, nicht vorgesehen ist.<sup>254</sup>

c) Art 33, 34 EuGVVO

Durch die EuGVVO neu eingeführt worden ist die Möglichkeit, einen in einem Mitgliedstaat später anhängig gemachten Prozess wegen eines Verfahrens auszusetzen, das in einem Drittstaat (außerhalb der Mitgliedstaaten) frühzeitiger (auch insoweit gilt die Definition in Art 32 EuGVVO) anhängig geworden ist.

Es handelt sich jeweils um Aussetzungen nach Ermessen, deren Voraussetzungen

- das eine Mal (Art 33 EuGVVO) an diejenigen des Art 29 EuGVVO und
- das andere Mal (Art 34 EuGVVO) an diejenigen des Art 30 EuGVVO angelehnt sind.

Wie bei Art 29 EuGVVO muss in den Fällen des Art 33 EuGVVO in beiden Verfahren (dh in dem im Mitgliedstaat und in dem im Drittstaat geführten Prozess) über »denselben Anspruch« zwischen »denselben Parteien« gestritten werden. Art 34 EuGVVO knüpft demgegenüber daran an, dass die im Mitgliedstaat und im Drittstaat anhängigen Verfahren »in Zusammenhang stehen«, was der Fall ist, wenn eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung der Verfahren geboten ist, um zu verhindern, dass in den getrennten Verfahren einander widersprechende Entscheidungen ergehen könnten (Art 34 Abs 1 Buchst a) EuGVVO).

252 OLG Düsseldorf, Beschluss v 4.3.2013 – I-2 W 6/13.

253 LG Düsseldorf, Beschluss v 19.4.2011 – 4a O 153/10; LG Mannheim, Beschluss v 26.10.2010 – 2 O 234/09; LG Mannheim, Beschluss v 10.1.2011 – 2 O 234/09.

254 OLG Stuttgart, RIW 2000, 954.

- 165 Die Vorschriften benennen jeweils Kriterien für die gerichtliche **Ermessensausübung** dahingehend, ob zu erwarten ist, dass das Gericht des Drittstaates eine im Mitgliedstaat anzuerkennende und vollstreckbare Entscheidung treffen wird (Art 33 Abs 1 Buchst a), Art 34 Abs 1 Buchst b) EuGVVO) und ob das aussetzende Gericht davon überzeugt ist, dass die Aussetzung seines Verfahrens im Interesse einer geordneten Rechtspflege liegt (Art 33 Abs 1 Buchst b), Art 34 Abs 1 Buchst c) EuGVVO). Was mit letzterem gemeint ist, erschließt sich aus Erwägungsgrund (24) der EuGVVO. Beachtenswerte Gesichtspunkte sind danach ua (a) Verbindungen des Streitgegenstandes und der Parteien zu dem Drittstaat, (b) der Fortschritt des im Drittstaat geführten Verfahrens bei Anhängig machen des Verfahrens im Mitgliedstaat sowie (c) die Aussicht, dass im Drittstaat innerhalb einer angemessenen Zeit eine Sachentscheidung fällt.
- 166 Ist es zu einer Aussetzungsanordnung gekommen, kann das aussetzende Gericht sein **Verfahren** jederzeit wieder **fortsetzen** (Art 33 Abs 2, 34 Abs 2 EuGVVO), wenn es dies für geboten hält (zB weil das Verfahren im Drittstaat zum Stillstand kommt oder sich die Prognose eines dortigen Verfahrensfortschritts als unrichtig erweist).

d) Art 35 EuGVVO

- 167 Eine negative Feststellungsklage im Ausland blockiert jedoch nur ein Hauptsacheverfahren in Deutschland. Art 35 EuGVVO eröffnet weiterhin den Weg zum **einstweiligen Rechtsschutz**. Denn nach Art 35 EuGVVO hängt die Zuständigkeit für eine einstweilige Maßnahme nicht von der Zuständigkeit im Hauptsacheverfahren ab.<sup>255</sup>
- 168 Unabhängig von der so eröffneten Zuständigkeit eines deutschen Gerichts sind jedoch weiterhin die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung gesondert zu überprüfen. Hierzu gehört neben einem Verfügungsanspruch auch die Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes (§§ 920 Abs 2, 936 ZPO). Eine Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes kommt nach § 940 ZPO nur zur Abwendung wesentlicher Nachteile in Betracht. Bei der für diese Voraussetzung erfolgenden Interessenabwägung spielt auch die Frage der Dringlichkeit einer Regelung eine wichtige Rolle. Allein der Umstand, dass ein potenzieller Verletzer eine negative Feststellungsklage in einem anderen Mitgliedstaat anhängig gemacht hat, vermag nach derzeitiger Rechtsprechung einen Verfügungsgrund nicht zu begründen.<sup>256</sup> Dieser ist unabhängig von dem »Torpedo« darzulegen.

e) Rechtsmittel

- 169 Die Entscheidung über eine Aussetzung ist, egal ob sie angeordnet oder abgelehnt wird, von der jeweils beschwerten Partei mit der sofortigen Beschwerde (§§ 252, 567 Abs 1 Nr 1 ZPO) anfechtbar.<sup>257</sup> Soweit das Erstgericht Aussetzungsermessen hatte, ist dessen Ausübung im Beschwerdeverfahren lediglich auf Rechtsfehler zu überprüfen<sup>258</sup>, dh dahingehend, ob überhaupt eine Ermessensausübung stattgefunden hat (was zu verneinen ist, wenn sich das Landgericht zu der Aussetzungsanordnung verpflichtet gesehen hat) und ob diese ermessensfehlerhaft vorgenommen wurde (was der Fall ist, wenn wesentliche Abwägungsgesichtspunkte unberücksichtigt geblieben oder falsch gewichtet worden sind oder das Ausübungsergebnis als solches unvertretbar ist).<sup>259</sup>

255 Vgl auch Grabinski, FS für Tilmann, 2003, S 461, 470.

256 LG Düsseldorf, GRUR Int 2002, 157, 160 – HIV-Immunoassay.

257 OLG Düsseldorf, Beschluss v 4.3.2013 – I-2 W 6/13.

258 OLG Düsseldorf, Beschluss v 4.3.2013 – I-2 W 6/13.

259 OLG Düsseldorf, Beschluss v 4.3.2013 – I-2 W 6/13.