



Eingegangen  
28. DEZ. 2015  
Rechtsanwalt M. Plüschke

# Kammergericht Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:  
24 U 121/15  
16 O 21/15 Landgericht Berlin

verkündet am : 16.12.2015  
Schrammek, Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der  
Geschäftsstelle des  
Kammergerichts Berlin

## In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

des Herrn [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

Verfügungsklägers und  
Berufungsklägers,

- Verfahrensbevollmächtigter:  
Rechtsanwalt Michael Plüschke,  
Friedrichstraße 90, 10117 Berlin,-

-mitwirkender Patentanwalt  
[REDACTED]  
[REDACTED]

## Weitere Beteiligte:

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

Streithelferin des Verfügungs-  
klägers zweiter Instanz,

- Verfahrensbevollmächtigter auch der Streithelferin:  
Rechtsanwalt Michael Plüschke,  
Friedrichstraße 90, 10117 Berlin,-

- mitwirkender Patentanwalt  
[REDACTED]  
[REDACTED]

g e g e n

1. die [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

2. den [REDACTED]  
[REDACTED]

Verfügungsbeklagten und  
Berufungsbeklagten,

- Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]  
mbH,  
[REDACTED]

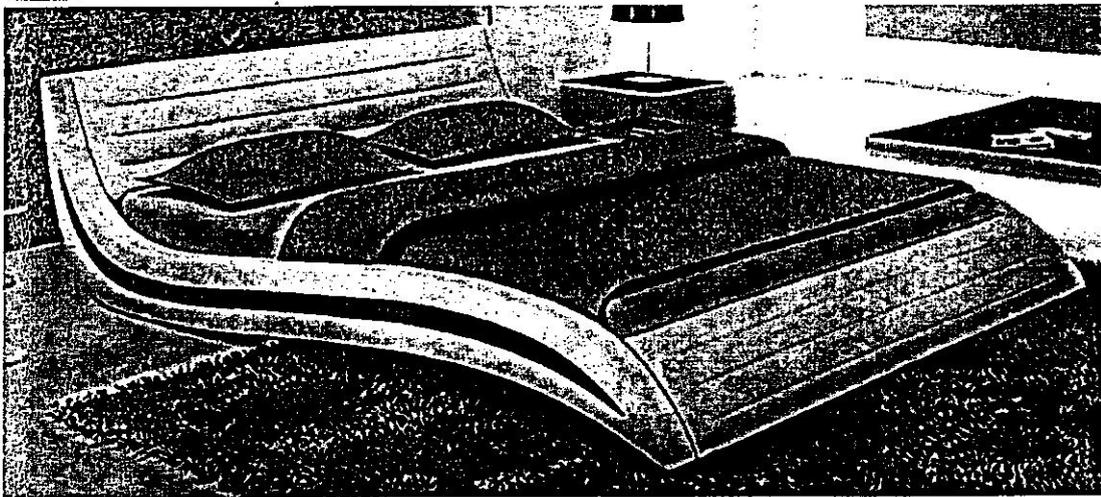
hat der 24. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg, Eißholzstraße 30-33, 10781 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 16.12.2015 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Harte, den Richter am Kammergericht Landwehrmeyer und die Richterin am Amtsgericht Dr. Beyer

**f ü r R e c h t e r k a n n t :**

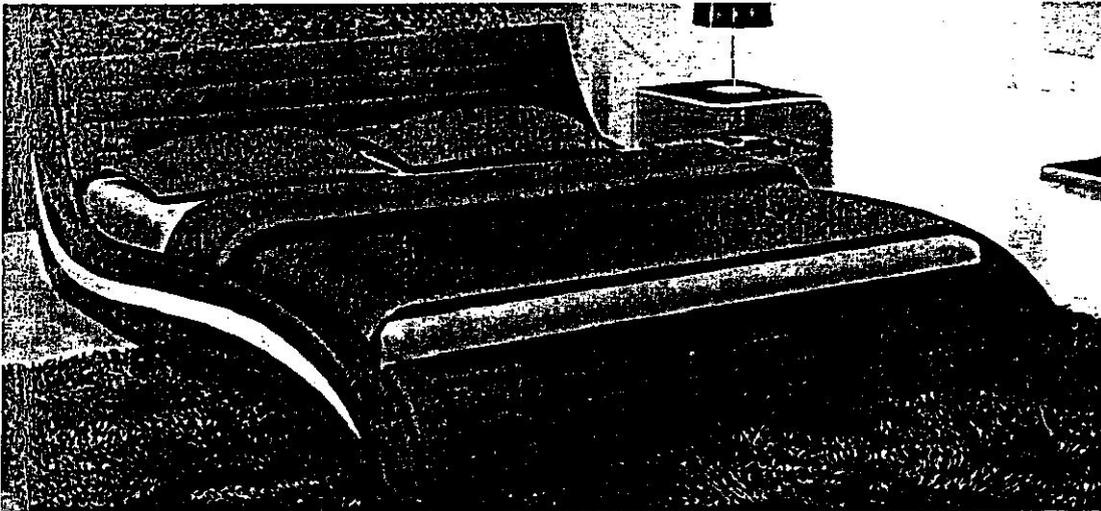
1. Der Antrag der Verfügungsbeklagten auf Leistung einer Sicherheit wegen der Prozesskosten durch den Verfügungskläger wird zurückgewiesen.
2. Auf die Berufung des Verfügungsklägers wird das Urteil des Landgerichts Berlin - 16 O 21/15 - vom 28. April 2015 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 22. Juni 2015 abgeändert:

Die Verfügungsbeklagten werden im Wege einstweiliger Verfügung verurteilt, es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten, betreffend die Verfügungsbeklagte zu 1) zu vollziehen an ihrem Geschäftsführer, es gegenüber der Streithelferin des Verfügungsklägers, der [REDACTED], zu unterlassen

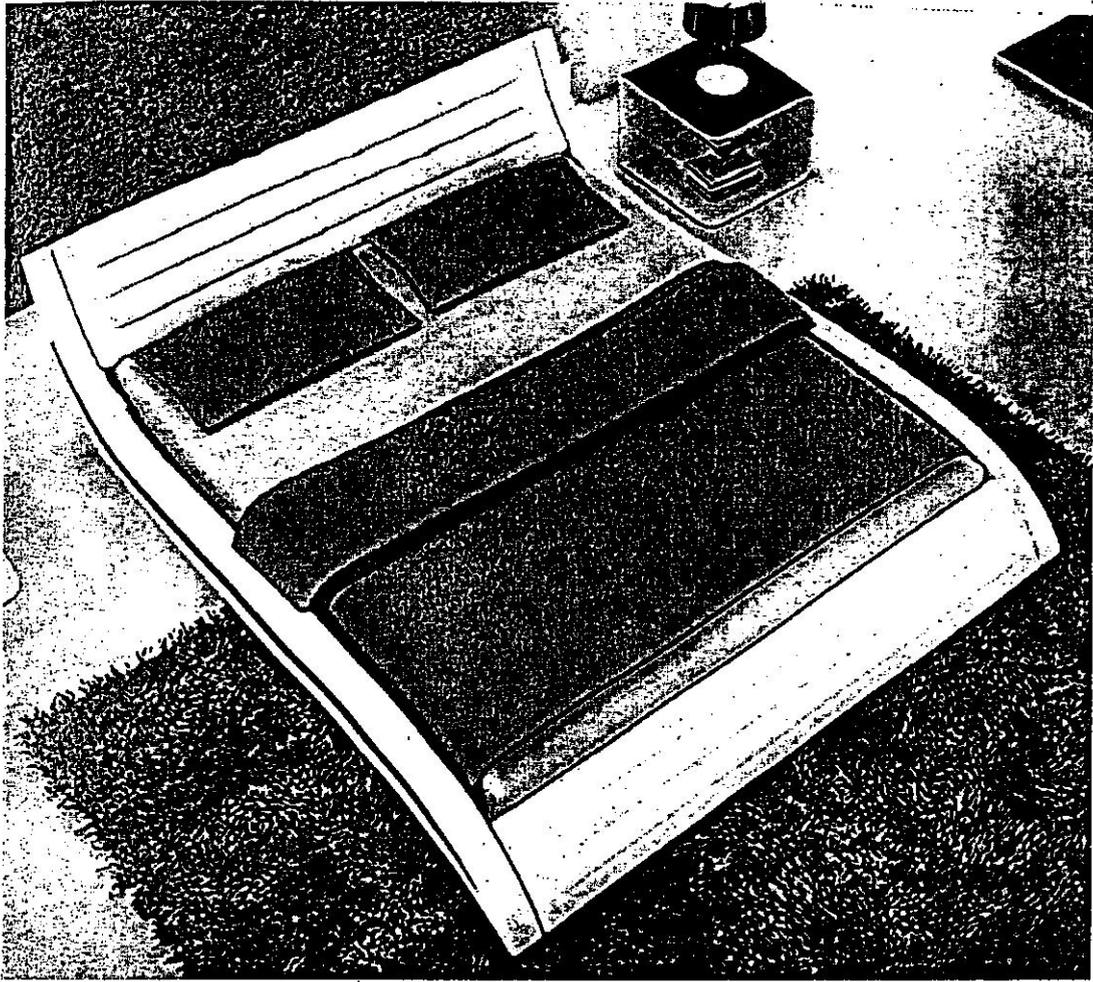
im geschäftlichen Verkehr innerhalb der Bundesrepublik Deutschland die nachfolgend wiedergegebenen Designs für Betten zu benutzen, insbesondere anzubieten und/oder in den Verkehr zu bringen und/oder ein- und auszuführen und/oder zu den vorgenannten Zwecken zu besitzen:



und / oder



und / oder



3. Die Verfügungsbeklagten haben die Kosten des Verfahrens beider Instanzen einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Streithelferin des Verfügungsklägers zweiter Instanz zu tragen.

### Gründe

#### A.

Die Parteien streiten im einstweiligen Verfügungsverfahren um den Vertrieb von Betten, die u.a. eine markante Wellenform aufweisen. Von der weiteren Darstellung des Tatbestands wird gemäß §§ 542 Abs. 2, 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO abgesehen.

#### B.

Der Berufung des Verfügungsklägers ist, soweit über sie nach der erfolgten Antragsrücknahme hinsichtlich des Auskunftsanspruchs noch zu entscheiden ist, stattzugeben.

Der Verfügungskläger hat die Berufung durch seinen Verfahrensbevollmächtigten form- und fristgerecht eingelegt und begründet. Sie hat auch in der Sache Erfolg. Der geltend gemachte Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die Beklagten auf Unterlassung ist zulässig und begründet.

I. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig.

Der Verfügungskläger geht nach der Übertragung der streitgegenständlichen Designrechte auf die Streithelferin zulässigerweise im Wege der gesetzlichen Prozessstandschaft nach § 265 ZPO gegen die Verfügungsbeklagten vor.

Der Antrag ist auch nicht wegen der erstmals in der Berufungserwiderung von den Verfügungsbeklagten erhobenen Einrede der fehlenden Prozesskostensicherheit unzulässig. Die Voraussetzungen des §§ 110, 113 ZPO für eine Anordnung der Sicherheitsleistung durch das Gericht liegen schon deshalb nicht vor, weil davon auszugehen ist, dass der Verfügungskläger seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Polen hat.

Der Verfügungskläger hat zumindest seit Einleitung des Verfahrens, auch schon des erstinstanzlichen, seinen gewöhnlichen Aufenthalt in [REDACTED] Polen und damit in einem

Mitgliedstaat der EU. Eine natürliche Person hat ihren gewöhnlichen Aufenthalt an dem Ort, an dem sie längere Zeit oder regelmäßig verweilt. Der gewöhnliche Aufenthalt ist gegenüber dem Wohnsitz ein Minus, weshalb jener dem gewöhnlichen Aufenthalt i.S.v. § 110 Abs. 1 ZPO stets gleichwertig ist. Der Verfügungskläger hat substantiiert in den Schriftsätzen vom 29. September und 16. Dezember 2015 unter Beifügung von triftigen Glaubhaftmachungsunterlagen vorgetragen, dass er mit seiner Familie jedenfalls seit August 2014 in [REDACTED] wohnt und dort auch arbeitet. Selbst etwaige, auch längere Auslandsaufenthalte würden nichts an seinem Wohnsitz/gewöhnlichen Aufenthalt in Polen ändern. Den Angaben zum Wohnsitz in [REDACTED] sind die Verfügungsbeklagten nicht mehr konkret entgegengetreten. Für das Fehlen eines gewöhnlichen Aufenthalts in der EU trägt aber im Streitfall der Beklagte die Beweislast (Herget in: Zöllner, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 110 Rn. 6 m. w. N.).

Die Einrede konnte von den Verfügungsbeklagten im Übrigen nach § 532 Satz 2, Satz 1 ZPO auch nicht mehr in zulässiger Weise erhoben werden. Die Verfügungsbeklagten haben die Einrede erstinstanzlich nicht erhoben, obwohl sie Kenntnis der (vormals) wechselnden Aufenthaltsorte des Klägers hatten. Nach § 532 Satz 2 ZPO ist die nachträgliche Rüge nur zuzulassen, wenn die Partei die Verspätung genügend entschuldigt. Die Verfügungsbeklagten haben aber nichts dazu vorgetragen, was sie daran gehindert hat, die Einrede bereits erstinstanzlich zu erheben. Ihre Berufungserwiderung enthält gegenüber dem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 27. April 2015 auch keine nennenswerten neuen Erkenntnisse.

Offenbleiben kann, ob § 110 ZPO im Verfügungsverfahren überhaupt anwendbar ist, was streitig ist (siehe auch nach Durchführung einer mündlicher Verhandlung ablehnend etwa OLG Köln, Urteil vom 13.8.2004 - 6 U 140/04 -, Rn. 6, zitiert nach juris; a. A. etwa Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, 12. Aufl. 2015, § 110 Rn. 2; Herget, a.a.O., § 110 Rn. 3).

II. Die Berufung ist hinsichtlich des allein relevanten Unterlassungsanspruch begründet. Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel des § 890 ZPO liegen insoweit vor.

Es besteht ein Verfügungsanspruch. Auch liegt ein Verfügungsgrund vor.

#### 1. Verfügungsanspruch

Der auf Unterlassung gerichtete Verfügungsanspruch ist seinen Voraussetzungen nach (§§ 42 Abs. 1, 38 Abs. 1 Satz 1 DesignG) dargetan und glaubhaft gemacht.

#### a. eingetragenes Design

Für den Verfügungskläger ist unter der Registernummer DE 40 2010 005218 – 0018 ein Design eingetragen worden, wie aus der Anlage Ast 2 ersichtlich. Die Rechte kann der Verfügungskläger nach der Übertragung an die Streithelferin (siehe auch Anlage Ast 46) für sie geltend machen.

Von der Gültigkeit des eingetragenen Designs ist auszugehen. Die Frage, ob das Design nichtig ist gemäß § 33 Abs. 1 DesignG, insbesondere hier mangels Neuheit, ist nicht zu entscheiden. Nach § 52a DesignG können sich die Verfügungsbeklagten auf die fehlende Rechtsgültigkeit nur berufen, indem sie eine Widerklage erheben, was im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes allerdings ausscheidet, oder einen Antrag nach § 34 DesignG auf Feststellung bzw. Erklärung der Nichtigkeit beim Deutschen Patent- und Markenamt stellen. Es ist zwar streitig, ob § 52a DesignG im einstweiligen Verfügungsverfahren Anwendung findet. So meinen Eichmann (u. a. in: Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, DesignG, 5. Aufl. 2015, § 52a Rn. 3) und Günther (in: Günther/Beyerlein, DesignG, 3. Aufl. 2015, § 52a Rn. 5), dass im Verfügungsverfahren nur die – widerlegliche – Vermutung des § 39 DesignG maßgeblich sei. Wenn es sich um ein Eilverfahren handele, passe dies weder mit der § 52a DesignG vorausgesetzte Widerklagemöglichkeit zusammen noch mit der vorzunehmenden Prüfung einer Verfahrensaussetzung nach § 52b DesignG.

Diese Ansicht vermag aber nicht zu überzeugen. Vom Wortlaut her ist § 52a DesignG im Verfügungsverfahren ohne Weiteres anwendbar, insbesondere ist auch im Arrest- und Verfügungsverfahren die Bezeichnung der Beteiligten als Parteien üblich (siehe nur § 924 Abs. 2 ZPO). Die Norm befindet sich zudem im Abschnitt zu den Designstreitigkeiten und nach der Regelung über die gerichtliche Zuständigkeit; auch die systematische Stellung spricht gegen die Reduzierung auf das Hauptsacheverfahren. Aus §§ 46 Abs. 7, 46a Abs. 3 DesignG ergibt sich zudem, dass der Gesetzgeber, wo er dies als erforderlich angesehen hat, nach den Verfahrensarten auch differenziert. Dass in § 52a DesignG die Widerklage erwähnt wird, obwohl sie im Verfügungsverfahren mangels Identität der Verfahrensarten nicht erhoben werden kann, ist insofern unschädlich, als jedenfalls die weitere (kostengünstige) Möglichkeit der Antragstellung nach § 34 DesignG besteht. Insoweit verkennt das Landgericht in seinem Urteil, dass es für die Eröffnung der Einwendungen nicht auf eine Entscheidung des DPMA ankommt, sondern nur auf die Antragstellung. Nur diese (und ggf. die Einzahlung der Gebühren, hierzu: Eichmann in: Eichmann/Kühne, DesignG, 5. Aufl. 2015, § 52a Rn. 2) ist Voraussetzung, um in die Prüfung einzutreten, ob Neuheit des eingetragenen Designs besteht. Durch die Antragsmöglichkeit des § 34 DesignG unterscheidet sich § 52a DesignG auch von Art. 85 GGV; für das Gemeinschaftsgeschmackmuster ist die unbeschränkte Zulässigkeit der Einrede der Nichtigkeit im Verfügungsverfahren aber ausdrücklich angeordnet (Art. 90 Abs. 2 GGV), woran es hier fehlt.

Auch aus § 52b DesignG lassen sich keine Argumente für einen eingeschränkten Anwendungsbereich des § 52a DesignG ableiten. Die dort eröffnete Möglichkeit der Verfahrensaussetzung nach einem Antrag im Sinne des § 34 DesignG verträgt sich zwar eher nicht mit dem Eilcharakter im Verfügungsverfahren, ist aber eben auch nicht zwingend angeordnet, sondern steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, so dass der Eilcharakter durch die Verfahrensführung hinreichend berücksichtigt werden kann. Für eine teleologische Reduzierung des § 52a DesignG in analoger Anwendung des Art. 90 Abs. 2 GGV fehlt es an einer Regelungslücke. Das Interesse, das Register zu bereinigen, besteht unabhängig von der Verfahrensart (so auch Kappl, GRUR 2014, 326 [330]).

Einen Antrag nach § 34 DesignG haben die Verfügungsbeklagten aber unstreitig nicht gestellt.

Aber selbst wenn man davon ausgeht, dass § 52a DesignG unanwendbar ist, kommt dem Verfügungskläger hier § 39 DesignG zugute. Dessen Anwendbarkeit im Verfügungsverfahren ist unstreitig (siehe nur Eichmann, in: DesignG, 5. Aufl. 2015, § 52a Rn. 3). Die Vermutung der Rechtsgültigkeit streitet im vorliegenden Fall unwiderlegt für die Neuheit, weil der Vortrag der Verfügungsbeklagten und die von ihnen vorgelegten Mittel der Glaubhaftmachung den Senat nicht ansatzweise zu überzeugen und die gesetzliche Vermutung nicht zu erschüttern vermögen. Insbesondere die Einwendungen des Verfügungsklägers zeigen, dass die Angaben der Verfügungsbeklagten nicht wahrscheinlich, sondern ihre Richtigkeit beachtlichen Zweifeln unterworfen sind: Die Angriffe

in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht zur nachträglichen Aufbringung der Jahreszahlangaben auf dem Deckblatt des Katalogs (Anlage ITB 4), zu dem abweichenden Schriftbild und zu dem Fehlen eines Leerzeichens bei der Angabe der Edition sind fundiert und entsprechen den von dem Verfügungskläger eingereichten eidesstattlichen Versicherungen. Die Verfügungsbeklagten sind dem nicht konkret entgegengetreten, insbesondere nicht durch Einreichung des gebundenen Originalkatalogs zur Anlage ITB 4. Auch liegen die von den Verfügungsbeklagten für die Glaubhaftmachung eingereichten eidesstattlichen Versicherungen nicht im Original, sondern nur in Kopie vor. Zudem spricht die Anlage Ast 41 erheblich gegen die Version der Verfügungsbeklagten: Auf der Internetseite von [www.globalmarkt.com](http://www.globalmarkt.com), deren Informationen insoweit unstreitig von der Evergo Furniture Co. Ltd. stammen, wird das verfahrensgegenständliche Bett als Modell J213 mit "2012 New Design" beworben. Der Erklärungsversuch der Verfügungsbeklagten, wonach es sich um eine bloße Umgestaltung des Unterbaus zur Aufnahme des Lattenrosts gehandelt habe, macht aus Sicht des Gerichts schon sprachlich keinen Sinn. Richtig ist zwar, dass dem Wort design eine Kette aus teilweise mit Schrägstrichen getrennten Wörtern folgt, von denen das erste das Wort "platform" ist. Zwischen den Wörtern "design" und "platform" ist aber eine auffällig große Lücke. Vor allem aber wird weder von einer konstruktiven Neuerung gesprochen noch wird das Wort "design" in seiner Partizipform

zur Beschreibung des Unterbaus verwendet; es heißt dort "new design" und gerade nicht "new designed platform". Schließlich haben die Verfügungsbeklagten auch dem Eindruck des in der mündlichen Verhandlung am 16. Dezember 2015 vorgelegten gebundenen Katalogs aus dem Sommer 2012, der ein entsprechendes Bettmodell noch nicht aufwies, nichts Entscheidendes entgegengesetzt. Dem Senat erscheint es zumindest ungewöhnlich, dass das Bett ab 2009 vertrieben worden sein soll, dann im Sommer 2012 nicht, um später wieder in den Vertrieb aufgenommen zu werden. Auch bei der äußeren Gestaltung des Katalogs hätte es dann ein Hin und Her gegeben. Und es wäre bei einer neuen Auflage eines schon in Vorjahren für den Vertrieb genutzten Katalogs zu erwarten gewesen, dass vorhandener Zusatz "series2009-2010 edition" schon aus Gründen der Unterscheidbarkeit in neueren Katalogen fortgeführt und entsprechend aktualisiert wird. Bei einer grundlegenden Umgestaltung des Erscheinungsbildes des Katalogs "JustBuy" im Herbst 2012, wie sie sich aus der Schilderung des Verfügungsklägers ergibt, besteht dagegen keine Verwechslungsgefahr mit einer Voraufgabe und erscheint insofern der Verzicht auf den Abdruck einer Jahresangabe oder Serie auf dem Katalogdeckblatt stimmig. Insofern fügt sich der vom Verfügungskläger in der mündlichen Verhandlung vorgelegte gebundene Katalog ohne Jahresangabe, der der Anlage ITB 4 weitgehend entsprach, aber eben gerade nicht in seinem Deckblatt, nahtlos und widerspruchlos zu den seinen weiteren Mitteln der Glaubhaftmachung. In der Gesamtschau des Vortrags der Parteien und der von ihnen eingereichten Belege sieht der Senat deshalb keine Veranlassung, an der Richtigkeit der Angaben des Verfügungsklägers zur Neuheit des Designs auch nur zu zweifeln und gilt § 39 DesignG insoweit unerschüttert fort.

#### b. Verletzungshandlung

Der beanstandete Verkauf der auf den Lichtbildern wiedergegebenen Betten durch die Verfügungsbeklagte zu 1 verletzt das geschützte Design. Eine völlige Identität des eingetragenen Designs und des verwendeten Designs ist nicht zu fordern, um eine Verletzung feststellen zu können. Gemäß § 38 Abs. 2 DesignG kommt es vielmehr auf den Gesamteindruck eines informierten Benutzers an. Die Unterschiede, die sich aus den Anlage ITB 10 und 11 ergeben, insbesondere die Bettfüße und der andere Neigungswinkel des Kopfteils, sind nur von geringem Gewicht. Die Füße sind unscheinbar gestaltet und von der Bettkonstruktion optisch weitgehend verdeckt. Auch der steilere Winkel des Kopfteils verändert den optischen Eindruck nicht nennenswert. Dieser wird von der Wellenform und der diese unterstreichende Farbgebung mit dem kontrastreichen Mittelstrich sowie von den symmetrischen Kopf- und Fußteilen mit ihren durchgängigen horizontalen Streifen aus glattem Material bestimmt. Der unterschiedliche Neigungswinkel ist zwar bei direktem Vergleich der beiden Seitenansichten erkennbar, fällt dem Betrachter aber - je nach seinem Standort und Blickwinkel - wenig bis kaum auf; es handelt sich insoweit bei beiden Unterschieden um Details, die den Gesamteindruck nicht zu prägen

vermögen. Für den Unterlassungsanspruch ist auch der Verfügungsbeklagte zu 2 passivlegitimiert. Er haftet als alleiniger Geschäftsführer der Verfügungsbeklagten; als für den Vertrieb Verantwortlicher hätte er spätestens nach der Abmahnung des Verfügungsklägers den Vertrieb der betroffenen Modelle einstellen müssen (zur Geschäftsführerhaftung siehe BGH, Urteil vom 18. Juni 2014 – I ZR 242/12 –, BGHZ 201, 344-354, Rn. 17; Urteil vom 19. März 2015 – I ZR 4/14 –, Rn. 55, beide zitiert nach juris).

#### c. Widerrechtlichkeit

Ausgehend von den Vermutungswirkungen des zugunsten des Verfügungsklägers eingetragenen Designs ist von der Widerrechtlichkeit auszugehen.

#### d. Wiederholungsgefahr

Die nach § 42 Abs. 1 Satz 1 geforderte Wiederholungsgefahr ist gegeben. Die Verfügungsbeklagte zu 1 bietet die Betten, die das eingetragene Design verletzen, unstreitig weiter zum Verkauf an, wofür der Verfügungsbeklagte zu 2 als alleiniger Geschäftsführer die Verantwortung trägt.

### 2. Verfügungsgrund

Der Verfügungsgrund ergibt sich für die Unterlassungsverpflichtung daraus, dass die Durchführung eines Hauptsacheverfahrens zur Unterbindung weiterer gleichartiger Verstöße zu spät käme. Insoweit sind gewichtige Vertriebsinteressen des Verfügungsklägers betroffen, die es nicht gestatten, ihn auf eine Klärung im Hauptsacheverfahren zu verweisen.

### 3. Sicherheitsleistung

Nach §§ 936, 921 Abs. 2 ZPO kann die Vollziehung der einstweiligen Verfügung von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden, insbesondere bei gravierenden wirtschaftlichen Folgen. Solche sind hier aber weder vorgetragen noch sonst ersichtlich; die Verfügung betrifft nur eines der zum Verkauf angebotenen Bettenmodelle (in zwei Farbvarianten) und damit nur einen geringen Teil der von der Verfügungsbeklagten zu 1 angebotenen Betten und sonstigen Möbel.

III. Nach der erfolgten Aufhebung der einstweiligen Verfügung durch das Landgericht im Widerspruchsverfahren kann der Beschluss vom 27.1.2015 auch bei Abänderung des Urteils keine Wirksamkeit mehr erlangen; vielmehr bedarf es eines neuen Erlasses der einstweiligen Verfügung (vgl. Vollkommer in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 925 Rn. 12). Über den Auskunftsantrag ist nach der Antragsrücknahme in der mündlichen Verhandlung nicht mehr zu entscheiden. Die Rücknahme bedurfte auch nicht der Zustimmung der Verfügungsbeklagten

(Vollkommener in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 920 ZPO, Rn. 12 m. w. N.), weil im Eilverfahren grundsätzlich ohnehin nicht mit einer abschließenden Klärung gerechnet werden kann, so dass der Schutzzweck des § 269 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt ist.

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Soweit der Verfügungskläger seinen Antrag hinsichtlich des Auskunftsbegehrens zurückgenommen hat, war der auf diesen Antrag anzusetzende Wert im Vergleich zum Unterlassungsanspruch als gering anzusehen und hat keinen Kostensprung verursacht.

Eine Entscheidung über die Zulassung der Revision ist nicht veranlasst (§ 542 Abs. 2 ZPO).

Harte

Landwehrmeyer

Dr. Beyer

Beglaubigt

Justizbeschäftigte/r

