

Oberlandesgericht Düsseldorf, I-2 W 6/17 - Östrogenblocker

Datum: 05.05.2017
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: I-2 W 6/17
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2017:0505.I2W6.17.00

Vorinstanz: Landgericht Düsseldorf, 4c O 14/17

Tenor:

I. Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der 4c Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 3. März 2017 wird zurückgewiesen.

II. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Antragstellerin auferlegt.

III. Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren beträgt 1.500.000,- €.

Gründe: 1

I. 2

Die Antragstellerin ist die eingetragene Inhaberin des europäischen Patents EP 1 272 195 B1 (nachfolgend: Verfügungspatent). Sie nimmt die Antragsgegnerin aus dessen deutschem Teil, der beim Deutschen Patent- und Markenamt unter dem Aktenzeichen DE 601 13 975 T2 geführt wird, im Wege der einstweiligen Verfügung auf Unterlassung in Anspruch. 3

Das Verfügungspatent wurde am 2. April 2001 unter Inanspruchnahme der Priorität der GB 0008172 vom 5. April 2000 in englischer Verfahrenssprache angemeldet. Die Offenlegung der Patentanmeldung erfolgte am 8. Januar 2003. Der Hinweis auf die Erteilung des Verfügungspatents wurde am 12. Oktober 2005 veröffentlicht. 4

Nachdem von dritter Seite gegen die Erteilung des Verfügungspatents Einspruch erhoben wurde, hielt die Einspruchsabteilung des Europäischen Patentamts das Verfügungspatent im Umfang der ursprünglich erteilten Ansprüche 1 und 3 bis 6 aufrecht. Auf die hiergegen eingelegte Beschwerde der Patentinhaberin hin bestätigte die Technische Beschwerdekammer das Verfügungspatent im ursprünglich erteilten Umfang. Die Beschwerde der Einsprechenden, mit welcher der Widerruf des Verfügungspatents in vollem Umfang beantragt worden war, wurde von

der Technischen Beschwerdekammer demgegenüber zurückgewiesen. Hinsichtlich des vollständigen Inhalts der Entscheidung der Technischen Beschwerdekammer vom 14. Februar 2013 wird auf die Anlagen HE 3/HE 3a Bezug genommen. Der deutsche Teil des Verfügungspatents ist daher in Kraft.

Das Verfügungspatent betrifft die „Verwendung von A... in der Behandlung von resistentem Brustkrebs („Use of Fulvestrant in the treatment of resistant breast cancer“). Sein Patentanspruch 1 ist wie folgt gefasst: 5

„Use of A... in the preparation of a medicament for the treatment of a patient with breast cancer who previously has been treated with an aromatase inhibitor and B... and has failed with such previous treatment.“ 6

Und in der eingetragenen deutschen Übersetzung: 7

„Verwendung von A... bei der Herstellung eines Arzneimittels zur Behandlung einer Brustkrebspatientin, bei der die vorangegangene Behandlung mit einem Aromataseinhibitor und B... fehlschlug.“ 8

Mit ihrem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wendet sich die Antragstellerin gegen das Anbieten und Inverkehrbringen eines Arzneimittels „A... C... 250 ml Injektionslösung in einer Fertigspritze“ (nachfolgend: angegriffene Ausführungsform) zur therapeutischen Verwendung für die beanspruchte Patientinnengruppe. Die angegriffene Ausführungsform wurde erstmals am 1. September 2016 in der Lauer-Taxe gelistet. 9

In der für die angegriffene Ausführungsform veröffentlichten „Gebrauchsinformation: Informationen für Anwender“ findet sich folgender Hinweis: 10

„C... enthält den Wirkstoff A..., der zur Gruppe der Östrogen-Blocker gehört. Östrogene gehören zu den weiblichen Geschlechtshormonen und können in bestimmten Fällen am Wachstum von Brustkrebs beteiligt sein. 11

C... wird zur Behandlung von fortgeschrittenem oder metastasiertem Brustkrebs bei Frauen nach der Menopause angewendet.“ 12

In der die angegriffene Ausführungsform betreffenden Fachinformation heißt es: 13

„4.1. Anwendungsgebiete 14

C... ist angezeigt zur Behandlung von postmenopausalen Frauen mit Östrogenrezeptor-positivem lokal fortgeschrittenem und metastasiertem Mammakarzinom bei Rezidiv während oder nach adjuvanter Antiöstrogen-Therapie oder bei Progression der Erkrankung unter der Behandlung mit einem Antiöstrogen.“ 15

Hinsichtlich der Einzelheiten der vorgenannten Gebrauchs- und Fachinformation wird auf die Anlagen HE 5 und HE 6 Bezug genommen. 16

Nachdem der Antragsgegnerin mit Beschluss der Kammer vom 31. August 2016, welcher durch das Landgericht Düsseldorf im Widerspruchsverfahren mit Urteil vom 12. Dezember 2016 (4c O 48/16) bestätigt wurde, der Vertrieb der angegriffenen Ausführungsform wegen Verletzung des EP 1 250 138 untersagt wurde und die Antragsgegnerin hiergegen Berufung eingelegt hatte, stellte der Senat mit Beschluss vom 13. Januar 2017 (I-2 U 82/16) die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Landgerichts vom 12. Dezember 2016 ein. Hintergrund war der zwischenzeitliche 17

Widerruf des EP 1 250 138 durch das Bundespatentgericht in der mündlichen Verhandlung vom 12. Januar 2017. Seit dem 1. Februar 2017 ist die angegriffene Ausführungsform wieder in der Lauer-Taxe gelistet. Mit Urteil vom 7. Februar 2017 wies das Landgericht Mannheim einen weiteren, mit der Verletzung des EP 2 266 573 begründeten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 21. September 2016 zurück.

Mit Schriftsatz vom 15. Februar 2017, eingegangen bei Gericht am 16. Februar 2017, beantragte die Antragstellerin den Erlass einer einstweiligen Verfügung. 18

Die Antragstellerin behauptet, A...-Arzneimittel würden in Deutschland in etwa der Hälfte der Fälle nach einem Fehlschlagen der Behandlung mit B... und zusätzlich einem Aromataseinhibitor zum Einsatz kommen. Patientinnen, die zusätzlich zu der in der Fachinformation vorausgesetzten Antiöstrogen-Therapie einen Aromataseinhibitor erhalten hätten, bevor der Brustkrebs wieder aufgetreten oder fortgeschritten sei, würden daher einen ganz erheblichen Anteil der gemäß der Fach- und Gebrauchsinformation mit A... behandelten Patientinnen ausmachen. Somit sei die Herrichtung der angegriffenen Ausführungsform zwar nicht darauf beschränkt, (nur) zur Behandlung der beanspruchten Patientengruppe verwendet zu werden, sondern erfasse grundsätzlich eine breiter definierte Patientengruppe, innerhalb derer die beanspruchte Patientengruppe allerdings einen erheblichen Anteil von etwa der Hälfte der Patientinnen ausmache. 19

Auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des Senats habe bei einem solchen Sachverhalt nicht davon ausgegangen werden können, dass eine Verletzung in einem gerichtlichen Verfahren anerkannt werden würde. Dies habe sich vor kurzem durch eine Äußerung des Vorsitzenden des Senats in der neuesten Auflage seines „Handbuchs der Patentverletzung“ geändert. Danach sei ausgehend von der Entscheidung „D...“ des Bundesgerichtshofes (BGH, GRUR 2016, 921, 926) für eine Haftung des Präparatvertreibers anders als nach der bisherigen Rechtsprechung kein sinnfälliges Herrichten mehr erforderlich. Die dort aufgestellten Anforderungen für eine Haftung des Präparatvertreibers seien vorliegend erfüllt. 20

Die Antragsgegnerin ist dem entgegengetreten. Nach ihrer Auffassung fehlt es sowohl an einem Verfügungsanspruch als auch an einem Verfügungsgrund. Die Angelegenheit sei insbesondere nicht dringlich. Zudem werde das Verfügungspatent nicht verletzt und sei auch nicht rechtsbeständig. Im Übrigen seien die Interessen der Antragsgegnerin schutzwürdig und würden die vermeintlichen Interessen der Verfügungsklägerin bei weitem übersteigen. 21

Mit Beschluss vom 3. März 2017 hat das Landgericht Düsseldorf den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung unter Verweis auf die fehlende zeitliche Dringlichkeit zurückgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt: 22

Dem Verfügungsantrag fehle es an der zeitlichen Dringlichkeit. Die Antragstellerin kenne die angegriffene Ausführungsform seit Herbst 2016 und bekämpfe deren Vertrieb seit dieser Zeit. Ihr sei seit langer Zeit und namentlich aus der weiteren Auseinandersetzung mit der Antragsgegnerin über das den Gegenstand des vorangegangenen einstweiligen Verfügungsverfahrens bildende Schutzrecht bekannt, dass sich die Antragsgegnerin entschieden juristisch dagegen wehre, die angegriffene Ausführungsform nicht vertreiben zu dürfen. Darauf, dass die Antragstellerin vorbringe, erst am 24. Januar 2017 davon Kenntnis erlangt zu haben, dass die Antragsgegnerin nunmehr, nach Aufhebung der entgegenstehenden 23

Verfügungen aus den anderen Schutzrechten, den neuerlichen Vertrieb ins Werk setzen wolle, komme es daher nicht an. Des Weiteren könne sich die Antragstellerin zur Begründung der Dringlichkeit auch nicht auf eine Rechtsprechungsänderung berufen. An einer solchen fehle es vorliegend. Insbesondere habe sich die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf, unabhängig von der durch die Antragstellerin zur Begründung ihrer abweichenden Auffassung herangezogenen wissenschaftlichen Äußerung, in dieser Frage überhaupt nicht geändert.

Gegen diesen, ihren Verfahrensbevollmächtigten am 6. März 2017 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin mit anwaltlichem Schriftsatz vom 20. März 2017 sofortige Beschwerde eingelegt. 24

Mit ihrem Rechtsmittel verfolgt die Antragstellerin ihr Unterlassungsbegehren weiter. Sie wiederholt und ergänzt ihr erstinstanzliches Vorbringen und macht insbesondere geltend: 25

Im vorliegenden Fall liege mit der „D...“-Entscheidung des Bundesgerichtshofes eine neue höchstrichterliche Rechtsprechung vor. Der Bundesgerichtshof habe hinsichtlich des Schutzbereichs von „Swiss-Type“-Ansprüchen erstmals entschieden, dass sich diese nicht vom Schutzbereich eines Anspruchs im sog. EPC 2000-Format unterscheiden. Diese Erkenntnis sei für die Durchsetzung des streitgegenständlichen Anspruchs maßgeblich, bei dem es sich um einen solchen Anspruchstyp handle. Gleichwohl sei die Antragstellerin nicht gehalten gewesen, gestützt auf das Verfügungspatent, sofort nach Bekanntwerden der „D...“-Entscheidung einstweiligen Rechtsschutz zu begehren. Denn allein auf der Grundlage der „D...“-Entscheidung des Bundesgerichtshofes habe noch ein erhebliches Prozessrisiko dahingehend bestanden, ob die Gerichte, die über einen Antrag im einstweiligen Rechtsschutz befinden, diese Entscheidung als ausreichend ansehen werden, um abweichend von der bisherigen Rechtsprechungslinie des Landgerichts Düsseldorf eine einstweilige Verfügung zu erlassen, wenn – wie vorliegend – die angegriffene Ausführungsform gemäß der Fachinformation und Packungsbeilage nicht auf die patentgeschützte Patientengruppe beschränkt, aber für diese angeboten wird. Für die Antragstellerin hätten sich erst aus der Kombination der „D...“-Entscheidung des Bundesgerichtshofes mit der im Anschluss an diese Rechtsprechung in der 9. Auflage des „Handbuchs der Patentverletzung“ des Senatsvorsitzenden vertretenen Auffassung hinreichende Erfolgsaussichten ergeben, dass auf der Grundlage der „D...“-Entscheidung des Bundesgerichtshofes nunmehr eine von der früheren Rechtsprechung abweichende Entscheidung ergehen könnte. 26

Für die Anerkennung einer Dringlichkeit im vorliegenden Verfahren spreche außerdem, dass die Antragstellerin sofort gegen die angegriffene Ausführungsform vorgegangen sei, nachdem deren Listung in der Lauer-Taxe zum 1. September 2016 angekündigt worden sei. Sie habe sodann auf Basis des EP 1 250 138 innerhalb kürzester Zeit einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung erarbeitet und beim Landgericht Düsseldorf eingereicht. Das Landgericht habe diesem Antrag innerhalb weniger Stunden am 31. August 2016 stattgegeben und auf den Widerspruch der Antragsgegnerin hin am 12. Dezember 2016 bestätigt. Somit sei die Antragstellerin zum Zeitpunkt des beabsichtigten Marktzutritts bis zur Entscheidung des Senats am 13. Januar 2017 (Az.: I-2 U 82/16) über die vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem landgerichtlichen Urteil vom 12. Dezember 2016 durchgehend und umfassend vor dem Vertrieb der angegriffenen Ausführungsform und sonstigen Verletzungshandlungen geschützt gewesen. In dieser Situation sei es widersinnig gewesen, von der Antragstellerin zu verlangen, dass sie die hier 27

beantragten Maßnahmen vornehme, um die patentgemäße Verwendung der nicht auf dem Markt befindlichen angegriffenen Ausführungsform zu unterbinden.

Die Antragstellerin beantragt ,	28
1. den Beschluss des Landgerichts Düsseldorf vom 3. März 2017 – 4c O 14/17 – aufzuheben;	29
2. die einstweilige Verfügung gemäß Antragschrift vom 15. Februar 2017 zu erlassen, d.h. wie folgt zu befinden:	30
I. der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung – wegen besonderer Dringlichkeit ohne mündliche Verhandlung – zu untersagen,	31
A...-Arzneimittel, insbesondere A... C...,	32
zur Behandlung einer Brustkrebspatientin, bei der die vorangegangene Behandlung mit einem Aromataseinhibitor und B... fehlschlug,	33
in der Bundesrepublik Deutschland anzubieten, in Verkehr zu bringen oder zu gebrauchen oder zu den genannten Zwecken einzuführen oder zu besitzen,	34
insbesondere:	35
A...-Arzneimittel, insbesondere A... C..., in der Bundesrepublik Deutschland anzubieten, in Verkehr zu bringen oder zu gebrauchen oder zu den genannten Zwecken einzuführen oder zu besitzen, ohne auszuschließen, dass sie zur Behandlung einer Brustkrebspatientin verwendet werden, bei der die vorangegangene Behandlung mit einem Aromataseinhibitor und B... fehlschlug,	36
insbesondere indem sie	37
(a) in Ziffer 4.1 der Fachinformation und Ziffer 1, 2. Absatz der Gebrauchsinformation von A... C... einen Ausschluss der Verwendung für den Fall aufnehmen lässt, dass die vorangegangene Behandlung mit einem Aromataseinhibitor und B... fehlschlug;	38
(b) in sämtlichen Werbe- und Informationsmaterialien zu A...C..., insbesondere auch auf den Internetseiten der Antragsgegnerin, einen ausdrücklichen, gut erkennbaren Warnhinweis aufnimmt, dass A... C... nicht zur Behandlung von Patientinnen verwendet werden darf, bei denen die vorangegangene Behandlung mit einem Aromataseinhibitor und B... fehlschlug;	39
(c) die folgenden Adressaten, mit Kopie an die Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin, anschreibt und (i) darauf hinweist, dass A... C... nicht zur Behandlung von Patientinnen verwendet werden darf, bei denen die vorangegangene Behandlung mit einem Aromataseinhibitor und B... fehlschlug; und (ii) diese auffordert, ihre Mitglieder entsprechend zu informieren, dass zur Vermeidung von Patentrechtsverstößen für die Patientinnenpopulation E... unter Ausschluss der aut-idem Substitution verschrieben werden muss:	40
• Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG),	41 42
• Deutsche Gesellschaft für Hämatologie und medizinische Onkologie (DGHO),	43

• Berufsverband Niedergelassener Gynäkologischer Onkologen (BNGO),	44
• Berufsverband der Niedergelassenen Hämatologen und Onkologen (BNHO),	45
• Arbeitsgemeinschaft Gynäkologische Onkologie Kommission Mamma (AGO),	46
• Deutsche Krankenhausgesellschaft (DKG),	47
• Bundesverband Deutscher Krankenhausapotheker (ADKA),	48
• Deutscher Apothekerverband (DAV) / Bundesvereinigung Deutscher Apothekerverbände (ABDA), und	49
• Kassenärztliche Vereinigungen; und	50
 (d) die gesetzlichen Krankenkassen, mit Kopie an die Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin, anschreibt und darauf hinweist, dass A... C... nicht zur Behandlung von Patientinnen verwendet werden darf, bei denen die vorangegangene Behandlung mit einem Aromataseinhibitor und B... fehlschlug;	51
 II. der Antragsgegnerin für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen das gerichtliche Verbot als Zwangsvollstreckungsmaßnahme ein Ordnungsgeld bis zu 250.000,- Euro – ersatzweise Ordnungshaft – oder eine Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Fall wiederholter Zuwiderhandlung bis zu insgesamt zwei Jahren, zu vollstrecken an ihrem gesetzlichen Vertretungsberechtigten, anzudrohen.	52
 Die Antragsgegnerin beantragt ,	53
die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 20. März 2017 zurückzuweisen;	54
<u>äußerst hilfsweise:</u>	55
eine einstweilige Verfügung nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von mindestens der Höhe des festgesetzten Streitwertes zur Vollziehung der einstweiligen Verfügung anzuordnen.	56
Sie verteidigt den mit der sofortigen Beschwerde angefochtenen Beschluss und tritt den Ausführungen der Antragstellerin unter Wiederholung und Ergänzung ihres erstinstanzlichen Vorbringens entgegen.	57
Ergänzend wird auf den gesamten Akteninhalt Bezug genommen.	58
<u>II.</u>	59
Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht das Vorliegen eines Verfügungsgrundes unter Verweis auf die fehlende Dringlichkeit verneint.	60
<u>1.</u>	61
Wie bereits das Landgericht im Einzelnen zutreffend dargestellt hat, darf eine einstweilige Verfügung gemäß §§ 940, 935 ZPO nur dann erlassen werden, wenn dies zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig und damit eine Dringlichkeit für eine Regelung im Eilverfahren gegeben ist. In Patentstreitigkeiten folgt daraus das Erfordernis, dass erstens die für die Eilmaßnahme sprechende zeitliche	62

Dringlichkeit gegeben sein muss, und dass zweitens die Abwägung der widerstreitenden Interessen des Rechtsschutzsuchenden und des in Anspruch Genommenen hinsichtlich der einstweiligen Regelung zugunsten des Antragstellers bzw. Verfügungsklägers ausfallen muss (OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2008, 329 – F...). Der Verfügungsgrund ist vom Antragsteller bzw. Verfügungskläger darzulegen und glaubhaft zu machen.

Wann die gebotene Dringlichkeit für den Erlass einer einstweiligen Verfügung vorliegt, lässt sich nicht allgemein, d.h. anhand fester Fristen, sondern nur unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse des Einzelfalles bestimmen (OLG Hamburg, GRUR-RR 2008, 366 – Simplify your Production). Dabei ist entscheidend, ob sich der Verletzte bei der Verfolgung seiner Ansprüche wegen einer Patentverletzung in einer solchen Weise nachlässig und zögerlich verhalten hat, dass aus objektiver Sicht der Schluss geboten ist, ihm sei an einer zügigen Durchsetzung seiner Rechte nicht gelegen, weswegen es auch nicht angemessen ist, ihm die Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes zu gestatten (OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2013, 236, 239 – G...-H...; Voß/Kühnen in: Schulte, PatG, 9. Aufl. Rz. 416). Der Antragsteller muss bei der Rechtsverfolgung jedoch keinerlei Prozessrisiko eingehen. Er muss das Gericht deshalb erst anrufen, wenn er – erstens – verlässliche Kenntnis aller derjenigen Tatsachen hat, die eine Rechtsverfolgung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren erfolgversprechend machen, und wenn er – zweitens – die betreffenden Tatsachen in einer solchen Weise glaubhaft machen kann, dass sein Obsiegen sicher absehbar ist (OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2013, 236, 239 – G...-H...). Der Antragsteller darf sich dabei auf jede mögliche prozessuale Situation, die nach Lage der Umstände eintreten kann, vorbereiten, so dass er – wie immer sich der Verfügungsbeklagte auch einlassen und verteidigen mag – darauf eingerichtet ist, erfolgreich erwidern und die nötigen Glaubhaftmachungsmittel präsentieren zu können. Auf der anderen Seite muss der Antragsteller, sobald er den mutmaßlichen Verletzungssachverhalt kennt, diesem nachgehen, die notwendigen Aufklärungsmaßnahmen treffen und für deren Glaubhaftmachung sorgen. Auch hierbei darf er nicht dilatorisch agieren, sondern hat die erforderlichen Schritte jeweils zielstrebig in die Wege zu leiten und zu Ende zu führen (OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2013, 263 – G...-H...).

63

2. Ausgehend von diesen bereits durch das Landgericht im Einzelnen zutreffend referierten Grundsätzen fehlt es vorliegend an der für den Erlass einer einstweiligen Verfügung erforderlichen Dringlichkeit.

64

a)

65

Dass der Antragstellerin die angegriffene Ausführungsform bereits seit Herbst 2016 bekannt war, hat sie nicht in Abrede gestellt. Dazu war sie vor dem Hintergrund der in § 138 ZPO verankerten Pflicht zum wahrheitsgetreuen Vortrag auch nicht in der Lage, nachdem sie bereits am 31. August 2016 sowie am 21. September 2016, gestützt auf das EP 1 250 138 bzw. auf das EP 2 266 573, in Bezug auf das Angebot und den Vertrieb der angegriffenen Ausführungsform vor den Landgerichten in Düsseldorf und Mannheim Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung eingereicht hat, wobei der beim Landgericht Düsseldorf eingereichte Verfügungsantrag – bis zur vorläufigen Einstellung der Zwangsvollstreckung durch den Senat – auch Erfolg hatte.

66

b)

67

68

Des Weiteren wurde die Erteilung des Verfügungspatents bereits am 12. Oktober 2005 veröffentlicht. Nachdem die Einspruchsabteilung das Verfügungspatent im Umfang des hier streitgegenständlichen Patentanspruchs 1 bestätigt und sodann die Technische Beschwerdekammer des Europäischen Patentamtes die auf den vollumfänglichen Widerruf des Verfügungspatents gerichtete Beschwerde mit Entscheidung vom 14. Februar 2013 zurückgewiesen hatte, war der Rechtsbestand des Verfügungspatents unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Senats zu den Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung spätestens zu diesem Zeitpunkt hinreichend gesichert (vgl. Senat, InstGE 9, 140 – F...; InstGE 12, 114 – Harnkatheterset; GRUR-RR 2011, 81 – Gleitsattel-Scheibenbremse; Mitt. 2012, 413 [LS] – Kreissägeblatt; Mitt. 2012, 415 – Adapter für Tintenpatrone; Urt. vom 19.02.2016 – Az.: I-2 U 55/15, BeckRS 2016, 06353; ebenso OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2009, 442 = InstGE 11, 143).

c)

69

Dementsprechend stand der Antragstellerin im Zeitpunkt der Kenntniserlangung von der angegriffenen Ausführungsform mit dem Verfügungspatent ein Schutzrecht zur Verfügung, welches – das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs unterstellt – eine geeignete Grundlage darstellte, um gegen das Angebot und den Vertrieb der angegriffenen Ausführungsform in Deutschland vorzugehen. Die gegebene Rechtsschutzmöglichkeit hätte die Antragstellerin nutzen müssen. Denn genauso, wie es die Pflicht des Antragstellers ist, anhand des ihm vorliegenden Wettbewerbsproduktes den Verletzungstatbestand aufzuklären, ist es seine Obliegenheit zu verifizieren, welche Schutzrechte bei der Ausgestaltung des Konkurrenzproduktes verletzt sein können. Werden einzelne verletzte Schutzrechte, obwohl dies möglich und aussichtsreich gewesen wäre, nicht geltend gemacht, so spricht dies deshalb regelmäßig dafür, dass dem Patentinhaber die Durchsetzung *dieser* Schutzrechte nicht dringlich ist. Etwas anderes mag im Einzelfall gelten, wenn die Durchsetzung der betreffenden Schutzrechte entschuldbar unterblieben ist, sei es, dass sich die Verwirklichung ihrer technischen Lehre dem im Besitz des Patentinhabers befindlichen Produkt nicht ohne weiteres entnehmen lässt, sei es, dass der Rechtsbestand des Schutzrechts zum fraglichen Zeitpunkt nicht ausreichend gesichert ist, sei es, dass es sonst eine stichhaltige Erklärung dafür gibt, dass das betreffende Schutzrecht trotz sorgfältiger Recherche zunächst nicht aufgefunden oder dass es nicht gegen den Antragsgegner geltend gemacht wurde (LG Düsseldorf, Beschluss vom 07.06.2004, Az.: 4b O 227/04, BeckRS 2015, 03693; Senat, Beschluss vom 07.07.2004, Az.: I-2 W 26/04, BeckRS 2005,10335). Derartige, ein Abwarten der Antragstellerin rechtfertigende Gründe liegen hier jedoch nicht vor.

70

Dass das Verfügungspatent als Herstellungsverwendungspatent im Vergleich zu denjenigen Schutzrechten, die zunächst Gegenstand des vorläufigen Rechtsschutzbegehrens der Antragstellerin waren und bei denen es sich allesamt um reguläre Sachpatente gehandelt hat, umfangsmäßig geringere Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnet, suspendierte die Antragstellerin nicht davon, ihr Unterlassungsbegehren parallel auch auf das hiesige Verfügungspatent zu stützen. Es kann dahinstehen, ob hierfür schon das berechnete Anliegen der Antragsgegnerin genügt, von Beginn an abschätzen zu können, welchen Angriffen von Seiten der Antragstellerin sie ausgesetzt ist, um zu vermeiden, dass ihr ein nach Beseitigung einer ersten Unterlassungsverfügung unternommener Wiedereintritt in den Markt anschließend unter Berufung ein weiteres, schon beim ersten Angriff vorliegendes und hinreichend rechtsbeständiges Patent abermals untersagt wird. Im Streitfall bestand ein Anlass dazu, das Verfügungspatent von Beginn an mit in die

71

! " #
& !!!
' O * ! + \$ %
& (! " # (&
(/) # %
0 1 ! + (# %
2 3 ! ! * 4 & !
+ / ! / (&
4 (5 6 * / 7 (& /
! ! +)
! + / ! (& 8 ! 2 & 9
& ,

869

2 / + %
4 & * (' !!
! ' & ! !
' ! 7 :6 & ' & ! 1
% ! 0. !
8%/7 / ; :: 6 9 , < ! %
' 04 -18/ ; :6 69 &
! & (5 . , * / . ,
' * = ! 6 , 2 ! :: > &
' 8? & @ % 4 & A9, '
% %
&) * (! ?
+ " & ! 7 ! !!
+ & , B 02C10'
% (! E (4 &
/ * (! ((,

8 9

-! 7 & / +
0+ @ 7 (+ 80 \$(1
4 & A19 ((G ! % !
: , H, :6 . , I-D ; HJ6 % & :6 6K 9 ! 8; , !
' (! ! & & ! 7 %
/ ; 6KH K -C9 (+) 8%/7
' % (& , % 02C10
& & , + !

