

Titel:

Verbot des Fallenlassens von Patenten

Normenkette:

EPÜ Art. 68, Art. 113 Abs. 2

GG Art. 19 Abs. 4

PatG § 143

UWG § 2 Nr. 3, § 3, § 4 Nr. 4, § 8, § 12 Abs. 2

Leitsätze:

- 1. Eine Patentinhaberin, die aus einer Stammanmeldung diverse, weitgehend inhaltsgleiche Teilanmeldungen abgetrennt hat, handelt unlauter, wenn sie eine die Rechtsbestandslage für den gesamten Erfindungskomplex klärende Entscheidung der Technischen Beschwerdekammer zu einem der parallelen Teilpatente dadurch vereitelt, dass sie das dort streitbefangene Schutzrecht vor einer Einspruchsbeschwerdeentscheidung freiwillig fallen lässt. (Rn. 51) (redaktioneller Leitsatz)**
- 2. Bei einem solchen Verhalten handelt es sich um eine unlautere und deshalb zu verbietende Behinderung, sofern die Patentinhaberin den auf die geschilderte Weise behinderten Wettbewerber, seine Zulieferer und seine Abnehmer nicht von jeder patentrechtlichen Haftung aus sämtlichen Schutzrechten des Schutzrechtskomplexes freistellt. (Rn. 59) (redaktioneller Leitsatz)**

Schlagworte:

anti-divisional-game-injunction erfolgreich, anti-suit-injunction nicht erfolgreich, Behinderung

Fundstellen:

MittPatA 2020, 510

GRUR-RS 2020, 18395

LSK 2020, 18395

Tenor

1. Der Antragsgegnerin zu 1) wird im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung eines Ordnungsgeldes bis zu zweihundertfünfzigtausend Euro oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten - Ordnungshaft auch für den Fall, dass das Ordnungsgeld nicht beigetrieben werden kann - wegen jeder Zuwiderhandlung

untersagt,

zu Zwecken des Wettbewerbs in der Bundesrepublik Deutschland das Europäische Patent 2 949 335 B1 einer Sachentscheidung der Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts über die Einspruchsbeschwerde der Antragstellerin zu entziehen, insbesondere durch Rücknahme der Zustimmung zum Text der Patentanmeldung im Sinne von Art. 113 Abs. 2 EPÜ,

soweit sie und die Antragsgegnerin zu 2) nicht zuvor die Antragstellerin, deren Zulieferer und deren Abnehmer von Ansprüchen oder künftigen Ansprüchen aus den Europäischen Patenten 2 949 335 B1, 2 630 962 B1, 3 199 172 B1 und 3 409 286 B1 sowie aus etwaigen weiteren eigenen Schutzrechten oder Anmeldungen mit derselben Priorität wegen Herstellen, Anbieten, in Verkehr bringen, Gebrauchen, Einführen und Besitzen des Medikaments „... 40 mg/ml Injektionslösung in einer Fertigspritze“ in der Bundesrepublik Deutschland durch die Antragstellerin, ihre Zulieferer und deren Abnehmer freigestellt haben,

und soweit die Antragsgegnerin zu 2) nicht zuvor einer Aufhebung der einstweiligen Verfügung des Landgerichts Düsseldorf, Az. 4c O 22/19, bestätigt durch das Oberlandesgericht Düsseldorf, Az. I-2 U 28/19, nach § 936, § 927 ZPO zustimmt, einen Schadensersatzanspruch nach § 945 ZPO der hiesigen Antragstellerin dem Grunde nach anerkennt, und darauf verzichtet, dem Schadensersatzverlangen der hiesigen Antragstellerin Ansprüche aus oder wegen der Europäischen Patente 2 630 962 B1, 3 199 172 B1

und 3 409 286 B1 sowie aus etwaigen weiteren eigenen Schutzrechten oder Anmeldungen mit derselben Priorität wegen Herstellen, Anbieten, in Verkehr bringen, Gebrauchen, Einführen und Besitzen des Medikaments „... 40 mg/ml Injektionslösung in einer Fertigspritze“ in der Bundesrepublik Deutschland durch die Antragstellerin entgegenzuhalten.

2. Der Antragsgegnerin zu 2) wird im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung eines Ordnungsgeldes bis zu zweihundertfünfzigtausend Euro oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten - Ordnungshaft auch für den Fall, dass das Ordnungsgeld nicht beigetrieben werden kann - wegen jeder Zuwiderhandlung

untersagt,

zu Zwecken des Wettbewerbs in der Bundesrepublik Deutschland daran mitzuwirken, dass das Europäische Patent 2 949 335 B1 einer Sachentscheidung der Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts über die Einspruchsbeschwerde der Antragstellerin entzogen wird, insbesondere durch Zustimmung zu einer Rücknahme der Zustimmung zum Text der Patentanmeldung im Sinne von Art. 113 Abs. 2 EPÜ durch die Antragsgegnerin zu 1) gegenüber der Antragsgegnerin zu 1),

soweit sie und die Antragsgegnerin zu 1) nicht zuvor die Antragstellerin, deren Zulieferer und deren Abnehmer von Ansprüchen oder künftigen Ansprüchen aus den Europäischen Patenten 2 949 335 B1, 2 630 962 B1, 3 199 172 B1 und 3 409 286 B1 sowie aus etwaigen weiteren eigenen Schutzrechten oder Anmeldungen mit derselben Priorität wegen Herstellen, Anbieten, in Verkehr bringen, Gebrauchen, Einführen und Besitzen des Medikaments „... 40 mg/ml Injektionslösung in einer Fertigspritze“ in der Bundesrepublik Deutschland durch die Antragstellerin, deren Zulieferer und deren Abnehmer freigestellt haben,

und soweit die Antragsgegnerin zu 2) nicht einer Aufhebung der einstweiligen Verfügung des Landgerichts Düsseldorf, Az. 4c O 22/19, bestätigt durch das OLG Düsseldorf, Az. I-2 U 28/19, nach § 936, § 927 ZPO zustimmt, einen Schadensersatzanspruch nach § 945 ZPO der hiesigen Antragstellerin dem Grunde nach anerkennt, und darauf verzichtet, dem Schadensersatzverlangen der hiesigen Antragstellerin Ansprüche aus oder wegen der Europäischen Patente 2 630 962 B1, 3 199 172 B1 und 3 409 286 B1 sowie aus etwaigen weiteren eigenen Schutzrechten oder Anmeldungen mit derselben Priorität wegen Herstellen, Anbieten, in Verkehr bringen, Gebrauchen, Einführen und Besitzen des Medikaments „... 40 mg/ml Injektionslösung in einer Fertigspritze“ in der Bundesrepublik Deutschland durch die Antragstellerin entgegenzuhalten.

3. Im Übrigen wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen.

4. Von den Kosten haben die Antragsgegnerinnen als Gesamtschuldnerinnen 75% und die Antragstellerin 25% zu tragen.

5. Der Streitwert wird auf 5.000.000,00 € festgesetzt.

6. Mit dem Beschluss sind zuzustellen:

Antragsschrift vom 05.02.2020 nebst Anlagen,

wobei im Falle der Zustellung dieses Beschlusses im Wege der Rechtshilfe folgende Dokumente zu übersetzen sind:

- dieser Beschluss

- Antragsschrift vom 05.02.2020.

Gründe

(§§ 936, 922 Abs. 1 S. 2 ZPO):

A.

1

Die Antragstellerin hat folgende Tatsachen glaubhaft gemacht:

2

I.1. Die Antragsgegnerin zu 1) ist Inhaberin mehrerer europäischer Parallelpatente betreffend ein Schema für die 40 mg Dosierung des Wirkstoffs Glatirameracetat: EP 2 630 962 B1 (Teilanmeldung zu EP `749 vom 30.04.2013), EP 2 949 335 B1 (Teilanmeldung zu EP `749 vom 8.06.2015), EP 3 199 172 B1 (Teilanmeldung zu EP `749 vom 23.02.2017). Diese Patente gehen auf die Ursprungsanmeldung EP 2 405 749 B1 (Anmeldung vom 19.08.2010) zurück. Das EP `749 ist durch das Europäische Patentamt aufgrund Rücknahme der Zustimmung zum Text der Patentanmeldung i.S.d. Art. 113 Abs. 2 EPÜ widerrufen worden (vgl. EPA, Entscheidung vom 08.02.2017, T 0599/16, BeckRS 2017, 111409).

3

Das Europäische Patentamt hat die Erteilung eines weiteren Patents (EP 3 4089 286 B1, Teilanmeldung zu EP `749 vom 21.06.2018) in Aussicht gestellt.

4

Die Antragstellerin legt den Gegenstand der Patente wie folgt dar:

Das EP `749 adressiert ein Dosierungsschema des Wirkstoffs Glatirameracetat zur Behandlung schubförmig remittierender Multipler Sklerose, nämlich 40 mg dreimal pro Woche. Im mitgeteilten Stand der Technik war hingegen lediglich bekannt, 20 mg des Wirkstoffs täglich zu verabreichen.

Das EP '335 adressiert die zusätzliche Verwendung von Mannitol als Tonisierungsmittel.

Das EP '172 adressiert zusätzlich die pharmazeutische Zusammensetzung dahingehend, dass sie einen Wert zwischen 5,5 und 7 aufweist.

Das EP `962 kombiniert die zusätzlichen Merkmale der EPs `335 und `172.

Das EP '286 adressiert die Vorlage der Zusammensetzung in einer vorbefüllten Spritze.

5

Die Antragsgegnerin zu 2) ist exklusive Lizenznehmerin der Glatirameracetat-Patente. Gestützt auf das EP '335 hat die Antragsgegnerin zu 2) vor dem Landgericht Düsseldorf eine einstweilige Verfügung gegen die Antragstellerin erwirkt, die ein Wettbewerbsprodukt (... 40 mg/ml Injektionslösung in einer Fertigspritze) vertrieben hatte. Wegen der näheren Einzelheiten wird auf Ziffer I.3 verwiesen.

6

2. Einige Gerichte im europäischen und nichteuropäischen Ausland haben Entscheidungen zum Rechtsbestand der oben genannten Patente getroffen (Konvolut PBP 1).

7

3. In der Bundesrepublik Deutschland sind bisher folgende Entscheidungen ergangen:

8

Das Landgericht München I (7 O 17693/17) hat mit Beschluss vom 14.12.2017 einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gestützt auf das EP '335 zurückgewiesen (PBP 2). Das Oberlandesgericht München hat mit Beschluss vom 04.04.2018 diese Entscheidung bestätigt (PBP 3).

9

Das Landgericht Düsseldorf (PBP 4) erließ hingegen mit Urteil vom 14.06.2019 eine auf das EP '335 gestützte einstweilige Verfügung. Das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigte diese Entscheidung mit Urteil vom 26.09.2019 (PBP 5).

10

Der zeitliche Bezug zwischen diesen gerichtlichen Entscheidungen und den Vorgängen beim Europäischen Patentamt stellt sich wie folgt dar:

11

Die Einspruchsabteilung des Europäischen Patentamts hat das EP '749 mit Beschluss vom 19.01.2016 aufrechterhalten. Am 01.12.2016 teilte die Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts den Termin (14. und 15.11.2017) für die Einspruchsverhandlung im Verfahren betreffend das EP '749 mit. Unter dem 02.02.2017 ließ die Antragsgegnerin zu 1) das EP '749 jedoch fallen. Das Beschwerdeverfahren endete damit. Soweit sich die Patentinhaberin des EP '335 bzw. ihre Lizenznehmerin vor den Münchner Gerichten darauf berief, dass die Einspruchsabteilung das Parallelpatent EP '749 für rechtsbeständig erachtet habe,

hatte dies vor dem Hintergrund der Verhinderung einer Entscheidung der Beschwerdekammer über des EP '749 sowie der rechtskräftigen Vernichtung des englischen Teils des EP' 335 keinen Erfolg.

12

Die Einspruchsabteilung des Europäischen Patentamts hat nach der Entscheidung des Oberlandesgerichts München, aber vor der Entscheidung des Landgerichts Düsseldorf, den Rechtsbestand des EP '335 am 28.03.2019 erstinstanzlich eingeschränkt aufrechterhalten. Das Landgericht Düsseldorf erachtete diese erstinstanzliche Bestätigung des Rechtsbestandes des Patents EP '335 als ausreichende Grundlage für den Erlass einer einstweiligen Verfügung. Das Oberlandesgericht Düsseldorf ist dieser Argumentation gefolgt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf habe auch nicht vor dem Hintergrund der englischen Entscheidungen zu der Wertung gelangen können, dass die jeweiligen Entscheidungen der Einspruchsabteilung zu EP '335 bzw. EP '749 evident falsch seien.

13

4. Eine abschließende Entscheidung über den Rechtsbestand eines der weiteren Parallelpatente der Antragsgegnerin zu 1) ist bisher nicht ergangen.

14

5. Die Beschwerdekammer hat im Zeitraum vom 01.01.2017 bis 03.04.2019 fünf Patente betreffend Dosierungsschemata widerrufen, davon zwei wegen Fallenlassens der gebilligten Patentansprüche nach Art. 113 Abs. 2 EPÜ (PBP 6).

15

6. Die Antragsgegnerin zu 2) hat zwei der ihr als Patentinhaberin zustehenden Patente betreffend das Herstellungsverfahren für Glatirameracetat (Stammanmeldung EP 1 799 703 B1, Teilanmeldung EP 2 177 528 B1 und Teilanmeldung EP 2 361 924 B1) im Rechtsbestandsverfahren fallen gelassen. Das dritte verbliebene Patent wurde vollständig vernichtet (PBP 7, PBP 8, PBP 9).

16

7. Die Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts hat betreffend das EP `335 unter dem 04.11.2019 die Beteiligten zu einer Stellungnahme bis April 2020 aufgefordert und auf Juni 2020 terminiert (PBP 27).

17

Hinsichtlich der EPs `962 und `172 gab das Europäische Patentamt eine vorläufige Einschätzung zur Rechtsbeständigkeit ab (PBP 25).

18

8. In einem Verfahren vor dem Bezirksgericht Vilnius macht die hiesige Antragsgegnerin zu 2) in einem Antrag vom 9.01.2020 die Verletzung der EPs `962 und `172, nicht aber des EPs `335 geltend (PBP 23).

19

9. Einer Konzernschwester der Antragsgegnerin zu 2) wurden auf Antrag der hiesigen Antragstellerin in zwei Verfahren bestimmte Werbeaussagen verboten (PBP 10, PBP 11).

20

II. Die Antragstellerin ist vor diesem Hintergrund der Auffassung, dass die Antragsgegnerseite mithilfe der geschilderten Vorgehensweise im Einspruchs- und Einspruchsbeschwerdeverfahren versuche, eine endgültige Entscheidung über die Rechtsbeständigkeit der diversen Teilanmeldungen und daraufhin erteilten Patente zu verhindern, um so die Antragstellerin als Mitbewerberin aus dem Markt zu drängen.

21

1. Die Patente der Antragsgegnerin zu 1) seien allesamt nicht rechtsbeständig. Die Antragsgegnerseite wolle den Markteintritt der Antragstellerin durch die auch als "divisional game" bezeichnete Strategie mit folgenden Merkmalen verhindern:

- Durch die gestaffelte Anmeldung von divisionals (Teilanmeldungen) veranlasse die Antragsgegnerin zu 1) eine Vielzahl von Einspruchsverfahren vor dem Europäischen Patentamt.

- Die Anmeldung von divisionals sei nicht gerechtfertigt, insbesondere deswegen nicht, weil die divisionals keine schutzbedürftigen Inhalte betreffen.

- Eine Nichtigkeitsklage vor dem Bundespatentgericht werde wegen § 81 Abs. 2 PatG zunächst zeitlich verhindert.

- Eine rechtsverbindliche für sie negative Entscheidung verhindere die Antragsgegnerin zu 1), indem sie das fragliche Europäische Patent nach Erteilung weiterer divisionals und vor Ergehen einer vermuteten oder angekündigten negativen Entscheidung der Beschwerdekammer fallen ließe - so geschehen in Hinblick auf das EP '749.

- Hier sei insbesondere beachtlich, dass die Beschwerdekammer (anders als die Einspruchsabteilung) im Zeitraum vom 01.01.2017 bis 03.04.2019 alle Patente betreffend Dosierungsschemata widerrufen habe (PBP 6).

- Auch das Verhalten der Antragsgegnerin zu 2) in Bezug auf die ihr vormals als Patentinhaberin zustehenden Patente betreffend das Herstellungsverfahren für Glatirameracetat belege, dass die Antragsgegnerseite insoweit eine konsolidierte Strategie verfolge.

22

2. Der Umstand, dass die Antragstellerin einer Konzernschwester der Antragsgegnerin zu 2) bestimmte Werbeaussagen habe verbieten lassen müssen, belege zusätzlich, dass die Antragsgegnerseite versuche, den Markt abzuschotten.

23

III. Eine Abmahnung der Antragsgegnerseite ist vor Antragstellung nicht erfolgt. Die Antragstellerin meint, eine Abmahnung hätte den Zweck des hiesigen Eilverfahrens vereitelt.

24

IV. Die Antragstellerin ist der Auffassung, es bestehe die Besorgnis, die Antragsgegnerseite könne auch das EP `335 vor einer Entscheidung der Beschwerdekammer fallen lassen, und dadurch eine Entscheidung über dessen Rechtsbestand dauerhaft verhindern. Dafür spreche das Verhalten der Antragsgegnerseite in der Vergangenheit und insbesondere der Umstand, dass in Litauen das EP `335 nicht mehr geltend gemacht werde. Vor diesem Hintergrund und auch mit Blick auf die von der Beschwerdekammer gesetzte Stellungnahmefrist betreffend das EP `335 sei eine unmittelbar bevorstehende Rücknahme der gebilligten Fassung der Patentansprüche betreffend das EP `335 zu befürchten. Gleichzeitig sei aufgrund der Stellungnahme des EPA zu EP '962 und '172 (PBP 25) mit einem erhöhten Risiko der Inanspruchnahme aus diesen Patenten zu rechnen.

25

V. Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 05.02.2020 beantragt,

1. Den Antragsgegnerinnen wird es zur Sicherung der Rechte der Antragstellerin - bei Meidung näher bezeichneter Ordnungsmittel - untersagt, das europäische Patent EP 2 949 335 B1 einer Sachentscheidung der Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts über die Einspruchsbeschwerde der Antragstellerin zu entziehen, insbesondere durch Rücknahme der Zustimmung zum Text der Patentanmeldung i.S.v. Art. 113 Abs. 2 EPÜ.

2. Der Antragsgegnerin zu 2 wird es - bei Meidung näher bezeichneter Ordnungsmittel - untersagt, zu Zwecken des Wettbewerbs daran mitzuwirken, dass das europäische Patent EP 2 949 335 B1 einer Sachentscheidung der Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts über die Einspruchsbeschwerde der Antragstellerin zu entziehen, insbesondere durch Zustimmung der Antragsgegnerin zu 2 zu einer Rücknahme der Zustimmung zum Text der Patentanmeldung i.S.v. Art. 113 Abs. 2 EPÜ gegenüber der Antragsgegnerin zu 1.

3. Der Antragsgegnerin zu 2 wird es - bei Meidung näher bezeichneter Ordnungsmittel - untersagt, die europäischen Patente EP 2 630 962 B1, EP 3 199 172 B1 und/oder EP 3 409 286 B1 in Deutschland zum Gegenstand eines auf Unterlassung gerichteten gerichtlichen Eilverfahrens gegen die Antragstellerin zu machen, solange nicht über den Rechtsbestand des Patents EP 2 949 335 B1, EP 2 630 962 B1 oder EP 3 199 172 B1 im Einspruchsbeschwerdeverfahren beim Europäischen Patentamt durch Sachentscheidung entschieden ist.

Hilfsweise, falls das Gericht den Antrag zu 3 für unzulässig oder unbegründet hält:

4. Der Antragsgegnerin zu 2 wird es - bei Meidung näher bezeichneter Ordnungsmittel - untersagt, die europäischen Patente EP 2 630 962 B1, EP 3 199 172 B1 und/oder EP 3 409 286 B1 in Deutschland zum Gegenstand eines auf Unterlassung gerichteten gerichtlichen Eilverfahrens gegen die Antragstellerin zu machen, wenn zuvor die Zustimmung zum Text im Hinblick auf das europäische Patent EP 2 949 335 B1 i.S.v. Art. 113 Abs. 2 EPÜ zurückgenommen wurde, bevor eine Sachentscheidung der Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts über die Einspruchsbeschwerde der Antragstellerin ergeht.

26

VI. Das Verfahren wurde zunächst als Kartellsache für die 37. Zivilkammer eingetragen. Die 37. Zivilkammer hat das Verfahren mit Verfügung vom 06.02.2020 an die 7. Zivilkammer gem. Ziffer 11.9 des Geschäftsverteilungsplans 2020 abgegeben, weil es sich um eine Patentstreitsache handele und die 7. Zivilkammer in dem Verfahren 7 O 17693/17 mit dem Europäischen Patent 2 949 335 B1 bereits befasst gewesen sei.

Begründung

27

Der zulässige Antrag ist in Ziffern 1.- und 2.- teilweise begründet. In Ziffer 3.- und Hilfsantrag 4.- ist er hingegen nicht begründet.

A.

28

Der Antrag ist zulässig.

29

I. Das Antragsbegehren ist - vorab klarstellend - auszulegen.

30

1. Eine Auslegung des Petitums der Antragstellerin ergibt zunächst, dass sie hinsichtlich der Anträge 1.- und 2.- alleine Rechtsschutz im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland begehrt, solange und soweit ihr ein eigener Absatz mit ihrem Medikament ... 40mg verhindert wird. Nur insoweit ist die Antragstellerin überhaupt betroffen und kann sie einen etwaigen Anspruch geltend machen, gleich auf welcher Rechtsgrundlage.

31

Die Situation ist vom Rechtsgedanken her vergleichbar mit einer Nichtigkeitsklage betreffend ein abgelaufenes Patent, die nur bei Darlegung eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses zulässig ist. Das Rechtsschutzbedürfnis entfällt, wenn der Patentinhaber auf etwaige Ansprüche aus dem Patent verzichtet. So kann auch für einen Antrag gegen das Fallenlassen eines Patents in der Gesamtschau kein Rechtsschutzbedürfnis bestehen, wenn der Patentinhaber (bzw. dessen Lizenznehmer) auf etwaige in Betracht kommende Ansprüche aus dem Patent verzichtet.

32

Daher ist der Antrag dahingehend auszulegen, dass die Antragsgegnerin zu 1) das Patent fallen lassen darf, wenn die Antragsgegnerinnen die Antragstellerin (sowie deren Zulieferer und Abnehmer) von etwaigen Ansprüchen aus dem Patent '335 und Patenten mit gleicher Priorität freistellt, und die Antragsgegnerinnen sich gleichzeitig etwaigen Schadensersatzansprüche aus § 945 ZPO wegen des Erlasses der einstweiligen Verfügung Az. 4c O 22/19, bestätigt durch das OLG Düsseldorf, nicht in den Weg stellen. Gleiches gilt für die Zustimmung der Antragsgegnerin zu 2) zu einer Rücknahme der Zustimmung zu dem Text iSd Art. 113 Abs. 2 EPÜ.

33

Des Weiteren ist der Antrag dahin auszulegen, dass die Antragstellerin nur einen Anspruch wegen Verstoßes gegen das deutsche Recht verfolgt. Sie trägt nur zu der deutschen Rechtslage (iVm europarechtlichen Vorgaben) vor.

34

2. Das Rechtsschutzziel in Antrag 2.- ist nach Auslegung räumlich beschränkt auf Handlungen, die, wo immer sie begangen werden, eine Auswirkung auf die Bundesrepublik Deutschland als Marktort aufweisen, und damit auf Handlungen, auf die deutsches materielles Recht Anwendung findet. Nach Art. 6 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3, Art. 4 Abs. 2 Rom II-VO ist auf wettbewerbsrechtliche Ansprüche grundsätzlich das Marktortprinzip anzuwenden. Die Antragstellerin trägt hinsichtlich der hier streitgegenständlichen Patente '335, '962 und '172 primär zu der Situation in der Bundesrepublik Deutschland vor: Sie bezieht sich insbesondere (S. 12 Antragsschrift) darauf, sie sei seit dem Urteil des OLG Düsseldorf PBP 5 am Vertrieb des Produkts ... 40mg gehindert. Damit bezieht sie sich auf einen Vertrieb in der Bundesrepublik Deutschland. Sie trägt auch nur zu der deutschen Rechtslage nach GWB (i.V.m. europarechtlichen Vorgaben), UWG und BGB vor. Damit macht sie deutlich, ihren Antrag auf den deutschen als den relevanten Markt zu beziehen.

35

II. Das Landgericht München I ist international, örtlich und sachlich zuständig. Funktionell zuständig ist die 7. Zivilkammer als Patentverletzungskammer.

36

1. Die funktionelle Zuständigkeit der Patentstreitkammer ergibt sich daraus, dass eine Patentstreitsache vorliegt. Eine Patentstreitsache liegt immer dann vor, wenn ein Anspruch auf eine Erfindung oder aus einer Erfindung geltend gemacht wird, oder wenn die Klage sonst mit einer Erfindung eng verknüpft ist (BGH GRUR 2011, 662, 663 [Rn. 9] - Patentstreitsache), insbesondere dann, wenn für die Beurteilung patentrechtliche Kenntnisse erforderlich sind. Zwar erlaubt dies nicht eine grenzenlose Handhabung. Ein Rechtsstreit ist nicht stets vor einer Zivilkammer eines für Patentstreitsachen zuständigen Landgerichts zu verhandeln, allein weil ein Patent zu dem den Streitgegenstand bildenden Sachverhalt gehört, denn eine solche Konstellation kann sich auch zufällig ergeben. Die damit verbundene, ohne eine Erforderlichkeitsprüfung zu tragende Kostenbelastung der unterlegenen Partei gem. § 143 Abs. 3 PatG wäre allein mit einem Zufall nicht zu rechtfertigen. Bei Klagen, deren Anspruchsgrundlage sich nicht - entsprechend dem Wortlaut des § 143 PatG - aus dem Patentgesetz ergibt und bei denen das den Klagegrund bildende Rechtsverhältnis auch keine sonstige Regelung durch das Patentgesetz erfährt, ist deshalb der Sinn und Zweck der Zuständigkeit gem. § 143 PatG zu beachten. Die Zuweisung einer Patentstreitsache an das hierfür zuständige Landgericht, bei dem regelmäßig nur bestimmte Spruchkörper mit Patentstreitsachen betraut werden, und die für Patentstreitsachen vorgesehene Mitwirkung von Patentanwälten sollen gewährleisten, dass sowohl das Gericht als auch die zur Vertretung einer Partei berufenen und die bei der Prozessvertretung mitwirkenden Anwälte über besonderen Sachverstand verfügen, um die technische Lehre einer Erfindung und die für ihr Verständnis und die Bestimmung ihrer Reichweite maßgeblichen tatsächlichen Umstände erfassen und beurteilen zu können. An dieser Rechtfertigung fehlt es, wenn das den Streitgegenstand bildende Rechtsverhältnis ausschließlich Anspruchsvoraussetzungen und sonstige Tatbestandmerkmale aufweist, für deren Beurteilung das Gericht und die Prozessvertreter der Parteien auch bei summarischer Betrachtung zweifelsfrei keines solchen Sachverstands bedürfen. In diesen Fällen kann deshalb, sofern das Rechtsverhältnis nicht entsprechend dem Wortlaut des § 143 PatG im Patentgesetz geregelt wird, die Zuweisung eines Rechtsstreits an das Patentstreitgericht weder auf den Sinn und Zweck dieser Vorschrift noch auf die Zweckmäßigkeit einer prozessökonomischen Handhabung gestützt werden (BGH GRUR 2011, 662, 663 [Rn. 10] - Patentstreitsache).

37

Hiervon ausgehend liegt eine Patentstreitsache vor. Zur Entscheidung des vorliegenden Antrages ist nicht nur ein vertieftes Verständnis in Bezug auf die formellen Abläufe beim Europäischen Patentamt, beim Deutschen Patent- und Markenamt, beim Bundespatentgericht und beim Bundesgerichtshof im Rahmen des Erteilungsverfahrens, des Einspruchs, der Einspruchsbeschwerde, der Nichtigkeitsklage und Nichtigkeitsberufung erforderlich, sondern auch ein vertieftes Verständnis des materiellen Patentrechts sowie technisches Verständnis in Bezug auf die Beurteilung des Schutzbereiches der diversen Europäischen Patente mit derselben Priorität.

38

Die 7. Zivilkammer ist gem. Ziffer 11.9 des Geschäftsverteilungsplans 2020 zuständig, weil sie in dem Verfahren 7 O 17693/17 bereits mit dem Europäischen Patent 2 949 335 B1 befasst war.

39

2. Das Landegericht München I ist international und örtlich nach § 14 Abs. 2 S. 1 UWG und sachlich nach § 13 UWG zuständig. Hinsichtlich des Antrags 1.- ergibt sich die internationale und örtliche Zuständigkeit aus § 14 Abs. 2 S. 1 UWG. Die drohende Handlung (die Rücknahme der Zustimmung zum Text der Patentanmeldung) müsste vor dem Europäischen Patentamt, mithin in München, erfolgen. Hinsichtlich des Antrags 2.- ist das Gericht ebenfalls international und örtlich wegen § 14 Abs. 2 S. 1 UWG zuständig, weil in München die Rücknahme der Zustimmung zur gebilligten Fassung der Patentansprüche vorzunehmen wäre und die Antragstellerin auch in München aufgrund von gerichtlichen Entscheidungen beruhend auf den hier streitgegenständlichen Patenten gehindert wäre, ihr Produkt zu vertreiben, mithin ein Erfolg des Teilakts „Zustimmung der Antragsgegnerin zu 2) zu einer Rücknahme der Zustimmung zur gebilligten Fassung (...) gegenüber der Antragsgegnerin zu 1)“ jedenfalls in München eintritt.

40

Aus dem Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Staat Israel über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 20. Juli 1977 ergibt sich nichts anderes, denn dieser findet auf einstweilige Verfügungsverfahren keine Anwendung (Art. 4 Abs. 1 Nr. 7).

B.

41

Der Antrag ist in Ziffer 1.- teilweise begründet, weil Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund gegen die Antragsgegnerin zu 1) bestehen. Hinsichtlich der Antragsgegnerin zu 2) besteht bzgl. Antrags 1.- kein Verfügungsanspruch; insoweit war der Antrag zurückzuweisen. Hinsichtlich Antrags 2.- bestehen Verfügungsgrund und Verfügungsanspruch.

42

I. Ein Verfügungsanspruch gegenüber der Antragsgegnerin zu 1) hinsichtlich des Antrags 1.- besteht. Die Antragstellerin hat gegen die Antragsgegnerin zu 1) einen Unterlassungsanspruch aus §§ 3, 4 Nr. 4, § 8 UWG. Die Antragstellerin hat glaubhaft gemacht, dass eine unlautere geschäftliche Handlung in Form einer unlauteren Behinderung seitens der Antragsgegnerin zu 1) droht.

43

Die Antragsgegnerin zu 2) ist insoweit nicht passivlegitimiert, so dass Antrag 1.- hinsichtlich der Antragsgegnerin zu 2) zurückzuweisen ist.

44

1. Eine unlautere geschäftliche Handlung liegt vor, § 3 Abs. 1, § 4 Nr. 4 UWG.

45

a. Eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG besteht. Das Verhalten der Antragsgegnerinnen zielt darauf ab, den eigenen Warenabsatz zu fördern.

46

b. Die Handlung ist unlauter im Sinne der § 3 Abs. 1, § 4 Nr. 4 UWG.

47

(1) Betroffener der geschäftlichen Handlung ist die Antragstellerin als Mitbewerberin der Antragsgegnerinnen. Die Parteien stehen als Anbieter von Präparaten mit demselben Wirkstoff, demselben Dosierschema und derselben Darreichungsform in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis, § 2 Nr. 3 UWG.

48

(2) Eine Behinderung besteht ebenfalls. Durch die Verhaltensweisen der Antragsgegnerseite kann die Antragstellerin ihr Produkt nicht auf dem Markt für medizinische Produkte vertreiben. Ihre wettbewerbliehen Entfaltungsmöglichkeiten werden dadurch beeinträchtigt, wobei diese Beeinträchtigung über das übliche Maß an wettbewerbliehen Beeinträchtigung hinausgeht.

49

Die Antragstellerin hat glaubhaft gemacht, dass die Antragsgegnerin zu 1) eine Vielzahl von divisionals zur Eintragung gebracht hat und in der Vergangenheit kurz vor einer für sie negativen zweitinstanzlichen Entscheidung über den Rechtsbestand bereits eine Anmeldung hat fallen lassen. Sie hat ebenso glaubhaft

gemacht, dass die Antragsgegnerin zu 2) die Ansprüche gestützt auf das EP '335 als Lizenznehmerin bereits gerichtlich durchgesetzt hat und mit einer ihr als Patentinhaberin zustehenden Patentfamilie auf gleiche Weise vorgegangen ist.

50

Das belegt bei summarischer Prüfung, dass die Antragsgegnerseite eine von der Antragstellerin angestrebte endgültige Entscheidung durch die Beschwerdekammer über den Rechtsbestand der diversen Teilanmeldungen und daraufhin erteilten Patente zu verhindern trachtet. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine ökonomische Rechtfertigung dieses Fallenlassens nicht ersichtlich ist, insbesondere nicht des EP '749, das kurz zuvor von der Einspruchsabteilung bestätigt worden war,

51

(3) Die Behinderung ist auch unlauter. Hierdurch tritt ein Bedrängungs- und Verdrängungszweck zutage. Denn die Antragsgegnerseite verfolgt nach oben Gesagtem die Absicht, die Antragstellerin zu behindern (insbesondere ihren Markteintritt zu verhindern). Bei summarischer Prüfung liegt hierin eine Unlauterkeit. Zwar ist es per se zulässig, Patente als Ausschließlichkeitsrechte auch zur Basis von Anträgen auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu machen. Ebenso ist es per se zulässig, erteilte Patente aus taktischen Gründen fallen zu lassen. Bei einer Vielzahl von zur Verfügung stehenden divisionals und bei gezielter Ausnutzung des komplexen Zusammenspiels von Europäischem Patentamt, Bundespatentgericht und den Verletzungsgerichten ist indes der Entzug der Möglichkeit für den Mitbewerber, den Rechtsbestand der dem Wettbewerb entgegenstehenden Patente zeitnah überprüfen zu lassen, in der Gesamtschau als Behinderung anzusehen. Denn durch das Vorgehen der Antragsgegner werden die Bemühungen der Antragstellerin, erteilte Patente der Antragsgegnerinnen zunächst im Einspruchsverfahren vor dem Europäischen Patentamt und schließlich vor dem Bundespatentgericht vernichten zu lassen, torpediert. So lange der Einspruch anhängig ist kann eine Nichtigkeitsklage nicht erhoben werden (§ 81 Abs. 2 Satz 1 PatG). Sobald der Patentinhaber die Rücknahme der Zustimmung zum Text der Patentanmeldung im Sinne von Art. 113 Abs. 2 EPÜ erklärt, ist das Patent zu widerrufen. Eine etwaige für das Patent positive Entscheidung der Einspruchsabteilung kann dann bezogen auf dieses Patent nicht mehr von der Beschwerdekammer und auch nicht durch das Bundespatentgericht korrigiert werden. Die Patentinhaberin bzw. ihre Lizenznehmerin kann diese positive und nicht mehr korrigierte Entscheidung aber bei Anträgen auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bezogen auf ein anderes Patent mit gleicher Priorität und nur unwesentlich anderem Anspruchswortlaut aber zur Untermauerung der Rechtsbeständigkeit ins Feld führen, wie in München ohne und in Düsseldorf mit Erfolg geschehen.

52

(4) Ein anderes ergibt sich nicht aufgrund des Umstands, dass der hiesigen Antragstellerin im Vereinigten Königreich mit Blick auf das EP '335 eine sog. arrow declaration gerade verwehrt wurde (High Court of Justice, [2017] EWHC 2629 (Pat), Rn. 205 ff., bei PBP 1). Die Interessenlage ist schon nicht vergleichbar, weil der High Court auch über die Nichtigkeit des Patents '335 entschied. Damit war die Antragsgegnerseite vor dem High Court einerseits gehalten, das EP '335 auch zu verteidigen, andererseits bestand für eine arrow declaration kein Rechtsschutzbedürfnis (hierzu *ibid.*, Rn. 209, 211).

53

2. Die Antragstellerin kann daher die Unterlassung der drohenden unlauteren geschäftlichen Handlung verlangen, § 8 Abs. 1 S. 2 UWG.

54

a. Rechtsfolge einer begangenen oder drohenden unlauteren geschäftlichen Handlung ist ein Unterlassungsanspruch, § 8 Abs. 1 UWG.

55

(1) Die Antragstellerin hat nach oben Gesagtem glaubhaft gemacht, dass die Antragsgegnerinnen unlautere geschäftliche Handlungen begangen haben. Sie hat auch glaubhaft gemacht, dass bei summarischer Prüfung eine weitere unlautere geschäftliche Handlung droht, nämlich die Rücknahme der Zustimmung zu dem Text des erteilten EPs '335.

56

Die Antragstellerin kann daher die Unterlassung der unlauteren geschäftlichen Handlung und damit von der Antragsgegnerin zu 1) die Unterlassung der Rücknahme der Zustimmung zu der gebilligten Fassung der

Patentansprüche im Sinne des Art. 113 Abs. 2 EPÜ verlangen (Antrag 1.-). Von der Antragsgegnerin kann zu 2) kann sie die Unterlassung der Mitwirkung an der Rücknahme der Zustimmung durch die Antragsgegnerin zu 1) verlangen (Antrag 2.-).

57

(2) Passivlegitimiert ist hinsichtlich des Antrags 1.- allein die Antragsgegnerin zu 1) als Patentinhaberin. Sie (allein) kann die drohende Handlung gegenüber dem Europäischen Patentamt gemäß Art. 113 Abs. 2 EPÜ bewirken. Eine Passivlegitimation der Antragsgegnerin zu 2) ist insoweit nicht ersichtlich. Sie kann mangels Patentinhaberschaft die gebilligte Fassung der Ansprüche nicht zurücknehmen, Art. 113 Abs. 2 EPÜ. Anhaltspunkte dafür, dass die Übertragung des Patents auf die Antragsgegnerin zu 2) im Raum steht, hat die Antragstellerin nicht dargetan. Antrag 1.- war daher - gleich auf welcher Rechtsgrundlage ein etwaiger Unterlassungsanspruch beruht - insoweit zurückzuweisen, als er auch die Antragsgegnerin zu 2) adressierte.

58

Hinsichtlich Antrags 2.- ist die Antragsgegnerin zu 2) passivlegitimiert.

59

(3) Der Unterlassungsanspruch gilt jeweils nur insoweit, als die Antragsgegnerinnen die Antragstellerin und deren Abnehmer nicht zuvor von Ansprüchen oder künftigen Ansprüchen aus den Europäischen Patenten 2 949 335 B1, 2 630 962 B1, 3 199 172 B1 und 3 409 286 B1 sowie aus etwaigen weiteren eigenen Schutzrechten oder Anmeldungen mit derselben Priorität wegen Herstellen, Anbieten, in Verkehr bringen, Gebrauchen, Einführen und Besitzen des Medikaments „... 40 mg/ml Injektionslösung in einer Fertigspritze“ des Medikaments „... 40 mg/ml Injektionslösung in einer Fertigspritze“ durch die Antragstellerin, deren Zulieferer und Abnehmer in der Bundesrepublik Deutschland durch Verzicht freigestellt haben.

60

Denn soweit ein derartiger Verzicht gegenüber der Antragstellerin, deren Zulieferer und Abnehmern erklärt wird, wird die Antragstellerin durch das Verhalten der Antragsgegnerinnen in Bezug auf die streitgegenständlichen Patente und Abmeldungen nicht mehr in ihren eigenen Wettbewerbschancen im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt. Da diese Beschränkung dem Antragsbegehren sinngemäß nach dem Vortrag der Antragstellerin inhärent ist, auch wenn der Wortlaut des Antrags die Beschränkung nicht erfasste, ist der Antrag insoweit nicht zurückzuweisen, sondern ist ihm in vollem Umfang mit klarstellender Beschränkung stattzugeben.

61

Die Verletzung ausländischer Normen betreffend die Lauterkeit des Wettbewerbs oder die Verhinderung von kartellrechtswidrigem Verhalten ist, wie oben gezeigt, nicht streitgegenständlich.

62

b. Durch die Anordnung eines solchen Unterlassungsanspruchs überschreitet das Gericht nicht seine Kognitionsbefugnis.

63

(1) In diesem Zusammenhang sind folgende gesetzliche Vorgaben zu beachten:

64

In der Bundesrepublik Deutschland ist gesetzlich vorgesehen, dass die ordentlichen Gerichte nur über die Frage einer Verletzung eines Klagepatents entscheiden, während der Rechtsbestand durch das Deutsche Patent- und Markenamt bzw. das Europäische Patentamt als Einspruchsbehörde und das Bundespatentgericht bzw. den Bundesgerichtshof im Rahmen einer Beschwerde oder Nichtigkeitsklage entschieden wird. Die Erfolgsaussichten des Rechtsbestandsverfahrens können im Rahmen eines Antrags auf Aussetzung des Verletzungsstreits berücksichtigt werden.

65

Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG bestimmt, dass jedermann, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, der Rechtsweg offensteht. Mangels anderer Zuständigkeiten ist hierfür die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständig, S. 2.

66

In der Bundesrepublik Deutschland besteht die Möglichkeit einer Feststellung der Nichtverletzung vor den ordentlichen Gerichten nur, wenn das fragliche Patent erteilt worden ist und ein Bedürfnis für eine Feststellungsklage aufgrund etwa einer Verletzungsbehauptung besteht. Die mangelnde Patentfähigkeit von Anmeldungen oder erteilten Patenten kann aber nicht zum Gegenstand einer solchen negativen Feststellungsklage vor den ordentlichen Gerichten gemacht werden.

67

Lässt der Patentinhaber seine Ansprüche fallen, Art. 113 Abs. 2 EPÜ, wird das Patent (mit Wirkung ex tunc, Art. 68 EPÜ) widerrufen (z.B. T 13/05, BeckRS 2007 30496066). Der Einspruchsführer hat keine ersichtliche Möglichkeit, den Rechtsbestand des - ex tunc erloschenen - Patents hiernach überprüfen zu lassen. Soweit Regel 75, 84 EPÜAO die Einleitung bzw. Fortsetzung eines Einspruchsverfahrens auch nach Erlöschen eines Patents vorsehen, beziehen sich diese Regeln nur auf einen Wegfall des Patents ex nunc.

68

Eine Nichtigkeitsklage zum BPatG ist auch nach Erlöschen des Patents zulässig, wenn der Nichtigkeitskläger ein besonderes eigenes Rechtsschutzbedürfnis an der ex tunc Vernichtung des bereits erloschenen Patents darlegt (Keukenschrijver in: Busse/Keukenschrijver, Patentgesetz, 8. Aufl. 2016, § 81 Rn. 69 m.w.N.; Schnekenbühl, in: BeckOK PatR, PatG, § 81 Rn. 74 m.w.N.). An einem solchen Rechtsschutzbedürfnis fehlt es unter anderem, wenn der Patentinhaber auf alle Ansprüche aus dem Patent verzichtet hat (Hall/ Nobbe, in: Benkard, § 81 PatG Rn. 33 m.w.N.).

69

Englische Gerichte haben den Anträgen auf Erlass sog. arrow declarations stattgegeben (wohl erstmals in [2007] EWHC 1900 (Pat), abrufbar unter [http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Patents/2007/1900.html&query=\(arrow\)+AND+\(declaration\)](http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Patents/2007/1900.html&query=(arrow)+AND+(declaration))). Hiermit kann unter bestimmten Voraussetzungen die Nichtpatentierbarkeit des Gegenstands eines Patents oder einer Patentanmeldung festgestellt werden. So soll insbesondere bei der Anmeldung einer Vielzahl von divisionals, die für einen potenziellen Verletzer faktisch die Herstellung von Rechtssicherheit mittels Rechtsbestandsverfahrens stark verzögern, eine arrow declaration in Betracht kommen (ibid., Rn. 58).

70

In den Niederlanden wurde nach Presseberichten im März 2019 jedenfalls die internationale Zuständigkeit für eine arrow declaration angenommen (<https://www.juve-patent.com/news-and-stories/cases/dutch-court-confirms-jurisdiction-for-arrow-declarations/>). Das Rechtsschutzbedürfnis ist hier wie im Vereinigten Königreich und den Niederlanden dasselbe.

71

(2) Hiernach darf das Gericht das Unterlassungsgebot anordnen wie tenoriert.

72

Es entscheidet in der Sache nicht über den Ausgang des Einspruchsverfahrens. Daher verstößt das Gericht nicht gegen das Trennungsprinzip.

73

Die Anordnung der Unterlassung durch das Gericht als Patentstreitkammer war vielmehr vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG geboten. Denn der hiesigen Antragstellerin steht keine Möglichkeit zu, ein einmal fallen gelassenes Patent überprüfen zu lassen, auch wenn sie vor dem Hintergrund weiterer Patente und der Gefahr der juristischen Inanspruchnahme hieraus ein rechtliches Interesse an der Überprüfung hat. Dies liegt an dem komplexen Gefüge des Einspruchsverfahrens vor dem Europäischen Patentamt, dem Nichtigkeitsverfahren vor dem BPatG und den Verletzungsverfahren (insbesondere einstweiligen Verfügungsverfahren) vor den Patentverletzungsgerichten der ordentlichen Gerichtsbarkeit, insbesondere an den gesetzgeberischen Vorgaben hierzu und der Umsetzung dieser Vorgaben durch das Europäische Patentamt und die innerstaatlichen Gerichte. Maßgeblicher Aspekt ist die Möglichkeit der Anmeldung von divisionals ohne angemessene Berücksichtigung des Spielraums für Missbrauch, den diese divisionals den Patentinhabern einräumen.

74

Der Antragstellerin muss nach Art. 19 Abs. 4 GG aber die Möglichkeit eröffnet sein, sich gegen dieses für sie negative Gefüge zwischen mehreren Behörden auch effektiv gerichtlich zu Wehr zu setzen. Nicht ausreichend ist es, die Antragstellerin auf ein Vertrauen darauf zu verweisen, die im Wege des einstweiligen

Rechtsschutzes angerufenen Gerichten würden einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abweisen. Insoweit hat die Antragstellerin schon vorher ein beachtenswertes Interesse, Klarheit herzustellen, ob die Antragstellerin ihre Generika auf dem Markt anbieten darf. Der gesetzlich grundsätzlich vorgesehene Weg, diese Rechtssicherheit herzustellen, sind Einspruch und Nichtigkeitsklage. Das erfolgreiche Beschreiten dieses Weges trachten die Antragsgegner aber zu verhindern.

75

3. Daher kann dahinstehen, ob neben dem Unterlassungsanspruch aus UWG noch ein Anspruch aus Kartellrecht, § 823 i.V.m. § 1004 BGB oder anderen Anspruchsgrundlagen besteht.

76

4. Das ausgesprochene Verbot bezieht sich gegenüber den beiden Antragsgegnerinnen auf alle Handlungen, die, wo immer sie begangen werden (zum Beispiel in YYYYYY), dort zu Zwecken des Wettbewerbs in der Bundesrepublik Deutschland begangen werden, und sich auf den deutschen Markt auswirken oder auswirken sollen.

77

III. Auch ein Verfügungsgrund liegt vor. Die Sache ist dringlich; der Antragstellerin kann das Abwarten eines Hauptsacheverfahrens nicht zugemutet werden. Dringlichkeit liegt in zeitlicher Hinsicht vor; auch eine Interessenabwägung geht zu Gunsten der Antragstellerin aus.

78

1. a. Hinsichtlich Ansprüchen aus UWG findet die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG Anwendung. Die Vermutung der Dringlichkeit kann durch das vorgerichtliche oder prozessuale Verhalten des Antragstellers widerlegt werden (Retzer in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, 4. Auflage 2016, UWG § 12 Rn. 322-325; Voß in: Ceph/Voß, 2. Aufl. 2018, ZPO § 940 Rn. 72). Eine strenge Dringlichkeitsfrist greift für Sachverhalte, die erstmals einzutreten drohen, allerdings nicht.

79

b. Nach diesem Maßstab liegt die Dringlichkeit in zeitlicher Hinsicht vor. Die Antragstellerin hat durch ihr Verhalten keinen Anlass für einen Anhalt gegeben, sie behandle die Sache nicht als dringlich.

80

Nicht gegen die Antragstellerin spricht in diesem Zusammenhang, dass das Europäische Patentamt seine erste Einschätzung zu EP '962 und '172 bereits am 10.12.2019 abgab, der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung indes erst am 05.02.2020 einging. Die Einschätzung verstärkt aus Sicht der Antragstellerin das Risiko der Inanspruchnahme aus diesen Patenten, hat aber keine unmittelbare Auswirkung auf das EP '335.

81

Ebenso wenig hat sie die Dringlichkeit dadurch selbst widerlegt, dass sie nach Erhalt des Gutachtens am 07.01.2019 fast einen Monat zuwartete, ehe sie den Antrag stellte. Es liegt auf der Hand, dass die Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin für die Abfassung des umfangreichen und in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht komplexen Antragschriftsatzes (48 Seiten mit 27 Anlagen) Zeit brauchten.

82

2. Die Sache ist auch im Übrigen dringlich. Der Antragstellerin ist ein Verweis auf die Hauptsache nicht zumutbar.

83

a. Durch die drohende Rücknahme der Zustimmung würde die Antragstellerin unwiederbringlich der Möglichkeit beraubt, das EP '335 auf seinen Rechtsbestand hin überprüfen zu lassen.

84

b. Unbeachtlich ist insoweit insbesondere, dass die Antragstellerin gegen das EP '335 keine Nichtigkeitsklage vor dem BPatG angestrengt hat, nachdem die Antragsgegnerin es hat fallen lassen. Denn es ist nicht ersichtlich, dass das BPatG eine solche Klage als zulässig angesehen hätte.

85

(1) Eine Nichtigkeitsklage zum BPatG ist unzulässig, solange noch Einspruch erhoben werden kann oder ein Einspruchsverfahren läuft, § 81 Abs. 2 S. 1 PatG.

86

Eine Nichtigkeitsklage ist nach Erlöschen des Patents zulässig, wenn der Nichtigkeitskläger das besondere eigene Rechtsschutzbedürfnis dafür darlegt, dass das bereits erloschene Patent ex tunc vernichtet werden soll (Keukenschrijver in: Busse/Keukenschrijver, Patentgesetz, 8. Aufl. 2016, § 81 Rn. 69 m.w.N.; Schnekenbühl, in: BeckOK PatR, PatG, § 81 Rn. 74 m.w.N.). An einem solchen Rechtsschutzbedürfnis fehlt es unter anderem, wenn der Patentinhaber auf alle Ansprüche aus dem Patent verzichtet hat (Hall/ Nobbe, in: Benkard, § 81 PatG Rn. 33 m.w.N.).

87

Ein fallengelassenes europäisches Patent wird widerrufen (z.B. T 13/05, BeckRS 2007 30496066). Der Widerruf eines Patents bewirkt die Nichtigkeit ex tunc, Art. 68 EPÜ.

88

(2) Zwar konnte nach Fallenlassen des EPs `335 die hiesige Antragstellerin Nichtigkeitsklage zum BPatG erheben, da § 81 Abs. 2 S. 1 PatG nicht mehr eingriff. Indes ist davon auszugehen, dass das BPatG einer solchen Klage kein besonderes eigenes Rechtsschutzbedürfnis zuerkannt hätte. Denn eine Inanspruchnahme aus dem ex tunc widerrufenen Patents stand nicht mehr zu befürchten. Allein der Umstand, dass es weitere Teilanmeldungen gab, bewirkte nicht sicher ein Rechtsschutzbedürfnis. Denn im Rahmen einer Nichtigkeitsklage betreffend das EP `335 wäre allein über dessen Rechtsbestand, nicht aber über den Rechtsbestand anderer Teilanmeldungen entschieden worden. Jedenfalls besteht keine gefestigte Rechtsprechung hierzu, so dass eine rechtliche Unsicherheit verbleibt. Vor diesem Hintergrund ist die Sache als dringlich anzusehen.

89

c. Auch § 945 ZPO steht dieser Einschätzung nicht entgegen.

90

(1) § 945 ZPO bestimmt eine Schadensersatzpflicht des Antragstellers einer einstweiligen Verfügung, wenn die Anordnung der einstweiligen Verfügung von Anfang an ungerechtfertigt war oder die Maßregel nach § 926 Abs. 2, § 942 Abs. 3 ZPO aufgehoben wird. Eine Schadensersatzpflicht besteht auch, wenn das Verfügungspatent widerrufen wird (Kühnen, Handbuch der Patentverletzung, 12. Auflage, G. Rn. 226 mwN). Eine Schadensersatzpflicht scheidet mangels Schadenszurechnung gleichwohl aus, wenn das Unterlassungsgebot gegenüber dem Antragsgegner der einstweiligen Verfügung auch aus anderen materiell-rechtlichen Gründen folgt (Kühnen, Handbuch der Patentverletzung, 12. Auflage, G. Rn. 226 mwN), etwa, wenn er Inhaber eines anderen Patents ist, das - seine Rechtsbeständigkeit vorausgesetzt - ebenfalls den Unterlassungsanspruch zeitigt.

91

(2) Hiernach besteht keine hinreichende Sicherheit, dass sich die Antragsgegnerin zu 1) davon abhalten lassen wird, das EP '335 fallen zu lassen, weil die Antragsgegnerin zu 2) hierdurch gegebenenfalls einer Schadensersatzpflicht aus § 945 ZPO ausgesetzt ist. Da die Antragsgegnerin zu 1) Inhaberin mehrerer divisionals ist, an denen die Antragsgegnerin zu 2) exklusive Lizenzen hält, erscheint vielmehr möglich, dass die Antragsgegnerin zu 2) einer etwaigen Inanspruchnahme auf Schadensersatz ein anderes divisional entgegenhalten wird.

92

3. Die üblicherweise in Eilverfahren anzustellende Interessenabwägung ist im Wettbewerbsrecht wegen der gesetzgeberischen Wertung durch § 12 Abs. 2 UWG vorweggenommen, solange die Dringlichkeit nicht widerlegt ist (Voß in: Ceph/Voß, 2. Aufl. 2018, ZPO § 940 Rn. 99).

93

Nach oben Gesagtem ist daher eine Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht erforderlich. Nur ergänzend ist festzustellen, dass die Intensität des Eingriffs in die Rechte der Antragsgegnerinnen hier relativ gering ist. Insbesondere können die Antragsgegnerinnen einen Antrag nach § 926 ZPO stellen. Sie können so eine Klärung der hier relevanten Rechtsfragen durch den Bundesgerichtshof herbeiführen. Sie können des Weiteren eine „gegenläufige“ einstweilige Verfügung gerichtet auf die Geltendmachung eines Unterlassungsbegehrens aus den verbliebenen divisionals beantragen (vgl. dazu Ausführungen unter C.).

94

4. Eine Abmahnung war hier ausnahmsweise nicht erforderlich. Denn sie hätte den Zweck des Antrags der Antragstellerin, die Rücknahme der gebilligten Fassung der Patentansprüche zu verhindern, gerade konterkariert. Selbiges gilt für eine vorherige Gewährung rechtlichen Gehörs durch das Gericht.

95

Nach alledem ist den Anträgen 1.- und 2.- in dem dargelegten Umfang stattzugeben.

C.

96

Hinsichtlich der Anträge 3.- und 4.- ist der Antrag indes unbegründet. Es besteht kein Verfügungsanspruch.

97

I. Soweit Antrag 3.- darauf abzielt, der Antragsgegnerin zu 2) die Einleitung eines Eilverfahrens hinsichtlich der europäischen Patente `962, `172 oder `286 zu verbieten, solange noch keine Entscheidung über den Rechtsbestand der europäischen Patente `335, `962 oder `172 getroffen ist, zielt dieser Antrag letztlich auf den Erlass einer sog. anti suit injunction ab. Anti suit injunctions sind aber nach deutschem Recht grundsätzlich nicht zulässig (siehe jüngst OLG München, Urteil vom 12. Dezember 2019 - 6 U 5042/19 -, juris, Rn. 64 ff., vorgehend umfassend LG München I, BeckRS 2019, 25536, Rn. 52 ff, insb. Rn. 61 ff.). Der Antrag ist daher insoweit abzulehnen, gleich auf welche Rechtsgrundlage ein etwaiger Anspruch gestützt würde (Kartellrecht, UWG, oder § 823 iVm § 1004 BGB).

98

Die Antragstellerin kann zur Berücksichtigung ihrer berechtigten Interessen in einem etwaigen eingeleiteten Eilverfahren gegen sie diesen Beschluss vorlegen, und vorgreiflich eines Eilverfahrens diesen Beschluss im Rahmen einer Schutzschrift hinterlegen.

99

II. Auch Antrag 4.-, Hilfsantrag zu Antrag 3.-, ist aus o.g. Gründen abzulehnen.

D.

100

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92, 101 Abs. 4 S. 1 ZPO. Die Kammer schätzt den Anteil des abgewiesenen Teils des Antrags 1.- sowie der Anträge 3.- und 4.- auf insgesamt 25% des Gesamtstreitwerts.

E.

101

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 1 Nr. 1 GKG, § 3 ZPO.

F.

102

Die Anlagen zu der Antragschrift sind aus folgenden Gründen nicht zu übersetzen:

Wegen bestehender Kenntnis zumindest jeweils einer der Antragsgegnerinnen sind nicht zu übersetzen:

- Konvolut PBP 1
- PBP 2, 3, 4, 5, 7, 8, 23.

103

Die folgenden englischsprachigen (bzw. auf Englisch öffentlich verfügbaren) Anlagen sind nicht zu übersetzen, weil hinreichende Kenntnisse des Englischen bei den Antragsgegnerinnen vorausgesetzt werden darf:

- PBP 6, 14, 17, 19, 24, 25, 26, 27
- PBP 12, 13, 16, 18.

104

Wegen derzeit nicht durchgreifender Entscheidungsrelevanz sind nicht zu übersetzen

- PBP 10, 11, 15, 20, 21, 22.