
Datum: 02.10.2003
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: I-2 U 53/03
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2003:1002:I2U53.03.00

Tenor:

b e s c h l o s s e n :

Die Antragsgegnerin hat auch die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

G r ü n d e :

I.

Die Antragstellerin ist eingetragene Inhaberin des am 2. Februar 1981 unter Inanspruchnahme von vier US-amerikanischen Prioritäten vom 4. Februar und 5. August 1980 angemeldeten, auch mit Wirkung für die Bundesrepublik Deutschland erteilten und am 27. November 1985 veröffentlichten europäischen Patentes 0 033 538 (Ursprungspatent; Anlage EVK 1), das in seinem Anspruch 10 einen unter dem internationalen Freinamen "Simvastatin" bekannten Arzneimittelwirkstoff unter Schutz stellt, der die körpereigene Synthese vom Cholesterin hemmt und den Cholesterinspiegel senkt. Zu diesem Patent erteilte das Deutsche Patentamt der Antragstellerin mit Beschluss vom 1. Februar 1995 unter der Registernummer 193 75 002 für den vorbezeichneten Werkstoff ein auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränktes ergänzendes Schutzrechtszertifikat mit der Laufzeit vom 3. Februar 2001 bis zum 6. Mai 2003 (Antragsschutzrecht; Anlage EVK 3), aus dem die Antragstellerin die Antragsgegnerin im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes auf Unterlassung in Anspruch genommen hat.

Während der Geltungsdauer des Antragsschutzrechtes wurden Simvastatin-Cholesterinspiegel-senker von der Antragstellerin und ihren Tochtergesellschaften unter der Bezeichnung "ZOCOR" und von ihrer Lizenznehmerin B. I. unter der Bezeichnung "DENAN" vertrieben. Generika mit dem Wirkstoff Simvastatin werden seit März 2003 von zwei weiteren

1

2

3

4

Lizenznehmern der Antragstellerin vertrieben, nämlich von der H. AG unter der Bezeichnung "Simvahexal" und der b. GmbH unter der Bezeichnung "Simvabeta".

Die Antragstellerin besitzt ferner eine ausschließliche Lizenz an dem deutschen Patent 30 51 175 und dem hierfür vom Deutschen Patentamt am 10. März 1994 unter der Registernummer 193 75 044 erteilten und am 27. Juni 2003 abgelaufenen ergänzenden Schutzzertifikat betreffend den - ebenfalls cholesterinspiegelsenkenden - Wirkstoff Lovastatin; ein Arzneimittel mit diesem Wirkstoff bringt die Antragstellerin unter der Bezeichnung "MEVINACOR" auf den Markt. 5

Die deutsche Tochtergesellschaft der Antragstellerin informierte in einem Rundschreiben vom 17. März 2003 (Anlage EVK 9) Pharma-Großhandelsunternehmen über den bevorstehenden Ablauf der vorgenannten Schutzrechte. Der Ablauf des Antragsschutzrechtes wurde auch in anderen im März 2003 erschienenen Presseveröffentlichungen erwähnt; hierzu gehören Artikel im "arznei-telegramm", Ausgabe 3/2003 vom 14. März 2003 (Anl. EVK 5), in der Ärztezeitung vom 13. März 2003 (Anl. EVK 6), in der Zeitung "Financial Times Deutschland" vom 26. März 2003 (Anl. EVK 15) und im "Presseservice/AOK - Mediendienst" vom 20. März 2003 (Anl. EVK 17). 6

Im März 2003 beabsichtigte neben anderen Wettbewerbern auch die Antragsgegnerin, nach Ablauf des Antragsschutzrechtes ein Generikum mit dem Arzneimittelwirkstoff Simvastatin auf den deutschen Markt zu bringen. 7

Am 12. März 2003 ließ sie in der Ärztezeitung eine Anzeige veröffentlichen, in der es heißt: 8

"17 % 9

Bis zu 17 % kann das Serum-Cholesterin durch eine pektinreiche Ernährung gesenkt werden. 10
50 g Pektin/Tag (in vier bis sechs grünen Äpfeln enthalten) reichen schon aus.

In wenigen Wochen kommt der Cholesterin-Senker von r. 11

Haben Sie Fragen oder Anregungen? Schreiben Sie an info@r.de" 12

In der Ärztezeitung vom 21./22. März 2003 erschien folgende Anzeige der Antragsgegnerin (vgl. Anlage EVK 11): 13

"20 % 14

20 % der Koronarerkrankten sind Raucher. Rauchen trägt zu einem erhöhten Cholesterinspiegel bei. 15

In Kürze kann Ihnen unserer Cholesterin-Senker helfen." 16

In derselben Zeitung veröffentlichte die Antragsgegnerin am 24. März 2003 folgende Anzeige: 17

"21 % 18

Um 21 % senkt eine cholesterinsenkende Therapie die Gesamtmortalität. 19

In wenigen Wochen unterstützt Sie dabei unser Cholesterin-Senker." 20

In der Ärztezeitung vom 10. April 2003 (Anlage EVK 22) ließ die Antragsgegnerin eine Anzeige mit dem nachfolgend wiedergegebenen Text veröffentlichen: 21

65 % der Allgemeinärzte präferieren r. deutlich gegenüber anderen Arzneimittelherstellern. 23

Ab 7. Mai können Sie auch unseren Cholesterin-Senker nutzen." 24

Die Antragstellerin meint, mit diesen Werbeanzeigen habe die Antragsgegnerin entgegen § 9 PatG ein Generikum mit dem Wirkstoff Simvastatin angeboten. Dort werde dieser Wirkstoff zwar nicht ausdrücklich erwähnt, aufgrund der hohen bisher mit Simvastatin-Präparaten erzielten Umsätze, der einschlägigen praktisch nur Simvastatin betreffenden Presseberichterstattung, die für die Zeit nach Ablauf des Schutzrechtes das Erscheinen zahlreicher Generika angekündigt habe, aufgrund des Rundschreibens vom 17. März 2003, der Werbung der Lizenznehmer H. und b. für ihre Simvastatin-Generika und der Ankündigungen nicht berechtigter Wettbewerber seien die angesprochenen Verkehrskreise davon ausgegangen, auch der von der Antragsgegnerin angekündigte Cholesterin-Senker sei ein Simvastatin-Generikum. Die Fachwelt habe die Einführung solcher Generika auch deshalb erwartet, weil Simvastatin in einer großen Studie seine besondere Wirksamkeit erwiesen und insbesondere das Risiko eines Herzinfarktes oder eines Schlaganfalles verringert habe, worüber im Jahre 2002 auch mehrfach berichtet worden sei. Dieser Erwartungshaltung entsprechend hätten auch andere Generika-Hersteller Simvastatin-Präparate angekündigt. Selbst wenn man die angegriffene Werbung nicht eindeutig auf Simvastatin, sondern entweder auf Simvastatin oder das ebenfalls für sie geschützte Lovastin oder beide Wirkstoffe beziehe, liege in jedem Falle ein Eingriff in eines der beiden oder in beide Schutzrechte vor. 25

Durch Beschluss vom 2. April 2003 hat das Landgericht der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt, 26

ein Arzneimittel mit dem Wirkstoff Simvastatin anzubieten mit dem Hinweis, 27

dass "in wenigen Wochen" der Cholesterin-Senker der Antragsgegnerin erhältlich ist. 28

Gegen diesen Beschluss hat die Antragsgegnerin Widerspruch eingelegt. 29

Durch Urteil vom 13. Mai 2003 hat das Landgericht die einstweilige Verfügung bestätigt. Zur Begründung hat es ausgeführt, ungeachtet dessen, dass der angekündigte Cholesterin-Senker erst nach Ablauf des Antragsschutzrechtes auf den Markt habe kommen sollen, habe die Antragsgegnerin entgegen § 9 PatG ein Simvastatin-Erzeugnis angeboten. Für die angesprochenen Verkehrskreise - Ärzte, Apotheker und Pharmahändler bzw. -vertreter - habe das außer Zweifel gestanden, nachdem in der Fachpresse der Ablauf des Antragsschutzrechtes und ein anschließender Wettbewerb zwischen den Herstellern entsprechender Generika angekündigt worden seien. Wegen weiterer Einzelheiten der Begründung wird auf das Urteil des Landgerichts Bezug genommen. 30

Mit ihrer Berufung gegen dieses Urteil hat die Antragsgegnerin zunächst die Aufhebung der einstweiligen Verfügung begehrt. Sie macht ergänzend geltend: Ein patentverletzendes Anbieten erfordere ein konkretes Angebot, das der Interessent ohne Änderungen und/oder Ergänzungen annehmen könne. Auch könne sich das Anbieten im Sinne des § 9 PatG nur auf eine Herstellung oder Lieferung vor Ablauf des Schutzrechtes beziehen und verletze darüber hinaus nur dann das Antragsschutzrecht, wenn beabsichtigt sei, künftige Rechtseingriffe vorzubereiten, also ein ernstliches Bemühen festgestellt werden könne, Kunden bereits während der Laufzeit des Schutzrechtes vertraglich fest an sich zu binden 31

und dem Rechtsinhaber zu entziehen. Sie - die Antragsgegnerin - habe indessen von Anfang an beabsichtigt, erst nach Schutzrechtsablauf ein Simvastatin-Generikum auf den Markt zu bringen. Die angegriffenen Anzeigen kündigten lediglich die Wettbewerbssituation nach Ablauf des Schutzrechtes an und konkretisierten nur, was die Fachpresse zuvor allgemein angekündigt habe.

Die Antragstellerin tritt dem entgegen, verteidigt das angefochtene Urteil und macht unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen ergänzend geltend, die Antragsgegnerin habe lange vor Ablauf des Antragsschutzrechtes Simvastatin-Tabletten zur "Lauer-Taxe" angemeldet (Anl. K 24 S. 2 u. dortige Anl. EVK 24) und damit die angesprochenen Verkehrskreise in ihrer aus den genannten Presseveröffentlichungen gebildeten Annahme bestätigt, sie wolle ein Simvastatin-Präparat auf den Markt bringen. 32

Im Hinblick auf den Ablauf des Antragsschutzrechtes haben die Parteien in der Berufungsinstanz im Verhandlungstermin vom 11. September 2003 das Verfahren im Umfang des Unterlassungsbegehrens übereinstimmend für in der Hauptsache erledigt erklärt und stellen nunmehr wechselseitige Kostenanträge. 33

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten nebst Anlagen Bezug genommen. 34

II. 35

Nachdem die Parteien mit Rücksicht auf den Schutzrechtsablauf das Verfahren im Umfang des Unterlassungsanspruches übereinstimmend für in der Hauptsache erledigt erklärt haben, war nach § 91 a ZPO nur noch darüber zu entscheiden, welche Partei die Kosten des Verfahrens zu tragen hat. Im vorliegenden Fall entsprach es billigem Ermessen, die Kosten des Verfahrens der Antragsgegnerin aufzuerlegen, denn sie wäre unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes ohne das erledigende Ereignis unterlegen; ihre Berufung gegen das angefochtene Urteil des Landgerichts hätte zurückgewiesen werden müssen. 36

1. 37

Allerdings wird im Antrag und ihm folgend im Verfügungsausspruch des Landgerichts nicht der Kern der beanstandeten Handlung beschrieben. Das wäre im Hinblick auf das Gebot der Bestimmtheit auf Bedenken gestoßen, denn die Antragsgegnerin hat in der angegriffenen Werbung den Wirkstoff Simvastatin überhaupt nicht erwähnt, so dass das vom Landgericht in der Beschlussverfügung ausgesprochene Verbot jedenfalls ohne Bezugnahme auf die Ausführungen in der Antragschrift ins Leere gegangen wäre. Der Kern des als patentverletzend angegriffenen Verhaltens der Antragsgegnerin bestand vielmehr, wie das weitere Vorbringen der Antragstellerin zur Begründung ihres Unterlassungsbegehrens zeigt, darin, dass die Antragsgegnerin vor Ablauf des Antragsschutzrechtes einen Cholesterin-Senker angekündigt hat, weil der Verkehr darin nach ihrer Ansicht unter den konkreten Umständen des zur Entscheidung stehenden Falles das Anbieten eines Simvastatin-Generikums sah. An die patentverletzenden Handlungen angepasst gewesen wäre ein Unterlassungsausspruch etwa des Inhalts, 38

wenige Wochen vor dem Ablauf des den Wirkstoff Simvastatin betreffenden Schutzzertifikates 193 75 002 am 6. Mai 2003 einen Cholesterin-Senker mit den Worten zu bewerben, dieser sei in wenigen Wochen oder in Kürze oder ab 7. Mai erhältlich, insbesondere wenn dies geschieht mit den folgenden Anzeigen (Anlage EVK 10 bis 12 und 22). 39

Zu einer solchen Fassung des zu verhängenden Verbotes wäre das Landgericht nach § 938 Abs. 1 ZPO berechtigt gewesen, zumal die Antragstellerin in ihrer Antragsschrift zum Ausdruck gebracht hat, die dort wiedergegebene Antragsfassung sei nur als Anregung für die gerichtliche Formulierung des auszusprechenden Verbotes zu verstehen, und im Übrigen auf die Befugnisse des angerufenen Gerichts nach § 938 Abs. 1 ZPO hingewiesen hat. 40

2. 41

Die Antragsgegnerin war bis zum Ablauf des Antragsschutzrechtes nach § 139 Abs. 1 PatG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2, 64 Abs. 1 und 3 EPÜ, § 16a Abs. 2 PatG und Art. 5 der Verordnung (EWG) Nr. 1768/92 des Rates über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikats für Arzneimittel verpflichtet, die angegriffene Werbung zu unterlassen. Sie hat in den angegriffenen Werbeanzeigen, auch wenn darin weder der Name des Wirkstoffs "Simvastatin" noch die in Anspruch 10 des Ursprungspatentes angegebenen Merkmale der diesen Wirkstoff bildenden Stoffzusammensetzung genannt werden, ein diesen Wirkstoff enthaltendes Generikum zur Cholesterinsenkung angekündigt, obwohl solche Ankündigungen als Anbieten im Sinne des § 9 PatG bis zum Ablauf des Antragsschutzrechtes der Antragstellerin und ihren Lizenznehmern vorbehalten waren. 42

a) 43

Der Tatbestand des Anbieters in § 9 PatG entspricht dem Tatbestand des Feilhaltens im Sinne des früheren § 6 PatG (BGH GRUR 1991, 316, 317 - Einzelangebot; 1970, 358, 360 - Heißläuferdetektor; Busse/Keukenschrijver, PatG, 5. Aufl., § 9 Rdnr. 72; Sefzig, GRUR 1992, 413). Das Anbieten besteht darin, dass jemand einem anderen in Aussicht stellt, ihm die tatsächliche Verfügungsgewalt bzw. Nutzungsmöglichkeit an einem erfindungsgemäßen Gegenstand zu verschaffen (BGH, a.a.O. - Heißläuferdetektor; Bernhardt/Kraßer, Lehrbuch des Patentrechts, 4. Aufl., S. 550; Klauer/Möhring/Hesse, Patentrechtskommentar, 3. Aufl. 1971, § 6 PatG Rdnr. 105; Busse/Keukenschrijver, a.a.O., Rdnr. 73; Benkard/Bruchhausen, PatG und GbMG, 9. Aufl., § 9 PatG Rdnr. 42). Die in Aussicht gestellte Handlung muss dem Tatbestand des Inverkehrbringens entsprechen. Bei wirtschaftlicher Betrachtung ist das Anbieten eine Vorstufe des Inverkehrbringens und liegt nur dann vor, wenn sich diese Zielrichtung feststellen lässt (BGH, a.a.O. - Heißläuferdetektor; Klauer/Möhring/Hesse, a.a.O., Rdnr. 105; Lindenmaier/Weiss, PatG, 6. Aufl. 1973, § 6 Anm. 41; Reimer/Nastelski, PatG, 3. Aufl. 1968, Rdnr. 76). Es ist nicht erforderlich, dass das Anbieten Erfolg hat und es anschließend zum Inverkehrbringen der patentgemäßen Sache kommt (BGH a.a.O. - Einzelangebot; Busse/Keukenschrijver, a.a.O., Rdnr. 74). Es genügt, dass der Anbietende beim Publikum Interesse für die angebotene Sache erwecken will, so dass auch Prospekte oder Zeitungsanzeigen als Angebot im Sinne des § 9 PatG zu qualifizieren sind (vgl. Reimer/Nastelski, a.a.O., § 6 Rdnr. 76, S. 361). Unentbehrlich ist zwar grundsätzlich eine technische Kennzeichnung des angebotenen Gegenstandes, die dessen erfindungsgemäße Beschaffenheit eindeutig festlegt. Die erfindungsgemäße Beschaffenheit muss aber nicht unbedingt in allen Einzelheiten aus den Angebotsunterlagen hervorgehen, wenn sich - wie hier - unabhängig von ihnen feststellen lässt, dass der angebotene Gegenstand die erfindungsgemäßen Merkmale aufweisen soll. Ist Gegenstand des verletzten Schutzrechtes ein bestimmter Arzneimittelwirkstoff - wie im Streitfall die in Anspruch 10 des Ursprungspatentes beschriebene Stoffkombination - und ist diese Stoffkombination im Verkehr unter einem bestimmten Freinamen bekannt, so genügt es, dass der angebotene Gegenstand mit diesem Freinamen bezeichnet wird. Wird auch der Freiname nicht erwähnt, wird der unter dem betreffenden Freinamen bekannte Wirkstoff dennoch angeboten, wenn der Verkehr aus anderen Gründen davon ausgeht, dass in der Werbeankündigung eben 44

dieser Wirkstoff gemeint ist. Ob ein Anbieten eines patent- oder zertifikatgeschützten Gegenstandes vorliegt, ist vom Empfängerhorizont aus zu beurteilen; maßgebend ist, ob derjenige, demgegenüber die als mögliches "Anbieten" zu qualifizierende Handlung vorgenommen wird, bei verständiger Würdigung der Umstände annehmen muss, der "Anbietende" sei bereit, ihm im Falle einer Bestellung den in Rede stehenden Gegenstand zur Verfügung zu stellen.

Im Streitfall hat die Antragstellerin glaubhaft gemacht, dass die angesprochenen Verkehrskreise, die ausschließlich aus fachkundigen Personen (Ärzten, Apothekern, Pharmagroßhändlern und -vertretern) bestehen, bei verständiger Würdigung aller Umstände die angegriffenen Werbeanzeigen auf einen Cholesterinsenker mit dem Wirkstoff Simvastatin beziehen, auch wenn der Wirkstoff dort weder mit den in Anspruch 10 des Ursprungspatentes angegebenen Merkmalen beschrieben noch mit seinem Freinamen benannt wird. Hierzu haben sowohl die im vorstehenden Abschnitt I. genannten Veröffentlichungen in der Fachpresse als auch die Werbung der beiden Generika-Lizenznehmer H. und b. als auch die Werbung anderer damals noch nicht berechtigter Generika-Hersteller beigetragen, die ebenfalls schon vor Ablauf des Antragsschutzrechtes angekündigt hatten, nach Ablauf des Schutzrechtes ein Simvastatin-Präparat auf den deutschen Markt zu bringen. Das hat das Landgericht im angefochtenen Urteil im Einzelnen zutreffend dargelegt; hierauf wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen. In diesem Zusammenhang darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die angesprochenen Verkehrskreise in Anbetracht der ständig steigenden Kosten im Gesundheitswesen gehalten sind, auf die Verordnung möglichst preisgünstiger Medikamente zu achten und gerade Generika einen ganz wesentlichen Beitrag zur Kostendämpfung leisten sollen. Wer den Pharmamarkt kennt und sich - wie insbesondere Kassenärzte oder Apotheker - mit den dortigen Preisgestaltungen befassen muss, kommt nicht umhin, sich dafür zu interessieren und sich in der Fachpresse darüber zu unterrichten, wann der Patent- oder Zertifikatschutz für marktbedeutende hochpreisige Arzneimittel abläuft und wann preisgünstigere Generika zur Verfügung stehen. Das gilt gerade auch für Cholesterin-Senker mit dem Wirkstoff Simvastatin, von denen bis März 2003 nur die hochpreisigen Arzneimittel "ZOCOR" der Antragstellerin und ihrer Tochtergesellschaften und "DENAN" der Lizenznehmerin B. I. zur Verfügung standen. Auf diese Marktsituation sind die angesprochenen Verkehrskreise auch durch die genannten Presseveröffentlichungen aufmerksam gemacht worden, und dementsprechend hatten nicht nur die beiden von der Antragstellerin lizenzierten Generika-Hersteller schon ihre Simvastatin-Präparate auf den Markt gebracht und für sie geworben, sondern auch Hersteller, die wie die Antragsgegnerin keine Lizenz besaßen und noch nicht mit Simvastatin-Cholesterinsenker auf dem deutschen Markt vertreten waren, hatten vor Ablauf des Antragsschutzrechtes in ihrer Werbung bereits ihre Absicht angekündigt, in der späteren patentfreien Zeit ein Simvastatin-Generikum auf den Markt zu bringen. Berücksichtigt man weiterhin, dass es andere schutzrechtsfreie Cholesterin-Senker nicht gab - jedenfalls hat die Antragsgegnerin kein entsprechendes Produkt benannt - und dass, abgesehen von dem im Juni 2003 abgelaufenen Schutzzertifikat für den wesentlich weniger bedeutsamen Wirkstoff Lovastatin, auch für keinen weiteren cholesterinsenkenden Wirkstoff der Ablauf des ihn betreffenden Schutzrechtes bevorstand, so war für die angesprochenen Verkehrskreise klar, dass die angegriffene Werbung keinem anderen schutzrechtsfreien oder demnächst nicht mehr geschützten Cholesterinsenker gelten konnte, sondern vor dem Hintergrund des damals bevorstehenden Ablaufes des Antragsschutzrechtes gesehen werden musste und auch die Antragsgegnerin ihre Absicht ankündigte, in den in Presseveröffentlichungen angesprochenen Wettbewerb von Generika-Herstellern einzutreten, die nach Ablauf des Schutzrechtes preisgünstigere Simvastatin-Generika auf den Markt bringen wollten. Diese jedenfalls aus den Anzeigen vom 21./22. März und vom 24. März 2003 erkennbare Absicht

der Antragsgegnerin wird bestätigt durch die Anzeige vom 10. April 2003, in der das Datum der Markteinführung auf den 7. Mai - den Tag nach Schutzrechtsablauf - angegeben wird, und durch den Umstand, dass die Antragsgegnerin vor Ablauf des Schutzrechtes ein Präparat mit dem Wirkstoff Simvastatin zur Lauer-Taxe angemeldet hat. Dass wenige Wochen nach Ablauf des Antragsschutzrechtes auch das Schutzrecht für den Wirkstoff Lovastatin ablief, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Simvastatin hatte seinerzeit am Markt eine erheblich größere Bedeutung als der Wirkstoff Lovastatin und dementsprechend auch deutlich höhere Umsätze erzielt. Hierzu hat auch der - den angesprochenen Fachkreisen ebenfalls aus einschlägigen Presseveröffentlichungen bekannte - Umstand beigetragen, dass Simvastatin in einer entsprechenden Studie seine Wirkung zur Begrenzung des Herzinfarkt- und Schlaganfall-Risikos unter Beweis gestellt hat.

b) 46

Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin wird das Anbieten auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass aus den angegriffenen Zeitungsanzeigen keine konkreten Angaben über die Produktbezeichnung, die Darreichungsform, die Packungsgröße und den verlangten Preis hervorgingen, wie sie zur Aufgabe von Bestellungen benötigt werden. Der Tatbestand des Anbietens erfordert kein rechtlich bindendes Vertragsangebot im bürgerlich - rechtlichen Sinne; es genügen Handlungen, die dort als Aufforderung zur Abgabe von Angeboten gesehen werden, wozu vor allem Werbeankündigungen gehören. Ein vollständiges Vertragsangebot, das bei Zustimmung des Empfängers unmittelbar zum Vertragsschluss führen könnte, ist nicht nötig; es bedarf daher nicht der Angabe von Preisen oder weiterer Einzelheiten (BGH, a.a.O. - Fischereifahrzeug; Klauer/Möhring/Hesse, a.a.O. Anmerkung 106 ff.; Reimer/Nastelski, a.a.O. Anmerkung 76; Busse/Keukenschrijver, a.a.O. Rdnr. 74).

c) 48

Dass der Zeitpunkt der beabsichtigten Lieferung in der Zukunft lag, steht dem nicht entgegen. Anders als das Inverkehrbringen kann ein Angebot bereits dann erfolgen, wenn der angebotene Gegenstand noch nicht vorhanden ist. Es genügt, dass der Anbietende technisch allgemein dazu in der Lage ist, ein Erzeugnis mit den erfindungsgemäßen Merkmalen alsbald herzustellen und zu liefern (BGH, a.a.O. - Einzelangebot, GRUR 1960, 423, 425 - Kreuzbodenventilsäcke, a.a.O. - Europareise und Heißläuferdetektor; GRUR 1962, 86, 88 - Fischereifahrzeug; RG GRUR 1938, 971, 976 - Abwärmedampfkessel; Bernhardt/Kraßer, a.a.O.; Sefzig, a.a.O. S. 414, 415).

d) 50

Schließlich wird ein patentverletzendes Anbieten auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Antragsgegnerin die Markteinführung des beworbenen Generikums erst nach Ablauf des Antragsschutzrechtes beabsichtigte. Auch das während der gesetzlichen Laufzeit gegebene Versprechen, nach Ablauf des Schutzrechtes den erfindungsgemäßen Gegenstand zu liefern, ist stets eine Patentverletzung (LG Düsseldorf, InstGE 1, S. 19, 21 ff., Rdnr. 7 und 8 - Antihistamine; Sefzig, a.a.O. S. 417 f.; Benkard/Bruchhausen, a.a.O., Rdnr. 42 a.E.; Heine, GRUR 1960, 427). Der Ansicht, das Inverkehrbringen einer nicht mehr patentgeschützten Sache sei keine Benutzung einer patentierten Erfindung mehr und infolge dessen könne man auch auf solche patentfreien Handlungen gerichtete Vorbereitungen nicht untersagen (RGZ 93, 172 ff., 174, 175 - Beschickungsvorrichtung für Martinöfen; zustimmend Lindenmaier/Weiss, a.a.O.; OLG Hamburg, Beschluss vom 2. August 2001 - 3 W 151/01 <Anlage BK 2, von der Antragsgegnerin zitiert auf S. 6 ihrer Berufungsbegründung vom 31. Juli 2003, Bl. 176 d. A.>; ebenso als Vorinstanz LG Hamburg - Beschluss vom 26. Juli 2001 -

315 O 435/01 <Anlage BK 1; zitiert von der Antragsgegnerin auf den Seiten 5 und 6 ihrer Berufungsbegründung, Bl. 175, 176 d. A.>) vermag der Senat nicht zu folgen. Diese Auffassung berücksichtigt nicht, dass § 9 PatG das Anbieten als selbständige Benutzungsart dem Herstellen, dem Inverkehrbringen und den anderen dort aufgelisteten Handlungen gleichstellt, weil es für den Rechtsinhaber in aller Regel mit ähnlich schweren Gefahren verbunden ist wie die anderen dort genannten Benutzungsarten (vgl. LG Düsseldorf, a.a.O. - Antihistamine; Klauer/Möhring/Hesse, a.a.O., Anmerkung 112). Anders als das Inverkehrbringen eines schutzrechtsgemäßen Gegenstandes ist dessen Anbieten zwar noch nicht mit Umsatzverlusten für den Schutzrechtsinhaber verbunden, aber das Anbieten dient bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise dazu, beim Anbietenden solche Umsätze vorzubereiten. Es macht potentielle Interessenten auf die Existenz eines Konkurrenten aufmerksam und kann schon hierdurch erhebliche Störungen und Verwirrungen auf dem Markt verursachen (BGH, a.a.O., Seite 426 rechte Spalte - Kreuzbodenventilsäcke; Benkard/Bruchhausen, a.a.O.; RG GRUR 1938, 971, 972 - rechte Spalte - Abwärmedampfkessel), denn bereits das bloße Anbieten eines patentgeschützten Gegenstandes kann es dem Anbietenden ermöglichen oder jedenfalls erleichtern, in nähere Verhandlungen mit dem Angebotsempfänger zu treten, weil dieser aufgrund des Angebots erwartet, den patentgeschützten Gegenstand erhalten zu können. Schäden können dem Schutzrechtsinhaber auch daraus entstehen, dass der Anbietende schon während der Laufzeit des Schutzrechtes weitere Umsätze mit erfindungsgemäßen Gegenständen an sich zieht, nämlich bei Abnehmern, die - etwa wegen des zu erwartenden günstigeren Abgabepreises - bereit sind, mit dem Bezug des angebotenen Gegenstandes bis zum Ablauf des Schutzrechtes zu warten.

In diesem Zusammenhang kann es nicht darauf ankommen, ob vor Ablauf des Schutzrechtes 52
abgegebene Angebote erfindungsgemäßer Gegenstände im konkreten Einzelfall tatsächlich die Marktposition des Schutzrechtsinhabers gefährdet haben (so aber Reimer/Nastelski, a.a.O. Anmerkung 79, S. 365), oder sich die von solchen Angeboten ausgehende Gefährdung im Einzelfall bereits durch Verletzungshandlungen anderer Wettbewerber verwirklicht hat, die ebenfalls schon vor Schutzrechtsablauf patentverletzende Angebote getätigt haben. Bei Benutzungshandlungen der in § 9 PatG genannten Art kommt es für die Rechtswidrigkeit nicht darauf an, ob mit ihnen eine konkrete Schädigung des Patentinhabers einhergeht; das braucht auch etwa beim Herstellen oder Importieren erfindungsgemäßer Gegenstände nicht unbedingt der Fall zu sein. Die Einstufung des Anbietens als eine allein dem Patentinhaber vorbehaltene und ohne seine Zustimmung handelnden Dritten verbotene Handlung beruht darauf, dass diese Benutzungshandlungen in aller Regel dazu geeignet sind, die Marktposition des Schutzrechtsinhabers zu beeinträchtigen. Die Gefahren, die für den Schutzrechtsinhaber in der Regel damit verbunden sind, dass unberechtigte Dritte den erfindungsgemäßen Gegenstand anbieten, zeigt auch der Streitfall. Es mag sein, dass auch die genannten Presseveröffentlichungen und die Werbeankündigungen anderer Wettbewerber die angesprochenen Verkehrskreise dazu veranlasst haben, den Bezug von Originalerzeugnissen der Antragstellerin und ihrer Lizenznehmerin einzuschränken, weil sie damit rechneten, dass mit Ablauf des Antragsschutzrechtes im erheblichen Umfang Generika verordnet würden. Die Antragsgegnerin hat diese Situation mit ihrer Anzeigenserie weiter verschärft, weil sie sich als weiteren Anbieter angekündigt hat. Sie hat hierdurch den Pharmagroßhandelsunternehmen ermöglicht, ihr Beschaffungsverhalten auch auf diejenigen Ärzte und Patienten einzustellen, die gezielt Produkte der Antragsgegnerin bevorzugen und, wenn solche nicht erhältlich gewesen wären, den Bezug des Originalerzeugnisses der Antragstellerin oder ihrer Lizenznehmerin jedenfalls so lange fortgesetzt hätten, bis die Antragsgegnerin sie in zulässiger Weise davon hätte in Kenntnis setzen können, dass auch sie nach Ablauf des Antragsschutzrechtes ein Simvastatin-Präparat zur Cholesterinspiegel-

Senkung auf den deutschen Markt bringt.

