
Datum: 08.12.2016
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-2 U 6/13
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2016:1208.I2U6.13.00

Vorinstanz: Landgericht Düsseldorf, 4a O 112/11

Tenor:

I.

Die Berufung der Beklagten gegen das am 20. Dezember 2012 verkündete Urteil der 4a. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf wird zurückgewiesen.

II.

Die Beklagte hat auch die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

III.

Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin hinsichtlich des Urteilsausspruchs zu I. 2. des landgerichtlichen Urteils – mit Ausnahme der nach lit. a) geschuldeten Angaben sowie der nach lit. b) geschuldeten Angabe der einzelnen Lieferungen, aufgeschlüsselt nach Liefermengen und -preisen und Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer – sowie wegen ihrer Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 300.000,00 EUR abzuwenden, falls nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV.

Die Revision wird nicht zugelassen.

V.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird für die Zeit bis zum 15. November 2015 auf 1.500.000,00 EUR und für die Zeit danach auf 300.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe :

I.

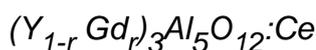
Die Klägerin ist eingetragene Inhaberin des auch mit Wirkung für die Bundesrepublik Deutschland erteilten und in englischer Verfahrenssprache veröffentlichten europäischen Patents 0 936 AAA (Klagepatent). Aus diesem Schutzrecht nimmt sie die Beklagte auf Unterlassung, Auskunftserteilung, Rechnungslegung, Rückruf und Entfernung aus den Vertriebswegen, Vernichtung der als patentverletzend angegriffenen Gegenstände sowie Feststellung ihrer Verpflichtung zum Schadensersatz in Anspruch.

Die dem Klagepatent zugrunde liegende Anmeldung wurde am 29.07.1997 unter Inanspruchnahme fünf japanischer Prioritäten aus den Jahren 1996 und 1997 angemeldet. Die Bekanntmachung des Hinweises auf die Patenterteilung erfolgte am 23.08.2000. Der deutsche Teil des Klagepatents wird beim Deutschen Patent- und Markenamt unter der Registernummer DE 697 02 AAB geführt. Eine deutsche Übersetzung der europäischen Patentschrift wurde am 01.02.2001 veröffentlicht („T2-Schrift“).

Auf einen Einspruch wurde das Klagepatent von der Einspruchsabteilung des Europäischen Patentamtes in geändertem Umfang aufrechterhalten, wobei der hier geltend gemachte Patentanspruch 1 unverändert blieb. Die Einspruchsentscheidung wurde am 01.08.2007 rechtskräftig, woraufhin eine geänderte Fassung der Klagepatentschrift („B9-Schrift“) veröffentlicht wurde. Eine deutsche Übersetzung der geänderten Patentschrift wurde am 13.03.2008 veröffentlicht („T3-Schrift“). Am 07.06.2010 reichte die Klägerin beim Deutschen Patent- und Markenamt eine berichtigte Übersetzung der Klagepatentschrift („T4-Schrift“) ein, die am 07.10.2010 veröffentlicht wurde. Das Klagepatent steht in Kraft.

Das Klagepatent betrifft eine lichtemittierende Vorrichtung. Der im vorliegenden Rechtsstreit geltend gemachte Anspruch 1 des Klagepatents lautet in der Verfahrenssprache wie folgt:

“A light emitting device, comprising a light emitting component (102) and a phosphor (101) capable of absorbing a part of the light emitted by the light emitting component and emitting light of wavelength different from that of the absorbed light; wherein said light emitting component (102) comprises a GaN based compound semiconductor and said phosphor contains a garnet fluorescent material according to the formula:



wherein $0 < r < 1$ wherein Al may be at least partially substituted by Ga and/or In, and wherein said light emitting component (102) is a blue light emitting diode (LED), and wherein said phosphor is located in direct or indirect contact with said blue light emitting diode, and wherein a main emission peak of the light emitting diode is set within the range from 400 nm to 530 nm and a main emission wavelength of the phosphor is set to be longer than the main emission peak of the light emitting component.”

Die deutsche Übersetzung dieses Anspruchs lautete gemäß der vom Deutschen Patent- und Markenamt veröffentlichten berichtigten Übersetzung der Klagepatentschrift („T4-Schrift“) wie folgt:

„Eine lichtemittierende Vorrichtung, die ein lichtemittierendes Teil (102) und einen Leuchtstoff (101) enthält, der in der Lage ist, einen Teil des vom lichtemittierenden Teil ausgesandten Lichtes zu absorbieren und Licht mit einer Wellenlänge auszusenden, die sich von der des absorbierten Lichtes unterscheidet, wobei das besagte lichtemittierende Teil (102) einen Verbindungshalbleiter auf der Grundlage von GaN und der besagte Leuchtstoff ein Granat-Fluoreszenzmaterial entsprechend der Formel

$(Y_{1-r} Gd_r)_3Al_5O_{12}:Ce$ 12

mit $0 < r < 1$ enthält, in der Al mindestens teilweise durch Ga und/oder In ersetzt sein kann, und in der das besagte lichtemittierende Teil (102) eine blaue lichtemittierende Diode (LED) ist und in der der besagte Leuchtstoff sich in einem direkten oder indirekten Kontakt mit der besagten blauen lichtemittierenden Diode befindet, und in der ein Hauptemissionspeak der lichtemittierenden Diode innerhalb des Bereichs von 400 nm bis 530 nm liegt und eine Hauptemissionswellenlänge des Leuchtstoffs so liegt, dass sie länger als der Hauptemissionspeak des lichtemittierenden Teils ist.“ 13

Die nachfolgend wiedergegebenen Figuren 1 und 2 der Klagepatentschrift erläutern die Erfindung anhand bevorzugter Ausführungsbeispiele, wobei sie zwei verschiedene Ausführungsformen erfindungsgemäßer lichtemittierender Dioden schematisch im Querschnitt zeigen. 14

Auf eine von dritter Seite erhobene Nichtigkeitsklage hat das Bundespatentgericht das Klagepatent durch Urteil vom 24.09.2014 (Az.: 2 Ni 11/12 (EP)) für nichtig erklärt. Auf die Berufung der Klägerin hat der Bundesgerichtshof diese Entscheidung durch Urteil vom 16.08.2016 (Az.: X ZR 96/14; GRUR 2016, 1260) abgeändert und die Nichtigkeitsklage abgewiesen. 15

Die Beklagte ist Betreiberin von Bau- und Gartenmärkten, in denen auch Dekorations- und Beleuchtungsartikel erhältlich sind. Zum Sortiment der Beklagten gehörten jedenfalls in der Vergangenheit die nachfolgend aufgeführten Produkte (im Folgenden: angegriffene Ausführungsformen), welche die Beklagte von verschiedenen ausländischen Händlern bezog: 16

- LED B [„Inflatable Snowmann]“) (angegriffene Ausführungsform A) 178
- LED-Eiszapfen „C (angegriffene Ausführungsform B) 19
- Lichterschlauch LED (angegriffene Ausführungsform C) 20
- LED-Motivkette D (angegriffene Ausführungsform D) 21
- LED-Kette E (angegriffene Ausführungsform E) 22
- LED-Lichterkette (angegriffene Ausführungsform F) 23
- LED-Lichternetz (angegriffene Ausführungsform G). 24

Die Klägerin erwarb nach ihren Angaben Muster der angegriffenen Ausführungsformen A, B und C am 17.12.2010, Muster der angegriffenen Ausführungsformen D und E am 11.10.2011 und Muster der angegriffenen Ausführungsformen F und G am 17.10.2011 in einer Fer Filiale der Beklagten. Die Beklagte verfügt über keine Exemplare der angegriffenen Ausführungsformen A mehr. Die angegriffenen Ausführungsformen C, E, F und G bot sie in der Weihnachtssaison 2012 erneut zum Verkauf an. Die angegriffene Ausführungsform B wurde von ihr im Frühjahr 2011 wieder bestellt.

Die Klägerin sieht im Vertrieb der angegriffenen Ausführungsformen eine Verletzung des Klagepatents. Mit Schreiben vom 07.06.2011 mahnte sie die Beklagte wegen des Vertriebs der angegriffenen Ausführungsformen sowie weiterer LED-Produkte ab. Die Beklagte holte daraufhin von den Lieferanten der angegriffenen Ausführungsformen B bis D Stellungnahmen ein. Die von ihr ebenfalls angeschriebene Lieferantin der angegriffenen Ausführungsform A ist inzwischen in Insolvenz gefallen. 26

Die Klägerin hat vor dem Landgericht geltend gemacht: 27

Die angegriffenen Ausführungsformen machten von der Lehre des Klagepatents wortsinngemäß Gebrauch. Sie verwirklichten sämtliche Merkmale des Patentanspruchs 1. Die von ihren Prozessbevollmächtigten bei der Beklagten erworbenen Exemplare der angegriffenen Ausführungsformen habe sie in ihrem Unternehmen untersucht und ferner von ihrem Privatgutachter mittels Röntgenpulverdiffraktometrie untersuchen lassen. Mittels letzterer Untersuchungsmethode habe nachgewiesen werden können, dass in den angegriffenen Ausführungsformen ein ceraktiviertes YAG-Fluoreszenzmaterial zum Einsatz komme. Die von ihr durchgeführte weitere Analyse mittels energiedispersiver Röntgenspektroskopie (EDX) habe gezeigt, dass die Leuchtstoffpartikel bei den angegriffenen Ausführungsformen A und D jeweils aus Yttrium, Aluminium, Gallium, Sauerstoff und Zr, bei der angegriffenen Ausführungsformen B, E, F und G jeweils aus Yttrium, Aluminium, Sauerstoff und Zr sowie bei der angegriffenen Ausführungsform C aus Yttrium, Aluminium, Gadolinium, Sauerstoff und Zr bestünden. 28

Die Beklagte, die um Klageabweisung gebeten hat, hat eine Verletzung des Klagepatents in Abrede gestellt und geltend gemacht: 29

Der von der Klägerin formulierte Unterlassungsantrag sei nicht hinreichend bestimmt, da er nur den Wortlaut des Patentanspruchs wiedergebe. Er sei überdies zu weit gefasst, weil er auf lichtemittierende Vorrichtungen gerichtet sei, die ein Granat-Fluoreszenzmaterial mit der Summenformel $(Y_{1-r}Gd_r)_3Al_5O_{12}:Ce$ mit $0 \leq r \leq 1$ enthielten und diese Formel diverse Verbindungen mit Yttrium (Y) und/oder Gadolinium (Gd) umfasse. Der Auskunftsanspruch sei ebenfalls unbestimmt. Bei einer entsprechenden Titulierung wisse sie nicht, auf welche Artikel ihres Sortiments sich die Auskunftsverpflichtung erstrecke. Es sei davon auszugehen, dass eine Vielzahl von Produkten ihres Sortiments LEDs enthalten. Nicht alle davon seien patentverletzend. Der Antrag sei nicht auf eine konkrete Ausführungsform beschränkt. 30

Dass die angegriffene Ausführungsform A eine Fluoreszenzschicht entsprechend den Vorgaben des Klagepatents enthalte, werde bestritten. Darüber hinaus bestreite sie die Verwirklichung sämtlicher Voraussetzungen des Klagepatents. Eine eigene Untersuchung der im Weihnachtsgeschäft 2011 angebotenen angegriffenen Ausführungsform könne sie nicht mehr durchführen. Eine Nachbestellung einzelner Artikel der angegriffenen Ausführungsformen B bis G zu Beweis Zwecken sei nicht sinnvoll, da die Tatsache, dass ein Zulieferer in der Weihnachtssaison 2012 seine Dekorationsprodukte mit bestimmten LEDs ausstatte, keine definitive Aussage darüber erlaube, dass die gleichen LEDs auch in der 31

Weihnachtssaison 2011 verbaut gewesen seien.

Nach Auskunft des Lieferanten der angegriffenen Ausführungsform B habe das bei diesem Produkt verwendete Phosphoreszenzmaterial keine Granat-, sondern eine Silikatstruktur. Gleiches gelte für die angegriffenen Ausführungsformen F und G. Auch das Phosphoreszenzmaterial der angegriffenen Ausführungsform D folge nach Mitteilung ihres Lieferanten keiner Granat-, sondern einer Silikatstruktur. Gleiches gelte für die angegriffene Ausführungsform E. Nach Mitteilung des Lieferanten handele es sich bei dem Phosphoreszenzmaterial dieser Ausführungsform um ein mit Europium dotiertes Material mit einer Silikatstruktur. Auch werde in der angegriffenen Ausführungsform C nach Mitteilung des Lieferanten dieses Produkts kein Zer-dotiertes Granatfluoreszenzmaterial, sondern ein Europium-dotiertes Silikatfluoreszenzmaterial verwendet. 32

Sie bestreite im Übrigen, dass die von der Klägerin erworbenen angegriffenen Ausführungsformen diejenigen seien, die von der Klägerin selbst bzw. von deren Privatsachverständigem untersucht worden seien. Die ordnungsgemäße Durchführung der Untersuchungen werde ebenfalls bestritten. 33

Jedenfalls stehe der Klägerin kein Anspruch auf Schadensersatz zu, weil sie – die Beklagte – nicht schuldhaft gehandelt habe. Hinsichtlich der angegriffenen Ausführungsform A sei sie keine Importeurin, weil sie diese von einem niederländischen Unternehmen bezogen habe. Sie habe davon ausgehen dürfen, dass dieses bereits die Prüfung einer möglichen Patentverletzung vorgenommen habe. Die erhöhten Sorgfaltspflichtenanforderungen, die die Rechtsprechung an einen Importeur stelle, könnten hier nicht gelten. Sie sei ein Einzelhandelsunternehmen, bei welchem großzügigere Maßstäbe anzulegen seien. Ohne besondere Veranlassung habe sie nicht annehmen müssen, dass ihr niederländischer Zulieferer seine Sorgfaltspflicht nicht beachtet habe. Sie habe sich routinemäßig von allen Zulieferern im Rahmen der Lieferantenvereinbarungen versichern lassen, dass der Zulieferer eine Prüfung auf gewerbliche Schutzrechte im Verbreitungsgebiet der Beklagten vorgenommen habe oder durch ihre Zulieferer habe vornehmen lassen. Stichprobenartig lasse sie von externen Anwälten für bestimmte Produkte die gesamte Rechtekette der Zuliefer- und Lizenzverträge bis zur Quelle nachprüfen. Die angegriffenen Ausführungsformen könnten aufgrund der Einzelteile mit einer Vielzahl von technischen Schutzrechten belegt sein. Eine umfassende Prüfungspflicht liefe darauf hinaus, die jeweiligen Produkte in Bezug auf eine mögliche Verletzung von potentiell tausenden von Patenten zu untersuchen. Dies sei für einen Einzelhändler weder praktisch noch wirtschaftlich handhabbar. 34

Durch Urteil vom 20.12.2012 hat das Landgericht dem Klagebegehren nach den zuletzt gestellten Anträgen im Wesentlichen entsprochen, wobei es wie folgt erkannt hat: 35

„/ 36

Die Beklagte wird verurteilt, 37

1. *es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Falle wiederholter Zuwiderhandlung bis zu insgesamt zwei Jahren, die an dem Vorstand der Beklagten zu vollstrecken ist, zu unterlassen,* 38

39

<i>lichtemittierende Vorrichtungen, die ein lichtemittierendes Teil und einen Leuchtstoff enthalten, der in der Lage ist, einen Teil des vom lichtemittierenden Teil ausgesandten Lichts zu absorbieren und Licht mit einer Wellenlänge auszusenden, die sich von der des absorbierten Lichtes unterscheidet,</i>	
<i>in der Bundesrepublik Deutschland anzubieten, in Verkehr zu bringen oder zu gebrauchen oder zu den genannten Zwecken einzuführen oder zu besitzen,</i>	40
<i>wobei das besagte lichtemittierende Teil einen Verbindungshalbleiter auf der Grundlage von GaN und der besagte Leuchtstoff ein Granat-Fluoreszenzmaterial entsprechend der Formel $(Y_{1-r}Gd_r)_3Al_5O_{12}:Ce$ mit $0 \leq r \leq 1$ enthält, in der Al mindestens teilweise durch Ga und/oder In ersetzt sein kann, und in der das besagte lichtemittierende Teil eine blaue lichtemittierende Diode (LED) ist und in der der besagte Leuchtstoff sich in einem direkten oder indirekten Kontakt mit der besagten blauen lichtemittierenden Diode befindet und in der ein Hauptemissionspeak der lichtemittierenden Diode innerhalb des Bereichs von 400 nm bis 530 nm liegt und eine Hauptemissionswellenlänge des Leuchtstoffs so liegt, dass sie länger als der Hauptemissionspeak des lichtemittierenden Teils ist;</i>	41
2.	42
<i>der Klägerin darüber Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen, in welchem Umfang sie die unter Ziffer I.1. bezeichneten Handlungen seit dem 23.09.2000 begangen hat, und zwar unter Vorlage eines chronologisch geordneten Verzeichnisses unter Angabe</i>	43
a) <i>der Menge der erhaltenen und bestellten, zu Ziffer I.1. bezeichneten Erzeugnisse, der Namen und Anschriften der Hersteller, Lieferanten und anderen Vorbesitzer,</i>	44
b) <i>der einzelnen Lieferungen, aufgeschlüsselt nach Liefermengen, -zeiten und -preisen und unter Angabe von Typenbezeichnungen sowie aufgeschlüsselt nach den Namen und den Anschriften der gewerblichen Abnehmer,</i>	45
c) <i>der einzelnen Angebote, aufgeschlüsselt nach Angebotsmengen, -zeiten und -preisen unter Einschluss von Typenbezeichnungen sowie der Namen und Anschriften der Angebotsempfänger,</i>	46
d) <i>der betriebenen Werbung, aufgeschlüsselt nach Werbeträgern, der Auflagenhöhe, Verbreitungszeitraum und Verbreitungsgebiet, im Falle von Internetwerbung der jeweiligen Domain, Zugriffszahlen und Schaltungszeiträume,</i>	47
e) <i>der nach den einzelnen Kostenfaktoren aufgeschlüsselten Gestehungskosten, einschließlich Bezugspreisen, und des erzielten Gewinns,</i>	48
<i>wobei hinsichtlich der Angaben zu lit. a) und lit. b) als Belege Rechnungen oder Lieferscheine in Kopie vorzulegen sind, wobei geheimhaltungsbedürftige Details außerhalb der auskunftspflichtigen Daten geschwärzt werden dürfen,</i>	49
<i>die Einkaufs- und Verkaufspreise nur für die Zeit seit dem 30.04.2006 anzugeben sind</i>	50
<i>und der Beklagten vorbehalten bleibt, die Namen und Anschriften ihrer nichtgewerblichen Abnehmer und der Angebotsempfänger statt der Klägerin einem von dieser zu bezeichnenden, dieser gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichteten, vereidigten und in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Wirtschaftsprüfer mitzuteilen, sofern die Beklagte die durch dessen Einschaltung entstehenden Kosten übernimmt und ihn ermächtigt, der</i>	51

Klägerin auf Anfrage mitzuteilen, ob ein bestimmter nichtgewerblicher Abnehmer oder Angebotsempfänger in der Rechnungslegung enthalten ist;

3. 52

die zu Ziffer I.1. bezeichneten und seit dem 01.09.2008 in den Verkehr gelangten und im Besitz Dritter befindlichen Erzeugnisse 53

a) 54

gegenüber den gewerblichen Abnehmern aus den Vertriebswegen zurückzurufen, indem diejenigen Dritten, denen durch die Beklagte oder mit deren Zustimmung Besitz an den Erzeugnissen eingeräumt wurde, unter Hinweis darauf, dass das Gericht auf eine Verletzung des deutschen Teils des europäischen Patents EP 0 936 AAA erkannt hat, ernsthaft aufgefordert werden, die Erzeugnisse an die Beklagte zurückzugeben, und den Dritten für den Fall der Rückgabe der Erzeugnisse die Rückzahlung des gegebenenfalls bereits gezahlten Kaufpreises sowie die Übernahme der durch die Rückgabe entstehenden Kosten zugesagt wird, und 55

b) 56

aus den Vertriebswegen endgültig zu entfernen, indem die Beklagte die zurückgerufenen Erzeugnisse wieder an sich nimmt oder die Vernichtung derselben beim jeweiligen Dritten veranlasst; 57

4. *die nachfolgend aufgeführten, in ihrem unmittelbaren oder mittelbaren Besitz oder Eigentum befindlichen Erzeugnisse,* 58

- *LED-Eiszapfen „C,* 59

- *Lichterschlauch LED* 60

- *LED-Motivkette D* 61

- *LED-Kette E* 62

- *LED-Lichterkette* 63

- *LED-Lichternetz,* 64

die unter Ziffer I. 1. des Tenors fallen, zu vernichten oder nach ihrer Wahl an einen von der Klägerin zu benennenden Treuhänder zum Zwecke der Vernichtung auf Kosten der Beklagten herauszugeben. 65

II. 66

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die zu Ziffer I.1. bezeichneten, seit dem 23.09.2000 begangenen Handlungen entstanden ist und künftig noch entstehen wird. 67

III. 68

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.“ 69

70

Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt:

Die Klage sei zulässig. Die Klageanträge seien hinreichend bestimmt. Dem stehe nicht hingegen, dass die Klägerin in den Klageantrag zu I.1. lediglich den Wortlaut des Klagepatentanspruchs übernommen habe, ohne die darin genannten Alternativen auf die konkrete angegriffene Ausführungsform anzupassen. Einer solchen Konkretisierung bedürfe es nicht.

71

Die Klage sei auch im zuerkannten Umfang begründet. Die Beklagte mache mit den angegriffenen Ausführungsformen von der Lehre des Klagepatents wortsinngemäß Gebrauch. Die Klägerin habe schlüssig und nachvollziehbar dargetan, dass die angegriffenen Ausführungsformen sämtliche Merkmale des Patentanspruchs 1 wortsinngemäß verwirklichten. Die Beklagte habe den Vortrag der Klägerin nicht erheblich bestritten. Ein Bestreiten mit Nichtwissen sei unzulässig. Unstreitig habe die Beklagte die angegriffenen Ausführungsformen C, E, F und G auch in der Weihnachtssaison 2012 angeboten. Sie könne sich daher nicht darauf berufen, dass deren Gestaltung nicht Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung sei. Die Beklagte bietet diese Ausführungsformen an, weshalb für sie auch die Möglichkeit bestehe, diese zumindest von Dritten untersuchen zu lassen. Dass der Beklagten nach ihrem Vorbringen aus den Vorjahren keine Exemplare der angegriffenen Ausführungsformen mehr vorliegen, sei unbeachtlich. Zeige sich nämlich bei einer Untersuchung der vorliegenden Produkte, dass deren LEDs einen anderen als den im Klagepatent genannten Leuchtstoff verwendeten, sei ein Bestreiten der Patentverletzung vor dem Hintergrund, dass der Beklagten keine anderen angegriffenen Ausführungsformen mehr vorlägen, durchaus zulässig. Würden die von der Klägerin vorgetragene Untersuchungsergebnisse hingegen bestätigt, verbietet sich ein solches Bestreiten. Gleiches gelte im Ergebnis auch für die angegriffene Ausführungsform A. Das pauschale Bestreiten der Beklagten, diese Ausführungsform verwirkliche die Merkmale des Klagepatents nicht, sei unzureichend. Ein Bestreiten mit Nichtwissen sei auch hier unzulässig. Als Importeurin treffe die Beklagte eine gesteigerte Informationspflicht, da sie die angegriffene Ausführungsform A von einem niederländischen Wiederverkäufer erworben und in die Bundesrepublik Deutschland eingeführt habe. Soweit die Beklagte vortrage, sie habe Informationen bei dem Insolvenzverwalter ihres Lieferanten in den Niederlanden angefordert bzw. sie habe an die Lieferanten der niederländischen Firma geschrieben, könne dies allein einen Fall der Unzumutbarkeit der Beschaffung weiterer Informationen nicht begründen. Derjenige, der Waren in ein Schutzrechtsgebiet einführe, müsse dafür Sorge tragen, dass die Waren keine Schutzrechte Dritter verletzen. Hierzu reichten mehrere schriftliche Anfragen an einen weiteren Lieferanten nicht aus, zumal aus dem Sachvortrag der Beklagten nicht deutlich werde, in welchem Umfang sie ihre Lieferanten angeschrieben habe und welchen konkreten Inhalt die Schreiben gehabt hätten.

72

Die Beklagte habe der Klägerin auch Schadenersatz zu leisten, weil sie die Patentverletzung bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt habe erkennen können. Bei Importeuren seien an die Sorgfaltspflicht ebenso strenge Anforderungen zu stellen wie bei Herstellern. Zwar könne sich die Beklagte im Einzelfall auf Erklärungen Dritter berufen, die eine solche Prüfung vorgenommen hätten. Indes entsprächen die von der Beklagten vorgelegten Erklärungen der Zulieferer ersichtlich nicht den inhaltlichen Anforderungen an eine ernsthafte, sorgfältige und sachkundige Prüfung. Die zum Teil nicht in deutscher Sprache abgefassten Erklärungen liessen eine definitive Aussage für das Schutzrechtsgebiet der Bundesrepublik Deutschland nicht zu. Zudem habe die Beklagte diese Erklärung erst nach Kenntnis eines möglichen Verletzungsfalls angefordert, so dass nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Beklagte vor dem Vertrieb der angegriffenen

73

Ausführungsformen Kenntnis von einer solchen Prüfung für das Schutzrechtsgebiet der Bundesrepublik Deutschland gehabt habe. Auf pauschale Erklärungen, eine Patentverletzung liege nicht vor, habe sich die Beklagte als Importeurin nicht verlassen dürfen.

Wegen weiterer Einzelheiten der Begründung wird auf das Urteil des Landgerichts Bezug genommen. 74

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt. Mit dieser hat sie zunächst eine vollständige Klageabweisung erstrebt. Mit Schriftsatz vom 15.11.2013 (Bl. 356/357 GA) hat die Beklagte ihre Berufung durch Teilrücknahme auf die vom Landgericht getroffene Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht sowie ihre Verurteilung zur vorbereitenden Rechnungslegung beschränkt (vgl. a. Bl. 373 GA). 75

Die Beklagte macht in zweiter Instanz geltend: 76

Die Klageansprüche seien verjährt. 77

Das Vorliegen einer Patentverletzung werde weiterhin bestritten. Es obliege nicht ihr, darzulegen oder gar zu beweisen, dass in den von ihr vertriebenen Produkten kein Fluoreszenzmaterial im Sinne des Klagepatents Verwendung finde. Sie habe hinreichend dargetan, dass die angegriffene Ausführungsform A vollständig von ihr verkauft worden sei, womit sie den Grund ihrer Unkenntnis nachvollziehbar dargelegt habe. Ein Bestreiten mit Nichtwissen sei daher zulässig gewesen. Sie habe auch konkret bestritten, dass die anderen angegriffenen Ausführungsformen die Merkmale des Klagepatents verwirklichten. Von einer schlüssigen Darlegung und der Patentverletzung durch die Klägerin könne keine Rede sein. 78

Zu Unrecht habe das Landgericht ein Verschulden bejaht. Sie habe weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt. An ein Vertriebsunternehmen dürften keine überhöhten Anforderungen gestellt werden, die nicht praktikabel seien und insbesondere unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht erfüllt werden könnten. Ein Einzelhändler, der lediglich mit dem Vertrieb von Produkten befasst sei und in seinem Portfolio 1000 unterschiedliche Produkte und Produktgruppen bereit halte, verfüge anders als der Hersteller über keine detaillierten Kenntnisse, die für das technische Verständnis und die erforderlichen Untersuchungen erforderlich seien. Ein Vertriebsunternehmen habe bereits Schwierigkeiten zu erkennen, in welcher Hinsicht ein einzelner Artikel eines Sortiments als Gegenstand eines aktuellen technischen Schutzrechts in Betracht komme. Würde man ein Vertriebsunternehmen dazu verpflichten, ähnlich hohe Sorgfaltsanforderungen zu erfüllen wie der Hersteller, könnte es dies nur dadurch gewährleisten, dass es für jedes einzelne Produkt die Einhaltung der Schutzrechtsslage sicherstelle. Dies würde jedoch einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeuten. Zudem werde eine überhöhte Sorgfalts- und Prüfungspflicht auch nicht der Tatsache gerecht, dass ein Vertriebsunternehmen ein Großteil der Produkte nur über einen begrenzten Zeitraum anbieten könne, weil es sich insoweit um Saison-Artikel handele. Es reiche vor diesem Hintergrund aus, wenn ein Vertriebsunternehmen zumindest von einem Teil der Zulieferer Erklärungen einfordere, in denen diese jeweils versicherten, dass sie ihre Produkte entsprechend geprüft hätten und die Produkte der aktuellen Schutzrechtsslage nicht widersprächen. Mit einer solchen Vorgehensweise gehe ein Vertriebsunternehmen sogar über die zu stellenden Sorgfaltspflichten hinaus. Der bloße Händler brauche nämlich im Regelfall und ohne besondere Veranlassung nicht annehmen, dass der Hersteller seine Überprüfungsspflicht nicht beachtet habe. Es obliege ihr daher als bloßes Vertriebsunternehmen nicht, sich einen Überblick über die Schutzrechtsslage der von ihr vertriebenen Produkte zu verschaffen. Ob ein Vertriebsunternehmen die Ware von einem Importeur beziehe, oder ob es selbst Importeur sei, sei in diesem Zusammenhang irrelevant. 79

Selbst wenn man aber davon ausginge, die angesprochenen Sorgfaltsanforderungen würden nicht für Ausführungsformen gelten, die aus dem außer-europäischen Ausland bezogen würden, habe sie zumindest die Verletzung des Klagepatents durch die angegriffenen Ausführungsformen A und C nicht zu vertreten, weil sie diese von einem niederländischen bzw. schwedischen Lieferanten bezogen habe. Sie habe davon ausgehen dürfen, dass sich diese zuvor mit der Schutzrechtslage in Europa auseinander gesetzt hätten. Auf die Abmahnung der Klägerin hin habe sie alle Zulieferer angeschrieben und aufgefordert, ausdrücklich zu bestätigen, dass die jeweils gelieferten LED-Produkte nicht das Klagepatent verletzen. Damit habe sie ihre Sorgfaltspflichten erfüllt.

Die Beklagte **beantragt** (vgl. Bl. 356/357, 373 GA), 80

das angefochtene Urteil abzuändern, soweit die Berufung nicht mit Schriftsatz vom 15.11.2013 teilweise zurückgenommen worden ist, d.h. das landgerichtliche Urteil klageabweisend abzuändern, soweit die Schadensersatzpflicht festgestellt und die Beklagte zur vorbereitenden Rechnungslegung verurteilt worden ist. 81

Die Beklagte **beantragt**, 82

die Berufung zurückzuweisen. 83

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und tritt den Ausführungen der Beklagten unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens wie folgt entgegen: 84

Die Patentverletzung sei von der Beklagten nicht erheblich bestritten worden. Die Beklagte habe auch schuldhaft gehandelt, weil sie die von ihr in die Bundesrepublik Deutschland eingeführten angegriffenen Ausführungsformen weder einer hinreichende Prüfung bezüglich der Schutzrechtslage unterzogen habe, noch sich bei ihren Zulieferern hinreichend vergewissert und abgesichert habe, dass diese eine entsprechende Überprüfung vorgenommen hätten. Dass die Beklagte die angegriffenen Ausführungsformen A und C nicht unmittelbar von außer-europäischen, sondern von niederländischen Lieferanten erhalten habe, führe zu keiner abweichenden Beurteilung. Vor der erstmaligen Einfuhr und dem Verkauf der Ware in der Bundesrepublik Deutschland habe sich die Beklagte entsprechend ihrer Sorgfaltspflichten über die Rechtslage im Schutzrechtsgebiet erkundigen müssen. Hierbei habe sie sich nicht einfach auf eine hinreichende Überprüfung durch ihren niederländischen Zulieferer verlassen können. Im Übrigen behaupte die Beklagte auch nicht, dass eine Überprüfung der Schutzrechtslage durch ihren niederländischen Lieferanten überhaupt stattgefunden habe. Die Beklagte habe außerdem zumindest noch die angegriffenen Ausführungsformen C, E, F und G. im Weihnachtsgeschäft 2012 weiter vertrieben. 85

Die Klägerin hat in erster Instanz ein Privatgutachten von Prof. Dr. E, Lehrstuhl für Anorganische Festkörperchemie der Universität F, vorgelegt. 86

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten nebst Anlagen Bezug genommen. 87

Der Senat hat gemäß Beweisbeschlüssen vom 19.12.2013 (Bl. 374 GA) und 21.02.2014 (Bl. 411-412 GA) Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen Dr. G, H, I und Prof. Dr. E. Außerdem hat er gemäß Beweisbeschluss vom 19.11.2015 (Bl. 539-540 GA) die Einholung des schriftlichen Gutachtens eines Sachverständigen angeordnet. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsprotokolle vom 19.12.2013 (Bl. 374-376 GA), 88

22.05.2014 (Bl. 473-480 GA) und 14.08.2014 (Bl. 529-534 GA) sowie auf das von Prof. Dr. J. K Institut für Technologie, Institut für anorganische Chemie, unter dem 31.08.2015 erstattete schriftliche Gutachten (Bl. 591a-591q GA) verwiesen.

II.

89

Die (verbliebene) Berufung der Beklagten ist zulässig, aber unbegründet. Gegen die Zulässigkeit der Klage bestehen keine durchgreifenden Bedenken. Die Beklagte hat das Klagepatent mit sämtlichen angegriffenen Ausführungsformen verletzt. Wie das Landgericht zutreffend entschieden hat, trifft die Beklagte auch ein Verschuldensvorwurf, weshalb der Klägerin auch die ihr vom Landgericht zuerkannten, allein noch streitgegenständlichen Ansprüche auf Schadensersatz und Rechnungslegung zustehen.

90

A.

91

Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Klage nicht wegen der Formulierung der Klageanträge unzulässig ist. Die Klageanträge und der auf diesen beruhende Tenor des landgerichtlichen Urteils sind entgegen der Auffassung der Beklagten hinreichend bestimmt, §§ 253 Abs. 2 Nr. 2, 308 ZPO. Dem steht nicht hingegen, dass die Klägerin im Klageantrag zu I. 1. lediglich den Wortlaut des Patentanspruchs 1 des Klagepatents übernommen hat, ohne die darin genannten Alternativen auf die konkret angegriffenen Ausführungsformen anzupassen, nämlich den Index „r“ zu beziffern, d.h. anzugeben, ob und wieviel Gadolinium in dem Fluoreszenzmaterial der angegriffenen Ausführungsformen enthalten ist, und festzulegen, ob Aluminium durch Gallium oder Indium im Fluoreszenzmaterial ersetzt ist und ob ein direkter oder indirekter Kontakt zwischen dem Leuchtstoff und der ein blaues Licht emittierenden Diode besteht.

92

Macht der Kläger – wie hier – eine wortsinngemäße Patentverletzung geltend, ist es nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats (vgl. z.B. Ur. v. 15.05.2014 – I – 2 U 74/13) grundsätzlich statthaft, den Klageantrag nach dem Wortlaut des verletzten Patentanspruchs zu formulieren. Anders als bei der Geltendmachung einer äquivalenten Patentverletzung ist es in einem solchen Fall in der Regel nicht erforderlich, den Klageantrag – und die Urteilsformel – über den Anspruchswortlaut hinaus an die angegriffene Ausführungsform anzupassen, indem konkret diejenigen konstruktiven oder räumlich-körperlichen Mittel bezeichnet werden, mit denen bei der angegriffenen Ausführungsform das bzw. die streitige(n) Anspruchsmerkmal(e) verwirklicht wird/werden (Kühnen, GRUR 2006, 180; Kühnen, Hdb. d. Patentverletzung, 8. Aufl., Kap. D Rn. 273-275; a.A. BGH, GRUR 2005, 569 – Blasfolienherstellung; GRUR 2012, 485, 488 – Rohrreinigungsdüse II; GRUR 2016, 1031, 1036 – Wärmetauscher). Denn die Orientierung am Anspruchswortlaut bietet Gewähr dafür, dass der Urteilstenor nur diejenigen Details enthält, die für die erfindungsgemäße Lehre von Bedeutung sind, und sie verhindert zuverlässig, dass solche Gestaltungsmerkmale Eingang in den Urteilstenor finden, die außerhalb der Erfindungsmerkmale stehen und deswegen den Verbotstenor ungerechtfertigt einschränken würden. Bei einer etwaigen Zwangsvollstreckung kann der dem Anspruchswortlaut folgende Tenor anhand der Entscheidungsgründe ausgelegt werden, was sicherstellt, dass der Titel nicht auf Ausführungsformen erstreckt wird, die nicht im Kern des gerichtlichen Verbotes liegen, weil über sie nach den Begründungserwägungen des Urteils sachlich bereits mit entschieden ist. Seit Jahrzehnten ist von den Patentverletzungsgerichten in exakt dieser Weise verfahren worden, ohne dass es je zu irgendwelchen Unzuträglichkeiten gekommen wäre oder der Bundesgerichtshof selbst in der Vergangenheit an der geschilderten Vorgehensweise Anstoß genommen hätte. Es besteht deshalb kein Grund, die in der Praxis bewährte Form der Antragsformulierung aufzugeben, erst recht nicht zugunsten einer

93

solchen, die den Verletzungsprozess mit weiteren Streitpunkten über die richtige – nämlich einerseits hinreichend konkrete, andererseits aber auch nicht zu enge – Umschreibung der Verletzungsform belastet. In besonderem Maße gilt dies angesichts der Tatsache, dass überhaupt nur ein verschwindend geringer Anteil der stattgebenden Verletzungsurteile in einem gerichtlichen Verfahren vollstreckt wird, in dem ein konkreter gefasster Urteilstenor relevant werden könnte. Dass er in einem derartigen Vollstreckungsverfahren von wirklichem Nutzen wäre, ist überdies zu bestreiten, weil schon die Heranziehung der Entscheidungsgründe, wie sie bisher im Vollstreckungsverfahren praktiziert wird, eine angemessene Durchsetzung der im Erkenntnisverfahren im Hinblick auf eine bestimmte Ausführungsform erfolgten Verurteilung gewährleistet. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass eine für bestrittene Anspruchsmerkmale angenommene Konkretisierungspflicht es dem Beklagten erlaubt, durch ein möglichst weitgehendes Bestreiten von Anspruchsmerkmalen eine zunehmend engere Tenorierung (zu Lasten des Klägers) zu erzwingen.

Hiervon ausgehend bedarf der Klageantrag auch im Streitfall keiner weiteren Konkretisierung. Mit der Klage angegriffen werden von der Beklagten vertriebene Ausführungsformen, deren LEDs die in der Klageschrift und in dem klageerweiternden Schriftsatz vom 24.05.2012 sowie in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils auf Seite 23 bzw. in dem vorliegenden Urteil des Senats beschriebene Beschaffenheit aufweisen. Die angegriffenen Ausführungsformen enthalten danach ein mit Zer (Ce) aktiviertes YAG, also $Y_3Al_5O_{12}:Ce$. Die Leuchtstoffpartikel liegen in den angegriffenen Ausführungsformen B, E, F und G jeweils in einer aus Yttrium (Y), Aluminium (Al), Sauerstoff (O) und Zer (Ce) bestehenden Zusammensetzung, in der angegriffenen Ausführungsform C in einer aus Yttrium (Y), Aluminium (Al), Gadolinium (Gd), Sauerstoff (O) und Zer (Ce) bestehenden Zusammensetzung und in der angegriffenen Ausführungsform D in einer aus Yttrium (Y), Aluminium (Al), Gallium (Ga), Sauerstoff (O) und Zer (Ce) bestehenden Zusammensetzung vor. Hinsichtlich des Leuchtstoffs der angegriffenen Ausführungsform A ist nach dem in zweiter Instanz eingeholten Sachverständigen Gutachten von einer chemischen Zusammensetzung $(Y_{1-x}Gd_x)_3(Al_{1-x-y}Ga_xIn_y)_5O_{12}:Ce$ auszugehen. Die angegriffenen Ausführungsformen sind damit hinreichend umschrieben; bei einer etwaigen Zwangsvollstreckung kann der dem Anspruchswortlaut folgende Tenor anhand der Entscheidungsgründe ausgelegt werden, was sicherstellt, dass der Titel nicht auf Ausführungsformen erstreckt wird, die nicht im Kern des gerichtlichen Verbotes liegen.

Dass der entsprechend dem Wortlaut des Patentanspruchs formulierte Klageantrag alternative Merkmale enthält, macht den Antrag – und den darauf beruhenden Urteilstenor – nicht unbestimmt. Anderes ergibt sich auch nicht aus der BGH-Entscheidung „Blasfolienherstellung“ (GRUR 2005, 569). Denn das Klagebegehren ist – wovon das Landgericht zutreffend ausgegangen ist – in einem solchen Fall dahingehend zu verstehen, dass eine Verurteilung hinsichtlich sämtlicher Alternativen begehrt wird. Wollte man eine solche Formulierung des Klageantrages nicht zulassen, wäre es dem Verletzer ohne weiteres möglich, die angegriffene Ausführungsform dahingehend abzuwandeln, dass statt der ausgeurteilten Alternative des Patentanspruchs eine von diesem selbst vorgeschlagene andere Alternative benutzt wird. Der Kläger liefe in diesem Fall Gefahr, dass der – eng formulierte – Urteilsausspruch eine solche Abwandlung auch nicht als im Kern gleiche Abwandlung erfasst, weil sich das Verletzungsgericht in seinem Urteil allein mit der einen Möglichkeit der Verwirklichung der patentgemäßen Lehre befasst hat. Dass ein solches Ergebnis nicht richtig sein kann, liegt auf der Hand. Durch sein widerrechtliches Handeln hat der Beklagte bereits gezeigt, dass er sich über den durch das Klagepatent vermittelten Ausschließlichkeitsschutz hinwegsetzt. Es ist vor diesem Hintergrund nicht einzusehen, wieso ihm dann nicht eine Benutzung des Klagepatents auch in den anderen Handlungsalternativen

des Patentanspruchs (die genauso rechtswidrig ist) untersagt werden, sondern für den Fall eines Wechsels des Beklagten zu einer anderen Ausführungsalternative der Erfindung stattdessen der Kläger auf ein neues zeit- und kostenaufwendiges Klageverfahren verwiesen werden soll. Eine umfassende Verurteilung ist gleichermaßen im Hinblick auf die rückwärtsgewandten Ansprüche wegen Rechnungslegung und Schadenersatz gerechtfertigt. Dass der Kläger sich in seiner Klagebegründung lediglich zu einer von mehreren Handlungsalternativen verhält, kann seinen Grund darin haben, dass ihm (was reinen Zufälligkeiten geschuldet sein kann) nur diese bekannt geworden ist. In dieser Situation gibt es keinen Grund, den Beklagten davon zu entlasten, über seine Verletzungshandlungen insgesamt (d.h. unter Einschluss aller gleichermaßen rechtswidrigen Handlungsalternativen) Rechenschaft abzulegen. Außerdem hat der Beklagte durch sein widerrechtliches Handeln ja bereits gezeigt, dass er sich über den durch das Klagepatent vermittelten Ausschließlichkeitsschutz hinwegsetzt, so dass eine Verwirklichung auch einer anderen im Patentanspruch genannten Alternative hinreichend wahrscheinlich erscheint. Dafür spricht auch, dass der Bundesgerichtshof davon ausgeht, dass die Verletzung eines bestimmten Schutzrechts die Vermutung der Wiederholungsgefahr nicht nur für die Verletzung desselben Schutzrechts, sondern sogar auch für Verletzungen anderer Schutzrechte begründen kann, soweit die Verletzungshandlungen trotz Verschiedenheit der Schutzrechte im Kern gleichartige sind (vgl. BGH, GRUR 2013, 1235, 1236 – Restwertbörse II). Soweit der Patentanspruch mehrere Alternativen vorsieht, von denen bei der angegriffenen Ausführungsform eine zwingend verwirklicht sein muss, ermöglicht ein entsprechender Urteilsausspruch zudem nach den Regeln der Wahlfeststellung eine Verurteilung, ohne dass festgestellt werden muss, ob die eine oder die andere Benutzungsalternative vorliegt (Senat, Urt. v. 15.05.2014 – I – 2 U 74/13; Kühnen, Hdb. d. Patentverletzung, 8. Aufl., Kap. D Rn. 275).

Dass sich nicht ohne weiteres, nämlich im Wege des bloßen Augenscheins feststellen lässt, ob eine Ausführungsform unter den Urteilsausspruch fällt oder nicht, ist keine Seltenheit und allein durch den unter Schutz gestellten Gegenstand bedingt. Mit einer fehlenden Bestimmtheit des Klageantrags und des auf diesem beruhenden Tenors hat dies nichts zu tun. Die Feststellung, ob ein von ihr vertriebenes LED-Produkt unter den Urteilstenor fällt oder nicht, ist der Beklagten nicht unmöglich, weil die Beklagte die von ihr vertriebenen LED-Produkte durch fachkundige Dritte auf ihre Zusammensetzung untersuchen lassen kann, wie dies die Klägerin auch mit den von ihr erworbenen Mustern getan hat. Probleme können sich allenfalls in Bezug auf den Auskunftserteilungs-, Rechnungslegungs-, Schadenersatz- und Rückrufanspruch wegen in der Vergangenheit begangener Handlungen ergeben, sofern die hier angegriffenen LED-Produkte in der Vergangenheit (auch) andere (nicht patentgemäße) Fluoreszenzmaterialien enthalten haben sollten, die Beklagte als Händlerin keine Kenntnis von den eingesetzten Fluoreszenzmaterialien hat, sie keine diesbezüglichen Informationen von dem sie beliefernden Herstellerunternehmen erhält und sie solche Informationen auch nach Abschluss des Patentverletzungsrechtsstreits und nachdrücklicher Aufforderung nicht erlangen kann. Auch solche rein tatsächlichen Probleme führen jedoch nicht zur Unbestimmtheit oder sonstigen Unzulässigkeit der Klageanträge. Sie können sich im Übrigen in gleicher Schärfe schon im Hinblick auf die tatsächlich benutzte Anspruchsalternative einstellen und liefern deshalb kein Argument gegen den vom Landgericht vorgenommenen Urteilsausspruch.

96

B.

97

Das Klagepatent betrifft eine lichtemittierende Vorrichtung mit einer lichtemittierenden Diode (LED= Light Emitting Diode), die in vielerlei Weise zu Beleuchtungszwecken eingesetzt

98

werden kann. Die Vorrichtung enthält ein lichtemittierendes Halbleiterbauteil und einen Leuchtstoff, der in der Lage ist, das von dem lichtemittierenden Bauteil ausgesandte Licht (teilweise) in Licht mit einer anderen Wellenlänge umzuwandeln.

Bei einer LED handelt es sich üblicherweise um ein optoelektronisches Halbleiterbauelement, das elektrischen Strom direkt in Licht umwandeln kann und daher als helle, energiesparende Lichtquelle einsetzbar ist (vgl. deutsche Übersetzung der Klagepatentschrift, DE 697 02 AAB T4, Abs. [0001]; die nachfolgenden Bezugnahmen beziehen sich jeweils auf die T4-Schrift; BPatG, Urt. v. 24.09.2014 – 2 Ni 11/12 (EP) [nachfolgend: NU], S. 19). Lichtemittierende Dioden können z.B. als energiesparende Lichtquelle für Innen- und Außenbeleuchtungen, für Hintergrundbeleuchtungen oder die Beleuchtung in Anzeigenelementen (Displays) eingesetzt werden (Abs. [0001]).

99

Für die Erzeugung von Licht nutzen lichtemittierende Dioden elektrische und optische Eigenschaften von Halbleitern. Es gibt zahlreiche Halbleiter. So wird beispielsweise Silizium zur Herstellung von Microchips eingesetzt. Optoelektronische Bauelemente nutzen für die Lichterzeugung hingegen kein Silizium. Sie werden vielmehr üblicherweise aus sog. Verbindungshalbleitern wie Galliumarsenid (GaAs), Indiumarsenid (InAs), Galliumnitrid (GaN), Indiumnitrid (InN) oder Verbindungen derselben hergestellt. Manche solcher Verbindungshalbleiter haben die Fähigkeit, aus durch das Halbleitermaterial fließendem Strom sichtbares Licht zu erzeugen.

100

Lichtemittierende Dioden sind grundsätzlich kompakt und senden Licht einer klaren Farbe mit einem hohen Wirkungsgrad aus. Weil lichtemittierende Dioden aus Halbleiterbauelementen bestehen und kein Vakuum oder gasförmige Leuchtmittel benötigen, brennen sie nicht durch und haben gute Anlaufeigenschaften, eine hohe Rüttelfestigkeit und eine Beständigkeit gegen wiederholtes Ein- und Ausschalten (Abs. [0002]).

101

Die Klagepatentschrift führt einleitend zum Stand der Technik aus, dass lichtemittierende Dioden für die drei Primärfarben Rot, Grün und Blau (RGB-Farben) mit einer äußerst hohen Leuchtdichte und einem hohem Wirkungsgrad entwickelt wurden. LED-Displays, die solche Dioden benutzen, können nach den Angaben der Klagepatentschrift mit geringerer Leistung betrieben werden und zeichnen sich durch gute Eigenschaften wie geringes Gewicht und lange Lebensdauer aus (Abs. [0002]).

102

Wie die Klagepatentschrift in Ihrer Einleitung weiter ausführt, wurden im Stand der Technik verschiedene Versuche unternommen, Quellen weißen Lichts unter Verwendung von lichtemittierenden Dioden herzustellen. Aufgrund ihrer physikalischen Wirkungsweise senden lichtemittierende Halbleiterbauteile das Licht nur in einem eng begrenzten, beispielsweise im roten, grünen oder blauen Wellenlängenbereich in effizienter Weise aus. Um jedoch weißes Licht bereitstellen zu können, müssen unterschiedliche Farben gemischt werden. So ergibt sich weißes Licht z.B. aus einer additiven Mischung von rotem, grünem und blauem Licht, weswegen weißes Licht ausstrahlende Leuchtdioden in bekannter Weise dadurch hergestellt werden können, dass sog. Rot-, Grün- und Blau-Komponenten dicht beieinander angeordnet werden und das von diesen ausgesandete Licht gestreut und gemischt wird (vgl. Abs. [0002]; BGH, NU, Rn. 6; BPatG, NU, S. 19). Die Klagepatentschrift beanstandet an einer derartigen Anordnung als nachteilig, dass für die Ansteuerung der unterschiedlichen Halbleiterchips, die mit unterschiedlichen elektrischen Leistungen betrieben würden und unterschiedliche Spannungen erforderten, die Einrichtung eines aufwendigen Steuerkreises erforderlich sei. Zudem führten Unterschiede im Temperaturverhalten, in der zeitlichen Entwicklung und in der Betriebsumgebung der lichtemittierenden Komponenten ebenso wie Fehler beim gleichförmigen Mischen des von den lichtemittierenden Komponenten ausgesandeten Lichts

103

zu Änderungen im Farbton. Eine zufriedenstellende Lichtquelle, die imstande sei, durch Benutzung von lichtemittierenden Komponenten weißes Licht auszusenden, sei deshalb bislang nicht erhalten worden (Abs. [0003]).

Die Klagepatentschrift führt einleitend weiter aus, dass der Anmelder des Klagepatents, um diese Probleme zu lösen, bereits zu einem früheren Zeitpunkt in mehreren japanischen Druckschriften, u.a. in der JP-A-5-152AAB, beschriebene lichtemittierende Dioden entwickelt habe, die mittels eines mit einem Harz verschmolzenen Fluoreszenzmaterials imstande seien, die Farbe des von den lichtemittierenden Komponenten ausgesendeten Lichts in weißes Licht umzuwandeln. Das Fluoreszenzmaterial absorbiere das von der lichtemittierenden Komponente ausgesendete blaue Licht, woraufhin gelbes Licht mit einer von der Wellenlänge des absorbierten Lichts abweichenden Wellenlänge (Wellenlängenwandlung) ausgesendet werde (Abs. [0004], [0005], [0006]).

Die Klagepatentschrift gibt an, dass sich bei solchen lichtemittierenden Dioden der Zustand des Fluoreszenzmaterials verschlechtern könne. Dies führe zu einer Farbtonabweichung und zu einem Nachdunkeln des Materials und habe eine niedrigere Ausbeute an abgegebenem Licht zur Folge. Zu einem beschleunigten Abbau des Fluoreszenzmaterials könne beispielsweise die Benutzung der lichtemittierenden Komponente über einen ausgedehnten Zeitraum führen. Zudem könne das Material durch von der lichtemittierenden Komponente übertragene Wärme, durch Sonnenlicht oder durch Feuchtigkeit, die von außen in die Diode gelange oder während des Herstellungsvorgangs hineingeraten sei, beeinträchtigt werden (Abs. [0007], [0008], [0009]).

Das Klagepatent hat es sich vor diesem Hintergrund zur Aufgabe gemacht, die oben beschriebenen Probleme zu lösen und eine lichtaussendende Vorrichtung vorzustellen, die nur einen äußerst geringen Grad der Abnahme an Intensität, Wirkungsgrad und Farbverschiebung des emittierten Lichts über einen langen Zeitraum der Benutzung mit hoher Leuchtdichte aufweist (Abs. [0013]; BGH, Urt. v. 16.08.2016 – X ZR 96/14 [nachfolgend: NU], Rn. 9). Bezüglich der einzelnen Komponenten der Vorrichtung bedeutet dies (vgl. Abs. [0014] und BPatG, NU, S. 20):

(1) dass das lichtemittierende Halbleiterbauteil imstande sein muss, Licht hoher Leuchtdichte mit einer Lichtemissionscharakteristik auszusenden, die über einen langen Einsatzzeitraum stabil ist,

(2) dass das Fluoreszenzmaterial in der Nähe des lichtemittierenden Halbleiterbauteils mit hoher Leuchtdichte eine ausgezeichnete Beständigkeit gegen Licht und Wärme haben muss, so dass sich seine Eigenschaften nicht ändern, auch wenn es über einen ausgedehnten Zeitraum dem emittierten Licht hoher Intensität ausgesetzt wird, und

(3) dass das Fluoreszenzmaterial imstande sein muss, mit einem hohen Wirkungsgrad das stark monochromatische Licht, das von dem lichtemittierenden Halbleiterbauteil ausgesendet wird, zu absorbieren und Licht mit einer Wellenlänge auszusenden, die von der des Lichtes abweicht, das von dem lichtemittierenden Halbleiterbauteil ausgesendet wird,

Zur Lösung schlägt Patentanspruch 1 des Klagepatents eine lichtemittierende Vorrichtung mit folgenden Merkmalen vor:

1. Lichtemittierende Vorrichtung, die enthält:

112

a)	ein lichtemittierendes Teil und	
b)	einen Leuchtstoff.	113
2.	Das lichtemittierende Teil	114
.		115
a)	ist eine blaues Licht emittierende Diode (LED),	116
b)	die einen Verbindungshalbleiter auf der Grundlage von Galliumnitrid (GaN) enthält.	117
3.	Der Leuchtstoff	118
a)	ist in der Lage, einen Teil des von der Diode ausgesandten Lichtes zu absorbieren und Licht mit einer Wellenlänge auszusenden, die sich von derjenigen des absorbierten Lichtes unterscheidet,	119
b)	enthält ein Granat-Fluoreszenzmaterial der Formel	120
	$(Y_{1-r} Gd_r)_3 Al_5 O_{12} : Ce$	121
	(Zer-aktiviertes Yttrium-Aluminium-Granat) mit $0 \leq r \leq 1$, wobei Aluminium (Al) mindestens teilweise durch Gallium (Ga) oder Indium (In) ersetzt sein kann, und	122
c)	befindet sich in einem direkten oder indirekten Kontakt mit der Diode.	123
4.	Ein Hauptemissionspeak der Diode liegt innerhalb des Bereichs von 400 bis 530 nm.	124
5.	Eine Hauptemissionswellenlänge des Leuchtstoffs ist länger als der Hauptemissionspeak des lichtemittierenden Teils.	125
	Die vorstehende Merkmalsgliederung entspricht der Merkmalsgliederung des Bundesgerichtshofs in seinem das Klagepatent betreffenden Nichtigkeitsurteil vom 16.08.2016 (Rn. 10); sie fasst die im Anspruch angegebenen Merkmale in einem funktionalen Sinn zusammen. Abweichend von der Merkmalsgliederung des Bundesgerichtshofs heißt es in Merkmal 3 b) allerdings, dass Aluminium (Al) mindestens teilweise durch „Gallium (Ga) oder Indium (In)“ ersetzt sein kann. Soweit in der Merkmalsgliederung des Bundesgerichtshofs in Merkmal 3 b) statt „Gallium“ von „Gadolinium“ die Rede ist, enthält das Nichtigkeitsurteil eine offensichtliche Unrichtigkeit, weil das im Patentanspruch angegebene Elementsymbol „Ga“ das chemische Element Gallium bezeichnet.	126
	Die unter Schutz gestellte lichtemittierende Vorrichtung zeichnet sich dadurch aus, dass sie eine blaues Licht emittierende Diode (LED) mit einem Hauptemissionspeak innerhalb des Bereichs von 400 nm bis 530 nm enthält, und zudem einen Leuchtstoff in direktem oder indirektem Kontakt mit der LED umfasst, der in der Lage ist, einen Teil des von der LED ausgesandten Lichtes zu absorbieren und Licht mit einer Wellenlänge auszusenden, die sich von der des absorbierten Lichtes unterscheidet. Die blaues Licht emittierende LED enthält hierbei ein bestimmtes Halbleiterbauteil und der Leuchtstoff der lichtemittierenden Vorrichtung enthält einen bestimmten Leuchtstofftyp.	127
	Bei dem Halbleiter handelt sich nach Merkmal 2 b) um einen „Verbindungshalbleiter auf der Grundlage von Galliumnitrid (GaN)“. Dem Fachmann – als solcher ist hier ein Diplomphysiker	128

auf dem Gebiet der Halbleitertechnologie oder ein Chemiker auf dem Gebiet der physikalischen Chemie anzusehen, der über mehrjährige Erfahrung in der Entwicklung von Halbleiterleuchtdioden verfügt und speziell mit der Entwicklung weißer Leuchtdioden betraut ist (BGH, NU, Rn. 11; BPatG, NU, Rn. 22) – erschließt sich hierbei schon aus der Angabe „auf der Grundlage von GaN“, dass der patentgemäße Halbleiter ein „Verbindungshalbleiter“ ist. Galliumnitrid (GaN) ist nämlich zwingend ein Verbindungshalbleiter, weil die Verbindung zweier Elemente (Gallium und Stickstoff) als chemische Grundstruktur des Halbleiters vorliegen muss. Dass es sich um einen Verbindungshalbleiter handelt, wird im Patentanspruch allerdings auch explizit angegeben. Der erfindungsgemäße Verbindungshalbleiter muss nicht ausschließlich aus Galliumnitrid (GaN) bestehen. Anspruchsgemäß muss er nur „auf der Grundlage von GaN“ gebildet sein. Wie sich aus Unteranspruch 2 und Absatz [0020] der Klagepatentschrift ergibt, kann der Verbindungshalbleiter z.B. auch Indium (In) enthalten.

Der Leuchtstoff der lichtemittierenden Vorrichtung enthält gemäß Merkmal 3 b) ein „Granat-Fluoreszenzmaterial“, worunter ein Fluoreszenzmaterial mit einer sog. Granat-Struktur zu verstehen ist (vgl. a. Abs. [0074], [0075], [0110], [0111], [0115]). Nach der Lehre des Klagepatents soll ein bestimmtes Granat-Fluoreszenzmaterial verwendet werden, nämlich ein solches gemäß der im Patentanspruch 1 genannten Formel, die wie folgt lautet:

$(Y_{1-r} Gd_r)_3 Al_5 O_{12} : Ce$ mit $0 \leq r \leq 1$. 130

Es handelt es sich hierbei um ein mit Zer (Ce) aktiviertes Yttrium-Aluminium-Granat (YAG) mit $0 \leq r \leq 1$. In der Patentbeschreibung wird das klagepatentgemäße Fluoreszenzmaterial demgemäß als „mit Zer aktiviertes Yttrium-Aluminium-Granat-Fluoreszenzmaterial (YAG-Leuchtstoff)“ (vgl. Abs. [0070], [0105], [0110], [0113], [0114], [0115]), als „YAG-Fluoreszenzmaterial mit Granatstruktur“ (vgl. Abs. [0075], [0111]), „mit Zer aktivierten Granat-Leuchtstoff“ (Abs. [0067], [0068]), „mit Zer aktiviertes fluoreszentes Granat-Material“ (Abs. [0070], [0089]) und als „YAG-Fluoreszenzmaterial mit Granatstruktur“ (Abs. [0070]) bezeichnet. Für die Aktivierung werden vergleichsweise geringe Mengen von Zer (Ce) in das Grundmaterial eingebracht. Yttrium-Aluminium-Granat kristallisiert in einer kubischen Granatstruktur (vgl. Privatgutachten Prof. E, Seite 5), wobei Yttrium (Y) – entweder mit oder ohne Gadolinium (Gd), das nach der im Anspruch genannten Formel ganz ($r = 1$) oder teilweise ($0 \leq r \leq 1$) an die Stelle von Yttrium treten kann – Aluminium (Al) und Sauerstoff (O) in einem Verhältnis von $Y:Al:O = 3:5:12$ auftreten. Wie der nachfolgend wiedergegebenen schematischen Zeichnung entnommen werden kann, wird der Aufbau durch AlO_4 -Tetraeder (grau) sowie AlO_6 -Oktaeder (blau) bestimmt (vgl. a. Privatgutachten Prof. Dr. E, Seite 5):

Das Aluminium-Atom ist jeweils im Zentrum der AlO_4 -Tetraeder (grau) bzw. AlO_6 -Oktaeder (blau) angeordnet. Zwischen den AlO_4 -Tetraeder (grau) und den AlO_6 -Oktaeder (blau) wird auf einer achtfach von Sauerstoff (rot) koordinierten Position Yttrium (Y) (gelb) eingebaut. 132

Yttrium (Y), Gadolinium (Gd) und Zer (Ce) gehören zu den sog. Metallen der seltenen Erden (vgl. [0082], [0136], [0146], [0174]). Einen Teil dieser seltenen Erden bilden die sog. Lanthanoide, denen sowohl Gadolinium (Gd) als auch Zer (Ce) zugerechnet werden. Beide Elemente werden, wenn vorhanden, hauptsächlich auf der achtfach koordinierten Position von Yttrium (Y) in das Kristallgitter eingebaut. Hierdurch entsteht die Granatstruktur (vgl. Abs. [0074], [0075], [0110], [0111], [0115]). Zer (Ce) ist ein sog. Aktivator des Leuchtstoffs. Es sorgt für die Lumineszenz (Leuchtanregung) des Farbstoffs. Obwohl nur vergleichsweise geringe Mengen des Aktivators in den Leuchtstoff eingesetzt werden, haben Aktivatoren entscheidende Bedeutung für die Lichtemissionseigenschaften des Leuchtstoffs. Hohe Konzentrationen können sogar zu einem Löschen der Lumineszenz führen. Selbst wenn der 133

Aktivator – wie hier Zer (Ce) – hinter einem Dotierungszeichen („:“) der chemischen Zusammensetzung des Leuchtstoffs nachgestellt ist, wie dies hier der Fall ist[(Y_{1-r}Gd_r)₃Al₅O₁₂:Ce], ersetzt der Aktivator einen Teil der in der Formel des Leuchtstoffs genannten Elemente. Vorliegend tritt Zer (Ce) innerhalb der Granatstruktur teilweise an die Stelle von Yttrium (Y).

Das mit dem Element Zer (Ce) aktivierte Yttrium-Aluminium-Granat absorbiert das von der lichtemittierenden Diode ausgesandte Licht teilweise und gibt Licht mit größerer Wellenlänge (insbesondere gelbes Licht) ab. Die additive Mischung der Lichtemissionen im blauen und gelben Lichtspektrum ergibt weißes Licht (BGH, NU, Rn. 12). 134

C. 135

Die Beklagte hat in der Bundesrepublik Deutschland mit LEDs ausgerüstete Gegenstände angeboten und in den Verkehr gebracht, deren LEDs von der Lehre des Klagepatents Gebrauch machen. Das gilt sowohl in Bezug auf die angegriffenen Ausführungsformen B bis G als auch in Bezug auf die angegriffene Ausführungsform A. 136

1.Die angegriffenen Ausführungsformen B bis G entsprechen der unter Schutz gestellten technischen Lehre wortsinngemäß. Dies hat die Klägerin unter Vorlage eines Privatgutachten schlüssig dargetan. Die Untersuchungen und die Ausführungen des Privatgutachters der Klägerin sind nachvollziehbar und tragen die von der Klägerin geltend gemachte Patentverletzung. Dem Sachvortrag der Klägerin und dem von dieser vorgelegten Privatgutachten ist die Beklagte nicht erheblich entgegengetreten. 137

a)Die Beklagte hat die in Rede stehenden LED-Artikel unstreitig in der Bundesrepublik Deutschland angeboten und vertrieben. 138

b)Solche Produkte hat die Klägerin nach ihrem Vortrag untersucht bzw. untersuchen lassen. Nach ihren Ausführungen in der Klageschrift sowie in ihrem klageerweiternden Schriftsatz vom 24.05.2012, auf die verwiesen wird, machen die von ihr untersuchten angegriffenen Ausführungsformen wortsinngemäß von der technischen Lehre des Klagepatents Gebrauch. 139

c)Zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Beklagte den schlüssigen Sachvortrag der Klägerin in Bezug auf die angegriffenen Ausführungsformen zu B bis G nicht erheblich bestritten hat. 140

aa)Die Klägerin hat unter Vorlage eines Privatgutachtens schlüssig und nachvollziehbar dargetan, dass die angegriffenen Ausführungsformen zu B bis G sämtliche Merkmale des Patentanspruchs 1 wortsinngemäß verwirklichen. Dem diesbezüglichen Sachvortrag ist die Beklagte nicht konkret entgegengetreten. Sie hat weder erklärt, dass ein bestimmtes Anspruchsmerkmal von den angegriffenen Ausführungsformen aus einem bestimmten Grund nicht verwirklicht wird, noch hat sie, nachdem die Klägerin die von ihr in Auftrag gegebene Privatgutachten vorgelegt hat, eigene Untersuchungsberichte oder Privatgutachten präsentiert, die dem Vortrag der Klägerin und dem von der Klägerin überreichten Privatgutachten entgegenstehen. Es hätte der Beklagten angesichts des substantiierten, durch Privatgutachten belegten Sachvortrages der Klägerin obliegen, konkret darzutun, welches Merkmal aus welchem Grunde nicht verwirklicht sein soll. Hieran fehlt es jedoch. Tatsächlich bestreitet die Beklagte den Sachvortrag der Klägerin allein mit Nichtwissen. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ist ein solches Bestreiten hier jedoch in Bezug auf die angegriffenen Ausführungsformen B bis G unzulässig. 141

bb)

Eine Erklärung mit Nichtwissen sieht § 138 Abs. 4 ZPO nur für solche Tatsachen vor, die nicht eigene Handlungen der Partei betreffen oder Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung sind. Solches ist prinzipiell zu bejahen, wenn der Beklagte z.B. ein patentgeschütztes Verfahren nicht selbst anwendet oder als Spediteur naturgemäß keine Kenntnis von der konstruktiven Beschaffenheit der beförderten Ware hat. Auch wenn die Einzelheiten der Verfahrensführung bzw. des Transportgutes keine „eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen“ des Beklagten sind, scheidet eine Anwendung des § 138 Abs. 4 ZPO selbst in einem solchen Fall allerdings aus, wenn seine Unkenntnis darauf beruht, dass er bestehende Erkundigungspflichten verletzt hat (vgl. Senat, Urt. v. 17.12.2015 – I-2 U 54/04; Kühnen, a.a.O., Kap. E Rn. 140). Solche Erkundigungspflichten werden in ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BB 2001, 2187; NJW 1999, 1965; GRUR 2010, 1107, 1108 – JOOP!; vgl. a. OLG Köln, NZG 2002, 870) angenommen, wenn es sich bei dem entgegennungsbedürftigen Sachverhalt um Vorgänge im Bereich von Personen – nicht nur der eigenen, sondern auch einer fremden Firma – handelt, die unter Anleitung, Aufsicht oder Verantwortung derjenigen Partei tätig geworden sind, die sich im Prozess zu den Behauptungen des Gegners zu erklären hat (BGH, GRUR 2009, 1142 – MP3-Player-Import; vgl. auch Senat, GRUR-RR 2011, 121, 122 – Vorrichtung zum Streckblasformen). Auch in Bezug auf solche Tatsachen ist ein Bestreiten mit Nichtwissen erst zulässig, wenn die Partei ihrer bestehenden Pflicht zur Informationsbeschaffung nachgekommen ist (BGHZ 109, 205, 210 = NJW 1990, 453; BGH, GRUR 2010, 1107, 1108 – JOOP!). Eine Erkundigungs-Konstellation kann z.B. vorliegen, wenn der Beklagte auf die Vorarbeit eines Dritten – der z.B. das patentierte Verfahren anwendet – zurückgreift (LG Düsseldorf, InstGE 7, 70 – Videosignal-Codierung I). Hingegen hat die Rechtsprechung ein Bestreiten mit Nichtwissen seitens eines Computerhändlers für unzulässig angesehen, wenn es um die Verletzung eines (Standard-)Patents durch von ihm vertriebene PC mit aufgespielter oder auf Datenträger beigefügter Software geht, da der Computerhändler in seinen Erkenntnismöglichkeiten gerade nicht wie etwa ein bloßer Spediteur beschränkt ist (LG Mannheim InstGE 12, 136, 141 – zusätzliche Anwendungssoftware).

143

cc)

Hiervon ausgehend kann im Streitfall auch die Beklagte die Benutzung der Lehre des Klagepatents durch die angegriffenen Ausführungsformen B bis G nicht mit Nichtwissen bestreiten. Die Beklagte stellt nicht in Abrede, dass ihr noch Muster der angegriffenen Ausführungsformen B bis G vorliegen. Davon, dass sich die Beklagte noch im Besitz von Exemplaren dieser Ausführungsformen befindet, ist auch das Landgericht ausgegangen. Denn es hat die Beklagte insoweit – anders als in Bezug auf die angegriffene Ausführungsform A – zur Vernichtung verurteilt. Mit ihrer Berufung wendet sich die Beklagte weder gegen den Vernichtungsausspruch noch die diesem zugrundeliegende Feststellung, dass sie die angegriffenen Ausführungsformen B bis G noch im Besitz hat. Sie sind damit – wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat – Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung im Sinne von § 138 Abs. 4 ZPO. Zwar ist insbesondere die chemische Zusammensetzung des Leuchtstoffs der in den von ihr angebotenen LED-Produkten verbauten lichtemittierenden Vorrichtungen nicht unmittelbar im Wege des bloßen Augenscheins erkennbar. Im Hinblick auf die im Rahmen von § 138 Abs. 4 ZPO geltenden Informations- und Erkundigungspflichten ist aber auch das als Gegenstand der eigenen Wahrnehmung anzusehen, was erst durch die zumutbare Verwendung weiterer Hilfsmittel wie beispielsweise chemischen oder physikalischen Analysemethoden und/oder Messungen etc. offenbar wird (vgl. Senat, Urt. v. 17.12.2015 – I-2 U 54/04; Kühnen, a.a.O., Kap. E Rn. 141). Diese prozessuale Obliegenheit

144

145

beruht auf dem Gedanken, dass sich grundsätzlich keine Partei auf ein Bestreiten mit Nichtwissen zurückziehen können soll, die die ihr zur Verfügung stehenden Mittel zur Kenntnisnahme der relevanten Tatsachen nicht nutzt, obwohl ihr dies in zumutbarer Weise möglich wäre. Dies gilt auch und gerade für den Beklagten in einem Patentverletzungsrechtsstreit. Denn umgekehrt ist auch der Patentinhaber im Falle eines erheblichen Bestreitens seitens des Beklagten gehalten, seinen Sachvortrag weiter zu substantiieren, was es in Fällen wie dem vorliegenden in der Regel erforderlich macht, dass er eigene Untersuchungen vornimmt oder durch Dritte vornehmen lässt. Ein Unternehmen mit eigener Forschungs- und Entwicklungsabteilung, das selbst den erforderlichen Sachverstand und die fachlichen Mittel zur Untersuchung der angegriffenen Ausführungsform auf ihre im Rahmen der geltend gemachten Patentverletzung relevanten Eigenschaften hat, ist deshalb ohne weiteres verpflichtet, solche Untersuchungen durchzuführen. Aber auch einer Partei, die nicht über die erforderliche fachliche Ausstattung und/oder den erforderlichen Sachverstand zu einer eigenen Untersuchung des potentiellen Verletzungsgegenstands verfügt, ist grundsätzlich zuzumuten, Untersuchungen durch fachkundige Dritte vornehmen zu lassen (Senat, Urt. v. 17.12.2015 – I-2 U 54/04; Kühnen, a.a.O., Kap. E Rn. 141). Ob im Einzelfall unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten von einer Untersuchung abgesehen werden und ein Bestreiten mit Nichtwissen zulässig sein kann, wenn die Partei nicht über die erforderlichen finanziellen Mittel zur Beauftragung eines Dritten verfügt, kann im Streitfall dahinstehen. Derartige Umstände liegen hier nämlich nicht vor. Bei der Beklagten handelt es sich um ein großes Unternehmen, das über 80 Bau- und Gartenmärkte in der Bundesrepublik Deutschland betreibt. Dass sie aufgrund ihrer finanziellen Verhältnisse nicht in der Lage sei, die angegriffenen LEDs durch Dritte untersuchen zu lassen, behauptet die Beklagte nicht und dies kann auch nicht angenommen werden. Es ist auch weder dargetan noch ersichtlich, dass eine solche Untersuchung mit völlig unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist.

dd) Dass der Beklagten nach ihrem Vorbringen aus den Vorjahren keine angegriffenen Ausführungsformen B bis G mehr vorliegen, steht der Informationspflicht der Beklagten nicht entgegen. Die Beklagte behauptet – wie ausgeführt – nicht, keine von den Lieferanten der angegriffenen Ausführungsformen B bis G stammenden Exemplare dieser Ausführungsformen mehr zu besitzen. Sie konnte und kann deshalb die bei ihr vorrätigen Produkte untersuchen lassen. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ist das Ergebnis einer solchen Untersuchung durchaus relevant. Zeigt sich nämlich, dass in solchen verbauten LEDs z.B. ein anderes als das in Merkmal 3 b) beschriebene Fluoreszenzmaterial enthalten ist, ist ein Bestreiten der Patentverletzung zulässig und erheblich, wenn der Beklagten keine LEDs aus früheren Lieferungen mehr vorliegen und sie auch von Seiten ihrer Lieferanten keine (anderweitigen) Erkenntnisse erhält. Denn andere Untersuchungen kann die Beklagte in diesem Fall nicht anstellen. Werden hingegen die von der Klägerin vorgetragene Untersuchungsergebnisse durch die von der Beklagten selbst in Auftrag gegebenen Untersuchungen bestätigt, verbietet sich im Hinblick auf die der Beklagten obliegende Wahrheitspflicht ein solches Bestreiten. Denn selbstverständlich richtet sich der Klageangriff auch gegen solche schutzrechtsverletzenden LEDs, die die Beklagte aktuell zum Nachteil der Klägerin vertreibt bzw. zuletzt vertrieben hat (vgl. Kühnen, a.a.O., Kap. E Rn. 142).

146

ee) 147

Die von der Beklagten zu den Akten gereichten Stellungnahmen ihrer Lieferanten vermögen an dem gefundenen Ergebnis nichts zu ändern. Eine (an § 138 Abs. 4 ZPO zu messende) Erklärung mit Nichtwissen liegt auch dann vor, wenn das Bestreiten einer Patentbenutzung auf Unterlagen (z.B. Auskünften des Vorlieferanten oder Herstellers) gestützt wird, die 148

objektiv nichtssagend sind. Hat der Beklagte andererseits verlässliche Informationen von seinem Vorlieferanten oder Hersteller erhalten, darf er bereits auf ihrer Grundlage bestreiten. Eine Pflicht zu eigenen Untersuchungen besteht für ihn nur dann, wenn die Drittauskünfte vernünftigerweise keine Gewähr für ihre Richtigkeit bieten, z.B. weil der Informant als unredlich bekannt ist (vgl. Kühnen, a.a.O., Kap. E Rn. 143). Nach diesen Grundsätzen ist im Streitfall von Bedeutung, dass die Beklagte keine deutschen Übersetzungen der fremdsprachigen Erklärungen ihrer Bezugsquellen vorgelegt hat. Darüber hinaus ist auch inhaltlich unklar, ob sich die Auskunftsunterlagen tatsächlich auf die an die Beklagte gelieferten Produkte, und zwar auf sämtliche an sie gelieferten Produkte beziehen. Das Bestreiten der Beklagten erfolgt angesichts dessen in unzulässiger Weise mit Nichtwissen. Selbst wenn man dies anders beurteilen wollte, können die Auskunftsschreiben jedenfalls keine eigene Untersuchung der angegriffenen Ausführungsformen ersetzen, weswegen es im Hinblick auf den substanziierten Sachvortrag der Klägerin jedenfalls an einem hinreichend substantiierten Bestreiten der Beklagten fehlt.

2.Mit der angegriffenen Ausführungsform A hat die Beklagte ebenfalls LEDs angeboten und in den Verkehr gebracht, die von der Lehre des Klagepatents Gebrauch machen. 149

a) 150

Entgegen der Auffassung des Landgerichts kann die Beklagte den Sachvortrag der Beklagten zur Beschaffenheit der LEDs der angegriffenen Ausführungsform A allerdings nach § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen bestreiten. 151

aa) 152

Die Beklagte hat bereits in erster Instanz vorgetragen, dass sie schon zum Zeitpunkt des Zugangs der Abmahnung der Klägerin vom 07.06.2011 kein Exemplar der angegriffenen Ausführungsform A mehr in ihrem Besitz gehabt hat (Schriftsatz v. 15.09.2011, S. 8/9 [Bl. 59/60 GA]). In zweiter Instanz hat sie dargetan und bewiesen, dass sie die von ihr im Weihnachtssaison 2010 nicht verkauften Exemplare der angegriffenen Ausführungsform A bereits vor dem Zugang des Abmahnschreibens der Klägerin der Vernichtung zugeführt hatte und sie daher schon im Zeitpunkt der Abmahnung über keine Muster der angegriffenen Ausführungsform A mehr verfügte. Unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und dem Ergebnis der im Berufungsrechtszug durchgeführten Beweisaufnahme ist der Senat von der Richtigkeit des diesbezüglichen Vorbringens der Beklagten überzeugt (§ 286 ZPO). 153

Aufgrund der von der Beklagten vorgelegten unternehmensinternen Unterlagen (Anlagen BK 22 ff.) sowie der glaubhaften Aussagen der bei der Beklagten seit vielen Jahren beschäftigten Zeuginnen H und I steht zur Überzeugung des Senats fest, dass im Unternehmen ein Prozess implementiert ist, wonach nicht abverkaufte Weihnachtssaisonartikel vernichtet werden. Nach den unternehmensinternen Anweisungen und Richtlinien wird bei der Beklagten – trotz zuvor erfolgter Kaufpreisreduzierung – nicht verkaufte Weihnachtssaisonware zum 1. Februar des jeweiligen Jahres im System auf „V“ gesetzt. Nach den Angaben der Zeugin H gilt dies mit Ausnahme von künstlichen Weihnachtsbäumen für sämtliche Weihnachtsartikel, und zwar sowohl für Innen- als auch für Außenbeleuchtungsartikel. Der Status „V“ umfasst Artikel, die zur Vernichtung angewiesen sind. Ist ein Artikel auf „V“ gesetzt, kann er nicht mehr über das Kassensystem verkauft werden, so dass ein weiterer Abverkauf ab diesem Zeitpunkt nicht mehr stattfinden kann. Die auf „V“ gesetzten Artikel sind dann zu vernichten. Nach den Aussagen der Zeuginnen H und I bestand diese Handhabung auch schon im Jahre 2010, so dass Weihnachtsartikel, die in der 154

Weihnachtssaison 2010 nicht verkauft worden waren, zum 01.02.2010 zur Vernichtung angewiesen wurden, indem diese auf „V“ gesetzt wurden. Wie sich aus der von der Beklagten als Anlage BK 28 vorgelegten Auflistung mit dem Titel „Artikelaufstellung Weihnachten 2010 V-Setzung zum 01.02.2011“ ergibt, wurde auch die angegriffene Ausführungsform A zu diesem Zeitpunkt auf „V“ gesetzt. Der in Rede stehende aufblasbare „LED-Schneemann“ ist dort auf Seite 7 mit der Artikelnummer 8235AAC aufgeführt. Die angegebene Artikelnummer entspricht derjenigen Artikelnummer, die die Beklagte in ihrer Werbung (Anlage TW 6, S. 2 rechts) für den angegriffenen „LED-Schneemann“ verwendet hat. Ebenso entspricht die dortige Kurzbeschreibung des Artikels („LED-Schneemann, Außen, 24 LEDs aufblasbar“) der Beschreibung des angegriffenen „LED-Schneemanns“ mit der Artikelnummer 8235AAC in der Werbung der Beklagten. Dass die Auflistung der Anlage BK 28 aus der EDV der Beklagten stammt, hat die Zeugin H bestätigt. Außerdem hat die Zeugen I ausgesagt, dass sie bei einer von ihr zum Zwecke der Terminsvorbereitung vorgenommenen Einsicht in das System festgestellt hat, dass der in Rede stehende Artikel zum Stichtag auf „V“ gesetzt und danach nicht mehr aktiviert (bestellt) wurde. Zur Vernichtung der nicht abverkauften Exemplare der angegriffenen Ausführungsform A konnten die in der Unternehmensverwaltung tätigen Zeuginnen H und I zwar naturgemäß keine Angaben machen. Die Zeugin H hat jedoch glaubhaft bekundet, dass die Vernichtungsanweisung im Unternehmen befolgt wird. Außerdem hat sie ausgesagt, dass ihr keine Hinweise dafür vorliegen, dass die nicht verkauften Exemplare der angegriffenen Ausführungsform A nicht vernichtet wurden. Entsprechende Hinweise hatte auch die Zeugin I nicht, die ebenfalls ausgesagt hat, dass die zuständigen Marktassistenten sicherzustellen haben, dass die auf „V“ gesetzten Artikel der Vernichtung zugeführt werden.

Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte spricht vor diesem Hintergrund alles dafür, dass die von der Beklagten in der Weihnachtssaison 2010 nicht verkauften Exemplare der angegriffenen Ausführungsform A der Vernichtung zugeführt wurden. Im Hinblick auf den Zeitraum bis zur Abmahnung der Beklagten (07.06.2011) ist ferner davon auszugehen, dass die Vernichtung der Ware zu diesem Zeitpunkt bereits durchgeführt worden war. Die von der Klägerin angeführten „Unstimmigkeiten“ stehen dem nicht entgegen. Wie die Beklagte in zweiter Instanz klargestellt hat, bezog sich ihre Angabe in der Klageerwiderung vom 19.12.2011 (S. 9 [Bl. 59 GA]), wonach sie 1076 Stück der angegriffenen Ausführungsform A erworben habe, versehentlich auf den – 120 LEDs aufweisenden – LED-Schneemann mit der Artikelnummer 8152AAD, welcher ebenfalls auf der Seite 2 (dort links) der Anlage TW 2 abgebildet ist. Dass sich die Aussage auf letzteres Produkt bezog, ergibt sich eindeutig aus dem dieser Erklärung vorangehenden Satz, in welchem ausdrücklich von einem „Schneemann mit der Artikelnummer 8152AAD“ die Rede ist. Bei der angegriffenen Ausführungsform A handelt es sich um ein anderes Produkt, nämlich den auf der Seite 2 rechts der Anlage TW 6 abgebildeten, 24 LEDs aufweisenden „aufblasbaren LED-Schneemann“, zu dem dort die Artikelnummer 8235AAC angegeben wird. Soweit die Beklagte nunmehr angibt, für Deutschland insgesamt 660 Artikel der angegriffenen Ausführungsform A erworben zu haben, ergibt sich unter Zugrundelegung der aus der Anlage TW 26 hervorgehenden Verkaufszahlen für 2010 (581 Stück) und 2011 (16 Stück) zwar ein rechnerischer Restbestand von 63 Exemplaren, wohingegen die Artikelaufstellung gemäß Anlage BK 28 hinsichtlich der angegriffenen Ausführungsform A einen Restbestand zum 01.02.2011 von lediglich 8 Stück ausweist. Die Differenz von 55 Stück lässt sich jedoch mit einem diebstahlsbedingten Warenschwund und dem Aussortieren beschädigter Ware etc. erklären. Selbst wenn die Anlage BK 28 hinsichtlich des Restbestandes unrichtig sein sollte und zum 01.02.2011 noch mehr als 8 Exemplare vorhanden waren, bestehen aber keine Anhaltspunkte dafür, dass der seinerzeit tatsächlich vorhandene Restbestand nicht der Vernichtung zugeführt wurde. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme muss deshalb davon ausgegangen werden, dass der

Beklagten schon zum Zeitpunkt ihrer vorprozessualen Abmahnung kein Muster der angegriffenen Ausführungsform A mehr vorlag.

bb) 156

Die Beklagte hat ferner dargetan, dass sie von ihrer Lieferantin keine Informationen zur Beschaffenheit der angegriffenen Ausführungsform A erlangen kann. Die Lieferantin der angegriffenen Ausführungsform A ist unstreitig die niederländische L B.V. Diese ist zwischenzeitlich in Insolvenz gefallen. Dass sich der betreffende Wissensträger in der Insolvenz befindet, macht eine Erkundigung zwar nicht von vornherein aussichtslos (BGH, GRUR 2010, 1107, 1108 – JOOP!; Kühnen, a.a.O., Kap. E Rn. 140). Solches wendet die Beklagte hier aber auch nicht ein. Sie hat sich nach ihren Angaben (vgl. Klageerwidernung, S. 9 [Bl. 60 GA]) vielmehr bemüht, über den Insolvenzverwalter ihrer Lieferantin an den Zulieferer der Ware zu gelangen. Daraufhin ist ihr nach ihren Angaben vom früheren Inhaber der L B.V. mitgeteilt worden, die fraglichen Artikel seien von einer in China ansässigen M Ltd. geliefert worden. Die Beklagte hat ferner dargetan, dass sie dieses Unternehmen über ihre erstinstanzlichen Anwälte hat anschreiben lassen, um Informationen zum streitgegenständlichen Produkt und den darin enthaltenen LEDs zu erhalten, hierauf aber keine Antwort erhalten hat. Dem ist die Klägerin nicht konkret entgegengetreten. 157

cc) Ihren Informations- und Erkundigungspflichten hat die Beklagte damit Genüge getan. Aus den vorstehenden Gründen kann sie bei ihrer Lieferantin auch kein Muster der angegriffenen Ausführungsform A mehr ordern. Zwar könnte sich die Beklagte möglicherweise ein solches Muster noch unmittelbar bei der M Ltd. beschaffen. Gegen eine entsprechende Beschaffungspflicht der Beklagten spricht jedoch bereits, dass dieses chinesische Unternehmen schon auf ihre bisherigen Anfragen nicht reagiert hat. Außerdem handelt es sich bei dem betreffenden Unternehmen nicht um dasjenige, bei dem die Beklagte die von ihr vertriebenen Gegenstände bezogen hat, und die Beklagte kann auch nicht verlässlich feststellen, ob die von der L B.V. an sie gelieferten Artikel tatsächlich von dem betreffenden chinesischen Unternehmen stammten. 158

dd) 159

In Bezug auf die angegriffene Ausführungsform A ist die Klägerin damit außerstande, sich aufgrund eigener Anschauung zum Klagevorbringen zu erklären, weshalb sie den Vortrag der Klägerin zur Beschaffenheit dieser Ausführungsform mit Nichtwissen bestreiten darf. Da sie ihre Unkenntnis nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auch nicht etwa schuldhaft selbst herbeigeführt hat, ist die mangelnde Fähigkeit zum Prozessvortrag auch nicht etwa nach den Regeln der Beweisvereitelung zu ihrem Nachteil zu behandeln. 160

b) Die Klägerin jedoch den ihr damit obliegenden Nachweis geführt, dass die Beklagte das Klagepatent auch mit der angegriffenen Ausführungsform A verletzt hat. 161

aa) Die Klägerin hat im Verhandlungstermin vom 19.12.2013 die Reste eines „aufblasbaren LED-Schneemannes“ nebst neun LEDs (LED-Lampen) vorgelegt. Aufgrund der Aussagen der Zeugen Dr. G und Prof. E steht zur Überzeugung des Senats fest, dass es sich hierbei um die Reste desjenigen „aufblasbaren Schneemannes“ handelt, der ausweislich der von der Klägerin vorgelegten Rechnung gemäß Anlage TW 22 im Rahmen eines Testkaufs am 17.12.2010 in der Filiale der Beklagten in F erworben wurde. 162

Der als Zeuge vernommene Prozessbevollmächtigte der Klägerin Dr. G hat bekundet, dass nach dem von einer Kollegin getätigten Kauf des Musters des angegriffenen „aufblasbaren 163

Schneemannes“ in den Kanzleiräumen die LEDs von diesem abgetrennt wurden, indem die LED-Kabel durchgeschnitten wurden. Im Anschluss seien zunächst fünf LEDs zu Untersuchungszwecken an die Klägerin versandt worden. Der „Schneemann“ mit den restlichen LEDs sei in der Kanzlei verwahrt worden. Im Mai 2011 seien die verbliebenen LEDs dem Privatgutachter der Klägerin, dem Zeugen Prof. E, übersandt worden. Nach der Durchführung der Untersuchungen habe dieser ihm persönlich neun LEDs zurückgegeben, die sich in einem mit „Y Snowman“ beschrifteten Briefumschlag befunden hätten. Diese LEDs seien sodann „unangerührt“ zusammen mit dem „Schneemann“ in einem Karton in der Kanzlei verwahrt worden, wobei sich die LEDs in einer Plastiktüte befunden hätten. Neben dem in Rede stehenden „aufblasbaren Schneemann“ wurden ausweislich der Rechnung vom 17.12.2010 zwar eine Vielzahl weiterer LED-Artikel erworben. Nach der Aussage des Prozessbevollmächtigten der Klägerin wurden die Produkte aber einzeln gehandhabt. Soweit aus einem Produkt LEDs herausgeschnitten worden seien, seien diese jeweils separat in einzelne Tüten zusammen mit Fotografien von der Produktverpackung gepackt worden, um sicherzustellen, dass jede LED dem konkreten Produkt zugeordnet werde. Die Angaben des Zeugen Dr. G sind glaubhaft. Sie stimmen im Wesentlichen mit den Angaben des Zeugen Prof. E zur Übersendung und Rückgabe der Proben (LEDs) überein. Insbesondere hat der Zeuge Prof. E bestätigt, dass sich die ihm von dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin zur Untersuchung übersandten Produktproben jeweils in Plastiktüten befanden. Bestätigt hat der Zeuge Prof. E auch, dass er dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin die nicht verbrauchten LEDs in einem mit „Snowman“ beschrifteten Briefumschlag persönlich zurückgegeben hat. Anhaltspunkte dafür, dass es in den Kanzleiräumen der Prozessbevollmächtigten der Klägerin trotz der von dem Zeugen Dr. G geschilderten Handhabung zu Verwechslungen oder Vertauschungen gekommen sein könnte, bestehen nicht.

Entsprechendes gilt in Bezug auf die Handhabung und Verwahrung der LEDs im Institut von Prof. E. Das von Prof. E erstellte Privatgutachten gemäß Anlage TW 25 betrifft zwar insgesamt sieben LED-Produkte. Außerdem hat der Zeuge Prof. E bekundet, dass er – zeitlich gestaffelt – einige wenige weitere Gutachten für die Klägerin erstellt hat. Nach seinen Angaben wurden ihm die Proben jedoch jeweils für ein LED-Produkt durch „ein“ Paket übersandt, das nach seinen Angaben gekennzeichnet war. Die Proben hätten sich jeweils in einer Plastiktüte befunden, die wohl auch beschriftet gewesen sei, der jedenfalls jeweils ein Begleitschreiben beigelegt gewesen sei. Der Zeuge Prof. E hat weiter ausgesagt, dass bei der Lagerung der Proben in den Universitätsräumen sichergestellt gewesen sei, dass diese nicht vertauscht werden. Nach seinen Angaben befanden sich die zu einem bestimmten Produkt gehörenden Proben jeweils in einer Plastiktüte, die jeweils getrennt in einem Kasten aufbewahrt wurde. Die Proben wurden hierbei in einem verschlossenen Schrank gelagert, zu dem lediglich ein Mitarbeiter und er selbst Zugang hatten. Anhaltspunkte dafür, dass es trotz dieser Vorkehrungen in den Institutsräumen zu Vertauschungen gekommen sein könnte, bestehen nicht. Nach der Aussage des Zeugen Prof. E befanden sich maximal Proben zu 10 Produkten in den Institutsräumen, mithin eine überschaubare Anzahl an Mustern. Außerdem erfolgte die Untersuchung der jeweiligen Produkt-Proben nach seinen Angaben nicht gleichzeitig, sondern deutlich hintereinander. Der Zeuge Prof. E hat demgemäß selbst ausgeschlossen, dass es in seinem Institut zu Vertauschungen gekommen ist.

Soweit die Beklagte darauf hingewiesen hat, dass von den von der Klägerin vorgelegten LEDs vier Stück jeweils mit einer weißen Kunststoffisolierung umschlossen sind, die vier Streifen unterschiedlicher Farbe aufweist, und die anderen fünf Stück solche Farbmarkierung nicht aufweisen, ergibt sich hieraus nicht, dass es sich bei den vorgelegten Mustern nicht um LEDs ein und desselben Produkts handeln kann. Die Klägerin hat vorgetragen, dass der von

ihr erworbene „aufblasbare Schneemann“ LEDs mit Widerstand und LEDs ohne Widerstand aufgewiesen habe. Nach ihren Erläuterungen ist es auch üblich, dass nicht alle, sondern lediglich ein Teil der LED-Lampen in einem LED-Beleuchtungsfeld mit Widerständen verbunden sind. Gegenteiliges hat die Beklagte nicht aufgezeigt.

bb) Nach dem vom Senat im Berufungsrechtszug eingeholten Sachverständigengutachten entsprechen die LED-Lampen des von der Klägerin zur Akte gereichten „aufblasbaren Schneemanns“ der technischen Lehre des Klagepatents. 166

(1) 167

Zur Charakterisierung der vorliegenden LEDs hat der Gerichtsgutachter diese mittels Fluoreszenzspektroskopie, Röntgenbeugungsanalysen (Pulverdiffraktometrie) und energiedispersiver Röntgenanalyse (EDX = Energy Dispersive X-ray Spectroscopy) untersucht. Die Fluoreszenzspektroskopie dient zur Charakterisierung der Fluoreszenzeigenschaften einer Probe, wobei sowohl die Anregungseigenschaften (d.h. Anregungsspektren) wie die Emissionseigenschaften (Emissionsspektren) untersucht werden können (Gutachten Prof. J, S. 4). Bei Röntgenbeugungsanalysen an Pulvern bzw. der Röntgenpulverdiffraktometrie wird ein mikrokristallines Pulver mit monochromatischem Röntgenlicht bestrahlt. Den Gesetzmäßigkeiten der Braggschen Gleichung folgend wird die einfallende Röntgenstrahlung an den sogenannten Netzebenen der Kristallite reflektiert, was zu konstruktiver bzw. destruktiver Interferenz der reflektierten Röntgenstrahlung führt. Winkelposition und Intensität der beobachteten Beugungsreflexe (sog. Bragg-Reflexe) sind nach den Erläuterungen des Sachverständigen substanzcharakteristisch und hängen von den Gitterbausteinen und Gitterabständen der jeweiligen Substanz ab. Man erhält damit ein substanzcharakteristisches Diffraktogramm, mit dem die vorliegende Substanz identifiziert werden kann (Gutachten Prof. J, S. 10 f.). Bei der energiedispersiven Röntgenanalyse wird die durch Elektronenbestrahlung der Probe im Elektronenmikroskop entstehende Röntgenstrahlung zur Bestimmung der chemischen Zusammensetzung der Probe analysiert. Beim Auftreffen des Elektronenstrahls auf die Probe wird dabei neben weiteren Arten der Wechselwirkung sowohl unspezifische Röntgenbremsstrahlung wie elementcharakteristische Röntgenstrahlung emittiert; die charakteristische Röntgenstrahlung wird mit einem geeigneten Detektor analysiert (Gutachten Prof. J, S. 12). 168

(2) Nach den von Prof. J durchgeführten Untersuchungen verwirklichen die vorliegenden LED-Lampen sämtliche Merkmale des Patentanspruchs 1 wortsinngemäß (vgl. Gutachten Prof. J, S. 16 f.). 169

Bei den LED-Lampen der angegriffenen Ausführungsform A handelt es sich um lichtemittierende Vorrichtungen, die ein lichtemittierendes Teil und einen Leuchtstoff enthalten (Merkmal 1). Das lichtemittierende Teil ist eine blaues Licht emittierende Diode (Merkmal 2 a)). Diese enthält einen Verbindungshalbleiter, bei dem es sich nach den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen um einen auf GaN-basierten Verbindungshalbleiter (Gutachten Prof. J, S. 16), mithin um einen Verbindungshalbleiter auf der Grundlage von Galliumnitrid handelt (Merkmal 2 b)). 170

Die lichtemittierenden Vorrichtungen senden insgesamt weißes Licht aus. Dieses ist auf die Emission des blauem Lichts durch den GaN-basierten Verbindungshalbleiter und auf die Emission von gelbem Licht durch den Leuchtstoff zurückzuführen, weshalb der Leuchtstoff das vom Verbindungshalbleiter emittierte kurzwellige Licht partiell absorbieren und in längerwelliges Licht konvertieren muss (Gutachten Prof. J, S. 16 und 17). Der Leuchtstoff ist damit in der Lage, einen Teil des vom lichtemittierenden Teil ausgesandten Lichtes zu 171

absorbieren und mit einer Wellenlänge auszusenden, die sich von der des absorbierten Lichtes unterscheidet (Merkmal 3 a)).

Der in den lichtemittierenden Vorrichtungen eingesetzte Leuchtstoff enthält ein Granat-Fluoreszenzmaterial entsprechend der in Merkmal 3 b) angegebenen Formel. Nach den Erläuterungen von Prof. J zeigt bereits der Vergleich der Emissionsspektren der lichtemittierenden Vorrichtungen mit Literaturdaten als Referenz eine große Ähnlichkeit des langwelligen Emissionsmaximums der lichtemittierenden Vorrichtung mit dem Leuchtstoff $Y_3Al_5O_{12}:Ce$ bzw. YAG:Ce (Gutachten Prof. J, S. 9 und 17). Außerdem belegen nach seinen Ausführungen die von ihm durchgeführten Röntgenbeugungsuntersuchungen das Vorliegen der Granat-Struktur entsprechend der Zusammensetzung $Y_3Al_5O_{12}$, wobei ein partieller Ersatz von Y^{3+} und/oder Al^{3+} mit Kationen ähnlicher Ionenradien möglich ist (Gutachten Prof. J, S. 11 f. und 17). Die energiedispersive Röntgenanalyse belegt weiter das Vorliegen der Elemente Gadolinium (Gd), Gallium (Ga) und Indium (In) (Gutachten Prof. J, S. 12 ff. und 17). Auf der Grundlage der Analyseergebnisse ist nach der Beurteilung des gerichtlichen Sachverständigen in Bezug auf den Leuchtstoff in der Summe von einer chemischen Zusammensetzung $(Y_{1-x}Gd_x)_3(Al_{1-x-y}Ga_xIn_y)_5O_{12}:Ce$ auszugehen (Gutachten Prof. J, S. 17). Der so beschaffene Leuchtstoff entspricht den Vorgaben des Merkmals 3 b). Die in diesem Merkmal genannte Formel lässt eine teilweise Ersetzung von Yttrium (Y) durch Gadolinium (Gd) ausdrücklich zu. Ebenso kann nach Merkmal 3 b) das Element Aluminium (Al) teilweise durch Gallium (Ga) oder Indium (In) ersetzt sein.

172

Der Leuchtstoff der lichtemittierenden Vorrichtungen befindet sich nach den Ausführungen des Gerichtsgutachters in einem direkten Kontakt mit der ein blaues Licht emittierenden Diode (Gutachten Prof. J, S. 16), weshalb auch das Merkmal 3 c) wortsinngemäß verwirklicht ist.

173

Nach den von Prof. J aufgenommenen Emissionsspektren liegt ein Hauptemissionspeak der blauen Licht emittierenden Diode innerhalb des Bereichs von 400 bis 530 nm (Gutachten Prof. J, S. 7 f. und 16). Merkmal 4 ist damit ebenfalls wortsinngemäß verwirklicht ist.

174

In wortsinngemäßer Verwirklichung des Merkmals 5 ist schließlich eine Hauptemissionswellenlänge des Leuchtstoffs länger als der Hauptemissionspeak des lichtemittierenden Teils. Die von Prof. J ermittelten Emissionsspektren belegen, dass der Leuchtstoff eine Hauptemissionswellenlänge besitzt, die längerwellig ist als die Hauptemissionswellenlänge des GaN-basierten Verbindungshalbleiters (Gutachten Prof. J, S. 16).

175

Nach dem schriftlichen Sachverständigengutachten, gegen das die Beklagte keine Einwände erhoben hat, verwirklichen die LEDs der angegriffenen Ausführungsform A damit sämtliche Merkmale des Patentanspruchs 1.

176

D.

177

Dass die Beklagte im Hinblick auf die vorstehend dargelegte Schutzrechtsverletzung bzw. –benutzung durch die angegriffenen Ausführungsformen zum Schadenersatz verpflichtet ist, weil sie das Klagepatent schuldhaft verletzt hat, und sie der Klägerin, um ihr die Berechnung ihres Anspruches auf Schadenersatz zu ermöglichen, über den Umfang ihrer Verletzungshandlungen Rechnung zu legen hat, hat das Landgericht im angefochtenen Urteil zutreffend dargelegt; auf diese Ausführungen wird zunächst zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen. Im Hinblick auf das Berufungsvorbringen der Beklagten ist darüber hinaus Folgendes anzumerken:

178

1. Ohne Erfolg wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung dagegen, dass das Landgericht von einem ihr zur Last zu legenden Verschulden ausgegangen ist. Die Beklagte hat jedenfalls fahrlässig gehandelt, indem sie die im Geschäftsverkehr erforderliche Sorgfalt nicht beachtet hat, § 276 BGB. 179

a) 180

Der Anspruch auf Schadensersatz wegen patentverletzenden Handlungen setzt Verschulden, das heißt Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (§ 276 Abs. 2 BGB). Der Vorwurf der Fahrlässigkeit setzt daher voraus, dass der objektiv patentverletzende Handelnde den patentverletzenden Charakter seines Verhaltens bei Anwendung der verkehrserforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können. 181

Da sich grundsätzlich jeder Gewerbetreibende vor Aufnahme einer Benutzungshandlung nach etwa entgegenstehenden Schutzrechten Dritter zu vergewissern hat und die erfolgte Patenterteilung in allgemein zugänglichen Quellen bekannt gemacht wird, kann aus dem Vorliegen einer rechtswidrigen Benutzung des Patents in aller Regel auf ein (zumindest fahrlässiges) Verschulden des Benutzers geschlossen werden (vgl. BGH, GRUR 1977, 250, 252 – Kunststoffhohlprofil I; GRUR 1993, 460, 464 – Wandabstreifer; Kühnen, a.a.O., Kap. D Rn. 336). Das gilt nicht nur für ein herstellendes, sondern prinzipiell gleichermaßen für ein lediglich vertreibendes Unternehmen (Kühnen, a.a.O., Kap. D Rn. 336). Von Gewerbetreibenden wird erwartet, dass sie sich über fremde Schutzrechte informieren, die ihren Tätigkeitsbereich betreffen und sie auch deren Schutzbereich prüfen, sofern die Art ihrer gewerblichen Tätigkeit es nicht als ausgeschlossen erscheinen lässt, dass von geschützten Gegenständen oder Verfahren Gebrauch gemacht wird (vgl. LG Mannheim, InstGE 7, 14, 16 – Halbleiterbaugruppe; Kühnen, a.a.O., Kap. D Rn. 339; Mes, PatG, 4. Aufl., § 139 Rn. 105). So ist insbesondere derjenige, der sich als Fachunternehmen mit der Herstellung eines Erzeugnisses befasst, das fremde Schutzrechte verletzen kann, verpflichtet, die Schutzrechtssituation zu überprüfen und sich auf geeignete Weise zu vergewissern, dass das eigene Erzeugnis nicht mit Rechten Dritter kollidiert (BGH, GRUR 1958, 288, 290 – Dia-Rähmchen I; GRUR 1964, 640, 642 – Plastikkorb; GRUR 1977, 598, 601 – Autoskooter-Halle; GRUR 2006, 575, 577 – Melanie). Aber auch von einem reinen Handelsunternehmen, das auf technische Gegenstände einer bestimmten Art oder Gattung „spezialisiert“ ist, ist grundsätzlich eine eigene Prüfung der Schutzrechtssituation zu erwarten, selbst wenn diese wegen der technischen Komplexität des betroffenen Gegenstandes mit einem beträchtlichen Aufwand verbunden ist (vgl. LG Mannheim, InstGE 7, 14, 16 – Halbleiterbaugruppe; Kühnen, a.a.O., Kap. D 339; Busse/Keukenschrijver, PatG, 8. Aufl., § 139 Rn. 105). Hat in der Zulieferkette bereits eine ernsthafte, sorgfältige und sachkundige Prüfung daraufhin stattgefunden, ob das Produkt Schutzrechte im Bestimmungsland verletzt, so reduziert sich die Pflicht des Händlers darauf, sich zu vergewissern, dass die Schutzrechtssituation verlässlich verifiziert worden ist (Kühnen, a.a.O., Kap. D Rn. 339). Eine allgemeine Haftungsfreistellungsklausel, mit der der Lieferant zusichert, dass der Liefergegenstand Rechte Dritter nicht verletzt, reicht insoweit aber nicht aus (LG Mannheim, InstGE 7, 14, 16 – Halbleiterbaugruppe; Kühnen, a.a.O., Kap. D Rn. 339). Vielmehr muss der Nachweis eingefordert werden, dass eine sachkundige und hinreichend erfahrene Person die Verletzungsfrage gewissenhaft mit dem (zumindest vertretbaren) Ergebnis einer Nichtverletzung begutachtet hat, und zwar sowohl in tatsächlicher Hinsicht (Beschaffenheit der angegriffenen Ausführungsform) als auch in rechtlicher Hinsicht (Eingriff in den Schutzbereich?). Wer selbst keine geeigneten Untersuchungen anstellt und wem auch von seinem Zulieferer kein verlässlicher Nachweis über die Nichtverletzung präsentiert wird, aber 182

dennoch den Vertrieb aufnimmt, handelt schuldhaft (Kühnen, a.a.O., Kap. D Rn. 339).

Dies entspricht grundsätzlich auch der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Haftung im Sortenschutzrecht (BGH, GRUR 2006, 575, 577 – Melanie). Danach trifft jedenfalls denjenigen, der ein Erzeugnis bezieht, ohne sich bei seinem Lieferanten zu vergewissern, dass die notwendige Überprüfung von diesem oder einem früheren Glied in der Vertriebskette mit der gebotenen Sorgfalt durchgeführt worden ist, die rechtliche Pflicht, die Schutzrechtsslage selbst zu überprüfen und sich auf geeignete Weise zu vergewissern, dass das eigene Erzeugnis nicht mit Rechten Dritter kollidiert. Insbesondere gilt dies für denjenigen Händler, der – wie die Beklagte – ein Erzeugnis aus dem Ausland bezieht, da gerade in diesem Fall die Möglichkeit besteht, dass der Hersteller und etwaige weitere Glieder der Vertriebskette zu einer Prüfung des Erzeugnisses im Hinblick auf inländische Schutzrechte keine Veranlassung gesehen haben. Ein solcher Händler darf ein Erzeugnis jedenfalls solange nicht in den Verkehr bringen, wie er nicht begründetermaßen annehmen darf, dass die notwendige Prüfung auf die Verletzung von Rechten Dritter zumindest einmal durchgeführt worden ist (BGH, a.a.O.). Für das Patentrecht kann insoweit nichts anderes gelten.

Ob die an ein Handelsunternehmen mit Branchenspezialisierung zu stellenden Sorgfaltsanforderungen in gleichem Umfang für einen „Sortimenter“ gelten, zu dessen Vertriebsprogramm eine große Vielzahl unterschiedlichster Produkte gehört, bedarf vorliegend keiner abschließenden Entscheidung. Insoweit kann hier zugunsten der Beklagten davon ausgegangen werden, dass hinsichtlich solcher Wiederverkäufer Maßstäbe gelten, die zwischen denen für Spediteure oder Lagerhalter, die regelmäßig keiner Prüfungspflicht unterliegen, und denen für Handelsunternehmen liegen, weil ihnen aufgrund der Breite ihres Vertriebsprogramms eine eigene verlässliche Schutzrechtsprüfung mit vertretbarem und deshalb aus Rechtgründen zumutbarem Aufwand faktisch unmöglich oder nicht zuzumuten ist (vgl. Kühnen, a.a.O., Kap. D Rn. 341). Geht man hiervon aus, kommt es, solange keine konkreten Hinweise auf eine Schutzrechtsverletzung existieren (z.B. aufgrund einer Verwarnung oder dergleichen) für den Verschuldensvorwurf darauf an, ob sich dem Sortimenter mit Rücksicht auf den technischen Gegenstand aufdrängen muss, dass technische Schutzrechte betroffen sein können. Muss die Warengattung die Möglichkeit eines Patentschutzes nahelegen, hat sich der Sortimenter jedenfalls bei seinem Lieferanten oder beim Hersteller danach zu erkundigen, ob die Schutzrechtsslage für das vorgesehene Vertriebsgebiet fachkundig geprüft worden ist. Wird dies (nicht nur pauschal in AGB, sondern auf konkrete Nachfrage hin) zugesichert, mag sich der Sortimenter grundsätzlich auf die ihm gegebene Auskunft verlassen können, es sei denn, die Unzuverlässigkeit des Lieferanten ist ihm aus anderem Zusammenhang bekannt oder erkennbar. Einer näheren Kontrolle der behaupteten Schutzrechtsprüfung durch ihn (Hat sie tatsächlich stattgefunden? Von wem ist sie durchgeführt worden? Ist sie inhaltlich lege artis durchgeführt worden?) mag es – anders als bei „spezialisierten“ Handelsunternehmen – nicht bedürfen. Verweigert der Lieferant eine diesbezügliche Zusage, muss auch der Sortimenter allerdings selbst prüfen. Nimmt er den Vertrieb auf, ohne dies zu tun, handelt auch er schuldhaft.

b) 185

Hiervon ausgehend trifft die Beklagte im Streitfall ein Verschuldensvorwurf. Bei den angegriffenen Ausführungsformen, die die Beklagte aus dem Ausland bezogen hat, handelt es sich nicht um einfache, nicht technische Dekorationsgegenstände, welche in der Regel nicht von Schutzrechten betroffen sind, sondern – wie sich für die Beklagte schon aus den Produktbezeichnungen ergab – um LED-Produkte. Bei der LED-Technologie handelt es sich

um eine verhältnismäßig junge Technologie, die naturgemäß von Schutzrechten betroffen ist. Die Beklagte hat in erster Instanz selbst darauf hingewiesen, dass bei einer Suchanfrage in der internationalen Patentklasse HO1L 33/00, unter welche das Klagepatent fällt, fast 4000 in Kraft befindliche Schutzrechte und anhängige Schutzrechtsanmeldungen ermittelt worden sind (vgl. Bl. 71 GA und Anlage B 9). Jedenfalls ein solches technisches Erzeugnis darf auch ein Sortimenter regelmäßig solange nicht in den Verkehr bringen, wie er nicht begründetermaßen annehmen darf, dass die notwendige Prüfung auf die Verletzung von Rechten Dritter zumindest einmal durchgeführt worden ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn er das Produkt – wie hier die Beklagte – selbst nach Deutschland importiert, weil – wie ausgeführt – gerade in diesem Fall die Möglichkeit besteht, dass der Hersteller und etwaige weitere Glieder der Vertriebskette zu einer Prüfung des Erzeugnisses im Hinblick auf inländische Schutzrechte keine Veranlassung gesehen haben. Dies trifft im Streitfall vor allem für die von der Beklagten aus Fernost bezogenen Ausführungsformen B, D, F und G zu. Insoweit konnte und durfte die Beklagte ohne anderweitige Hinweise von vornherein nicht einfach davon ausgehen, dass von dem Anbieter oder Hersteller dieser Gegenstände (auch) die Schutzrechtssituation in Deutschland geprüft worden war. Nichts anderes gilt aber auch in Bezug auf die angegriffenen Ausführungsformen A und C, die die Beklagte ebenfalls aus dem Ausland, nämlich aus den Niederlanden bzw. Schweden nach Deutschland importiert hat. Zwar ist das europäische Klagepatent auch mit Wirkung für diese beiden Länder erteilt worden. Die dortigen nationalen Teile des Klagepatents konnten aber, bedingt durch eine andere Verletzungsrechtsprechung, einen anderen Schutzbereich als der hier geltend gemachte deutsche Teil des Klagepatents haben. Unabhängig davon konnte und durfte die Beklagte nicht einfach darauf vertrauen, dass die niederländischen und schwedischen Händler, welche die angegriffenen Ausführungsformen A und C nicht selbst hergestellt, sondern ihrerseits wiederum aus Fernost bezogen hatten, die Schutzrechtssituation in ihrem jeweiligen Heimatland und darüber hinaus auch für Deutschland tatsächlich geprüft hatten.

Dass sie sich bei den Lieferanten der angegriffenen Ausführungsformen erkundigt habe, dass 187 eine Überprüfung der Schutzrechtssituation in Deutschland von diesen oder einem früheren Glied in der Vertriebskette durchgeführt worden ist, behauptet die Beklagte nicht. Soweit sie in erster Instanz (pauschal) vorgetragen hat, sie lasse sich von ihren direkten Zulieferern versichern, dass eine Klärung gewerblicher Schutzrechte im Vertriebsgebiet vorgenommen worden sei, und sie lasse sich zusätzlich stichprobenartig durch von ihr beauftragte externe Anwälte für bestimmte Produkte selbst die gesamte Rechtekette der Zulieferer- und Lizenzverträge bis zur Quelle nachprüfen (Bl. 64 GA), bedeutet dies nicht, dass derartige auch in Bezug auf die hier angegriffenen Ausführungsformen vor deren Vertrieb erfolgt sei. Ebenso unergiebig wie auch unerheblich ist in diesem Zusammenhang der Hinweis der Beklagten auf eine von ihr verfolgte „etablierte Corporate Compliance Policy“ (Anlage B 14 und Bl. 201 GA). Die von ihr im vorliegenden Rechtsstreit vorgelegten Stellungnahmen hat die Beklagte erst nachträglich eingeholt. Diese verhalten sich auch nicht zu einer etwaigen Überprüfung der Schutzrechtssituation in der Bundesrepublik Deutschland.

Ob ein Vertriebsunternehmen im Allgemeinen auch dann keine eigene Prüfungspflicht 188 hinsichtlich der Verletzung von Schutzrechten Dritter – auch nicht eingeschränkt im Sinne eines Sich-Vergewisserns – trifft, wenn es seine Ware von „namhaften Herstellern“ bezieht (vgl. OLG Düsseldorf, InstGE 6, 152 – Permanentmagnet, für Handys; LG Düsseldorf, GRUR-RR 2012, 323 [LS] und juris – Transglutaminase; Mes, a.a.O., § 139 Rn. 108; ablehnend Kühnen, Kap. D Rn. 340), bedarf im Streitfall keiner Entscheidung, weil die Beklagte die angegriffenen Ausführungsformen nicht von solchen Unternehmen bezogen hat. Das gilt auch in Bezug auf die angegriffene Ausführungsform C. Die schwedische Lieferantin dieser angegriffenen Ausführungsform mag ihren Unternehmensschwerpunkt im Bereich des

Vertriebs von Weihnachtsbeleuchtungsartikeln haben. Dass es sich bei dieser um ein namhaftes und größeres Unternehmen handelt, das weltweit oder zumindest europaweit agiert und über eine eigene Patent- und/oder Rechtsabteilung verfügt, ist weder dargetan noch ersichtlich.

2.Die von der Beklagten in zweiter Instanz erhobene Einrede der Verjährung greift nicht durch, weil die Beklagten die Voraussetzungen einer Verjährung nach § 141 PatG nicht ansatzweise schlüssig dargetan hat. 189

III. 190

Da die Berufung der Beklagten teils zurückgenommen und im Übrigen erfolglos geblieben ist, hat sie nach §§ 97 Abs. 1, 516 Abs. 3 ZPO auch die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen; die Anordnungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergeben sich aus den §§ 708 Nr. 10, 711, 108 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Bei der Anordnungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit hat der Senat berücksichtigt, dass die Beklagte ihre Berufung hinsichtlich der Urteilsaussprüche zu I. 1., 3. und 4. sowie hinsichtlich des Urteilsausspruchs zu I. 2. des landgerichtlichen Urteils, soweit dieser die nach § 140b Abs. 1 und 3 PatG geschuldeten Auskünfte umfasst, zurückgenommen hat; eine Abwendungsbefugnis ist der Beklagten daher insoweit nicht einzuräumen gewesen. 191

Es bestand keine Veranlassung, die Revision zuzulassen, weil die hierfür in § 543 ZPO aufgestellten Voraussetzungen ersichtlich nicht vorliegen. Als Einzelfallentscheidung hat die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO noch erfordern die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung oder die Fortbildung des Rechts eine revisionsgerichtliche Entscheidung im Sinne des § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 192

X Y Z 193