
Datum: 23.03.2017
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-2 U 58/16
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2017:0323.I2U58.16.00

Vorinstanz: Landgericht Düsseldorf, 4b O 109/14

Tenor:

I. Die Berufung der Klägerin gegen das am 24. Mai 2016 verkündete Urteil der 4b Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf wird zurückgewiesen.

II.

Die Klägerin hat auch die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

III.

Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Beklagten wegen ihrer Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils beizutreibenden Betrages abzuwenden, falls nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV.

Die Revision wird nicht zugelassen.

V.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 250.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe :

1

I.

2

Die Klägerin ist seit dem 05.08.2014 ausschließliche Lizenznehmerin an dem auch mit Wirkung für die Bundesrepublik Deutschland erteilten und in englischer Verfahrenssprache veröffentlichten europäischen Patent 0 839 AAA B1 (Klagepatent, Anlage K 1; deutsche Übersetzung [DE 696 24 AAB T2] Anlage K 1a). Aus diesem Schutzrecht nimmt sie die Beklagte in zweiter Instanz noch auf Rechnungslegung, Auskunftserteilung, Vernichtung und Rückruf der als patentverletzend angegriffenen Erzeugnisse sowie Feststellung ihrer Verpflichtung zum Schadensersatz in Anspruch.

3

Die dem Klagepatent zugrunde liegende Anmeldung wurde am 12.07.1996 unter Inanspruchnahme einer US-amerikanischen Priorität vom 14.07.1995 eingereicht. Der Hinweis auf die Patenterteilung wurde am 13.11.2002 bekannt gemacht. Der deutsche Teil des Klagepatents wird beim Deutschen Patent- und Markenamt unter der Registernummer DE 696 24 AAB geführt. Das Klagepatent ist mit Ablauf des 12.07.2016 durch Zeitablauf erloschen.

4

Das Klagepatent betrifft lebensschützende Mittel, Verfahren zu deren Verwendung sowie Extraktionsverfahren für Curcuminoide. Die von der Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit geltend gemachten Ansprüche 1 und 6 des Klagepatents lauten in deutscher Übersetzung wie folgt:

5

„1.

6

Bioprotektive Zusammensetzung, umfassend die folgenden Komponenten: Curcumin, Demethoxycurcumin und Bisdemethoxycurcumin, wobei die Komponenten jede für sich oder in Kombination aufgereinigt und auf die folgenden Bereiche eingestellt sind, bezogen auf die Menge der gesamten Curcuminoide: 75-81 % Curcumin, 15-19 % Demethoxycurcumin und 2,2-6,5 % Bisdemethoxycurcumin, mit der Maßgabe, dass das Verhältnis von Curcumin : Demethoxycurcumin : Bisdemethoxycurcumin nicht 77,5 : 17,9 : 4,7 oder 79,4 : 17,5 : 3,1 ist.“

7

„6.

8

Verwendung von Curcumin, Demethoxycurcumin und Bisdemethoxycurcumin, zur Herstellung eines Medikaments, um eine durch Radikale ausgelöste Schädigung eines Patienten zu verhindern, wobei das Medikament Radikale neutralisiert und die Bildung von Radikalen in dem Patienten verhindert, umfassend die Herstellung einer Zusammensetzung umfassend die folgenden Komponenten: Curcumin, Demethoxycurcumin und Bisdemethoxycurcumin, wobei die Komponenten jede für sich oder in Kombination aufgereinigt und auf die folgenden Bereiche eingestellt werden: 75-81 % Curcumin, 15-19 % Demethoxycurcumin und 2,2-6,5 % Bisdemethoxycurcumin, bezogen auf die Menge der gesamten Curcuminoide.“

9

Die im Dezember 2012 gegründete Beklagte ist Herstellerin und Marketing-Spezialistin für standardisierte Kräuterextrakte und Spezialinhaltsstoffe. Ihr Angebot umfasst u.a. naturkosmetische Inhaltsstoffe, klinisch validierte Produkte, wasserlösliche Inhaltsstoffe, organische Inhaltsstoffe und Nutrazeutika (funktionelle Lebensmittel). Auf ihrer Internetseite bietet die Beklagte das Erzeugnis „BTM“ (angegriffene Ausführungsform) an. Herstellerin dieses Produktes ist die in Indien geschäftsansässige C Pvt Ltd., von der die Beklagte das Erzeugnis auch bezieht.

10

Die Klägerin sieht hierin eine Verletzung des Klagepatents. Sie hat in erster Instanz als Anlage K 8 zwei Untersuchungsberichte eines US-amerikanischen Labors vom 05.03.2014 vorgelegt, die sich nach ihrem Vortrag auf von der Beklagten stammende Proben der angegriffenen Ausführungsform beziehen. Nach diesen Analyseberichten weist eine Probe (Sample # 740-2014-00000906) einen Curcumingehalt von 81,8 % und eine weitere Probe (Sample # 740-2014-00000905) einen Curcumingehalt von 82,7 % auf. Als Anlage K 8a hat die Klägerin einen weiteren Untersuchungsbericht desselben Labors vom 19.06.2014 vorgelegt, der sich nach ihren Vortrag ebenfalls auf das Produkt „BTM“ der C Pvt Ltd. beziehen soll. Nach diesem Analysebericht besteht die untersuchte Probe (Sample # 740-2014-00009567) zu 80,9 % aus Curcumin, zu 16,4 % aus Desmethoxycurcumin und zu 2,77 % aus Bisdemethoxycurcumin.

11

Die Klägerin hat vor dem Landgericht geltend gemacht, dass die Beklagte die Ansprüche 1 und 6 des Klagepatents mit der angegriffenen Ausführungsform verletze. Das angegriffene Erzeugnis verwirkliche sämtliche Merkmale dieser Patentansprüche. Die Proben, auf die sich die von ihr vorgelegten Untersuchungsberichte gemäß Anlage K 8 bezögen, stammten von der Beklagten. Das Produkt, auf das sich der ferner als Anlage K 8a überreichten Untersuchungsbericht beziehe, stamme von der Lieferantin der Beklagten, d.h. von der C Pvt Ltd. Ausweislich des letztgenannten Analyseberichts lägen die Mengen der Komponenten des Erzeugnisses in dem jeweils beanspruchten Bereich. Außerdem wichen auch die Proben gemäß Anlage K 8 allenfalls geringfügig von den im Klagepatent unter Schutz gestellten Bereichen ab. Lediglich der Wert des Hauptbestandteils Curcumin liege bei diesen Proben geringfügig über der oberen Grenze von 81 %, nämlich bei der einen Probe bei 82,7 % und bei der anderen Probe sogar nur bei 81,8 %. Diese geringfügigen Überschreitungen seien für den Fachmann trotz der numerischen Begrenzung durchaus noch als den im Klagepatent unter Schutz gestellten Bereichen zugehörig anzusehen. Selbst wenn man die in den Patentansprüchen genannten Mengenbereiche aber als strenge Grenzen ansehe, würden derart kleinere Über- oder Unterschreitungen unter Äquivalenzgesichtspunkten noch vom Schutzbereich des Klagepatents erfasst. Bei der angegriffenen Ausführungsform handele es sich auch um ein Medikament im Sinne des Patentanspruchs 6. Das Klagepatent fordere insofern lediglich, dass es sich um ein Mittel handele, das durch Radikale ausgelöste Schädigungen und die Bildung von Radikalen verhindern solle. Auf eine arzneimittelrechtliche Zulassung komme es nicht an.

12

Die Beklagte, die um Klageabweisung gebeten hat, hat eine Verletzung des Klagepatents in Abrede gestellt und geltend gemacht: Die sich aus den von der Klägerin als Anlage K 8 vorgelegten Analyseberichten ergebenden Verteilungen lägen außerhalb der vom Klagepatent beanspruchten Bereiche. Gerade weil das Klagepatent spezifische Bereiche betreffe, die teilweise bis auf eine Nachkommastelle definiert seien, komme es auf die genaue Zusammensetzung an. Die Herstellerin des angegriffenen Erzeugnisses habe auf Anfrage erklärt, dass sie seit Beginn der gerichtlichen Auseinandersetzungen in den USA bzw. Deutschland ausschließlich Produkte nach Europa und in die USA ausgeliefert habe, bei denen sich die Verteilung der Komponenten außerhalb des Schutzbereichs des Klagepatents befinde. Dass zuvor patentgemäße Erzeugnisse geliefert worden seien, werde hiermit nicht zugestanden. Es werde vielmehr bestritten, dass die als Anlage K 8a präsentierten Analyseergebnisse das fragliche Produkt „BTM“ ihrer Lieferantin „C Pvt Ltd.“ betreffe. Im Übrigen handele es sich bei der angegriffenen Ausführungsform nicht um ein „Medikament“ im Sinne des Patentanspruchs 6, weil das Erzeugnis nicht als Medikament zugelassen sei.

13

Durch Urteil vom 24.05.2016 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

14

Es lasse sich nicht feststellen, dass die Beklagte in der Bundesrepublik Deutschland eine Zusammensetzung in den Verkehr gebracht oder angeboten habe, die sämtliche Merkmale von Anspruch 1 bzw. Anspruch 6 des Klagepatents verwirkliche. Hinsichtlich der in der Anlage K 8 aufgelisteten Proben, hinsichtlich derer die Beklagte zuletzt nicht mehr in Abrede gestellt habe, dass es sich um von ihr vertriebene Produkte handle, hätten die Untersuchungen eine Curcumin-Konzentration von 81,8 % bzw. 82,7 % ergeben. Damit sei der beanspruchte Bereich von 75 bis 81 % überschritten. Die in den Klagepatentansprüchen genannten Werte seien genau einzuhalten, weshalb eine Patentverletzung insoweit nicht vorliege. Mit dem ferner vorgelegten Untersuchungsbericht gemäß Anlage K 8a könne die Klägerin eine Patentverletzung der Beklagten nicht dartun. Die Klägerin habe nicht dargelegt, dass die Beklagte ein Produkt mit der sich aus diesem Untersuchungsbericht ergebenden Zusammensetzung in den Verkehr gebracht habe. Sie (die Klägerin) habe im Verhandlungstermin keine Angaben dazu machen können, wo sie das betreffende Produkt erworben habe. Anhaltspunkte für ein Inverkehrbringen dieses Produkts durch die Beklagte seien nicht dargetan. Auch ein Anbieten derartiger patentgemäßer Zusammensetzungen durch die Beklagte sei nicht feststellbar. Ein patentverletzendes Anbieten folge insbesondere nicht aus der Verwendung der Produktspezifikation der Herstellerin. Dieser seien keine Angaben zu der konkreten Zusammensetzung der angegriffenen Ausführungsform zu entnehmen. Die Produktspezifikation lasse auch nicht aufgrund anderer Angaben auf eine schutzrechtsverletzende Zusammensetzung schließen. Die Klägerin habe selbst im Verhandlungstermin ausgeführt, dass die patentgemäße Konzentration der einzelnen Bestandteile nicht stets aufgrund ihres Vorkommens in der Pflanze feststehe, sondern die Konzentration der einzelnen Komponenten erst durch Mischen erhalten werde und damit beeinflussbar sei. Die Analyse der dem Untersuchungsbericht gemäß Anlage K 8a zugrunde liegenden Probe habe zwar eine patentverletzende Zusammensetzung ergeben. Allerdings könne dieser Befund nur als Beleg dafür dienen, dass eine schutzrechtsverletzende Zusammensetzung auf dem Markt erhältlich sei. Über das Angebot der Beklagten und die mit der Produktspezifikation angebotenen Zusammensetzungen sage diese Analyse nichts aus.	15
Wegen weiterer Einzelheiten der Begründung wird auf das Urteil des Landgerichts Bezug genommen.	16
Gegen diese Entscheidung hat die Klägerin Berufung eingelegt. In der Berufungsinstanz haben die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt.	17
Zur Begründung ihrer Berufung führt die Klägerin aus:	18
Indem die Beklagte das Erzeugnis „B“ auf ihrer Internetseite angeboten habe, habe sie das Klagepatent verletzt. Das entsprechende Angebot der Beklagten stelle eine Angebotshandlung im Sinne des § 9 Nr. 1 PatG dar. Diese sei auf ein patentgemäßes Erzeugnis gerichtet. Für ein patentverletzendes Angebot sei es nicht erforderlich, dass sich aus dem Angebot selbst sämtliche Anspruchsmerkmale ergäben. Es sei anhand der objektiven Umstände des Einzelfalles zu prüfen, ob sich das Angebot auf einen patentgemäßen Gegenstand beziehe. Hierbei sei zu prüfen, wie das Angebot in Kenntnis aller Umstände objektiv zu verstehen sei. Vorliegend habe die Beklagte ein patentgemäßes Erzeugnis angeboten. Sie habe unstreitig das Produkt „B“ ihrer Lieferantin C Pvt Ltd. angeboten. Wie sich aus dem Analysebericht gemäß Anlage K 8a ergebe, bringe ihre Lieferantin unter diesem Kennzeichen patentgemäße Erzeugnisse in den Verkehr. Das Angebot der Beklagten sei in keiner Weise beschränkt gewesen; es habe sich mithin auf sämtliche Erzeugnisse ihrer Lieferantin bezogen, die diese unter der Bezeichnung „B“	19

vertreibe. Damit habe sich das Angebot der Beklagten zumindest auch auf klagepatentgemäße Erzeugnisse bezogen, die ihre Lieferantin unter dem Kennzeichen „B“ in den Verkehr bringe. Der Empfänger des Angebots gehe nämlich nicht davon aus, dass sich das Angebot nur auf eine Untergruppe der unter dieser Bezeichnung erhältlichen Erzeugnisse beziehe.

Die Klägerin **beantragt**, 20

• I. 22

die Beklagte zu verurteilen, 23

1. 24

ihr Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang sie – die Beklagte – in der Zeit vom 11.12.2012 bis zum 12.07.2016 25

1.1 26

bioprotektive Zusammensetzungen, umfassend die Komponenten Curcumin, Demethoxycurcumin und Bisdemethoxycurcumin, wobei die Komponenten jeder für sich oder in Kombination aufgereinigt und auf die folgenden Bereiche eingestellt sind, bezogen auf die Menge der gesamten Curcuminoide: 75-81 % Curcumin, 15-19 % Demethoxycurcumin und 2,2-6,5 % Bisdemethoxycurcumin, mit der Maßgabe, dass das Verhältnis von Curcumin : Demethoxycurcumin : Bisdemethoxycurcumin nicht 77,5 : 17,9 : 4,7 oder 79,4 : 17,5 : 3,1 ist, 27

im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland angeboten, in den Verkehr gebracht oder zu den genannten Zwecken eingeführt hat 28

und/oder 29

1.2 30

unter Verwendung von Curcumin, Demethoxycurcumin und Bisdemethoxycurcumin hergestellte Medikamente, um eine durch Radikale ausgelöste Schädigung eines Patienten zu verhindern, wobei das Medikament Radikale neutralisiert und die Bildung von Radikalen in dem Patienten verhindert, wobei die Herstellung die Herstellung einer Zusammensetzung umfassend die Komponenten Curcumin, Demethoxycurcumin und Bisdemethoxycurcumin umfasst, wobei die Komponenten jede für sich oder in Kombination aufgereinigt und auf die folgenden Bereiche eingestellt werden, bezogen auf die Menge der gesamten Curcuminoide: 75-81 % Curcumin, 15-19 % Demethoxycurcumin und 2,2-6,5 % Bisdemethoxycurcumin, 31

im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland angeboten, in den Verkehr gebracht oder zu den genannten Zwecken eingeführt hat, 32

und zwar unter Angabe 33

a) der Namen und Anschriften der Hersteller, Lieferanten und anderer Vorbesitzer, der Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer sowie der Verkaufsstellen, für die die Erzeugnisse bestimmt waren, 34

35

b)	er Menge der ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Erzeugnisse sowie der Preise, die für die betreffenden Erzeugnisse bezahlt wurden,	
	wobei zum Nachweis der Angaben die entsprechenden Kaufbelege (nämlich Rechnungen, hilfsweise Lieferscheine) in Kopie vorzulegen sind, wobei geheimhaltungspflichtige Daten geschwärzt werden dürfen;	36
	2.ihr darüber Rechnung zu legen, in welchem Umfang sie – die Beklagte – die zu I. 1. bezeichneten Handlungen in der Zeit vom in der Zeit vom 11.12.2012 bis zum 12.07.2016 begangen hat, und zwar unter Angabe	37
a)	der einzelnen Lieferungen, aufgeschlüsselt nach Liefermengen, -zeiten, -preisen und Artikelbezeichnungen sowie den Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer,	38
b)	der einzelnen Angebote, aufgeschlüsselt nach Angebotsmengen, -zeiten,-preisen und Artikelbezeichnungen sowie den Namen und Anschriften der gewerblichen Angebotsempfänger,	39
c)	der betriebenen Werbung, aufgeschlüsselt nach Werbeträgern, deren Auflagenhöhe, Verbreitungszeitraum und Verbreitungsgebiet,	40
d)	der nach den einzelnen Kostenfaktoren aufgeschlüsselten Gestehungskosten und des erzielten Gewinns;	41
4.		42
	die in ihrem unmittelbaren oder mittelbaren Besitz oder in ihrem Eigentum befindlichen vorstehend zu I. 1. bezeichneten Erzeugnisse an einen von der Klägerin zu benennenden Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Vernichtung auf ihre – der Beklagten – Kosten herauszugeben;	43
5.		44
	die vorstehend zu I. 1. bezeichneten Erzeugnisse gegenüber den gewerblichen Abnehmern unter Hinweis darauf, dass das Gericht den patentverletzenden Zustand der Erzeugnisse festgestellt hat, und mit der verbindlichen Zusage zurückrufen, etwaige Entgelte zu erstatten sowie notwendige Verpackungs- und Transportkosten sowie mit der Rückgabe verbundener Zoll-und Lagerkosten zu übernehmen Kosten der Rückgabe wie für Verpackung, Transport oder Lagerung zu übernehmen und die Erzeugnisse wieder an sich zu nehmen;	45
II.	festzustellen, dass sie – die Beklagte – verpflichtet ist, ihr allen Schaden zu ersetzen, der ihr bzw. der Patentinhaberin durch vorstehend zu I.1. bezeichneten, in der Zeit vom 11.12.2012 bis zum 12.07.2016 Handlungen entstanden ist und noch entstehen wird.	46
	Die Beklagte beantragt ,	47
	die Berufung zu verwerfen, soweit sie unzulässig ist, und sie im Übrigen zurückzuweisen.	48
	Sie macht unter Wiederholung und Ergänzung ihres erstinstanzlichen Vorbringens geltend:	49
	Die Berufung sei teilweise unzulässig, weil die Berufungsbegründung keinerlei Ausführungen zu Umständen enthalte, aus denen sich eine etwaige Rechtsverletzung hinsichtlich der Begehungshandlungen des Inverkehrbringens und Einführens ergeben solle.	50

Soweit die Berufung zulässig sei, sei sie unbegründet. Dass sie – die Beklagte – ein patentgemäßes Erzeugnis in den Verkehr gebracht habe, habe die Klägerin nicht dargelegt. Zu Recht habe das Landgericht auch ein patentverletzendes Anbieten verneint. Die Produkte gemäß dem Untersuchungsbericht gemäß Anlage K 8 verletzen das Klagepatent nicht. Der weitere Untersuchungsbericht gemäß Anlage K 8a betreffe kein von ihr stammendes Produkt. Eine Patentverletzung scheidet insoweit aus, weil die Produktprobe keinen Bezug zum deutschen Staatsgebiet aufweise. Es sei auch keineswegs unstreitig, dass es sich bei der Probe, auf die sie der Untersuchungsbericht gemäß Anlage K 8a beziehe, um eine solche des Produkts „B“ handle, das von ihrer Lieferantin anderweitig ausgeliefert worden sei. Vielmehr habe sie – die Beklagte – eben dies bereits in erster Instanz mit Nichtwissen bestritten, ohne dass die Klägerin für ihre entsprechende Behauptung einen Beweis angetreten habe. Selbst wenn man unterstelle, dass die betreffende Probe tatsächlich von ihrer Lieferantin stamme, lasse sich hieraus nicht schlussfolgern, dass sie – die Beklagte – entsprechende Produkte in Deutschland anbiete. Gerade weil ihr von ihrer Lieferantin versichert worden sei, dass diese bei den Lieferungen an sie darauf achte, das Klagepatent nicht zu verletzen, könne die Analyse eines in den USA oder wo auch immer vertriebenen Produkts nichts über die in Deutschland erhältlichen und hier angebotenen Produkte aussagen. Es sei möglich, dass es sich um einen einmaligen zufälligen Verstoß gehandelt habe, der eben außerhalb Deutschlands stattgefunden habe. Aus einer Produktprobe aus einem anderen Land könne nicht auf das Anbieten eines Produktes mit derselben Zusammensetzung in Deutschland geschlossen werden.	51
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten nebst Anlagen Bezug genommen.	52
II.	53
Die Berufung der Klägerin ist teilweise unzulässig und im Übrigen unbegründet.	54
A.	55
Die Berufung ist unzulässig, soweit das Landgericht auf das <i>Inverkehrbringen</i> der angegriffenen Ausführungsform gestützte Klageansprüche verneint hat.	56
<u>1.</u> In ihrer Klagebegründung hat die Klägerin ihr Klagebegehren zunächst zwar nur damit begründet, dass die Beklagte die angegriffene Ausführungsform anbietet (vgl. Klageschrift, S. 9 und 12 [Bl. 9, 12 GA]). Sie hat sich allerdings schon in der Klageschrift auch darauf berufen, dass die Beklagte das angegriffene Produkt „B“ in der Bundesrepublik Deutschland „vermarktet“ (S. 9 [Bl. 9 GA]). In ihrem Schriftsatz vom 12.10.2015 (S. 2 [Bl. 55 GA]) hat sie ferner geltend gemacht, dass die Beklagte dieses Produkt „vertreibt“. Der Vertrieb eines Produkts beinhaltet dessen Inverkehrbringen, worunter jede Tätigkeit zu verstehen ist, durch die der Eintritt des patentierten Erzeugnisses in den Handelsverkehr, der Umsatz- und Veräußerungsgeschäfte zum Gegenstand hat, tatsächlich bewirkt wird (vgl. Benkard/Scharen, PatG, 11. Aufl., § 9 Rn. 44). Dass die Klägerin die von ihr gegen die Beklagte erhobenen Klageansprüche auch auf ein solches Inverkehrbringen der angegriffenen Ausführungsform stützt, hat sich jedenfalls daraus ergeben, dass sich die Klägerin auf die von ihr als Anlage K 8 vorgelegten beiden Untersuchungsberichte vom 05.03.2014 bezogen und zu diesen Analyseberichten im Verhandlungstermin vor dem Landgericht am 21.04.2016 vorgetragen hat, dass die betreffenden Proben von der Beklagten stammen und in Deutschland erworben wurden (LG-Protokoll, S. 2 [Bl. 81 GA]). Spätestens hiermit hat die Klägerin unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie die Beklagte mit ihrer Klage auch wegen des bereits erfolgten Inverkehrbringens angeblich patentverletzender	57

Erzeugnisse in Anspruch nimmt.

2.Das Landgericht hat dementsprechend in der angefochtenen Entscheidung – zu Recht – auch geprüft, ob die Beklagte patentgemäße Erzeugnisse in den Verkehr gebracht hat (LG-Urteil, S. 14 f., 16), was es verneint hat. 58

3. 59

Mit ihrer Berufung stellt die Klägerin das Urteil des Landgerichts im vollen Umfang zur Überprüfung durch den Senat (vgl. Berufungsbegründung S. 4 [Bl. 111 GA]). Zur Begründung ihres Rechtsmittels führt sie aber lediglich aus, dass das *Angebot* der Beklagten des Produkts „B“ auf deren Internetseite eine patentverletzende Handlung darstelle. Die insoweit in der Berufungsbegründung der Klägerin erhobenen Angriffe richten sich somit allein gegen die Verneinung von auf ein Anbieten der angegriffenen Ausführungsform gestützten Ansprüchen auf Unterlassung, Auskunftserteilung, Vernichtung, Rückruf, Rechnungslegung und Schadensersatz. Zu den Ausführungen des Landgerichts, mit denen das Landgericht die geltend gemachten Klageansprüche wegen eines Inverkehrbringens des angegriffenen Erzeugnisses verneint hat, enthält die Berufungsbegründung der Klägerin keine Angriffe. 60

4.Die Berufung der Klägerin ist bei dieser Sachlage insoweit unzulässig, als das Landgericht die Klage hinsichtlich der auf ein Inverkehrbringen des angegriffenen Produkts „B“ gestützten Klageansprüche abgewiesen hat. Denn insoweit genügt die Berufungsbegründung nicht den Anforderungen des § 520 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 61

a) 62

Werden Patentverletzungsansprüche – wie hier – zum einen auf ein Anbieten und zum anderen auf ein Inverkehrbringen als patentverletzend beanstandeter Erzeugnisses gestützt, handelt es sich bei den Verletzungsansprüchen wegen Anbietens der angegriffenen Ausführungsform und den Verletzungsansprüchen wegen des Inverkehrbringens des angegriffenen Gegenstandes um verschiedene Streitgegenstände und damit um verschiedene prozessuale Ansprüche. 63

Welcher Streitgegenstand mit einem Unterlassungsantrag zur Entscheidung gestellt wird und über welchen Streitgegenstand das Gericht entschieden hat, hängt nicht allein vom Wortlaut von Antrag und Urteilsausspruch ab. Der Streitgegenstand (der prozessuale Anspruch) wird durch den Klageantrag bestimmt, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt, aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet. Das entspricht der prozessrechtlichen Auffassung vom zweigliedrigen Gegenstand im Zivilprozess, der der Bundesgerichtshof folgt (vgl. BGH NJW 2001, 157, 158; GRUR 2003, 716 – Reinigungsarbeiten; GRUR 2006, 421, 422 – Markenparfümverkäufe; GRUR 2011, 743, 744 – Leistungspakete im Preisvergleich). Ein Unterlassungsantrag kann nicht nur auf verschiedene Begründungen gestützt werden; es ist auch möglich, dass mit ein und demselben Unterlassungsantrag mehrere Streitgegenstände in das Verfahren eingeführt werden (BGH, GRUR 2003, 716, 717 – Reinigungsarbeiten). So verhält es sich z.B. im Patentverletzungsprozess, wenn der Verletzungskläger den Verletzungsbeklagten auf Unterlassung des Anbietens und Inverkehrbringens als patentverletzend beanstandeter Gegenstände in Anspruch nimmt und den geltend gemachten Unterlassungsanspruch sowohl mit dem Angebot als auch mit dem Inverkehrbringen der angegriffenen Gegenstände und damit nicht nur mit mehreren Verletzungsfällen, sondern auch mit unterschiedlichen Verletzungsarten begründet. 64

Nicht nur die unterschiedlichen Rechtsfolgen, d.h. die unterschiedlichen Ansprüche, die dem Patentinhaber im Falle einer Patentverletzung zustehen (z.B. Unterlassung, Vernichtung, Rückruf, Auskunft und Schadensersatz) bilden unterschiedliche Streitgegenstände. Gleiches gilt auch für die einzelnen im Rahmen eines Unterlassungsbegehrens zu verbietenden Handlungsweisen, die dem Katalog der allein dem Patentinhaber vorbehaltenen Benutzungshandlungen gemäß § 9 PatG zu entnehmen sind, wie z.B. das Anbieten und Inverkehrbringen (Zigann in: Haedicke/Timmann, Hdb. des Patentrechts, § 11 Rn. 63). Es handelt sich jeweils um unterschiedliche Verletzungstatbestände, die jeder für sich einen selbständigen Unterlassungsanspruch auslösen können, und damit im Kern um unterschiedliche Lebenssachverhalte. Dass es sich um unterschiedliche Streitgegenstände handelt, folgt hierbei auch daraus, dass der Kläger grundsätzlich für jede einzelne Benutzungsart, die dem Beklagten untersagt werden soll, eine Begehungsgefahr, d.h. eine Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr, dartun und ggf. nachweisen muss (Zigann in: Haedicke/Timmann, Hdb. des Patentrechts, § 11 Rn. 63). Gelingt ihm dies für einzelne Benutzungshandlungen nicht, so ist die Klage insoweit grundsätzlich abzuweisen.

Dem steht nicht entgegen, dass Gegenstand eines Unterlassungsanspruchs nach der Rechtsprechung des Senats unter Umständen auch Benutzungsarten sein können, hinsichtlich derer der Verletzungskläger nicht dargetan hat, dass der Verletzungsbeklagte auch solche Handlungen vorgenommen hat. Handelt es sich bei dem wegen Patentverletzung in Anspruch genommenen Beklagten z.B. um ein Herstellungsunternehmen, das Herstellungshandlungen vorgenommen hat, besteht im Allgemeinen eine Begehungsgefahr auch für nachfolgende Angebots- und Vertriebshandlungen, weil die Herstellung eines Produktes typischerweise ihrem anschließenden Verkauf dient. Ein Hersteller ist daher regelmäßig wegen sämtlicher Benutzungshandlungen des § 9 Nr. 1 PatG zu verurteilen. Ist der Beklagte ein reines Handelsunternehmen, so schafft jede Angebotshandlung regelmäßig eine Begehungsgefahr für das Inverkehrbringen, Gebrauchen, Besitzen und Einführen (vgl. Kühnen, a.a.O., Kap. D Rn. 238). Grund hierfür ist jeweils, dass der Geschäftsbetrieb des in Anspruch genommenen Unternehmens auch auf diese Benutzungsarten ausgerichtet ist bzw. diese Benutzungsarten vom üblichen Geschäftsbetrieb eines solchen Unternehmens umfasst sind, so dass regelmäßig auch mit diesen Handlungsweisen zu rechnen ist. Hinsichtlich dieser Benutzungsarten besteht deshalb eine Erstbegehungsgefahr. Darüber hinaus ist, sofern das beklagte Unternehmen nicht einwendet, es habe bislang nur eine bestimmte Benutzungsart (z.B. Anbieten) vorgenommen, nach der Lebenserfahrung regelmäßig die Annahme gerechtfertigt, dass es auch bereits zu anderweitigen Benutzungshandlungen (z.B. Inverkehrbringen) gekommen ist. Welche konkrete Benutzungsform vom Patentinhaber im Einzelfall aufgedeckt wird, hängt nämlich häufig nur vom Zufall ab. In solchen Fallkonstellationen erfolgt eine Verurteilung zur Unterlassung der betreffenden Benutzungsart aber stets nur wegen einer entsprechenden Begehungsgefahr, d.h. einer Erstbegehungs- oder einer Wiederholungsgefahr, weshalb diese Praxis der Annahme unterschiedlicher Streitgegenstände nicht widerspricht.

Die vorstehenden Erwägungen gelten auch für das Anbieten und Inverkehrbringen. Beide Benutzungsarten betreffen zwar den Vertrieb ein- und desselben Erzeugnisses. Das Anbieten im Sinne des § 9 PatG ist aber nicht nur eine dem Herstellen, Inverkehrbringen, Gebrauchen, Einführen oder Besitzen vorausgehende Vorbereitungshandlung, sondern eine eigenständige Benutzungsart neben diesen Handlungen, die selbstständig zu beurteilen und für sich selbst anspruchsbegründend ist (vgl. BGH, GRUR 2003, 1031, 1032 – Kupplung für optische Geräte; GRUR 2006, 927, 928 – Kunststoffbügel, BGH, GRUR 2007, 221, 222 – Simvastatin; Senat, GRUR 2004, 417, 419 – Cholesterinspiegel-senker; Senat, Urt. v. 20.12.2012 – 2 U 89/07, BeckRS 2013, 11856; Urt. v. 30.10.2014 – Az. I-2 U 3/14, BeckRS 2014, 21755; Urt. v.

66

67

06.10.2016 – I-2 U 19/16, BeckRS 2016, 21218; Benkard/Scharen, a.a.O., § 9 Rn. 40 m. w. Nachw.). Darüber hinaus betreffen das Anbieten und das Inverkehrbringen aber auch unterschiedliche Lebenssachverhalte (Klagegründe).

b)Die Annahme unterschiedlicher Streitgegenstände ist überdies in Bezug auf die mit der Klage geltend gemachten Schadensersatzansprüche zwingend. Nach § 139 Abs. 2 PatG ist dem Verletzten zum Schadensersatz verpflichtet, wer entgegen den §§ 9 bis 13 eine patentierte Erfindung benutzt und die Handlung vorsätzlich oder fahrlässig vornimmt. Begehrt der Kläger von dem Beklagten Schadensersatz dafür, dass dieser ein patentgemäßes Erzeugnis hergestellt, angeboten, in den Verkehr gebracht, gebraucht oder zu den genannten Zwecken eingeführt oder besessen hat, werden der Sache nach mehrere rechtlich selbständig nebeneinanderstehende Schadensersatzansprüche geltend gemacht. Mögen auch die Schäden, die einem Patentinhaber durch widerrechtliche Benutzung seiner Erfindung auf die eine oder die andere der in § 9 Nr. 1 PatG aufgeführten Benutzungsarten entstehen, sich je nach Lage des Falles im Ergebnis mehr oder weniger decken, so handelt es sich doch rechtlich um unterschiedliche Verletzungstatbestände, die durchaus auch zu unterschiedlichen Schäden führen können (BGH, GRUR 1960, 423, 424 – Kreuzbodenventilsäcke). Damit liegen insoweit aber auch unterschiedliche Streitgegenstände vor.

68

Dem steht nicht entgegen, dass es für die Feststellung der Schadensersatzpflicht aus § 139 Abs. 2 PatG und die Verurteilung zur Rechnungslegung in der Regel bereits genügt, wenn nachgewiesen wird, dass der Beklagte während der Schutzdauer des Klagepatents überhaupt irgendwelche schuldhaft rechtswidrigen Verletzungshandlungen begangen hat (vgl. BGH, GRUR 1956, 265, 269 – Rheinmetall-Borsig I; GRUR 1960, 423, 424 – Kreuzbodenventilsäcke). Geht der Streit, wie zumeist in Patentverletzungssachen, darum, ob die von dem Beklagten hergestellten oder vertriebenen Gegenstände von der Lehre des Klagepatents Gebrauch machen, und ist es daneben zwischen den Parteien nicht streitig, durch was für eine der in § 9 PatG genannten Benutzungsarten der Beklagte das Patent verletzt haben soll, so bestehen in der Regel – sofern die betreffenden Benutzungsformen nach der Ausrichtung des beklagten Unternehmens als möglich in Betracht kommen – keine Bedenken, auf einen entsprechenden Klagantrag hin die Feststellung der Schadensersatzpflicht und die Verurteilung zur Rechnungslegung auf alle in § 9 Nr. 1 PatG genannten Benutzungsarten zu erstrecken, auch wenn für sie kein konkreter Vortrag geleistet und/oder Nachweis erbracht ist (vgl. BGH, GRUR 1960, 423, 424 – Kreuzbodenventilsäcke; Benkard/Grabinski/Zülch, a.a.O., § 139 Rn. 32). Etwas anderes gilt jedoch, wenn unstrittig ist, dass die angegriffene Ausführungsform in den Schutzbereich des Klagepatents fällt, und der Streit der Parteien nur und gerade darum geht, ob das, was der Beklagte in Bezug auf diese Ausführungsform getan haben soll, unter eine der nach § 9 PatG allein dem Patentinhaber vorbehaltenen Benutzungsarten fällt (BGH, GRUR 1960, 423, 424 – Kreuzbodenventilsäcke; Benkard/Grabinski/Zülch, a.a.O., § 139 Rn. 32). Nichts anderes kann gelten, wenn die Parteien – wie im Streitfall – sowohl darüber streiten, ob die angegriffene Ausführungsform von der Lehre des Klagepatents Gebrauch macht, und zwischen den Parteien darüber hinaus streitig ist, ob der Beklagte eine ihm auch zur Last gelegte Benutzungsform vorgenommen hat, was dieser plausibel in Abrede stellt. Auch in einem solchen Fall kommt eine Feststellung der Schadensersatzpflicht und eine Verurteilung des Beklagten zur Rechnungslegung grundsätzlich nur für diejenigen Benutzungsarten des § 9 PatG in Betracht, für die eine Verletzungshandlung vom Kläger nachgewiesen wird. Darauf kommt es vorliegend allerdings nicht einmal entscheidend an. Denn dies alles betrifft nur die Rechtsfolgenseite und steht daher den vorstehenden Erwägungen nicht entgegen. Jede einzelne Benutzungsart repräsentiert mithin einen eigenen Streitgegenstand, selbst wenn aus

69

jeder von ihnen dieselben, vollständigen Rechtsfolgen hergeleitet und zugesprochen werden können.

c) 70

Betrifft die erstinstanzliche Entscheidung damit aber mehrere prozessuale Ansprüche, so ist für jeden Anspruch eine den Anforderungen des § 520 Abs. 3 S. 2 ZPO genügende Begründung der Berufung erforderlich (vgl. BGH, GRUR 2006, 429 – Schlank-Kapseln). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss daher z.B. die Berufungsbegründung eines Klägers, der sein Unterlassungsbegehren sowohl auf Wiederholungsgefahr wegen der behaupteten Verletzungshandlung als auch auf Erstbegehungsgefahr wegen Erklärungen des Beklagten bei der Rechtsverteidigung im gerichtlichen Verfahren stützt, da insoweit unterschiedliche Streitgegenstände vorliegen, im Falle einer Abweisung der gesamten Klage durch das Landgericht, wenn das erstinstanzliche Urteil insgesamt angefochten werden soll, für jeden dieser beiden prozessualen Ansprüche den Anforderungen des § 520 Abs. 3 S. 2 ZPO genügen (BGH, GRUR 2006, 429 – Schlank-Kapseln). Entsprechendes hat zu gelten, wenn der Kläger sein Klagebegehren sowohl auf das Anbieten als patentverletzend beanstandeter Erzeugnisse als auch auf das Inverkehrbringen solcher Erzeugnisse stützt. 71

d) Dass im Streitfall trotz Verneinung eines Inverkehrbringens der angegriffenen Erzeugnisse im Falle der Feststellung eines patentverletzenden Anbietens dieser Erzeugnisse wegen des Bestehens einer Erstbegehungsgefahr (siehe oben) ein auch auf das Unterlassen des Inverkehrbringens der angegriffenen Ausführungsform gerichteter Unterlassungsanspruch bestehen kann, steht dem nicht entgegen. Denn die (einheitliche) Rechtsfolge wird insoweit aus unterschiedlichen Lebenssachverhalten hergeleitet, nämlich zum einen aus dem – hier vom Landgericht verneinten – Inverkehrbringen der angegriffenen Erzeugnisse und zum anderen aus dem Anbieten der Erzeugnisse und der Ausrichtung des Unternehmens der Beklagten. 72

B. 73

Soweit die Berufung zulässig ist, ist sie unbegründet. Zu Recht hat das Landgericht eine Verletzung des Klagepatents durch die Beklagte verneint. Das Berufungsvorbringen der Klägerin rechtfertigt keine abweichende Entscheidung. 74

1. 75

Das Klagepatent betrifft mit seinem Patentanspruch 1 eine protektive (lebensschützende) Zusammensetzung, die drei Curcuminoide enthält, und mit seinem Patentanspruch 6 die Verwendung dieser Curcuminoide zur Herstellung eines Medikaments. 76

Zum besseren Verständnis ist zunächst zu bemerken, dass die Kurkuma oder Kurkume (*Curcuma longa*), auch Gelber Ingwer, Safranwurz(ell), Gelbwurz(ell), Gilbwurz(ell) oder *Curcuma* genannt, eine Pflanzenart innerhalb der Familie der Ingwergewächse (*Zingiberaceae*) ist. Sie stammt aus Südasien und wird in den Tropen vielfach kultiviert. Das Rhizom ähnelt stark dem des Ingwers, ist jedoch intensiv gelb; das geschälte Rhizom wird frisch und getrocknet als Gewürz und Farbstoff verwendet. Es sind bis zu fünf Prozent typische ätherische Öle sowie bis zu drei Prozent für die gelbe Färbung verantwortlichen Curcumin bzw. dessen Derivate (Curcuminoide) enthalten. Die wichtigsten chemischen Komponenten sind neben Curcumin, Demethoxycurcumin und Bisdemethoxycurcumin (vgl. zum Ganzen: Wikipedia, Stichwort „Kurkuma“). 77

78

Die Klagepatentschrift führt in ihrer Einleitung (Anlage K 1a, S. 1, 1. Abs.) aus, dass Curcuma longa oder Curcuma eines der ältesten Kräuter in der Ayurveda-Arzneimittellehre ist und in der Ayurveda-Medizin innerlich als ein Magen-Tonikum und Blutreiniger sowie topisch zur Vorbeugung und Behandlung von Hautkrankheiten verwendet wird. Die Bedeutung von Curcuma in der Medizin habe sich aufgrund der neuen Entdeckung der Antioxidans-Eigenschaften von natürlich vorkommenden phenolischen Verbindungen beträchtlich verändert. Es sei gefunden worden, dass das gleiche gemahlene getrocknete Rhizom von Curcuma longa, welches jahrzehntelang als ein Gewürz, Nahrungsmittel-Konservierungsstoff und als ein Färbemittel verwendet worden sei, eine ergiebige Quelle für phenolische Verbindungen oder Curcumionide sei. Es gebe drei bekannte Haupt-Curcumionide, nämlich – die eingangs erwähnten Komponenten – Curcumin (Diferuloylmethan), Demethoxycurcumin (p-Hydroxycinnamoyl-[feruloyl]methan) und Bisdemethoxycurcumin (p,p-Dihydroxydicinnamoylmethan)

Die Klagepatentschrift führt einleitend weiter aus, dass Curcuminoide wissenschaftlich beschriebene Antioxidans-Eigenschaften, entzündungshemmende, antibakterielle, antifugale, antiparasitische, antimutagene, antikanzerogene und entgiftende Eigenschaften aufwiesen. Ihre potentielle Verwendung bei der Prävention von Krebs und bei der Behandlung von HIV-Virus-Infektionen sei der Gegenstand intensiver Labor-Forschung und klinischer Forschung. Es sei die breite biologische Aktivität und die Sicherheit bei der Verwendung von Curcuminoiden erkannt worden. Die biologische Aktivität von Curcuminoiden könne am besten durch das Wort „protektiv“ beschrieben werden (Anlage K 1a, S. 1, 2. Abs.) 79

Curcumin und Curcuma seien viele Jahre als entzündungshemmende Wirkstoffe verwendet worden. Vor kürzerem habe großes Interesse in möglichen chemopräventiven Effekten von Curcumin bestanden. Curcumin inhibitiere eine Tumor-Initiierung durch Benzo[a]pyren und eine Tumor-Entwicklung durch 12-O-Tetradecanoylphorbol-13-acetat (TPA) in weiblichen CD-1-Mäusen (Anlage K 1a, S. 2, 1. Abs.) 80

Vor diesem Hintergrund hat es sich das Klagepatent zur Aufgabe gemacht, die Antioxidans-Eigenschaften von Curcumin, Desmethoxycurcumin, Bisdemethoxycurcumin und mehreren Präparationen, die unterschiedliche Anteile an Curcumin, Demethoxycurcumin, Bisdemethoxycurcumin enthalten, näher zu untersuchen und nutzbar zu machen. 81

Patentanspruch 1 des Klagepatents schlägt hierzu eine bioprotektive Zusammensetzung mit folgenden Merkmalen vor: 82

(1) Bioprotektive Zusammensetzung, umfassend die Komponenten: 83

(1.1) Curcumin, 84

(1.2) Demethoxycurcumin und 85

(1.3) Bisdemethoxycurcumin. 86

(2) Die Komponenten sind jede für sich oder in Kombination aufgereinigt. 87

(3) Die Komponenten sind bezogen auf die Menge der gesamten Curcuminoide eingestellt auf: 88

(3.1) 75-81 % Curcumin 89

(3.2) 15-19 % Demethoxycurcumin und 90

(3.3)	2,2-6,5 % Bisdemethoxycurcumin	91
	mit der Maßgabe, dass das Verhältnis von Curcumin : Demethoxycurcumin : Bisdemethoxycurcumin nicht 77,5 : 17,9 : 4,7 oder 79,4 : 17,5 : 3,1 ist.	92
	<u>Patentanspruch 6</u> schlägt ferner eine Verwendung von Curcuminoiden zur Herstellung eines Medikaments mit folgenden Merkmalen vor:	93
	<ul style="list-style-type: none"> • 1. Verwendung von Curcumin, Demethoxycurcumin und Bisdemethoxycurcumin zur Herstellung eines Medikaments. 	995
2.	Das Medikament dient der Verhinderung einer durch Radikale ausgelösten Schädigung eines Patienten.	96
	<ul style="list-style-type: none"> • 3. Das Medikament neutralisiert Radikale und verhindert die Bildung von Radikalen in dem Patienten. 	998
	<ul style="list-style-type: none"> • 4. Die Verwendung umfasst die Herstellung einer Zusammensetzung mit den Komponenten Curcumin, Demethoxycurcumin und Bisdemethoxycurcumin. 	1000
	<ul style="list-style-type: none"> • 5. Die Komponenten sind jede für sich oder in Kombination aufgereinigt. 	1002
	<ul style="list-style-type: none"> • 6. Die Komponenten sind, bezogen auf die Menge der gesamten Curcuminoiden, auf die folgende Bereiche eingestellt: 	1004
6.1.	75-81 % Curcumin,	105
6.2.	15-19 % Demethoxycurcumin,	106
6.3.	2,2-6,5 % Bisdemethoxycurcumin.	107
	Die Klagepatentbeschreibung hebt hervor, dass mit der in Patentanspruch 1 beschriebenen Curcuminoid-Zusammensetzung eine maximale bioprotektive Aktivität erhalten werden kann (vgl. Anlage K 1a, S. 8 Abs. 6).	108
<u>2.</u>		109
	Die Beklagte hat das Klagepatent mit den angegriffenen Ausführungsformen nicht verletzt.	110
	a) Eine Verletzung des Klagepatents durch ein <i>Inverkehrbringen</i> patentgemäßer Erzeugnisse hat das Landgericht rechtskräftig bzw. von der Berufung unangegriffen verneint. Die von ihr erhobenen Klageansprüche kann die Klägerin daher nicht mehr auf ein Inverkehrbringen der angegriffenen Ausführungsform durch die Beklagte stützen, was sie auch nicht tut.	111
	b) Das Ergebnis ist kein anderes, wenn man entgegen den Ausführungen unter A. nicht von einer teilweisen Unzulässigkeit der Berufung ausgeht. Denn das Landgericht hat nicht nur unangefochten, sondern auch zutreffend ein Inverkehrbringen patentgemäßer Erzeugnisse durch die Beklagte verneint.	112

aa)Zur Darlegung einer Verletzung des Klagepatents durch die Beklagte hat sich die Klägerin 113
in erster Instanz u.a. auf die als Anlage K 8 vorgelegten beiden Untersuchungsberichte des
US-amerikanischen D vom 05.03.2014 bezogen, hinsichtlich derer sie vorgetragen hat, dass
die untersuchten Proben von der Beklagten stammen, was die Beklagte nach den
Ausführungen des Landgerichts im angefochtenen Urteils zuletzt nicht mehr bestritten hat.
Die Produkte sind damit zwar von der Beklagten in den Verkehr gebracht worden. Nach den
Analyseberichten gemäß Anlage K 8 weist die eine Produktprobe (Sample # 740-2014-
00000906) allerdings einen Curcumin-Gehalt von 81,8 % und die andere Probe (Sample #
740-2014-00000905) einen Curcumin-Gehalt von 82,7 % auf. Das Landgericht hat in seinem
Urteil ausgeführt, dass die untersuchten Produkte damit das Merkmal (3.1) des
Patentanspruchs 1 und das Merkmal (6.1) des Patentanspruchs 6, die jeweils einen
Curcumin-Gehalt von 75 bis 81 % fordern, nicht verwirklichen und dies im Einzelnen
begründet. Diese Ausführungen, gegen die sich die Beklagte mit ihrer Berufung nicht wendet,
lassen keine Rechtsfehler erkennen. Der Senat schließt sich ihnen vorsorglich ausdrücklich
an. Die von der Klägerin ermittelten Werte fallen nicht in den vom Klagepatent beanspruchten
Bereich.

bb)Außerdem hat sich die Klägerin in erster Instanz auf einen weiteren Untersuchungsbericht 114
der D Inc. vom 19.06.2014 (Anlage K 8a) gestützt, der nach ihrem Vortrag die Analyse einer
Probe des Produkts „B“ der Herstellerin C Pvt Ltd. zum Gegenstand haben soll. Ausweislich
dieses Analyseberichts besteht diese untersuchte Probe zwar zu 80,9 % aus Curcumin, zu
16,4 % aus Desmethoxycurcumin und zu 2,77 % aus Bisdemethoxycurcumin. Sie entspricht
damit den Vorgaben von Merkmal (3) des Anspruchs 1 sowie von Merkmal 6 des Anspruchs
6 des Klagepatents. Es ist jedoch unstreitig, dass diese Probe nicht von der Beklagten
stammt. Im Verhandlungstermin vor dem Senat hat die Klägerin vorgetragen, dass die
betreffende Probe in den USA erworben worden sei. Das untersuchte Erzeugnis ist damit
nicht von der Beklagten bezogen worden.

cc)Weitere Untersuchungsberichte hat die Beklagte weder in erster Instanz noch in zweiter 115
Instanz vorgelegt.

c)In zweiter Instanz macht die Klägerin daher auch nur noch geltend, dass dieBeklagte das 116
Produkt „B“ (auch) mit einer patentgemäßen Konzentration *angeboten* habe. Zur Begründung
führt sie aus, dass die Beklagte auf ihrer Internetseite das Produkt „B“ der C Pvt Ltd.
angeboten habe, und dass die Herstellerin und Lieferantin der Beklagten, die C Pvt Ltd.,
dieses Produkt auch in einer klagepatentgemäßen Zusammensetzung bzw. mit einer
klagepatentgemäßen Konzentration der Curcuminoide vertreibe. Letztere Behauptung stützt
die Klägerin auf den bereits erwähnten Untersuchungsbericht des US-amerikanischen D vom
19.06.2014 (Anlage K 8a), der sich nach ihrem Vortrag auf eine Probe des Produkts „B“ der
Lieferantin der Beklagten bezieht, was die Beklagte bereits in erster Instanz in zulässiger
Weise mit Nichtwissen bestritten hat und was diese auch weiterhin bestreitet. Auch dieser
Vortrag ist jedoch nicht geeignet, eine Benutzung des Klagepatents durch die Beklagte zu
belegen. Auch dann, wenn sich der von der Klägerin vorgelegte Untersuchungsbericht
gemäß Anlage K 8a auf eine Probe des Produkts „B“ der Lieferantin der Beklagten beziehen
sollte, was zugunsten der Klägerin unterstellt werden kann, lässt sich nämlich nicht
feststellen, dass die Beklagte das Produkt „B“ in der Bundesrepublik Deutschland entgegen §
9 S. 2 Nr. 1 PatG mit einem patentgemäßen Curcumin-Gehalt angeboten hat.

aa)Das Anbieten im Sinne des § 9 PatG ist – wie ausgeführt – nicht nur eine dem Herstellen, 117
Inverkehrbringen, Gebrauchen, Einführen oder Besitzen vorausgehende
Vorbereitungshandlung, sondern eine eigenständige Benutzungsart neben diesen

Handlungen, die selbständig zu beurteilen und für sich selbst anspruchsbegründend ist. Der Begriff „Anbieten“ ist im wirtschaftlichen Sinne zu verstehen und fällt nicht mit dem juristischen Begriff eines Vertragsangebots zusammen (BGH, GRUR 2003, 1031, 1032 – Kupplung für optische Geräte; GRUR 2005, 665, 666 – Radschützer; GRUR 2006, 927, 928 – Kunststoffbügel; Benkard/Scharen, a.a.O., § 9 Rn. 41). Der Begriff des „Anbietens“ umfasst deshalb auch vorbereitende Handlungen, die das Zustandekommen eines späteren Geschäfts über einen unter Schutz stehenden Gegenstand ermöglichen oder fördern sollen, das – wie beim Abschluss eines Kaufvertrages – die Benutzung dieses Gegenstands einschließt (BGH, GRUR 2003, 1031, 1032 – Kupplung für optische Geräte; GRUR 2006, 927, 928 – Kunststoffbügel; Benkard/Scharen, a.a.O., § 9 Rn. 41). Ausreichend ist eine Handlung, die einem bestimmten oder beliebigen Dritten erkennbar macht, dass eine Veräußerung oder Gebrauchsüberlassung beabsichtigt ist, und die Empfänger anregen soll, ein Erzeugnis, das – wie es in § 9 Abs. 1 Nr. 1 PatG heißt – Gegenstand des Patents ist, also von der hiermit unter Schutz gestellten Lehre Gebrauch macht, zum Eigentum oder zur Benutzung zu erwerben (Senat, GRUR 2004, 417, 418 – Cholesterinspiegelsenker, m. w. Nachw.; Benkard/Scharen, a. a. O., § 9 Rn. 41). Dies kann derart geschehen, dass Interessenten Gebote auf Überlassung abgeben können. Ein Mittel hierzu ist auch das bloße Verteilen eines Werbeprospekts oder die Bewerbung eines Erzeugnisses im Internet. Bereits eine solche Maßnahme ist nämlich bestimmt und geeignet, Interesse an dem beworbenen Gegenstand zu wecken und diesen betreffende Geschäftsabschlüsse zu ermöglichen (vgl. BGH, GRUR 2003, 1031, 1032 – Kupplung für optische Geräte; GRUR 2006, 927, 928 – Kunststoffbügel; Benkard/Scharen, a.a.O., § 9 Rn. 41 m. w. Nachw.).

Nach § 9 S. 2 Nr. 1 PatG muss dem Angebot nach seinem Inhalt ein Erzeugnis zu Grunde liegen, das von der Lehre des Klagepatents Gebrauch macht. Fehlt es an einem unmittelbaren Bezug zu einem körperlichen Gegenstand, dessen Gestalt und Beschaffenheit feststeht und dem Beweis zugänglich ist, muss dies anhand derjenigen objektiven Gegebenheiten des Streitfalles geprüft werden, die in vergleichbarer Weise eine verlässliche Aussage über Gestalt und Beschaffenheit des Erzeugnisses zulassen (BGH, GRUR 2003, 1031, 1032 – Kupplung für optische Geräte; GRUR 2005, 665, 666 – Radschützer; Benkard/Scharen, a.a.O., § 9 Rn. 42). Zu den zu berücksichtigenden objektiven Umständen gehört beispielsweise, ob es das im Werbeprospekt oder Internetauftritt abgebildete Erzeugnis zur Zeit der Werbung nur in einer patentverletzenden Ausführung gab oder ob Abbildung und Artikelnummer derjenigen entsprechen, die zuvor für patentverletzende Gegenstände benutzt wurden (BGH, GRUR 2005, 665, 666 – Radschützer; Senat, Urt. v. 20.12.2012 – 2 U 89/07; Benkard/Scharen, a. a. O., § 9 Rn. 42). Dagegen bilden weder das Verständnis des Werbenden noch das Verständnis einzelner Empfänger oder einer bestimmten Gruppe von Personen, an die sich das Werbemittel wendet, einen brauchbaren Maßstab (BGH, GRUR 2003, 1031, 1032 – Kupplung für optische Geräte; GRUR 2005, 665, 666 – Radschützer; Benkard/Scharen, a. a. O., § 9 Rn. 42). Es bedarf daher keiner empirischen Ermittlung des Verständnisses der Adressaten der Werbung (BGH, GRUR 2005, 665, 666 – Radschützer). Das bedeutet aber nicht, dass bei der Beurteilung der schutzrechtsverletzenden Qualität von Angeboten deren objektiver Erklärungswert, der aus der Sicht der Angebotsempfänger zu beurteilen ist, außer Betracht zu lassen ist; der aus der Sicht der angesprochenen Kreise unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände des Einzelfalles zu ermittelnde objektive Erklärungswert der Werbung ist vielmehr ein wesentlicher Gesichtspunkt für die tatrichterliche Würdigung (BGH, GRUR 2005, 665, 666 – Radschützer; Benkard/Scharen, a. a. O., § 9 Rn. 42). Erlauben die objektiv zu würdigenden Umstände die Feststellung eines schutzrechtsverletzenden Angebots, so kommt es nicht mehr darauf an, ob die Verwirklichung der schutzrechtsgemäßen Merkmale aus der Angebotshandlung bzw. dem hierbei verwendeten Mittel selbst offenbar wird. Aus der Werbeankündigung, also etwa

einem Werbeprospekt oder einer Internetwerbung mit einer Darstellung des Gegenstandes, müssen sich daher nicht notwendig sämtliche Merkmale der geschützten Lehre ergeben, sofern deren Vorliegen aus sonstigen, objektiven Gesichtspunkten zuverlässig geschlossen werden kann (BGH, GRUR 2003, 1031, 1032 – Kupplung für optische Geräte; GRUR 2005, 665, 666 – Radschützer; Senat, GRUR 2004, 417 – Cholesterinspiegelsenker; Urt. v. 02.11.2011- I- 2 U 103/06; Urt. v. 20.12.2012 – 2 U 89/07; Benkard/Scharen, a. a. O., § 9 Rn. 42). Dies wird in der Regel allerdings nur bejaht werden können, wenn der fragliche Gegenstand bereits existiert und den von dem Angebot angesprochenen Verkehrskreisen bekannt oder für sie – etwa anhand der Typenbezeichnung oder ähnlicher Umstände – ermittelbar ist (Senat, Urt. v. 22.11.2011- I- 2 U 103/06; vgl. auch Benkard/Scharen, a. a. O., § 9 Rn. 42). An dem solchermaßen identifizierbaren Gegenstand ist alsdann zu verifizieren, ob das beworbene Produkt – über dasjenige hinaus, was aus dem Werbematerial selbst hervorgeht – sämtliche Merkmale des Patentanspruchs aufweist (Senat, Urt. v. 20.12.2012 – 2 U 89/07).

bb) Unter Anwendung dieser Rechtsgrundsätze lässt sich hier nicht feststellen, dass die Beklagte durch ihre Internetwerbung von der Lehre des Klagepatents Gebrauch machendes „B“ im Sinne des § 9 S. 2 Nr. 1 PatG angeboten hat. 119

(1) 120

Die beanstandete Internetwerbung der Beklagten enthält unstreitig keine Angaben zur Zusammensetzung des von der Beklagten beworbenen Produktes. Aus den von der Klägerin im Verhandlungstermin ergänzend überreichten Unterlagen von der Homepage der Beklagten ergibt sich diese ebenfalls nicht. 121

(2) Aus Sicht der Adressaten der Internetwerbung bezieht sich das Internet-Angebot der Beklagten auf dasjenige „B“, das die Beklagte selbst in der Bundesrepublik Deutschland vertreibt. Zwar können die angesprochenen Kunden, bei denen es sich unstreitig nicht um private Endabnehmer, sondern um Händler und Produzenten von Lebensmitteln etc. handelt, dem Internetauftritt der Beklagten entnehmen, dass die von dieser vertriebenen Erzeugnisse nicht im Inland, sondern im Ausland hergestellt werden. Das ändert aber nichts daran, dass sich das Internet-Angebot der Beklagten aus ihrer Sicht auf dasjenige „B“ bezieht, das die Beklagte im Inland vertreibt. Die in Deutschland unter der Bezeichnung „B“ vertriebenen Erzeugnisse sind den von dem Angebot der Beklagten angesprochenen Verkehrskreisen bekannt oder ermittelbar. An dem solchermaßen identifizierbaren Gegenstand kann überprüft und festgestellt werden, ob das beworbene Produkt sämtliche Merkmale des Patentanspruchs 1 bzw. des Patentanspruchs 6 des Klagepatents verwirklicht. Die von der Klägerin untersuchten „B“-Muster (Anlage K 8), welche von der Beklagten in Deutschland erworben wurden, machen von der Lehre des Klagepatents jedoch keinen Gebrauch. Beide untersuchten Produktproben weisen einen Curcumin-Gehalt auf, der außerhalb des vom Klagepatent beanspruchten Bereichs liegt. Weitere Untersuchungsberichte, die sich auf von der Beklagten erworbene Muster beziehen, hat die Klägerin – wie bereits erwähnt – auch im Berufungsrechtszug nicht vorgelegt. 122

(3) Sonstige objektive Gesichtspunkte, aus denen zuverlässig geschlossen werden kann, dass das Angebot der Beklagten auch patentgemäßes „B“ umfasst, liegen nicht vor. 123

(3.1) 124

Diejenigen Abnehmer, die das Produkt „B“ bereits bei der Beklagten erworben haben und die zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören, ist zwar auch die von der Klägerin als 125

Anlage K 6 vorgelegte Produktspezifikation der Produktherstellerin bekannt, weshalb diese Unterlage ebenfalls zu berücksichtigen ist. Wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat, enthält allerdings auch diese Produktspezifikation keine Angaben zur konkreten Zusammensetzung des Produktes.

(3.2) 126

Dass Dritte von der C Pvt Ltd. hergestelltes „B“ in Deutschland in einer patentgemäßen Zusammensetzung vertreiben, so dass die Adressaten des Internetangebots der Beklagten davon ausgehen, dass sich dieses Angebot ebenfalls auf solche Erzeugnisse bezieht, behauptet die Klägerin nicht und hierfür ist auch nichts ersichtlich. 127

(3.3) 128

Der Untersuchungsbericht des US-amerikanischen D vom 19.06.2014 (Anlage K 8a) belegt unter Zugrundelegung des Vortrags der Klägerin nur, dass die in Indien ansässige Herstellerin das in Rede stehende Produkt in einem (einzigen) Fall in einer patentgemäßen Zusammensetzung hergestellt und dieses Erzeugnis im Ausland – nach dem nunmehrigen Vortrag der Klägerin in den USA – auf den Markt gebracht hat. Dieser Umstand lässt jedoch keine verlässliche Aussage über die Zusammensetzung des von der Beklagten in Deutschland angebotenen Produkts der Marke „B“ zu. Dass die Herstellerin des in Rede stehenden Produktes dieses in der Vergangenheit (auch) in einer patentgemäßen Zusammensetzung nach Deutschland geliefert hat, hat die Klägerin nicht dargetan und auch nicht unter Beweis gestellt. Unter Zugrundelegung des Vortrags der Klägerin wurde das Erzeugnis zwar im Ausland in einer erfindungsgemäßen Zusammensetzung auf den Markt gebracht. Abgesehen davon, dass sich die Klägerin insoweit nur auf einen einzigen Fall berufen kann, ist den vom Angebot der Beklagten angesprochenen *inländischen* Verkehrskreisen diese Ausführung nicht bekannt. Bekannt ist den Abnehmern der Beklagten das von der Beklagten hier unter der Bezeichnung „B“ in den Verkehr gebrachte Produkt. Da die Beklagte das von ihr beworbene Produkt „B“ in Deutschland bereits vertreibt, ermitteln die angesprochenen Verkehrskreise, denen dieses Produkt nicht bekannt ist, dieses nicht im Ausland, sondern in Deutschland. An dem solchermaßen identifizierbaren Gegenstand ist – wie ausgeführt – zu überprüfen, ob das angebotene Produkt sämtliche Merkmale des Patentanspruchs aufweist. Nach den von der Klägerin als Anlage K 8 vorgelegten Untersuchungsberichten entspricht das von der Beklagten in Deutschland vertriebene Erzeugnis indes nicht den Vorgaben des Klagepatents. 129

(3.4) 130

Von einem Angebot, dem nach seinem Inhalt (auch) ein Erzeugnis zu Grunde liegt, das von der Lehre des Klagepatents Gebrauch macht, könnte vor diesem Hintergrund allenfalls dann ausgegangen werden, wenn (1.) die Herstellerin das von der Beklagten angebotene Produkt „B“ nach ein- und derselben Rezeptur für den weltweiten Vertrieb herstellt, (2.) es bei der Herstellung produktionsbedingt zu gewissen Schwankungen in Bezug auf den Curcumin-Gehalt im fertigen Erzeugnis kommt und (3.) aus dem Herstellungsprozess Ausführungen mit einem Curcumin-Gehalt von 80,9 % oder einem anderen, dem beanspruchten Bereich unterfallenden Curcumin-Gehalt in einer solchen statistischen Anzahl hervorgehen, dass mit einer Lieferung auch solcher Ausführungen durch die Herstellerin an die Beklagte auszugehen ist. Unter solchen Umständen könnte ggf. davon ausgegangen werden, dass von der C Pvt Ltd. auch Produkte mit einer patentgemäßen Zusammensetzung an die Beklagte nach Deutschland geliefert werden, die dann von der Beklagten hier vertrieben werden mit der Folge, dass auch solche Erzeugnisse den Abnehmern der Beklagten auf dem 131

deutschen Markt begeben und sich das Internetangebot der Beklagten damit auch auf solche (patentgemäßen) Erzeugnisse bezieht. Insoweit fehlt es aber an hinreichendem Sachvortrag der Klägerin.

Die Klägerin behauptet zwar nunmehr, dass die Lieferantin der Beklagten weltweit ein einheitliches Produkt anbiete, d.h. ein nach einer identischen Rezeptur hergestelltes Erzeugnis. Ob sie mit diesem Vortrag in der Berufungsinstanz noch gehört werden kann, mag dahinstehen. Es fehlt jedenfalls nach wie vor an konkretem Sachvortrag der Klägerin dazu, mit welchen Abweichungen bei der Produktion üblicherweise zu rechnen ist und in welcher statistischen Häufigkeit aus dem Produktionsprozess Ausführungsformen hervorgehen, die einen patentgemäßen Curcumin-Gehalt aufweisen. Hierzu fehlt es an jedwedem substantiierten Sachverhalt. Insoweit legt die Klägerin schon nicht dar, wie das in Rede stehende Erzeugnis von der C Pvt Ltd. hergestellt oder wie derartige Erzeugnisse üblicherweise hergestellt werden. 132

d)Es kann vor diesem Hintergrund nicht festgestellt werden, dass die Beklagte patentgemäße Erzeugnisse angeboten hat, so dass der Klägerin die noch geltend gemachten Klageansprüche auf Schadensersatz, Rechnungslegung, Auskunftserteilung und Vernichtung auch nicht wegen einer solchen Benutzungshandlung zustehen. Ein Anspruch auf Vernichtung (Art. 64 EPÜ i. V. m. § 140a Abs. 1 PatG) scheidet hier überdies auch deshalb aus, weil nicht feststellbar ist, dass die Beklagte patentgemäße Erzeugnisse in ihrem Eigentum und/oder Besitz hat. Ebenso kommt ein Anspruch auf Rückruf aus den Vertriebswegen (Art. 64 EPÜ i. V. m. § 140a Abs. 3 PatG) schon deshalb nicht in Betracht, weil die Beklagte keine patentgemäßen Produkte vertrieben hat. 133

III. 134

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 und aus § 91a Abs. 1 ZPO. 135

Soweit die Parteien den Rechtsstreit im Verhandlungstermin hinsichtlich des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben, waren auch die diesbezüglichen Kosten der Klägerin nach § 91a Abs. 1 aufzuerlegen, weil der Klägerin ein Unterlassungsanspruch nicht zustand. Die Beklagte hat – wie ausgeführt – weder patentgemäße Erzeugnisse in den Verkehr gebracht noch solche Erzeugnisse angeboten. Aus den vorstehenden Gründen bestand auch keine Erstbegehungsgefahr für ein patentverletzendes Anbieten. Jedenfalls wäre eine solche Begehungsgefahr, welche nur für den für erledigt erklärten Unterlassungsantrag von Belang gewesen wäre, hier entfallen. Nach dem unwiderlegten Vorbringen der Beklagten stellt ihre Lieferanten seit Beginn der gerichtlichen Auseinandersetzungen der Beteiligten sicher, dass ausschließlich Produkte nach Europa und damit auch nach Deutschland geliefert werden, bei denen die Verteilung der Komponenten außerhalb des vom Klagepatent beanspruchten Bereichs liegt. Zwar zeigt die Beklagte nicht auf, wie dies von ihrer Lieferantin sichergestellt wird. Nach den unangegriffenen Feststellungen des Landgerichts ist die Konzentration der einzelnen Komponenten allerdings durchaus beeinflussbar. Angesichts der von der Klägerin als Anlage K 8 vorgelegten Untersuchungsberichte muss mangels anderweitiger Anhaltspunkte davon ausgegangen werden, dass die Herstellerin die Produktion der für die Bundesrepublik Deutschland bestimmten Produkte jedenfalls nunmehr entsprechend so steuert, dass diese keinen patentgemäßen Curcumin-Gehalt aufweisen können. 136

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 108 Abs. 1 Satz 1 ZPO. 137

Es besteht keine Veranlassung, die Revision zuzulassen, weil die hierfür in § 543 ZPO aufgestellten Voraussetzungen 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.

X

Y

Z

139