

TE OGH 2010/2/9 17Ob23/09w

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.02.2010

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Präsidentin Hon.-Prof. Dr. Griss als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei S***** Gesellschaft mbH, *****, vertreten durch Mayer & Herrmann, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. ***** M***** Gesellschaft mit beschränkter Haftung, ***** und 2. Dr. K***** N***** beider vertreten durch Gassauer-Fleissner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 60.000 EUR sA), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 21. Juli 2009, GZ 1 R 132/09b-9, womit der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 8. Mai 2009, GZ 41 Cg 6/09d-5, abgeändert wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem außerordentlichen Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird dahin abgeändert, dass die Entscheidung wie folgt lautet:

„1. Einstweilige Verfügung:

Zur Sicherung des Anspruchs der Klägerin wider die Beklagten auf Unterlassung wettbewerbswidriger Handlungen, worauf die Klage gerichtet ist, wird den Beklagten ab sofort verboten, zu Zwecken des Wettbewerbs zu behaupten,

a) die Klägerin greife seit Mai 2008 das Patent der Erstbeklagten für die Substanz N***** widerrechtlich an;

b) obwohl Generika-Firmen zuletzt mit Pantoprazol, dessen Patentschutz sie ebenfalls verletzten, schlechte Erfahrungen gemacht hätten, probierten sie es bei N***** ebenfalls.

2. Das Mehrbegehr, den Beklagten auch die Behauptungen zu verbieten, N***** sei aufgrund langer Kassenverhandlungen erst spät - 2003/2004 - in Österreich eingeführt worden und sei bis 18. 10. 2010 patentgeschützt; ein Schutz, den die noch junge Firma M***** auch dringend braucht; es werde dringend empfohlen, die Patienten auf N***** einzustellen oder zu belassen, da für die Generika keine gesicherte Lieferfähigkeit bestehe; ähnlich wie bei Pantoprazol müssten die Generika ua von der Klägerin bei einstweiliger Verfügung sofort - von heute auf morgen - vom Markt genommen werden, wird abgewiesen.

3. Die Klägerin trägt zwei Drittel ihrer Kosten des Provisorialverfahrens aller drei Instanzen vorläufig, ein Drittel dieser Kosten endgültig selbst.

Die Klägerin ist schuldig, den Beklagten ein Drittel ihrer Kosten des Provisorialverfahrens aller drei Instanzen, sohin 1.857,10 EUR (darin 309,52 EUR USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Text

Begründung:

Die Erstbeklagte ist Lizenznehmerin eines bis zum 18. 10. 2010 geschützten Patents zur Herstellung eines - unter der Bezeichnung „N*****“ vertriebenen - blutdrucksenkenden Arzneimittels, der Zweitbeklagte ihr Prokurst. Die Klägerin vertreibt ein ebenfalls blutdrucksenkendes Generikum („Ne***** S*****“). Sie beantragte beim Patentamt die Nichtigerklärung des Patents. Die Erstbeklagte hat beim Handelsgesetz Wien gegen die Klägerin eine Klage wegen Verletzung des Patents eingebracht und einen Sicherungsantrag gestellt. Der Sicherungsantrag war im Wesentlichen darauf gerichtet, der Klägerin den Vertrieb ihres Generikums zu untersagen. Das Handelsgesetz wies den Sicherungsantrag im Dezember 2008 ab, das Oberlandesgericht Wien erließ eine einstweilige Verfügung, mit welcher es dem Unterlassungsbegehren der Erstbeklagten (dieses Verfahrens) Folge gab und das Mehrbegehren, der Klägerin (dieses Verfahrens) die Zurückziehung ihres Antrags auf Aufnahme ihrer Erzeugnisse in den Erstattungskodex des Hauptverbands der Sozialversicherungsträger aufzutragen, abwies. Der Oberste Gerichtshof erließ die einstweilige Verfügung auch im Umfang des letztgenannten Antrags.

Nach der erstinstanzlichen Entscheidung im Patentverletzungsverfahren haben Mitarbeiter der Klägerin Ärzten gegenüber behauptet, die Erstbeklagte habe den Prozess gegen die Klägerin verloren, die Sache sei erledigt und das Generikum der Klägerin sei daher ab jetzt auf dem Markt bleibend verfügbar.

Im Jänner 2009 verfasste der Zweitbeklagte für die Erstbeklagte folgendes Schreiben:

Sehr geehrte Frau Doktor!

Sehr geehrter Herr Doktor!

Unser Präparat N***** kennen Sie seit mehreren Jahren als besonderen Betablocker, der durch die Stimulierung der NO-Produktion im Endothel auch eine für den Patienten wichtige Gefäßwirkung besitzt.

N***** wurde auf Grund langer Kassenverhandlungen erst spät - 2003/2004 - in Österreich eingeführt und ist bis 18. Oktober 2010 patentgeschützt. Ein Schutz, den die noch junge Firma M***** auch dringend braucht.

Leider wird seit Mai 2008 das Substanz-Patent von zwei Generika Firmen widerrechtlich angegriffen. Es sind dies die Firma S***** und die ***** Firma A****. Obwohl Generikafirmen zuletzt mit Pantoprazol, dessen Patentschutz sie ebenfalls verletzten, schlechte Erfahrungen machen mussten, probieren sie es bei N***** ebenfalls. Der Hintergrund ist ein aggressiver Existenzkampf der Generikafirmen untereinander - jede möchte nun das erste oder zweite Generikum am Markt sein - auch unter Verletzung des Patentes.

Wir haben dagegen eine Klage auf Verletzung des Patentschutzes eingereicht und es wurde das sogenannte Provisorialverfahren gestartet, das durch 3 Instanzen gehen und bis Ende November 2009 dauern wird. Dabei geht es um eine Einstweilige Verfügung, die notwendig ist, weil die Klagsentscheidung 3-5 Jahre dauert. Dann ist das Substanz-Patent ohnehin abgelaufen, das wissen auch diese Generika-Firmen.

Der Einstweiligen Verfügung wurde jetzt im Dezember nicht stattgegeben - obwohl das Patent grundsätzlich anerkannt wurde, beanstandete das Gericht einen formellen Offenbarungsmangel und verschob damit das Verfahren weiter in die 2. Instanz, deren Entscheidung bis Mai vorliegen soll. Wir sind überzeugt, dass die 2. Instanz und vor allem die 3. und letzte Instanz im November 2009 der Einstweiligen Verfügung stattgibt.

Wir empfehlen daher dringend, die Patienten bis dahin - und hoffentlich auch danach - auf N***** einzustellen oder zu belassen, da für die Generika keine gesicherte Lieferfähigkeit besteht. Ähnlich wie bei Pantoprazol müssen die Generika von S***** und A***** bei Einstweiliger Verfügung sofort - von heute auf morgen - vom Markt zurückgezogen werden.

Zwischenzeitlich müssen wir den Preis von N***** ohnehin absenken entsprechend der Verfahrensordnung des Hauptverbands. Der Preisunterschied zu den Generika ist daher auch nicht besonders groß.

Wir danken Ihnen für die sehr gute Zusammenarbeit und wir werden auch diese sehr spezielle Situation gemeinsam meistern.

Mit meinen besten Grüßen

Country Manager

Das Schreiben wurde nicht an die Ärzte ausgesandt. Vielmehr haben die Außendienstmitarbeiter der Erstbeklagten entweder die Ärzte über den Inhalt des Schreibens informiert oder ihnen das Schreiben ausgehändigt.

Die Klägerin begehrte zur Sicherung ihres gleichlautenden Unterlassungsbegehrrens die Erlassung folgender einstweiliger Verfügung:

Zur Sicherung des Anspruchs der Klägerin wider die Beklagten auf Unterlassung wettbewerbswidriger Handlungen, worauf die Klage gerichtet ist, wird den Beklagten ab sofort verboten, nachstehende zu unterlassende Behauptungen (Handlungen) vorzunehmen:

a) N***** wurde aufgrund langer Kassenverhandlungen erst spät - 2003/2004 - in Österreich eingeführt und ist bis 18. 10. 2010 patentgeschützt. Ein Schutz, den die noch junge Firma M***** auch dringend braucht. Leider wird seit Mai 2008 das Substanz-Patent von zwei Generika-Firmen widerrechtlich angegriffen. Es sind dies die Firma S***** und die ***** Firma A*****.

b) Obwohl Generika-Firmen zuletzt mit Pantoprazol, dessen Patentschutz sie ebenfalls verletzten, schlechte Erfahrungen machen mussten, probieren sie es bei N***** ebenfalls.

c) Wir empfehlen daher dringend, die Patienten bis dahin - und hoffentlich auch danach - auf N***** einzustellen oder zu belassen, da für die Generika keine gesicherte Lieferfähigkeit besteht. Ähnlich wie bei Pantoprazol müssen die Generika von S***** und A***** bei einstweiliger Verfügung sofort - von heute auf morgen - vom Markt zurückgezogen werden.

Das beanstandete Schreiben sei bundesweit an Ärzte übermittelt worden. Es erwecke bei diesen den Eindruck, dass die Klägerin unseriöse Geschäftspraktiken entfalte. Der von ihr eingebrachte Antrag auf Nichtigerklärung des Patents sei aber kein widerrechtlicher Angriff auf das Patent. Mit dem im beanstandeten Schreiben genannten Arzneimittel Pantoprazol habe die Klägerin nichts zu tun; dennoch werde suggeriert, dass sie bereits rechtskräftig verurteilt worden sei. Damit ein Arzneimittel in den Erstattungskodex des Hauptverbands der österreichischen Sozialversicherungsträger aufgenommen werden könne, müsse dieses lieferbar sein. Im Schreiben werde die angeblich nicht bestehende Lieferfähigkeit von Ne**** S***** behauptet. Insgesamt würde die Ärzteschaft getäuscht und in den Verschreibungspraktiken unlauter beeinflusst.

Die Beklagten erwiderten, dass es seit mehreren Jahren vermehrt zu patentrechtlichen Auseinandersetzungen zwischen Herstellern von pharmazeutischen Originalprodukten und Generika-Herstellern komme. Trotz Patentverletzungsverfahren würden Generika immer wieder in die grüne Box des Erstattungskodex des Hauptverbands der österreichischen Sozialversicherungsträger aufgenommen. Die Außendienstmitarbeiter der Klägerin hätten die erstinstanzliche Abweisung des Sicherungsantrags im Patentverletzungsverfahren zum Anlass genommen, gegenüber Ärzten zu behaupten, die Klägerin habe den Prozess bereits gewonnen. Der Zweitbeklagte habe daher zur Aufklärung der Ärzte das beanstandete Schreiben verfasst. Die in diesem Schreiben enthaltenen Äußerungen entsprächen der Wahrheit und seien weder herabsetzend noch irreführend. Der österreichischen Ärzteschaft sei bekannt, dass die Klägerin kein Pantoprazol-Generikum vertreibe. Zudem enthalte das Schreiben die subjektive Überzeugung der Beklagten über den Ausgang des Patentverletzungsverfahrens. Es werde auch wahrheitsgemäß festgestellt, dass im Fall der Erlassung der einstweiligen Verfügung die davon betroffenen Produkte sofort vom Markt zurückgezogen werden müssten. Die Behauptung, dass die Klägerin das Substanzpatent widerrechtlich angreife, könne nicht auf deren Nichtigkeitsantrag bezogen werden. Der Zweitbeklagte sei als Verfasser des Schreibens nicht passiv klags legitimiert.

Das Erstgericht gab dem Sicherungsantrag statt. Die Behauptung, wonach das Patent von zwei Generikafirmen widerrechtlich angegriffen worden sei, wirke stimmungsmachend gegen die Klägerin. Die Wortwahl „widerrechtlich angegriffen“ sei plakativ und kriegerisch. Dadurch werde die Klägerin in ein schlechtes Licht gerückt. Mit dem Hinweis auf die Patentverletzungsverfahren betreffend Pantoprazol werde ein gedanklicher Zusammenhang zwischen der Klägerin und den schlechten Erfahrungen der Ärzte hergestellt. Dadurch werde bei den Ärzten Misstrauen erweckt. Durch die Aussage über die mögliche Rücknahme des Arzneimittels vom Markt werde den Ärzten suggeriert, das Arzneimittel der Klägerin nicht verschreiben zu dürfen, um das Wohl der Patienten nicht zu gefährden. Insgesamt würden die beanstandeten Behauptungen im Einzelnen und im Gesamtbild die Ärzteschaft verunsichern und in die Irre führen. Sie seien auch geeignet, die Klägerin herabzusetzen.

Das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag ab und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Berichte über Gerichtsverfahren dürfen nicht zu Werbezwecken missbraucht werden. Die Rechtsprechung habe Grundsätze für eine zulässige private Urteilsveröffentlichung entwickelt. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall erscheine sachgerecht. Bei der Behauptung des Vorliegens eines widerrechtlichen Patenteingriffs handle es sich um die Äußerung einer Rechtsansicht im Sinne einer reinen Wertung. Da keine übergebührliche und unsachliche Herabsetzung bzw Bloßstellung der Klägerin vorgenommen werde, liege kein Wertungsexzess vor. Die Formulierung, dass Generikafirmen mit Pantoprazol schlechte Erfahrungen gemacht hätten und sie es bei N***** ebenfalls probierten, möge für den uninformaten und außenstehenden Leser einen gedanklichen Zusammenhang zwischen der Klägerin und den schlechten Erfahrungen der Ärzte mit Pantoprazol herstellen. Nach der Vorgeschichte und mit Rücksicht auf den Wissensstand über den Generikastreit und die Informationserteilung durch die Mitarbeiter der Erstbeklagten gelte dies aber nicht für die mit dem Schreiben konkret konfrontierten Ärzte. Insgesamt würden mit den im beanstandeten Schreiben getätigten Äußerungen die Grenzen der Sachlichkeit nach den Grundsätzen für die Konfrontation des Publikums mit einem gerichtlichen Verfahren noch nicht überschritten. Der Bericht über den Patentrechtsstreit sei nicht als verpönte Werbemaßnahme zu qualifizieren. Auch eine unsachliche, unangemessene und wahrheitswidrige Information der Ärzteschaft könne den Beklagten nicht vorgeworfen werden. Die beanstandeten Äußerungen seien auch nicht ehrverletzend oder ruf- bzw kreditschädigend.

Rechtliche Beurteilung

Der gegen diese Entscheidung gerichtete außerordentliche Revisionsrekurs der Klägerin ist zulässig, weil die angefochtene Entscheidung der Rechtsprechung zur Schutzrechtsverwarnung widerspricht; er ist auch teilweise berechtigt.

Die Klägerin macht geltend, dass ihr die Beklagten durch die Behauptung des „widerrechtlichen Angriffs“ auf das Patent der Erstbeklagten eine rechtlich unzulässige, unseriöse, verbotene und grundsätzlich sanktionierbare Verhaltensweise unterstellt hätten. Davon könne aber im Hinblick auf den von der Klägerin beim Patentamt eingebrachten Nichtigkeitsantrag und im Hinblick auf den anhängigen Patentverletzungsstreit samt Unterliegen der hier Erstbeklagten in erster Instanz keine Rede sein. Dem Leser sei weiters suggeriert worden, dass die Klägerin bereits im Zusammenhang mit einem anderen Wirkstoff (Pantoprazol) rechtswidrig gehandelt hätte. Das sei ebenso unrichtig wie die Behauptung im Zusammenhang mit der Streichung aus dem Erstattungskodex.

Dazu ist auszuführen:

1. Das beanstandete Schreiben ist - entgegen der Ansicht des Rekursgerichts - nicht als private Urteilsveröffentlichung zu werten, sondern als Schutzrechtsverwarnung. Denn Zielrichtung des Schreibens ist nicht die Information über ein Verfahren, sondern der Versuch, durch die Behauptung eines „widerrechtlichen Angriffs“ auf das Patent Einfluss auf die Verschreibungspraxis der Ärzte zu nehmen.
2. Bei Schutzrechtsverwarnungen sind zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden: Beschränkt sich die Verwarnung auf die Behauptung, der Empfänger der Erklärung greife in ein Schutzrecht des Erklärenden ein, so kann sich ein Unterlassungsanspruch nur aus § 1 UWG (oder allenfalls aus § 1295 Abs 2 ABGB) ergeben. Behauptet der Warnende demgegenüber, dass ein anderes Unternehmen als der Erklärungsempfänger in ein Schutzrecht eingreife, so liegt darin eine Tatsachenbehauptung in Bezug auf dieses andere Unternehmen, die iSd § 7 UWG geeignet ist, den Kredit oder den Betrieb dieses Unternehmens zu schädigen. Denn Tatsachenbehauptung ist jede Äußerung über Vorgänge oder Zustände mit einem objektiv nachprüfbarer Inhalt. Auch „Urteile“ sind objektiv nachprüfbar, wenn sie Vorgänge zum Gegenstand haben, die einem Beweis zugänglich sind, und wenn sie von einem nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Empfänger in diesem Sinn aufgefasst werden. Das ist bei einer Schutzrechtsverwarnung der Fall (4 Ob 184/06x mwN).
3. Mit den zu lit a des Sicherungsantrags erfassten Ausführungen wird der Vorwurf erhoben, Hersteller von Generika griffen das Patent „widerrechtlich“ an. Diese Behauptung ist eine Tatsachenbehauptung, denn es ist objektiv nachprüfbar, ob das Patent „widerrechtlich angegriffen“ wird. Die Behauptung wird - entgegen der Ansicht des Rekursgerichts - nicht dadurch zu einer Wertung, dass das Schreiben den Stand des Sicherungsverfahrens richtig wiedergibt und Vermutungen über dessen Ausgang äußert.
4. „Widerrechtlich angegriffen“ ist seinem Wortsinn nach als rechtswidriger Angriff auf die Rechtsbeständigkeit des

Patents zu verstehen. Die Rechtsbeständigkeit des Patents wird durch einen Nichtigkeitsantrag angegriffen; ein solcher Angriff ist - vom Fall des Rechtsmissbrauchs abgesehen - nie widerrechtlich. Soweit die Behauptung daher in diesem Sinn verstanden wird, ist sie jedenfalls unrichtig.

5. Die Beklagten machen geltend, die angesprochenen Verkehrskreise verstünden die Behauptung nicht dahin, dass die Einbringung eines Nichtigkeitsantrags widerrechtlich wäre, sondern dass die Klägerin mit ihren Nichtigkeitsgründen nicht durchdringen werde. Dabei handle es sich um „einen subjektiven Standpunkt“ der Beklagten, der mit Rücksicht auf die Aufklärung über den Stand und Gang des Patentverfahrens kein Wertungsexzess sei.

6. Die Beklagten erkennen damit, dass das Schreiben nicht als Information über ein Verfahren, sondern - wie oben dargelegt - als Schutzrechtsverwarnung zu verstehen ist. Als Schutzrechtsverwarnung enthält das Schreiben die - als Tatsachenbehauptung zu wertende - herabsetzende Behauptung, dass sich die Generika-Hersteller rechtswidrig verhalten.

7. Herabsetzende Tatsachenbehauptungen sind nach § 7 Abs 1 UWG zu beurteilen. Danach muss der Beklagte beweisen, dass die herabsetzende Behauptung wahr ist (RIS-Justiz RS0079738). Die Beklagten haben dazu nichts vorgebracht. Sie haben vor allem nicht dargelegt, dass und aus welchen Gründen die Einwände der Klägerin gegen die Rechtsbeständigkeit des Patents nicht berechtigt wären.

8. Gleiches gilt für die von den Beklagten hergestellte Verbindung zwischen den Vorgängen um das Medikament Pantoprazol und der Klägerin. Um den Vorwurf im Zusammenhang mit Pantoprazol nicht auf die Klägerin zu beziehen, muss man entweder - die nicht bei jedem Arzt vorauszusetzende - Kenntnis über die tatsächlichen Verhältnisse haben, oder das beanstandete Schreiben ganz genau lesen (anders ist das Fehlen des bestimmten Artikels [„Generikafirmen“ und nicht „die Generikafirmen“] nicht zu bemerken). Bei der zu erwartenden (nicht allzu hohen) Aufmerksamkeit wird der damit konfrontierte Arzt den Eindruck gewinnen, den im Schreiben namentlich genannten Generika-Unternehmen werde vorgeworfen, „Wiederholungstäter“ zu sein. Dass dieser Vorwurf berechtigt wäre, behaupten auch die Beklagten nicht.

9. Richtig ist hingegen, dass die Lieferfähigkeit von Generika nicht (endgültig) gesichert ist, wenn ein Patentverletzungsverfahren anhängig ist. Obsiegt der Patentinhaber, dann muss das Generikum vom Markt genommen werden. Den Beklagten kann diese Aussage daher auch nicht untersagt werden.

10. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das beanstandete Schreiben eine Schutzrechtsverwarnung enthält, die nach § 7 Abs 1 UWG zu beurteilen ist. Die Beklagten haben die Richtigkeit der von Punkt a), 3. und 4. Satz des Sicherungsantrags erfassten Behauptung eines „widerrechtlichen Angriffs“ auf das Patent durch (auch) die Klägerin nicht bescheinigt. Gleiches gilt für die von Punkt b) des Sicherungsantrags erfasste Behauptung einer Beteiligung (auch) der Klägerin an der Patentverletzung im Zusammenhang mit Pantoprazol. Hingegen ist es richtig, dass die Lieferfähigkeit von Generika nicht (endgültig) gesichert ist, wenn und solange ein Patentverletzungsverfahren anhängig ist. Richtig sind auch die in den ersten beiden Sätzen der von Punkt a) des Sicherungsantrags erfassten Äußerungen. Sie enthalten bloß unstrittige Informationen.

11. Allfällige unlautere Wettbewerbshandlungen geben dem davon Betroffenen über das Recht der angemessenen Information der Kundschaft hinaus nicht die Befugnis, selbst unlautere Mittel im Wettbewerb anzuwenden. Erlaubt ist eine sachliche Information über das Fehlverhalten eines Mitbewerbers; ein darüber hinausgehendes Anschwärzen ist unzulässig (RIS-Justiz RS0077838 [T5]). Die Beklagten können die Herabsetzung der Klägerin somit nicht mit deren allenfalls unlauterer Wettbewerbshandlung rechtfertigen. Es ist daher für das vorliegende Verfahren ohne Bedeutung, dass die Mitarbeiter der Klägerin behauptet haben, die Erstbeklagte hätte den Prozess über die Patentverletzung verloren.

12. Der Zweitbeklagte hat das beanstandete Schreiben verfasst. Er haftet als unmittelbarer Täter; die Erstbeklagte hat für ihn nach § 18 UWG einzustehen.

13. Die einstweilige Verfügung war, wie im Spruch ersichtlich, teilweise zu erlassen; das Mehrbegehr war abzuweisen. Im Sinne des Antrags der Klägerin war die Einschränkung „zu Zwecken des Wettbewerbs“ in den Spruch aufzunehmen.

Die Entscheidung über die Kosten der Klägerin beruht auf § 393 Abs 1 EO; jene über die Kosten der Beklagten auf § 393 Abs 1 EO iVm §§ 41, 50 ZPO.

Schlagworte

Schutzrechtsverwarnung - Substanz N,

Textnummer

E93255

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2010:0170OB00023.09W.0209.000

Im RIS seit

27.04.2010

Zuletzt aktualisiert am

16.05.2011

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at