

## 2. Abschnitt: Besondere Bestimmungen für den zivilrechtlichen Schutz

### Art. 72

<b>A. Klage auf Unterlassung oder Beseitigung</b>	<p><sup>1</sup> Wer durch eine der in Artikel 66 genannten Handlungen bedroht oder in seinen Rechten verletzt ist, kann auf Unterlassung oder auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes klagen.</p> <p><sup>2</sup> ...</p>
A. Action en cessation de l'acte ou en suppression de l'état de fait	<p><sup>1</sup> Celui qui est menacé ou atteint dans ses droits par l'un des actes mentionnés à l'art. 66 peut demander la cessation de cet acte ou la suppression de l'état de fait qui en résulte.</p> <p><sup>2</sup> ...</p>
A. Azione per cessazione dell'atto o per soppressione dello stato di fatto	<p><sup>1</sup> Chi è minacciato o leso nei suoi diritti da uno degli atti previsti nell'articolo 66 può domandare la cessazione di tale atto o la soppressione dello stato di fatto che ne deriva.</p> <p><sup>2</sup> ...</p>
A. Action for injunction or remedy	<p><sup>1</sup> Any person who is threatened with or has his rights infringed by an act referred to in Article 66 may demand an injunction or that the unlawful situation be remedied.</p> <p><sup>2</sup> ...</p>

Inhaltsübersicht	Seite
I. Allgemeines .....	821
A. Entstehungsgeschichte.....	821
B. Funktion der Norm.....	822
1. Normzweck.....	822
2. Praktische Relevanz.....	822
C. Systematik und Verhältnis zu anderen Vorschriften.....	822
II. Absatz 1 .....	823
A. Tatbestand.....	823
B. Rechtsfolge.....	826
III. Verfahrensfragen .....	830

**Literatur**

AL-BAGHDADI, Rückruf in Fällen mit Auslandsbezug, in: Kühnen (Hrsg.), Festschrift 80 Jahre Patentgerichtsbarkeit in Düsseldorf, Köln 2016, S. 1–14; ALDER, Anmerkung zu Gerichtskreis VI Signau-Trachselwald vom 10. August 1998, sic! 1999, S. 174–176; APEL, Die kartellrechtliche Zwangslizenz im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, Baden-Baden 2015; ASCHMANN, Ein Unterlassungsbegehren muss so formuliert sein, dass das Verbot ohne nochmalige materielle Prüfung vollstreckt werden kann, in: Kurer/Sangiorgio/Ritscher/Aschmann (Hrsg.), Festschrift Lukas David, Binsenwahrheiten des Immaterialgüterrechts, Zürich 1996, S. 287–293; BRUNNER, «FRAND»-Obliegenheiten bei standardessentiellen Patenten aus vertrags- und kartellrechtlicher Sicht, sic! 2019, S. 1–22; VON BÜREN/WALTER, Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2005, ZBJV 2006, S. 580–624; DISSMANN, Unterlassung und Rückruf – die europäische Perspektive, GRUR 2017, S. 986–992; DIGGELMANN, Unterlassungsbegehren im Immaterialgüterrecht, SJZ 1992, S. 26–29; DREIER, Kompensation und Prävention: Rechtsfolgen der unerlaubten Handlung im Bürgerlichen, Immaterial-, Güter- und Wettbewerbsrecht, Tübingen 2002; FIALA, Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht, Bern 2006; FRITZSCHE, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, Berlin 2000; GRABINSKI, «Standard-Spundfass», «Orange-Book-Standard» und die Folgen – zum kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand im Patentverletzungsverfahren, in: Bender/Schülke/Winterfeldt (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundespatentgericht, Köln 2011, S. 243–254; HEINEMANN, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, Tübingen 2002; HEINEMANN, Standardessentielle Patente in Normenorganisationen: Kartellrechtliche Vorgaben für die Einlösung von Lizenzierungsversprechen (EuGH – Huawei Technologies), GRUR Int. 2015, S. 855–859; HEINRICH, Die Formulierung patentrechtlicher Unterlassungsbegehren, sic! 2006, S. 48–55; HESS-BLUMER, Patent Trolls – eine Analyse nach Schweizer Recht, sic! 2009, S. 851–865; HESS-BLUMER, Keine reale Vollstreckung von Unterlassungsurteilen?, sic! 2010, S. 822–828; HEUTZ, Das Spannungsverhältnis zwischen den Immaterialgüterrechten und der kartellrechtlichen Kontrolle marktbeherrschender Unternehmen, Frankfurt a.M. 2010; HILTI, Befristete reparatorische Verkaufsverbote, sic! 1999, S. 345; HILTY, Vorläufiger Rechtsschutz vor der Rechtsentstehung?, sic! 1997, S. 341–346; HOFMANN, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, Tübingen 2017; JÜNGST, Beseitigungsanspruch nach Ablauf des Patents, in: Kühnen (Hrsg.), Festschrift 80 Jahre Patentgerichtsbarkeit in Düsseldorf, Köln 2016, S. 221–229; KELLENTER/VERHAUWEN, Systematik und Anwendung des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwands nach «Huawei/ZTE» und «Orange Book», GRUR 2018, S. 762–771; KÖLZ, Die Zwangsvollstreckung von Unterlassungspflichten im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 2007; KÖRBER, Standardessentielle Patente, FRAND-Verpflichtungen und Kartellrecht, Baden-Baden 2013; LUBBERGER, Zu Risiken und Nebenwirkungen kontaktieren Sie Ihren Anwalt oder Richter, GRUR 2018, S. 378–381; MCGUIRE, Die FRAND-Erklärung – Anwendbares Recht, Rechtsnatur und Bindungswirkung am Beispiel eines ETSI-Standards, GRUR 2018, S. 128–135; NAEF, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1919; OHLY, «Patenttrolle» oder: Der patentrechtliche Unterlassungsanspruch unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt, GRUR Int. 2008, S. 787–798; OSTERRIETH, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Patentrecht, in: Kühnen (Hrsg.), Festschrift 80 Jahre Patentgerichtsbarkeit in Düsseldorf, Köln 2016, S. 415–428; RAUBER, Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Zürich/Genf 2004, S. 185–213; REETZ/PECNARD/FRUSCALZO/VAN DER VELDEN/MARFÉ, Die Befugnisse der nationalen Gerichte unter dem EPÜ und des Einheitlichen Patentgerichts (EPG) nach Art. 63 (1) EPGÜ zum Erlass von Unterlassungsverfügungen – eine rechtsvergleichende Untersuchung, GRUR Int. 2015, S. 210–219; SCHAREN, Zur Praxis der gerichtlichen Geltend-

machung des Verlangens nach Unterlassung von Patentverletzung, Mitt. 2018, S. 369–380; SCHWEIZER, Die Verwirkung patentrechtlicher Unterlassungsansprüche, sic! 2009, S. 325–340; SCHWEIZER, Welchen Anforderungen hat die Formulierung von Unterlassungsbegehren in Patentverletzungsklagen zu genügen? – Kommentar zu BGE 131 III 70 – «Sammelhefter», in: Zuberbühler/Münch/Schwenninger/Schweizer (Hrsg.), Immaterialgüterrecht in kommentierten Leitentscheiden, Zürich 2015 S. 437–442; SONNENBERG, Die Einschränkung des patentrechtlichen Unterlassungsanspruchs im Einzelfall, Berlin 2014; STIEGER, Fallstricke beim Prozessieren im Immaterialgüterrecht, ZZZ 2006, S. 39–59; STIERLE, Das nicht-praktizierte Patent, Tübingen 2018; STRAUS, Das Regime des European Telecommunications Standards Institute – ETSI: Grundsätze, anwendbares Recht und die Wirkung der ETSI gegenüber abgegebenen Erklärungen, GRUR Int. 2011, S. 469–480; WAGNER, Gesetzliche Unterlassungsansprüche im Zivilrecht, Wien 2006; DE WERRA, La mise en oeuvre judiciaire de la protection des droits de propriété intellectuelle: réflexions prospectives sur les conditions des actions défensives en interdiction et en cessation, Sondernummer 10 Jahre sic!, S. 5–21; DE WERREN, Les licences FRAND: Chance ou risque pour l’harmonisation globale du droit des contrats de licence de brevets? sic! 2019, S. 77–83; WIDMER, Die einmalige Verletzung eines Unterlassungsanspruches impliziert Wiederholungsgefahr und begründet die Wiederholungsvermutung, in: Kurer/Sangiorgio/Ritscher/Aschmann (Hrsg.), Festschrift L. David, Binsenwahrheiten des Immaterialgüterrechts, Zürich 1996, S. 277–286; WIDMER/DEGEN, «Sammelhefter V», sic! 2005, S. 208–215.

## I. Allgemeines

### A. Entstehungsgeschichte

Die Unterlassungsklage wurde erst mit dem Patentgesetz 1954 ausdrücklich im Gesetz verankert. Vorher sah das Gesetz nur die Schadenersatzklage vor (BB1 1950 I 977 ff., 1056). Das Bundesgericht hatte jedoch bereits unter dem Patentgesetz 1888 die Unterlassungsklage richterrechtlich anerkannt (BGE 29 II 355, E. 2) und hielt daran auch unter dem Patentgesetz 1907 fest (BGE 71 II 43). Mit der Revision von 1956 sollte nur Richterrecht in Gesetzesrecht übergeführt werden, um jeden Zweifel über die Zulässigkeit von Unterlassungs- und Feststellungsklagen von vornherein auszuschliessen (BB1 1950 I 977 ff., 1056).

Abs. 2 sah vor, dass bei Patentgesuchen, die der amtlichen Vorprüfung unterlagen, dem Anmelder Unterlassungsansprüche von der Bekanntmachung des Patentgesuches an zustanden, wenn er dem Gegner angemessene Sicherheit leistete. Mit der Aufhebung der amtlichen Vorprüfung wurde Abs. 2 gestrichen. Daraus folgt, dass vor ihrer Erteilung auch aus nationalen Patenten keine Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche geltend gemacht werden können (HEINRICH, PatG/EPÜ, Art. 66 N 50).

## **B. Funktion der Norm**

### *1. Normzweck*

- 3 Das Recht, Dritte von der gewerblichen Nutzung der Erfindung auszuschliessen, ist Kern der vom Patent verliehenen Rechte (vgl. Art. 8). Art. 72 bezweckt die Durchsetzung dieses Ausschliesslichkeitsrechts.

### *2. Praktische Relevanz*

- 4 Der Unterlassungsanspruch ist in der Praxis, auch wegen der in der Schweiz nur zurückhaltend gewährten finanziellen Wiedergutmachungsansprüche, der wichtigste Rechtsbehelf des Patentinhabers. Die Unterlassungsklage ist daher die mit Abstand häufigste Klage.

## **C. Systematik und Verhältnis zu anderen Vorschriften**

- 5 Gemäss Art. 44(1) TRIPS-Abkommen sind Justizbehörden befugt, eine Partei anzuweisen, von einer Verletzung abzulassen. Art. 11 der Durchsetzungsrichtlinie (Richtlinie 2004/48/EG) auferlegt den Mitgliedstaaten die Pflicht, sicherzustellen, dass die zuständigen Gerichte bei Feststellung einer Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums eine Anordnung gegen den Verletzer erlassen können, die ihm die weitere Verletzung des betreffenden Rechts untersagt. Die Mitgliedstaaten stellen ferner sicher, dass die Rechtsinhaber eine Anordnung gegen Mittelspersonen beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zwecks Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums in Anspruch genommen werden.
- 6 Art. 63(1) EPGÜ sieht unter dem Titel «endgültige Verfügungen» vor, dass das Einheitliche Patentgericht gegen den Verletzer eine Verfügung erlassen *kann*, durch die die Fortsetzung der Verletzung untersagt wird. Weil das Übereinkommen den Ausdruck «kann» (Englisch: «may») verwendet, der dem Gericht ein Ermessen einräumt, ist eine heftige Kontroverse darüber entbrannt, ob das Einheitliche Patentgericht endgültige Unterlassungsverfügungen sozusagen automatisch erlassen wird, wie es der Tradition der wichtigsten Patentgerichtsstandorte Europas entspricht, oder von einer Interessenabwägung im Einzelfall abhängig machen wird, wie es in den USA nach dem Urteil des Obersten Gerichts in Sachen *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, 547 U.S. 388 (2006), üblich ist (REETZ ET AL., GRUR Int. 2015, S. 210 ff.). Die Kontroverse wurde weiter angefacht durch Regel 118(2), wie sie bis zum 16. Entwurf der Verfahrensordnung des Einheitlichen Patentgerichts vorgesehen war. Sie bestimmte, dass das Gericht insbesondere bei schuldloser Verletzung statt einem Verbot Schadenersatz zusprechen könne. Regel 118(2) wurde im 17. Entwurf der Verfahrensordnung

ersatzlos gestrichen und der Rechtsausschuss des Vorbereitenden Komitees zur Einrichtung des Einheitlichen Patentgerichts hielt in den Erklärungen zum Entwurf fest: «Where the Court finds an infringement of a patent it will under Article 63 of the Agreement give order of injunctive relief. Only under very exceptional circumstances it will use its discretion and not give such an order.» Damit sollte klargestellt werden, dass die endgültige Unterlassungsverfügung der Regelfall ist (REETZ ET AL., GRUR Int. 2015, S. 210 ff., 218 f.).

Unterlassungs- und Beseitigungsklage (zusammen oft als «Abwehrklagen» oder «negatorische Klagen» bezeichnet, DAVID ET AL., SIWR I/2, Rz. 271) sind das Wesensmerkmal von Ausschliesslichkeitsrechten (HOFMANN, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, Tübingen 2017, S. 308). Parallele Vorschriften zu Art. 72 PatG finden sich daher in allen Immaterialgüterrechtsgesetzen (Art. 55 Abs. 1 lit. a und b MSchG; Art. 62 Abs. 1 lit. a und b URG; Art. 35 Abs. 1 lit. a und b DesG).

## II. Absatz 1

### A. Tatbestand

Unterlassungs- und Beseitigungsklage setzen ein erteiltes Patent voraus. Für europäische Patente ergibt sich dies direkt aus Art. 111 Abs. 1 (BPatGer, Urteil O2012\_001 vom 6. Dezember 2013, E. 51.1), für internationale Anmeldungen aus Art. 137. Für schweizerische Patente folgt es aus dem qualifizierten Schweigen, nachdem Art. 72 Abs. 2, der ein Klagerecht gestützt auf sachlich vorgeprüfte nationale Patente vorsah, ersatzlos gestrichen wurde (HEINRICH, PatG/EPÜ, Art. 66 N 50). Wird eine Unterlassungsklage gestützt auf eine hängige Anmeldung eingereicht und wird das Patent während des Verfahrens erteilt, so wird der Mangel insofern «geheilt», als nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen der Sachverhalt im Urteilszeitpunkt massgebend ist; liegt dann ein erteiltes Patent vor, kann der Unterlassungsanspruch gewährt werden, obwohl die Klage «zu früh» eingereicht wurde (HEINRICH, PatG/EPÜ, Art. 66 N 51). Ob eine Möglichkeit besteht, die Anwartschaft auf das Patentrecht durch vorsorgliche Massnahmen zu sichern, diskutiert HILTY, sic! 1997, S. 341 ff., mit weitgehend negativem Ergebnis.

Die Unterlassungsklage zielt auf die Verhinderung zukünftiger rechtswidriger Handlungen, die Beseitigungsklage auf die Beseitigung eines sich rechtswidrig auswirkenden Zustands (BLUM/PEDRAZZINI, Patentrecht, Art. 72 N 1). Das Gesetz setzt voraus, dass der Kläger durch eine der in Art. 66 genannten Handlungen bedroht oder in seinen Rechten verletzt ist. Die Variante «in seinen Rechten verletzt» spielt bei der Unterlassungsklage naturgemäss keine Rolle, da diese auf zukünftige Handlungen gerichtet ist. Sie kommt, wenn überhaupt, nur bei der Beseitigungsklage zum Zug (BLUM/PEDRAZZINI, Patentrecht, Art. 72 N 4).

- 10 Der Patentinhaber ist in seinen Rechten bedroht, wenn das Verhalten des Beklagten die künftige Patentverletzung ernsthaft befürchten lässt (BGE 124 III 72, E. 2a – «Contra-Schmerz»). Lehre und Rechtsprechung unterscheiden zwischen Erstbegehungs- und Wiederholungsgefahr. Analoge Eingriffe in der Vergangenheit sind ein Indiz für einen bevorstehenden Eingriff (Wiederholungsgefahr). Die erfolgten Eingriffe begründen nicht nur ein Interesse, die genau gleichen Handlungen verbieten zu lassen, sondern auch gleichartige Handlungen, da sie indizieren, dass der Beklagte fremde Rechte nicht respektiert (DAVID ET.AL., SIWR I/2, Rz. 272). Eine Wiederholungsgefahr darf angenommen werden, wenn der Beklagte die Widerrechtlichkeit des beanstandeten Verhaltens bestreitet, ist doch dann zu vermuten, dass er es im Vertrauen auf dessen Rechtmässigkeit weiterführen wird (BGE 124 III 72, E. 2a – «Contra-Schmerz»). Dies gilt insbesondere, wenn der Verletzer zwar im Hinblick auf den Prozess die Verletzungen eingestellt hat, in seinen Rechtsvorträgen aber nach wie vor sein Verhalten als rechtmässig verteidigt (BGE 128 III 96, E. 2e – «Orfina»; BPatGer, Urteil S2016\_009 vom 4. Juli 2017, E. 3.7). Dass sich der Gesuchsgegner einem Massnahmebefehl unterzieht, lässt die Wiederholungsgefahr nicht entfallen (DAVID ET.AL., SIWR I/2, Rz. 272). Keine Wiederholungsgefahr besteht, wenn der Beklagte die Rechtswidrigkeit der ihm vorgeworfenen Handlungen nicht bestreitet, aber geltend macht, diese schon lange (i.c.: vor acht Jahren) eingestellt zu haben (BGer, Urteil 4A\_300/2013 vom 2. Oktober 2013, E. 3.3 – «NAFA»; s. auch BGer, Urteil 4A\_109/2011 vom 21. Juli 2011, E. 6.2.2: Rechtsschutzinteresse entfällt, wenn seit 5 Jahren keine Verletzungshandlungen begangen wurden). Die Wiederholungsgefahr entfällt, wenn der Verletzer verbindlich die Rechtswidrigkeit seiner Handlungen anerkennt und sich verpflichtet hat, das beanstandete Verhalten einzustellen (DAVID ET.AL., SIWR I/2, Rz. 272). Im Gegensatz zu Deutschland wird in der Schweiz nicht verlangt, dass die Unterlassungserklärung strafbewehrt abgegeben wird (BGE 116 II 359, E. 2b). Strittig ist, wann eine Erklärung, künftige Verletzungshandlungen zu unterlassen, ohne Anerkennung der Widerrechtlichkeit bereits erfolgter Handlungen genügt, um die Wiederholungsgefahr zu beseitigen. Das Bundespatentgericht lässt es ausreichen, wenn der Beklagte eine bedingungslose, unzweideutige und rechtlich verbindliche Verzichts- bzw. Unterlassungserklärung abgibt und diese nicht als bloss prozesstaktisches Manöver erscheint, auch wenn damit die Rechtswidrigkeit bereits erfolgter Handlungen nicht anerkannt wird (BPatGer, Urteil S2013\_004 vom 12. Mai 2014, E. 4.2, unter Hinweis auf OGer ZH, Urteil vom 20. Januar 2011, E. II/1, in: sic! 2011, S. 509 ff.; ebenso HGer AG, Urteil vom 8. Mai 2015, E. 10 – «Staubsauger III», in: sic! 2015, S. 645 ff.). Von Bedeutung kann sein, ob konkret getroffene Massnahmen des Unterlassungsschuldners oder sonstige Umstände vorliegen, die eine Wiederholung unmöglich oder zumindest wirtschaftlich unattraktiv machen (OGer ZH, Urteil vom 20. Januar 2011, E. II/1, in: sic! 2011, S. 509 ff.). Die neuere Lehre sieht Unterlassungserklärungen, die ohne Anerkennung einer Rechtspflicht abgegeben werden, eher kritisch (SHK-MSchG-STAU, Art. 55 N 53: Wegfall der Wiederholungsgefahr «nur mit grösster Zurückhaltung anzunehmen»). Wird eine

rechtsgenügende Unterlassungserklärung erst im Laufe des Verfahrens abgegeben, wird das Verfahren wegen Gegenstandslosigkeit abgeschrieben (BGE 140 III 297, E. 2.3.2 (nicht publ.)). Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind zulasten desjenigen zu regeln, der unterlegen wäre, wenn keine Unterlassungserklärung abgegeben worden wäre (BPatGer, Urteil S2013\_003 vom 12. Mai 2014, E. 5.12).

Wenn noch keine Verletzung stattgefunden hat, ist zu prüfen, ob konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine Patentverletzung bevorsteht. Solche Anhaltspunkte können Ankündigungen des angeblichen Verletzers sein, dessen Anfragen an Lieferanten und Abnehmer oder Vorbereitungshandlungen wie Aufträge an Werbeagenturen oder Insertionsaufträge (DAVID ET.AL., SIWR I/2, Rz. 272). Eine «Bedarfsanfrage», mit der auf die Lieferfähigkeit für ein patentgeschütztes Produkt nach Ablauf der Schutzdauer hingewiesen wird, ist eine Verletzungshandlung und keine blossere Vorbereitungshandlung (BPatGer, Urteil S2014\_002 vom 27. Februar 2014, E. 4). Bereits erfolgte Verletzungen im Ausland können ein Hinweis auf künftige Verletzungen in der Schweiz sein, wenn das entsprechende Produkt üblicherweise in allen Ländern in der gleichen Ausstattung angeboten wird und die ausländische Verletzerin, bzw. eine ihrer Konzerngesellschaften, auch in der Schweiz tätig ist. Gemäss HEINRICH indiziert eine Patentanmeldung, dass der Anmelder diese Lehre auch praktizieren wird (HEINRICH, PatG/EPÜ, Art. 72 N 15; vgl. zur Diskussion im Markenrecht, ob eine Markenmeldung eine bevorstehende Verletzung indiziert SHK-MSchG-STAUB, Art. 55 N 11). In einem älteren Urteil hat das Bundesgericht das Einholen einer Vertriebsbewilligung für ein Arzneimittel als hinreichendes Indiz für eine Erstbegehungsgefahr bezeichnet, da anzunehmen sei, dass davon so rasch wie möglich Gebrauch gemacht werde (BGE 99 II 344, E. 3 – «Madar-Tropfen»). Gemäss Art. 16a Abs. 1 lit. a Heilmittelgesetz (HMG, SR 812.21) widerruft die Zulassungsbehörde (Swissmedic) die Zulassung, wenn das Arzneimittel nicht innerhalb von drei Jahren nach Erteilung der Zulassung tatsächlich in Verkehr gebracht worden ist. Der Fristenlauf beginnt mit dem Datum der Zulassung; falls zu diesem Zeitpunkt dem Inverkehrbringen des Arzneimittels ein bestehender Patentschutz entgegensteht, beginnt der Fristenlauf erst nach Ablauf des Patentschutzes (Art. 9a Abs. 4 Arzneimittelverordnung, VAM, SR 812.212.21). Der Zulassungsinhaber kann daher eine Zulassung «auf Vorrat» erwirken mit der Absicht, diese erst nach Ablauf der Schutzdauer des Patents zu nutzen. Aus der arzneimittelrechtlichen Zulassung kann daher nicht auf einen unmittelbar bevorstehenden Markteintritt geschlossen werden. Hingegen indiziert die Aufnahme auf die Spezialitätenliste (SL) des Bundesamts für Gesundheit (BAG), dass der Markteintritt unmittelbar bevorsteht, denn wenn das Arzneimittel nicht im Handel erhältlich ist, wird es von der SL gestrichen (BAG, Handbuch betreffend die Spezialitätenliste, Ausgabe 2017, A 10.3).

11

12

Bei der Beseitigungsklage ist das Rechtsschutzinteresse immer gegeben, wenn sich ein bestehender Zustand weiterhin störend auswirkt (HEINRICH, PatG/EPÜ, Art. 72 N 18).

- 13 Ein Verschulden ist für den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch nicht vorausgesetzt (statt aller BLUM/PEDRAZZINI, Patentrecht, Art. 71 N 1).

## B. Rechtsfolge

- 14 Besteht eine Verletzung oder Bedrohung der Rechte des Patentinhabers, so hat der Patentinhaber nach ganz herrschender Auffassung einen vorbehaltlosen Anspruch auf Erlass eines Unterlassungstitels, der nicht von einer Interessen- und Verhältnismässigkeitsprüfung abhängt (HESS, sic! 2009, S. 851 ff.; so allgemein die Rechtslage in Kontinentaleuropa, REETZ ET AL., GRUR Int. 2015, S. 210 ff.; für Deutschland SCHAREN, Mitt. 2018, S. 369 ff., 370; siehe aber OSTERRIETH, Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz im Patentrecht, in: Kühnen [Hrsg.], Festschrift 80 Jahre Patentgerichtsbarkeit in Düsseldorf, Köln 2016, S. 415 ff., 424 f., der den Unterlassungsanspruch von einer Interessenabwägung abhängig macht). Dieser Anspruch besteht auch dann vorbehaltlos, wenn der Patentinhaber die geschützte Lehre nicht praktiziert (HESS, a.a.O., S. 856; siehe aber für das deutsche Recht OHLY, GRUR Int. 2008, S. 787 ff.). Das Patentgesetz selbst bestimmt abschliessend, unter welchen Bedingungen der Patentinhaber die Benutzung der Erfindung durch Dritte, gegen ein angemessenes Entgelt, dulden muss (Zwangslizenzen gemäss Art. 36 ff.). So kann insbesondere einem öffentlichen Interesse, z.B. an der andauernden Verfügbarkeit eines Arzneimittels, durch eine Zwangslizenz gemäss Art. 40 Rechnung getragen werden (vgl. BGH, Urteil X ZB 2/17 vom 11. Juli 2017 – «Raltegravir»). Der Verletzer hat auch keinen Anspruch auf eine Übergangsfrist (DAVID ET AL., SIWR I/2, Rz. 287; vgl. aber BGH, Urteil X ZR 114/13 vom 10. Mai 2016 – «Wärmetauscher»: Aufbrauchfrist ausnahmsweise, wenn sofortige Unterlassung «eine unverhältnismässige, durch das Ausschliesslichkeitsrecht und die regelmässigen Folgen seiner Durchsetzung nicht gerechtfertigte Härte darstellt»). Eine Aufbrauchfrist kann im öffentlichen Interesse geboten sein, z.B. wenn die Umstellung von Patienten auf ein neues Arzneimittel Zeit benötigt oder Ärzte geschult werden müssen (vgl. Urteil des High Court for England and Wales vom 24. Mai 2018 in Sachen *Edwards Lifesciences LLC v Boston Scientific Scimed Inc*, [2018] EWHC 1256 [Pat]). In solchen Fällen kann eine zeitlich befristete Zwangslizenz gewährt werden.
- 15 Wie jeder zivilrechtliche Anspruch unterliegt auch der patentrechtliche Unterlassungsanspruch der Schranke des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Rechtsmissbräuchlich kann insbesondere die Durchsetzung eines standardessentiellen Patents sein, wenn darin der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 Abs. 1 KG) liegt. Es ist in der Schweiz allgemein anerkannt, dass das patentrechtliche System der Zwangslizenzen die kartellrechtliche Zwangslizenz



nicht peremptorisiert (FIALA, Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht, Bern 2006, S. 149 f.; HESS, a.a.O., S. 862; RAUBER, Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Zürich/Genf 2004, S. 200 f.; BSK-KG-Hilty, Art. 3 Abs. 2 N 26 ff.; a.M. HGer BE, Urteil HG 03 9024 vom 6. Juli 2005, E. B 4 – «Anschlaghalter III» in: sic! 2006, S. 348 ff.; STIEGER, in: Bertschinger/Geiser/Münch [Hrsg.], Patentrecht, Basel 2002, Rz. 13.339 ff.). Die Voraussetzungen, unter denen die kartellrechtliche Zwangslizenz bei standardessentiellen Patenten greift, sind in der Schweiz jedoch weitgehend unklar (vgl. zur deutschen Praxis KELLENTER/VERHAUWEN, GRUR 2018, S. 762 ff. aus der Schweizer Lehre BRUNNER, sic! 2019, S. 1 ff.). Die gegenüber einer Standardisierungsorganisation abgegebene verbindliche Erklärung, ein (angeblich) standardessenzielles Patent Dritten zu FRAND-Bedingungen zu lizenzieren, kann einen echten Vertrag zugunsten Dritter darstellen (so BRUNNER, sic! 2019, S. 1 ff.; SONNENBERG, Die Einschränkung des patentrechtlichen Unterlassungsanspruchs im Einzelfall, Berlin 2014, S. 155 m.w.H.; HEINEMANN, GRUR Int. 2015, S. 855 ff., 857; MCGUIRE, GRUR 2018, S. 128 ff., 131 [für das frz. Recht]). BRUNNER vertritt, dass zwar ein echter Vertrag zugunsten Dritter entstehe, der aber nicht auf Abschluss eines Lizenzvertrages gerichtet sei, sondern ein *pactum de non petendo* während ernsthafter Vertragsverhandlungen darstelle (BRUNNER, sic! 2019, S. 1 ff., 9). Folgt man dieser Auffassung nicht (so STRAUS, GRUR Int. 2011, S. 469 ff., 476; KÜHNEN, Handbuch der Patentverletzung, 10. Aufl. Köln 2017, Rz. 1481), so kann in der Weigerung, eine Lizenz zu angemessenen Bedingungen abzuschliessen, ein *venire contra factum proprium* gesehen werden, das die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs als rechtsmissbräuchlich erscheinen lässt (vgl. SCHAREN, Mitt. 2018, S. 369 ff., 372; BRUNNER, sic! 2019, S. 1 ff., 9). Missbräuchlich kann auch die Durchsetzung eines Patents sein, dessen Standardwesentlichkeit während des Standardisierungsverfahrens bewusst verschwiegen wurde, um nach Festlegung des Standards überhöhte Lizenzgebühren verlangen zu können (SCHAREN, a.a.O., 372, m.H. auf die deutsche Rsp.). Zum Umgang mit der FRAND-Einrede im Zivilprozess s. BRUNNER, sic! 2019, 131 ff.

Hat der Patentinhaber im Einspruchsverfahren hinreichend deutlich erklärt, dass er für eine bestimmte Ausführungsform keinen Patentschutz begehrt, macht im Verletzungsprozess aber dennoch gegenüber einer am Einspruchsverfahren beteiligten Partei Ansprüche wegen dieser Ausführung geltend, kann darin ein rechtsmissbräuchliches Verhalten gesehen werden, wenn die Erklärung Grundlage für die Aufrechterhaltung des betreffenden Patentanspruchs war und der Beklagte auf die Erklärung vertrauen durfte (so BGH, Urteil X ZR 105/04 vom 7. Juni 2006 – «Luftabscheider für Michsammelanlage», s. aber BGE 143 III 666, E. 4.2 – «Pemetrexed»). Nicht missbräuchlich *per se* ist es, einen Unterlassungsanspruch nicht gegen den Hersteller oder Importeur, sondern gegen nachgelagerte Handelsstufen geltend zu machen (SCHAREN, a.a.O., S. 374).

16

- 17 In der deutschen Lehre wird diskutiert, ob der Gefahr von «patent hold-ups» bei komplexen Produkten, die in die Schutzbereiche zahlreicher Patente fallen, begegnet werden kann, indem der Unterlassungsanspruch verweigert und dem Patentinhaber nur finanzielle Ansprüche gewährt werden (HOFMANN, *Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf*, Tübingen 2017, S. 470 ff.). OHLY weist darauf hin, dass auch der Unterlassungsanspruch dem Verhältnismässigkeitsvorbehalt untersteht, und argumentiert, die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs im Ausnahmefall könne unverhältnismässig sein, wenn sie beim Verletzer zu einem wirtschaftlichen Schaden führe, der in keinem Verhältnis zum Lizenzwert des durchzusetzenden Patents stehe (OHLY, *GRUR Int.* 2008, S. 787 ff., 796).
- 18 Die Verwirkung als Ausprägung des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots (Verbot widersprüchlichen Verhaltens) kann auch gegenüber patentrechtlichen Unterlassungsansprüchen geltend gemacht werden (BGer, Urteil 4A\_48/2008 vom 10. Juni 2008, E. 3 – «Radiatoren»). Entscheidend ist, dass das Verhalten des Rechtsinhabers beim Verletzer zum Vertrauen geführt hat, der Rechtsinhaber werde sein Recht nicht mehr durchsetzen, und der Verletzer dieses Vertrauen betätigt hat (BGE 117 II 575, E. 5b – «Iba/Iba.com»). Zu diesem Vertrauen können auch Erklärungen gegenüber Standardisierungsorganisationen führen, das Patent nicht durchzusetzen, wenn eine angemessene Lizenzgebühr bezahlt wird (SCHWEIZER, *sic!* 2008, S. 325 ff., 327). Das blosses Zuwarten mit der Rechtsdurchsetzung genügt alleine nicht, um Verwirkung eintreten zu lassen. Lehre und Rechtsprechung haben als Voraussetzungen der Verwirkung durch Zeitablauf herausgearbeitet, dass (i) der Patentinhaber tatsächlich Kenntnis von der Verletzung hat oder bei Anwendung pflichtgemässer Sorgfalt Kenntnis haben müsste; (ii) die Verletzung aus objektiver Sicht des Verletzers erkennbar ist; (iii) die Rechtsdurchsetzung während längerer Zeit unterlassen wurde (im BGE «Radiatoren» acht Jahre); (iv) die Rechtsdurchsetzung nicht für den Verletzer erkennbar unzumutbar ist; und (v) die Verletzung zu einem wertvollen Besitzstand des Verletzers geführt hat (vgl. zum Ganzen SCHWEIZER, a.a.O., S. 325 ff.). Oft wird gesagt, der Verletzer müsse «gutgläubig» sein; es genügt jedoch, wenn er darauf vertrauen durfte, dass der Patentinhaber seinen Unterlassungsanspruch auch in Zukunft nicht durchsetzen werde, selbst wenn er anfänglich bösgläubig war (BGE 117 II 575, E. 4a – «Iba/Iba.com»). Zum wertvollen Besitzstand meint das Bundesgericht, dieser dürfe im Patentrecht regelmässig angenommen werden, weil der Verletzer für die Produktion und den Absatz von Gütern Dispositionen treffen müsse, die sich nicht ohne Weiteres rückgängig machen liessen (BGer, Urteil 4A\_48/2008 vom 10. Juni 2008, E. 3.1 – «Radiatoren»). Dies verkennt, dass Produktionsmittel regelmässig auch für die Herstellung patentfreier Erzeugnisse eingesetzt werden können und die entsprechenden Investitionen daher nicht nutzlos werden (SCHWEIZER, a.a.O., S. 333). Ist der Unterlassungsanspruch verwirkt, kann er gegenüber dem konkreten Verletzer nicht durchgesetzt werden. Davon nicht berührt werden die (der Verjährung unterstehenden) finanziellen Wiedergutmachungsansprüche. Von missbräuchlicher Geltendmachung von Forderungsansprüchen wegen Verwirkung kann innerhalb der gesetzlichen Verjährungsfris-

ten im Allgemeinen nur die Rede sein, wenn weitere, ganz besondere Umstände hinzutreten, die das Zuwarten als Verstoss gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (BGE 127 III 364, E. 4c).

Den Beseitigungsanspruch konkretisiert das Gesetz selbst durch den Anspruch auf Einziehung und Vernichtung der widerrechtlich hergestellten Erzeugnisse oder der vorwiegend zu ihrer Herstellung dienenden Einrichtungen, Geräte und sonstigen Mittel (Art. 69 Abs. 1). Eine Vernichtung von Produktionsmitteln kommt aber nur infrage, wenn sie nicht zur Herstellung patentfreier Erzeugnisse eingesetzt werden können (Art. 69 N 8). Statt der Vernichtung des Erzeugnisses kommt als mildere Massnahme auch die Beseitigung der verletzenden Eigenschaft des Erzeugnisses infrage (so ausdrücklich Art. 64(2)(c) EPGÜ). Die Urteilspublikation auf Kosten der unterliegenden Partei (Art. 70) dient der Beseitigung einer eingetretenen Marktverwirrung. Die Rechtsprechung gewährt einen Anspruch auf Rückruf von patentverletzenden Erzeugnissen, die sich in der Verfügungsmacht gewerblicher Abnehmer befinden, d.h., der Verletzer muss seine Abnehmer unter Hinweis auf die Patentverletzung auffordern, die Erzeugnisse gegen Erstattung des Kaufpreises zu vernichten oder an ihn zurückzuschicken. Dieser Anspruch besteht unabhängig davon, ob die Abnehmer verpflichtet sind, der Aufforderung Folge zu leisten, und kann auch im Massnahmeverfahren verfügt werden (BPatGer, Urteil S2013\_004 vom 12. Mai 2014, E. 4.12 – «(-)-Omeprazol»). Stattdessen kann der Verletzer im Massnahmeverfahren als Sicherungsmassnahme auch verpflichtet werden, seine Abnehmer aufzufordern, die verletzenden Produkte einstweilen nicht weiter zu vertreiben (vgl. BGH, Urteil ZB 96/16 vom 11. Oktober 2017 – «Produkte zur Wundversorgung»). Nach deutscher Praxis kann ein im Ausland ansässiger Schuldner verpflichtet werden, sich im Ausland befindende im Inland patentverletzende Erzeugnisse zurückzurufen, wenn die Gefahr besteht, dass diese ins Inland geliefert werden (BGH, Urteil X ZR 120/15 vom 16. Mai 2017 – «Abdichtsystem»; AL-BAGHDADI, Rückruf in Fällen mit Auslandsbezug, in: Kühnen [Hrsg.], Festschrift 80 Jahre Patentgerichtsbarkeit in Düsseldorf, Köln 2016, S. 1 ff.). Versteht man den Zweck des Rückrufs in der Beseitigung der Gefahr zukünftiger Verletzungen, so ist dem zuzustimmen.

Der nach abgeschlossener patentverletzender Handlung fortdauernde Störungszustand kann darin bestehen, dass der Verletzer mit dem Resultat dieser Handlung gleich nach dem Ablauf des Patents auf den Markt kommen kann. In einem solchen Fall wird die Beseitigung des rechtswidrigen Zustands durch ein nach Ablauf des Patentschutzes zu erlassendes Verbot erreicht, die Resultate der Patentverletzung während der Dauer des unerlaubten Zeitgewinns geschäftlich zu verwerten, um den Vorteil zu kompensieren, den der Verletzer durch das «Sprungbrett» widerrechtlich erlangt hat (HGer SG, Urteil vom 31. August 2004, E. II/3b – «Simvastatin» in: sic! 2005, S. 31 ff., unter Hinweis auf BGH, Urteil X ZR 53/87 vom 21. Februar 1989 – «Ethofumesat»; siehe auch EuGH, Urteil C-316/95 vom 9. Juli 1997 – *Generics BV v Smith Kline & French Laboratories*

*Ltd*; zur neueren deutschen Rsp. siehe JÜNGST, Beseitigungsanspruch nach Ablauf des Patents, in: Kühnen [Hrsg.], Festschrift 80 Jahre Patentgerichtsbarkeit in Düsseldorf, Köln 2016, S. 221 ff.). Als Rechtsgrundlage für einen Unterlassungsanspruch über den Ablauf der Schutzdauer hinaus kann Art. 43 OR gesehen werden (ALDER, sic! 1999, S. 174 ff.; HILTI, sic! 1999, S. 345; HESS-BLUMER, Kommentierung von Art. 8 N 8).

- 21 Praxisgemäss werden Verbote nie zeitlich befristet ausgesprochen. Mit Ablauf der Schutzdauer fällt aber der Rechtsgrund für das Verbot dahin, gleichzeitig ist das Urteil formell und materiell rechtskräftig und daher auch weiterhin vollstreckbar (einen Revisionsgrund stellt der Ablauf der Schutzdauer nicht dar, da er erst nach dem Urteil entstanden ist, vgl. Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO). Man wird sich mit dem wenig eleganten Ausweg behelfen müssen, dass die Vollstreckung eines Unterlassungstitels, der auf einem zwischenzeitlich abgelaufenen Schutzrecht beruht, rechtsmissbräuchlich ist.

### III. Verfahrensfragen

- 22 Schweizerische Lehre und Rechtsprechung betrachten die Bedrohung der Rechte des Patentinhabers als Ausdruck des Rechtsschutzinteresses i.S.v. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO. Entsprechend ist, wenn zum Zeitpunkt der Klageeinreichung eine Bedrohung fehlt, auf die Klage nicht einzutreten. Entfällt das Rechtsschutzinteresse während des laufenden Verfahrens, so wird der Prozess gegenstandslos und muss abgeschrieben werden (BK-ZPO-Killias, Art. 242 N 10; BGE 140 III 297, E. 2.3.2 [nicht publ.]). Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind zulasten desjenigen zu regeln, der unterlegen wäre, wenn das Rechtsschutzinteresse noch bestünde (BPatGer, Urteil S2013\_003 vom 12. Mai 2014, E. 5.12).
- 23 Unterlassungsklagen müssen auf das Verbot eines genau umschriebenen Verhaltens gerichtet sein. Die verpflichtete Partei soll erfahren, was sie nicht mehr tun darf, und die Vollstreckungs- oder Strafbehörden müssen wissen, welche Handlungen sie zu verhindern oder mit Strafe zu belegen haben (BGE 142 III 587, E. 5.3). Die behauptete Verletzungs- oder Ausführungsform ist so zu beschreiben, dass durch blosse tatsächliche Kontrolle ohne Weiteres festgestellt werden kann, ob die verbotene Ausführung vorliegt. Die Verletzungsform ist als reale technische Handlung durch bestimmte Merkmale so zu umschreiben, dass es keiner Auslegung rechtlicher oder mehrdeutiger technischer Begriffe bedarf (BGE 131 III 70, E. 3.3 – «Sammelhefter V»). Da Typenbezeichnungen problemlos geändert werden können, sind sie allein grundsätzlich nicht geeignet, die angegriffene Ausführung zu bestimmen (BGE 131 III 70, E. 3.6; das gilt aber nur für zukünftige Handlungen, für auf die Vergangenheit gerichtete [Auskunfts-]ansprüche ist die Individualisierung durch Typenbezeichnungen ausreichend, BPatGer, Urteil O2015\_018 vom 15. Juni 2018, E. 16 – «instrument d'écriture»). Ausreichend ist die Individualisierung durch Typenbezeichnungen

bei Arzneimitteln, weil die Bezeichnung und Zusammensetzung eines behördlich zugelassenen Arzneimittels nicht ohne die (nicht ohne Weiteres erhältliche) Zustimmung der Zulassungsbehörde geändert werden dürfen (HGer ZH, Urteil vom 22. August 2007, sic! 2008, S. 642 ff. – «Alendronsäure»).

Das Urteil «Sammelhefter V» ist in der Lehre überwiegend auf Kritik gestossen (WIDMER/DEGEN, sic! 2005, S. 208 ff., 212 f.; VON BÜREN/WALTER, ZBJV 2006, S. 580 ff., 599 f.; HEINRICH, sic! 2006, S. 48 ff.; STIEGER, ZZZ 2006, S. 39 ff., 47 ff.). Die Anforderungen an die Konkretisierungen der Unterlassungsbegehren stehen in einem Spannungsverhältnis zur abstrakten Natur des patentrechtlichen Schutzes. Das Patent schützt die Erfindung, die (abstrakte) technische Lehre, nicht bloss konkrete Ausführungsformen. Die patentverletzenden physischen Objekte sind nur Instanzen der Kategorie, die durch die Patentansprüche umschrieben wird. Wie HEINRICH zu Recht bemerkt, erachtet es der Gesetzgeber als zumutbar, aus den Patentansprüchen auf das zu unterlassende Verhalten zu schliessen (HEINRICH, a.a.O., 50). Wieso dies bei einem auf ein technisches Handeln gerichteten *gerichtlichen* Verbot nicht der Fall sein soll, leuchtet nicht ein. Zuzustimmen ist dem Bundesgericht, soweit es verlangt, dass rechtlich oder technisch mehrdeutige Begriffe des Patentanspruchs nicht einfach im Unterlassungsbegehren wiederholt werden, sondern die konkrete Ausführungsform umschrieben wird (BPatGer, Urteil O2012\_004 vom 24. August 2012, E. 9 – «Leichtbeton»). Streiten die Parteien darüber, ob eine in der konkreten Ausführungsform verwendete Unterlagscheibe ein «Abstandhalter» im Sinne des Anspruchs ist, ist mit einer blossen Wiederholung des anspruchsgemässen Begriffs nichts gewonnen. Allerdings findet dieses Erfordernis seine Grenze an funktionalen Merkmalen. Diese können kaum anders als im Patentanspruch formuliert ins Rechtsbegehren aufgenommen werden, ohne sich dem Vorwurf auszusetzen, dass das Rechtsbegehren über den Schutzbereich des Anspruchs hinausgehe. Wird eine Verletzung durch äquivalente Mittel («Nachahmung») behauptet, muss das Rechtsbegehren auf jeden Fall die konkreten, angeblich äquivalenten, Mittel nennen, mit denen das Merkmal äquivalent verwirklicht wird (BPatGer, Urteil O2015\_018 vom 15. Juni 2018, E. 15 – «instrument d'écriture»). Werden umstrittene Begriffe in den Erwägungen definiert, müssen die Definitionen nicht in das Dispositiv aufgenommen werden (BPatGer Urteil O2016\_009 vom 18. Dezember 2018, E. 54 – «Durchflussmessfühler»).

24

Lange Zeit entsprach es h.L. und Rechtsprechung in der Schweiz, dass Unterlassungsurteile nicht real vollstreckt werden können, sondern nur mittels indirekten Zwangs durch Strafandrohung (BGer, Urteil 4A\_31/2008 vom 6. März 2008, E. 3.2 – «Druckweiterverarbeitung»; KÖLZ, Die Zwangsvollstreckung von Unterlassungspflichten im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 2007, Rz. 60 m.w.H.). Die neuere Lehre weist darauf hin, dass Art. 343 Abs. 1 lit. d ZPO als Vollstreckungsmittel ausdrücklich Zwangsmassnahmen wie die Wegnahme einer beweglichen Sache und in lit. e die Ersatzvornahme erwähnt und es nicht einzusehen sei, dass diese Mittel bei einem renitenten Unterlassungsschuld-

25

ner nicht eingesetzt werden dürften (HESS, sic! 2010, S. 822 ff.; PEDRAZZINI/HILTI, Patent- und Patentprozessrecht, Bern 2008, S. 417). Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Obwohl es unverhältnismässig erscheinen mag, eine Patentverletzung mit Polizeigewalt zu verhindern, darf nicht vergessen werden, dass Mieter, die entgegen einem Ausweisungsbefehl in einer Wohnung verbleiben, ohne Weiteres mit Polizeigewalt entfernt werden. Das schweizerische Recht anerkennt, dass zivilrechtliche Pflichten gegen renitente Schuldner real exekutiert werden können (NAEF, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, Zürich 1919, S. 122; KÖLZ, a.a.O., Rz. 60 f.). Unter den Umständen scheint die Beschlagnahme patentverletzender Erzeugnisse mit polizeilicher Hilfe nicht unverhältnismässig.

- 26 Wird indirekter Zwang (Ordnungsbusse) angedroht, so ist nicht jede geringfügige Zuwiderhandlung gegen eine gerichtliche Verhaltensanweisung schematisch mit dem Höchstbetrag der angedrohten Ordnungsbusse zu ahnden (BGE 142 III 587, E. 6.2).
- 27 Abzulehnen ist die deutsche Praxis, gemäss der eine Pflicht zum Rückruf von schutzrechtsverletzenden Erzeugnissen auch dann besteht, wenn das Urteilsdispositiv (Urteilstenor) nur die Unterlassung ausdrücklich anordnet (BGH, Urteil ZB 96/16 vom 11. Oktober 2017 – «Produkte zur Wundversorgung»). Das Dispositiv muss die zu unterlassenden Handlungen bestimmt umschreiben, das muss auch für die vorzunehmenden Handlungen gelten. Eine Rückrufverpflichtung in ein Unterlassungsgebot hineinzulesen, führt zu unzumutbarer Rechtsunsicherheit, da der Schuldner nicht weiss, was er zu tun hat. Die entsprechende Rechtsprechung wurde in Deutschland denn auch überwiegend kritisiert (LUBBERGER, GRUR 2018, S. 378 ff.).