

# **BGer 4A\_575/2018 vom 12. März 2019**

Bundesgericht, 2019-03-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_575\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_575_2018)

FR: TF 4A\_575/2018 du 12 mars 2019

IT: TF 4A\_575/2018 del 12 marzo 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerde betrifft eine Zivilsache ( Art. 72 BGG ), sie richtet sich gegen einen Entscheid ( Art. 90 ff. BGG ) des Bundespatentgerichts ( Art. 75 Abs. 1 BGG ), die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen ( Art. 76 BGG ), ein Streitwert ist nicht erforderlich ( Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG ) und die Beschwerdefrist ist auch für die ergänzende Begründung eingehalten ( Art. 100 BGG ).

### **E. 1.1**

Der angefochtene Entscheid schliesst das Verfahren nicht im Sinne von Art. 90 BGG ab. Vielmehr ist der Beschwerdegegnerin in Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Entscheids Frist gesetzt worden zur Einreichung der Klage im ordentlichen Verfahren. Es handelt sich um einen Massnahmeentscheid, der vor Einleitung des Hauptverfahrens erging und somit um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG ( BGE 138 III 76 E. 1.2 mit Hinweisen).

### **E. 1.2**

Gegen Zwischenentscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 93 BGG fällt die Zulässigkeit der Beschwerde nach Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG von vornherein ausser Betracht und steht die Beschwerde nur offen, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können ( Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ). Dabei muss es sich um einen Nachteil rechtlicher Natur handeln, der auch durch einen für die Beschwerdeführerin günstigen Entscheid in der Zukunft nicht mehr behoben werden kann ( BGE 143 III 416 E. 1.3; 141 III 80 E. 1.2; 139 V 604 E. 3.2; 138 III 46 E. 1.2 S. 47; 137 III 324 E. 1.1 S. 328; je mit Hinweisen). Rein tatsächliche Nachteile wie die Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens reichen nicht aus ( BGE 142 III 798 E. 2.2 S. 801; 141 III 80 E. 1.2; 138 III 190 E. 6 S. 192; 137 III 380 E. 1.2.1 mit Hinweisen). Die selbständige Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden bildet aus prozessökonomischen Gründen eine Ausnahme vom Grundsatz, dass sich das Bundesgericht mit jeder Angelegenheit nur einmal befassen soll ( BGE 142 III 798 E. 2.2 S. 801; 141 III 80 E. 1.2 S. 81). Die Ausnahme ist restriktiv zu handhaben ( BGE 144 III 475 E. 1.2 S. 479 mit Hinweisen). Während die frühere Rechtsprechung bei Zwischenentscheiden, mit denen vorsorgliche Massnahmen erlassen oder verweigert wurden, einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil regelmässig bejahte ( BGE 134 I 83 E. 3.1 S. 87 mit Hinweisen auf die frühere Rechtsprechung), wird nach der neueren, nunmehr gefestigten Rechtsprechung verlangt, dass die Beschwerdeführerin in der Beschwerdebegründung aufzeigt, inwiefern ihr im konkreten Fall ein nicht wieder gutzumachender Nachteil rechtlicher Natur drohe ( BGE 144 III 475 E. 1.2 S. 479 mit Hinweisen).

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführerin führt zur Begründung eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG zunächst an, der angefochtene Entscheid verletze ihre verfassungsmässigen Ansprüche auf gleiche und gerechte Behandlung ( Art. 29 Abs. 1 BV ), die Wirtschaftsfreiheit ( Art. 27 BV ) und die Eigentumsgarantie ( Art. 26 BV ). Diese Rechtsverletzungen könnten später nicht mehr überprüft werden, insbesondere sei die bundesrechtskonforme Anwendung von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO und von weiteren für ein faires Verfahren zentralen Bestimmungen (wie Art. 8 ZGB , Art. 55 Abs. 1, Art. 57, 150 ff., 222 Abs. 2 und Art. 229 ZPO ) ausgeschlossen. Die Beschwerdeführerin verkennt mit ihrer Rüge betreffend Art. 261 ZPO sowie die weiteren Bundesrechtsnormen, dass die Beschwerdegründe für Massnahme-Entscheide gemäss Art. 98 BGG auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte beschränkt sind. Soweit sie andererseits die Verletzung verfassungsmässiger Rechte behauptet, bezieht sie sich auf die alte, mit BGE 137 III 324 E. 1.1 aufgegebene Praxis. Sie vermag damit nicht aufzuzeigen, welcher konkrete, nicht wieder gutzumachende Nachteil ihr droht.

#### **E. 1.4**

Die Beschwerdeführerin behauptet sodann, der angefochtene Massnahmeentscheid verursache ihr Schäden, die auch im Falle eines für sie günstigen Hauptsacheentscheids nicht behoben werden könnten. Sie bringt vor, sie erleide durch das Verbot Umsatzeinbussen, die sich praktisch nicht beziffern liessen. So verfüge sie zurzeit als einzige Generikumherstellerin über eine Marktzulassung und es sei allgemein anerkannt, dass das erste Generikum auf dem Markt gegenüber anderen Generika einen nicht aufholbaren Vorsprung erziele (sog.

first mover advantage ). Auch sei sie erst kurz vor Erlass des Verbots, nämlich im Juni 2018, mit ihrem Generikum in den Markt eingetreten und der Vertrieb sei ihr noch während der Aufbauphase verboten worden, weshalb sie für einen allfälligen Schadenersatz nicht über verlässliche Zahlen verfüge. Sie bringt zudem vor, ein weiterer nicht behebbarer Nachteil bestehe darin, dass sie ihr Warenlager vernichten müsste, falls auf die Beschwerde nicht eingetreten würde. Schliesslich macht sie geltend, sie würde Reputationsschäden erleiden, wenn die angefochtene Massnahme aufrecht erhalten bliebe.

#### **E. 1.5**

Inwieweit sich die Nachteile tatsächlich nicht beziffern liessen, welche die Beschwerdeführerin im Fall eines Obsiegens im Hauptverfahren durch die Massnahme erlitten hätte, sei dahingestellt. Auch kann offen bleiben, ob ein Verbot wie das angefochtene zu nicht wieder behebbaren Reputationsschäden führen könnte. Denn jedenfalls trifft zu, dass der Beschwerdeführerin im angefochtenen Urteil vorläufig auch die Lagerung der umstrittenen Generika verboten wird. Da sie diese Produkte unbesehen des Ausgangs der Hauptsache zerstören müsste, ist insoweit ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG zu bejahen; aus demselben Grund wurde der Beschwerde in diesem Umfang denn auch die aufschiebende Wirkung gewährt. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

#### **E. 2**

Die Vorinstanz hat das angefochtene Verbot gestützt auf Art. 77 PatG in Verbindung mit Art. 261 Abs. 1 ZPO erlassen. Sie hat sowohl als glaubhaft erachtet, dass der Anspruch der Beschwerdegegnerin aus dem ESZ verletzt wird (bzw. dass das ESZ und namentlich auch das zugrunde liegende Patent gültig ist) wie auch, dass der Beschwerdegegnerin aus der

Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

### **E. 2.1**

Nach Art. 261 ZPO trifft das Gericht die beantragten vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei deren Voraussetzungen glaubhaft macht. Auf das Verfahren der vorsorglichen Massnahmen findet das Summarverfahren Anwendung ( Art. 248 lit. d ZPO ). Das Gericht würdigt die behaupteten Tatsachen mit dem Beweismass der Glaubhaftmachung und es beurteilt die Rechtslage summarisch (vgl. BGE 131 III 473 E. 2.3 S. 476; Urteil 4A\_500/2017 vom 12. Februar 2018 E. 2.1). Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte ( BGE 140 III 610 E. 4. 1; 132 III 715 E. 3.1 S. 720; 130 III 321 E. 3.3 S. 325; vgl. auch BGE 143 III 140 E. 4.1.3; vgl. für den Gegenbeweis des Gesuchsgegners Urteile P.903/1987 vom 28. Oktober 1987 E. 3, publ. in: SMI 1990 I S. 226 ff. S. 228; 4P.64/2003 vom 6. Juni 2003 E. 3.1, publ. in: sic! 12/2003 S. 984 f.; 4P.11/1999 vom 27. Mai 1999 E. 2a mit Hinweis auf BGE 102 II 287 E. 2 S. 290). Die summarische Prüfung der Rechtslage führt nicht zu einer endgültigen Klärung der sich stellenden rechtlichen Fragen, sondern beschränkt sich auf eine vorläufige Beurteilung ( BGE 138 III 232 E. 4.1.1 S. 234 mit Hinweisen; Urteil 4A\_500/2017 vom 12. Februar 2018 E. 2.1). Dabei sind die Massnahmen anzuordnen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 261 ZPO vorliegen; den Interessen der Gesuchsgegnerin ist allenfalls mit einer Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 264 ZPO Rechnung zu tragen ( BGE 139 III 86 E. 5).

### **E. 2.2**

Mit der Beschwerde gegen vorsorgliche Massnahmen kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden ( Art. 98 BGG ). Für die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte gilt das Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht. Vielmehr sind nach Art. 106 Abs. 2 BGG die angeblich verletzten verfassungsmässigen Rechte ausdrücklich zu nennen und es ist im Einzelnen aufzuzeigen, inwiefern sie durch den angefochtenen Entscheid verletzt worden sein sollen ( BGE 144 III 145 E. 2; 143 IV 500 E. 1.1; je mit Hinweisen). Macht die Beschwerdeführerin etwa eine Verletzung des Willkürverbots ( Art. 9 BV ) geltend, hat sie im Einzelnen zu zeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist ( BGE 139 III 334 E. 3.2.5 S. 339; 138 IV 13 E. 5.1 S. 22; Urteil 4A\_441/2017 vom 4. Dezember 2017 E. 1.3). Soweit sich die Beschwerdeführerin damit begnügt, angeblich verletzte Grundrechte und ihrer Ansicht nach willkürlich angewendete Gesetzesbestimmungen aufzuzählen, genügt sie ihrer Begründungspflicht nicht. Soweit aus der Begründung der Beschwerde nicht hervorgeht, inwiefern welche Grundrechte verletzt worden sein sollen, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Dies gilt namentlich auch insoweit, als eine angeblich zutreffende Auslegung dargelegt und angefügt wird, eine andere sei willkürlich.

### **E. 2.3**

Die Vorinstanz hat den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil einerseits aus der Schwierigkeit begründet, die Kausalität zwischen Verkäufen des Produkts der Beschwerdeführerin und dem Verkaufsrückgang des Produkts der Beschwerdegegnerin zu zeigen, zumal bei Abweisung des Massnahmebegehrens damit zu rechnen wäre, dass weitere Generikahersteller auf den Markt träten. Andererseits wäre die Preisreduktion, welche die Produkte der Beschwerdegegnerin durch die Verfügbarkeit von Generika erleiden

würde, ebenfalls in die Schadensberechnung einzubeziehen, was die Schwierigkeit des Schadensnachweises aufzeige. Den Einwand der Beschwerdeführerin, dass die Beschwerdegegnerin selbst keinen Schaden erleide, da sie das Produkt C. \_\_\_\_\_® nicht selbst in der Schweiz vertreibe, verwarf das Bundespatentgericht als verspätet. Im Übrigen hielt das Gericht diesen Einwand für unbegründet, da notorisch sei, dass in Gruppenkonstellationen von pharmazeutischen Konzernen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil bei der Gruppe anfalle.

#### **E. 2.3.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz sei in verschiedener Hinsicht in Willkür verfallen, indem sie einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO bejahte.

Die Beschwerdeführerin rügt namentlich, die Vorinstanz habe Art. 55 Abs. 1 ZPO betreffend den Verhandlungsgrundsatz sowie Art. 151 ZPO bezüglich bekannte Tatsachen, die keines Beweises bedürfen, willkürlich angewandt, indem sie annahm, es sei "offensichtlich und notorisch", dass die formelle Inhaberin des Schutzrechts bei Gruppenkonstellationen von pharmazeutischen Konzernen wenigstens indirekt betroffen sei. Zudem sei die Vorinstanz auch insoweit in Willkür verfallen, als sie schloss, dass die Beschwerdegegnerin einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil erleide, obwohl nicht sie selbst die Wirkstoffkombination "Abacavir + Lamivudin" in der Schweiz vermarkte und sie dazu auch nicht berechtigt sei, nachdem die Heilmittelzulassung der B. \_\_\_\_\_ GmbH erteilt worden sei. Diese werde nicht von der Beschwerdegegnerin beherrscht, sondern sei eine blosser Konzern-Nichte. Soweit überhaupt eine Schadenersatzpflicht bestehen sollte, stünden diese Ansprüche daher nicht der Beschwerdegegnerin zu, weshalb sie im Zusammenhang mit Schadenersatzforderungen keinen Nachteil erleiden könne. Auch bestünden keine Beweisschwierigkeiten im Zusammenhang mit einer etwaigen Gewinnherausgabe. Der Stückpreis von "Abacavir Lamivudin A. \_\_\_\_\_" sei in der Spezialitätenliste publiziert und es obliege der Beschwerdegegnerin, die vom Bruttoumsatz abzuziehenden Kosten zu behaupten und zu beweisen. Schliesslich wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die Ansicht der Beschwerdegegnerin, dass aus der Verletzung absoluter Rechte ohne Weiteres ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil abzuleiten sei. Diese Argumentation würde darauf hinauslaufen, auf das Erfordernis des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils auf dem Gebiet des Patentrechts überhaupt zu verzichten.

#### **E. 2.3.2**

Die Inhaberin des ESZ ist zur ausschliesslichen Nutzung des geschützten Wirkstoffes berechtigt ( Art. 140d PatG ), wie entsprechend der Inhaber des Patents zur ausschliesslichen Nutzung der geschützten technischen Lehre berechtigt ist ( Art. 8 PatG ). Die Inhaberin des ESZ kann Dritten verbieten, das geschützte Produkt gewerblich zu nutzen; sie kann grundsätzlich frei entscheiden, wie sie den geschützten Wirkstoff bzw. die Wirkstoffkombination gebraucht, namentlich kann sie die Nutzung ihres Rechts bestimmten Dritten überlassen. Erlaubt die Inhaberin des ESZ einer Gesellschaft derselben Konzerngruppe die gewerbliche Nutzung des geschützten Produkts und tritt diese damit am Markt auf, wird durch die unerlaubte Benutzung des Schutzrechts regelmässig diese berechnigte Dritte in der tatsächlichen gewerblichen Nutzung beeinträchtigt und unmittelbar geschädigt. Dies ändert indes nichts daran, dass ein etwaiger Schaden, der durch die

unberechtigte Nutzung des Schutzrechts verursacht wird, für die Inhaberin des Schutzrechts als weitere Gesellschaft derselben Konzerngruppe ebenfalls einen gewissen Nachteil bedeuten kann.

Wie die Beschwerdeführerin selbst darlegt, wird in der Botschaft zur ZPO ausgeführt, jede Beeinträchtigung in der Ausübung absoluter Rechte bedeute einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil (Botschaft zur Schweizerischen ZPO vom 28. Juni 2006, BBl 20067354 Ziff. 5.19). Wird aber weniger weitgehend aufgrund der tatsächlichen Umstände beurteilt, ob der durch die unerlaubte Nutzung des gewerblichen Schutzrechts verursachte Nachteil nicht leicht wieder gutzumachen ist, kommt es bei einer rechtmässigen Nutzung des gewerblichen Schutzrechts durch Dritte auch darauf an, wie diese in der Vermarktung der geschützten Produkte beeinträchtigt werden. So führt die Beschwerdegegnerin in ihrer Replik zu Recht aus, ein Schutzrecht verliere auch insofern an Wert, als Dritte dazu verleitet werden könnten, das dem Anschein nach nicht mehr durchgesetzte Schutzrecht ebenfalls zu verletzen (vgl. PETER HEINRICH, PatG/EpÜ, 3. Aufl. 2018, N. 60 zu Art. 77 PatG). Deshalb ist es bei einer rechtmässigen Nutzung Dritter mindestens vertretbar und daher nicht willkürlich anzunehmen, die zum Vertrieb des Heilmittels in der Schweiz berechnete Gesellschaft erleide einen direkten und die Inhaberin des gewerblichen Schutzrechts zumindest einen indirekten Nachteil. Entgegen dem, was die Beschwerdeführerin zu unterstellen versucht, erübrigt es sich daher zu prüfen, auf welche Anspruchsgrundlage sich die Inhaberin der Swissmedic-Zulassung konkret stützt, um als eigenständige juristische Person derselben Konzerngruppe das Medikament zu vertreiben. Wenn die Beschwerdeführerin in der Replik einwendet, nach dem erstmaligen Verkauf der Produkte sei der "Patentschutz" erschöpft, übergeht sie die verbindliche Feststellung im angefochtenen Urteil, wonach die Inhaberin der Swissmedic-Zulassung zur Nutzung des ESZ in der Schweiz ausschliesslich berechnigt ist; die Beschwerdeführerin betont andernorts selbst, dass die Beschwerdegegnerin das Produkt in der Schweiz nicht vertreiben darf. Die Vorinstanz hat im Ergebnis weder Art. 55 Abs. 1 und Art. 151 noch Art. 261 ZPO willkürlich angewandt, insoweit sie auf die Verhältnisse der berechtigten Drittgesellschaft desselben Konzerns abstellte zur Beurteilung, ob es glaubhaft ist, dass ein Nachteil eintrete, der nicht leicht wieder gutzumachen sei.

### **E. 2.3.3**

Ferner wendet die Beschwerdeführerin zwar ein, es bestünden keine Beweisschwierigkeiten im Zusammenhang mit einer etwaigen Gewinnherausgabe, da der Stückpreis von "Abacavir Lamivudin A. \_\_\_\_\_" in der Spezialitätenliste publiziert sei. Sie bringt indessen keine gehörigen Verfassungsrügen gegen den Schluss der Vorinstanz vor, dass es schwierig wäre, die Kausalität zwischen Verkäufen des Produkts der Beschwerdeführerin "Abacavir Lamivudin A. \_\_\_\_\_" und dem erwarteten Verkaufsrückgang des Produkts der Beschwerdegegnerin C. \_\_\_\_\_® aufzuzeigen - zumal bei Abweisung des Massnahmebegehrens mit dem Markteintritt weiterer Generikahersteller zu rechnen wäre. Damit hat es sein Bewenden. Die Vorinstanz ist weder in Willkür gefallen, indem sie den Eintritt eines Nachteils als glaubhaft erachtete, noch indem sie davon ausging, er könne nicht leicht wieder gut gemacht werden.

### **E. 2.3.4**

Nachdem sich die Begründung der Vorinstanz in der Sache als willkürfrei erwiesen hat, sind die Rügen der Beschwerdeführerin zur Erwägung im angefochtenen Urteil, sie habe

ohnehin verspätet vorgebracht, dass ein allfälliger Schaden nicht bei der Beschwerdegegnerin selbst eintrete, gegenstandslos geworden. Im Einzelnen erübrigt sich die Prüfung der geltend gemachten willkürlichen Verletzung von Art. 57 ZPO i.V.m. Art. 27 des Bundesgesetzes vom 20. März 2009 über das Bundespatentgericht (Patentgerichtsgesetz, PatGG; SR 173.41) zum Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen, von Art. 8 ZGB sowie Art. 221 und 222 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 219 ZPO und Art. 27 PatGG im Zusammenhang mit der Beweislastverteilung sowie von Art. 229 Abs. 1 i.V.m. Art. 219 ZPO und Art. 27 PatGG betreffend das Novenrecht.

#### **E. 2.4**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe die Rechtsbeständigkeit des EP www und damit des ESZ unter willkürlicher Anwendung von Bundesrecht bejaht (Art. 140k i.V.m. Art. 7 PatG bzw. Art. 52 Abs. 1 und Art. 54 des Europäischen Patentübereinkommens vom 5. Oktober 1973, revidiert in München am 29. November 2000 [EPÜ 2000; SR 0.232.142.2]).

##### **E. 2.4.1**

Die Vorinstanz hat die Neuheitsschädlichkeit des Dokuments D1 (WO yyy) verneint. Sie hat im Wesentlichen erwogen, im Prioritätsdokument, das Kombinationspräparate mit Abacavir-Succinat offenbart, werde festgehalten, dass der Wirkstoff allein oder in Kombination eingesetzt werden könne. Für die Auswahl einer Kombination zähle es sodann eine Liste möglicher weiterer Wirkstoffe auf, wobei zunächst verschiedene generische Klassen von Wirkstoffen angegeben würden, namentlich Nucleoside Reverse Transcriptase Inhibitors (NRTIs), non-NRTIs, HIV Protease Inhibitoren, andere anti-HIV Agenzien und Immunmodulatoren. Erst als Untergruppen dieser generischen Klassen würden dann individuell konkrete Wirkstoffe aufgeführt, wobei in der Liste zu den NRTIs Lamivudin, wiederum im Rahmen einer Vielzahl von anderen Systemen, genannt werde. Die Vorinstanz nahm auf die Rechtsprechung der Beschwerdekammern des Europäischen Patentamtes (EPA) Bezug und schloss, diese erforderliche Mehrfachauswahl begründe die Neuheit des Anspruchsgegenstands EP www.

##### **E. 2.4.2**

Die Beschwerdeführerin stellt zu Recht nicht in Frage, dass auf die Praxis der Beschwerdekammern des EPA abgestellt werden kann. Sie vertritt dagegen die Ansicht, es sei keine zwei- oder dreifache Auswahl notwendig gewesen. Der Fachmann habe den Wirkstoff Lamivudin nur aus einer Liste auswählen müssen, um zu der vom Patent beanspruchten Erfindung zu gelangen. So enthalte das Prioritätsdokument zwei selbständige, voneinander unabhängige Offenbarungen, eine Monotherapie einerseits und eine Kombinationstherapie andererseits. Die Monotherapie falle jedoch ausser Betracht, da sich die vom streitigen Patent beanspruchte Erfindung unstrittig nur auf eine Kombinationstherapie beziehe. Auch der zweite bzw. dritte Schritt stelle keine Auswahl im Sinne der Praxis der Beschwerdekammern des EPA dar, weil es sich lediglich um eine einzige, strukturierte Liste handle, in welcher die einzelnen Wirkstoffe nach Wirkstoffklassen geordnet seien.

##### **E. 2.4.3**

Die Vorinstanz schloss willkürfrei, der im angefochtenen Entscheid wiedergegebene Absatz im Prioritätsdokument erfordere eine Mehrfachauswahl, um zum Anspruchsgegenstand des Patents der Beschwerdegegnerin zu gelangen. Es werden in diesem prioritären Dokument

eine Vielzahl von Wirkstoffen genannt, die entgegen der Behauptung in der Beschwerde nicht in einer einzigen Liste in einzelne Gruppen strukturiert und (abschliessend) aufgezählt werden. Vielmehr werden die einzelnen Wirkstoffe jeweils beispielhaft für die Klasse angeführt, hinter der sie genannt sind ("NRTIs for example zidovudine [...]"). Wenn die Vorinstanz unter diesen Umständen zum Schluss gelangt, es müsse nach dieser Anleitung zuerst für die Kombination mit Abacavir eine der allgemeinen Klassen gewählt werden, um danach wiederum aus dieser ausgewählten Klasse einen der dort konkret benannten Wirkstoffe zu wählen, ist sie nicht in Willkür verfallen. Sie hat vielmehr in vertretbarer Weise festgehalten, dass mindestens eine doppelte Auswahl erforderlich ist, um zur beanspruchten Kombination zu gelangen. Selbst wenn daher die Rüge der Beschwerdeführerin begründet wäre (was offen bleiben kann), dass die im angefochtenen Entscheid genannte erste Auswahl keine relevante Wahl im Sinne der Rechtsprechung sein sollte, konnte die Vorinstanz ohne in Willkür zu verfallen davon ausgehen, es erfordere immer noch eine zweifache Wahl und damit eine Mehrfachauswahl aus dem Prioritätsdokument, um zum Gegenstand des Patents der Beschwerdegegnerin zu gelangen.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich, die Vorinstanz habe die Dispositionsmaxime gemäss Art. 58 Abs. 1 ZPO willkürlich verletzt, indem sie das englische Begehren in Bezug auf die Verletzungshandlungen Dritter falsch übersetzt habe und damit über die Begehren hinaus gegangen sei.

Im Rechtsbegehren betreffend den Erlass vorsorglicher Massnahmen hatte die Beschwerdegegnerin beantragt, der Beschwerdeführerin sei nicht nur zu verbieten, selbst die angeführten Verletzungshandlungen zu begehen, sondern auch Dritte dazu anzustiften oder an Verletzungen Dritter mitzuwirken ("and/or incite and/or assist third parties"). Sie hat damit, wie sie in der Antwort zutreffend bemerkt, Teilnahmehandlungen im Sinne von Art. 66 PatG formuliert. Wenn die Vorinstanz derartige Teilnahmehandlungen ins Deutsche übertrug mit der Formulierung, dass die Beschwerdeführerin die Verletzungshandlungen weder selbst noch "durch Dritte" begehen dürfe, hat sie das Begehren nicht ersichtlich ausgeweitet. Der Beschwerde ist denn auch nicht zu entnehmen, welches konkrete Verhalten von der deutschen Formulierung erfasst sein könnte, das nach der englischen Formulierung nicht verboten wäre. Die Rüge ist nicht hinreichend begründet ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. dazu auch vorstehend E. 2.2).

### **E. 4**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das Verfahren vor Bundesgericht zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.