



## Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
GIOVANNI PITRUZZELLA  
vom 11. April 2019<sup>1</sup>

**Rechtssache C-688/17**

**Bayer Pharma AG**  
**gegen**  
**Richter Gedeon Vegyészeti Gyár Nyrt.,**  
**Exeltis Magyarország Gyógyszerkereskedelmi Kft.**

(Vorabentscheidungsersuchen des Fővárosi Törvényszék [Hauptstädtisches Stuhlgericht, Ungarn])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Geistiges Eigentum – Patente – Richtlinie 2004/48/EG – Begriff ‚angemessener Ersatz‘ – Schaden, der durch einstweilige Maßnahmen verursacht wird, die zum Schutz eines später für nichtig erklärten Patents beantragt wurden – Inverkehrbringen von Erzeugnissen, ohne die Nichtigerklärung eines Patents abzuwarten“

1. Das Vorabentscheidungsersuchen, das Gegenstand der vorliegenden Schlussanträge ist, betrifft die richtige Auslegung von Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48/EG<sup>2</sup>.
2. Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Bayer Pharma AG (im Folgenden: Bayer) und der Richter Gedeon Vegyészeti Gyár Nyrt. (im Folgenden: Richter) sowie der Exeltis Magyarország Gyógyszerkereskedelmi Kft. (im Folgenden: Exeltis) wegen des Schadens, den die beiden letzteren Gesellschaften erlitten haben, weil durch ein nationales Gericht auf Antrag von Bayer sie betreffende gerichtliche Anordnungen erlassen wurden, die in der Folge für nichtig erklärt wurden.

<sup>1</sup> Originalsprache: Französisch.

<sup>2</sup> Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (ABl. 2004, L 157, S. 45).

## I. Rechtlicher Rahmen

### A. TRIPS-Übereinkommen

3. Art. 50 Abs. 7 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (im Folgenden: TRIPS-Übereinkommen), das sich im Anhang 1 C des Übereinkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO) befindet, das am 15. April 1994 in Marrakesch unterzeichnet und mit dem Beschluss 94/800/EG<sup>3</sup> genehmigt und im Rahmen der Welthandelsorganisation (WTO) abgeschlossen wurde, bestimmt:

„Werden einstweilige Maßnahmen aufgehoben oder werden sie aufgrund einer Handlung oder Unterlassung des Antragstellers hinfällig oder wird in der Folge festgestellt, dass keine Verletzung oder drohende Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums vorlag, so sind die Gerichte befugt, auf Antrag des Antragsgegners anzuordnen, dass der Antragsteller dem Antragsgegner angemessenen Ersatz für durch diese Maßnahmen entstandenen Schaden zu leisten hat.“

### B. Unionsrecht

4. Der erste Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/48 lautet:

„Damit der Binnenmarkt verwirklicht wird, müssen Beschränkungen des freien Warenverkehrs und Wettbewerbsverzerrungen beseitigt werden, und es muss ein Umfeld geschaffen werden, das Innovationen und Investitionen begünstigt. Vor diesem Hintergrund ist der Schutz geistigen Eigentums ein wesentliches Kriterium für den Erfolg des Binnenmarkts. Der Schutz geistigen Eigentums ist nicht nur für die Förderung von Innovation und kreativem Schaffen wichtig, sondern auch für die Entwicklung des Arbeitsmarkts und die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit.“

5. Der 22. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/48 sieht vor:

„Ferner sind einstweilige Maßnahmen unabdingbar, die unter Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und der Verhältnismäßigkeit der einstweiligen Maßnahme mit Blick auf die besonderen Umstände des Einzelfalles, sowie vorbehaltlich der Sicherheiten, die erforderlich sind, um dem Antragsgegner im Falle eines ungerechtfertigten Antrags den entstandenen Schaden und etwaige Unkosten zu ersetzen, die unverzügliche Beendigung der Verletzung ermöglichen, ohne dass eine Entscheidung in der Sache abgewartet werden muss. Diese Maßnahmen sind vor allem dann gerechtfertigt, wenn jegliche Verzögerung nachweislich einen nicht wieder gutzumachenden Schaden für den Inhaber eines Rechts des geistigen Eigentums mit sich bringen würde.“

6. Art. 3 („Allgemeine Verpflichtung“) der Richtlinie 2004/48 bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten sehen die Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe vor, die zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, auf die diese Richtlinie abstellt, erforderlich sind. Diese Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe müssen fair und gerecht sein, außerdem dürfen sie nicht unnötig kompliziert oder kostspielig sein und keine unangemessenen Fristen oder ungerechtfertigten Verzögerungen mit sich bringen.“

<sup>3</sup> Beschluss des Rates vom 22. Dezember 1994 über den Abschluss der Übereinkünfte im Rahmen der multilateralen Verhandlungen der Uruguay-Runde (1986–1994) im Namen der Europäischen Gemeinschaft in Bezug auf die in ihre Zuständigkeiten fallenden Bereiche (ABl. 1994, L 336, S. 1).

(2) Diese Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe müssen darüber hinaus wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein und so angewendet werden, dass die Einrichtung von Schranken für den rechtmäßigen Handel vermieden wird und die Gewähr gegen ihren Missbrauch gegeben ist.“

7. Art. 9 („Einstweilige Maßnahmen und Sicherungsmaßnahmen“) Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 hat nahezu den gleichen Wortlaut wie Art. 50 Abs. 7 des TRIPS-Übereinkommens und bestimmt:

„Werden einstweilige Maßnahmen aufgehoben oder werden sie auf Grund einer Handlung oder Unterlassung des Antragstellers hinfällig, oder wird in der Folge festgestellt, dass keine Verletzung oder drohende Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums vorlag, so sind die Gerichte befugt, auf Antrag des Antragsgegners anzuordnen, dass der Antragsteller dem Antragsgegner angemessenen Ersatz für durch diese Maßnahmen entstandenen Schaden zu leisten hat<sup>[4]</sup>.“

### C. Ungarisches Recht

8. § 156 Abs. 1 der ungarischen Zivilprozessordnung (1952. Evi III. Törvény, Gesetz III von 1952) sieht vor:

„Das Gericht kann auf Antrag im Wege der einstweiligen Maßnahme anordnen, dass einem Antrag (Gegenantrag) oder einem Antrag auf einstweilige Maßnahmen stattzugeben ist, wenn eine solche Maßnahme notwendig ist, um einen unmittelbar drohenden Schaden abzuwenden oder den Status quo des Rechtsstreits aufrechtzuerhalten oder um ein besonders zu berücksichtigendes Recht des Antragstellers zu schützen, und der durch die Maßnahme verursachte Schaden nicht den durch diese Maßnahme erwarteten Vorteil übersteigt. Das Gericht kann den Erlass einstweiliger Maßnahmen an die Leistung von Sicherheiten knüpfen. Der Sachverhalt, auf dem der Antrag beruht, ist glaubhaft zu machen.“

9. § 104 Abs. 13 und 14 des Találmányok szabadalmi oltalmáról szóló 1995. évi XXXIII. törvény (Gesetz XXXIII von 1995 über den Patentschutz von Erfindungen, im Folgenden: Patentgesetz) sieht vor:

„13. Das Gericht kann die Voruntersuchung und – vorbehaltlich der Vorschriften des Abs. 5 Buchst. c und des Abs. 6 – den Erlass einstweiliger Maßnahmen an die Leistung von Sicherheiten knüpfen.

14. Wenn in den in Abs. 5 Buchst. c und in den Abs. 6 und 13 genannten Fällen die Durchführung des Antrags einer Partei, die einen Anspruch auf die Zahlung des Sicherheitsbetrags hat, nicht innerhalb von drei Monaten ab dem Zeitpunkt erfolgt ist, zu dem der Beschluss oder das Urteil rechtskräftig geworden ist, mit dem Wirkungen der Anordnung einer Voruntersuchung oder einstweiliger Maßnahmen beseitigt wurden, kann die Person, die die Sicherheit geleistet hat, bei Gericht die Erstattung des Sicherheitsbetrags verlangen.“

4 In seiner Vorlage zur Vorabentscheidung merkt der Fővárosi Törvényszék (Hauptstädtisches Stuhlgericht, Ungarn) an, die richtige ungarische Übersetzung des in Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 enthaltenen Ausdrucks „angemessener Ersatz“ müsse „megfelelő kártalanítás“ lauten, während es in der amtlichen ungarischen Sprachfassung „megfelelő kártérítés“ heiße. Das vorlegende Gericht weist insoweit darauf hin, dass in der ungarischen Rechtssprache der Terminus „kártalanítás“ verwendet werde, wenn es um den Ersatz eines durch ein erlaubtes Verhalten verursachten Schadens gehe, und der Terminus „kártérítés“, wenn der Schaden durch ein rechtswidriges Verhalten verursacht werde. Richter und Exeltis verweisen in ihren schriftlichen Erklärungen vor dem Gerichtshof auf eine dem Generalsekretariat des Rates der Europäischen Union vom ungarischen Justizminister vorgelegte Forderung, die ungarische Sprachfassung von Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 zu ändern.

10. § 4 Abs. 4 des ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuchs (1959. Evi IV. Törvény, Gesetz IV von 1959) sieht vor:

„Wenn dieses Gesetz keine strengeren Anforderungen vorsieht, ist in den zivilrechtlichen Beziehungen so zu handeln, wie es unter den gegebenen Umständen in der fraglichen Situation allgemein erwartet werden darf. Niemand kann sich zu seinem Vorteil auf ein ihm anzulastendes Verhalten berufen. Wer nicht handelt, wie es allgemein erwartet werden darf, kann sich nicht auf das Verhalten der anderen Partei berufen.“

11. § 339 Abs. 1 des ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt:

„Wer einer anderen Person rechtswidrig einen Schaden zufügt, ist verpflichtet, diesen zu ersetzen. Von dieser Haftung ist befreit, wer nachweist, sich so verhalten zu haben, wie es unter den gegebenen Umständen allgemein erwartet werden darf.“

12. § 340 Abs. 1 des ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuchs sieht vor:

„Der Geschädigte ist verpflichtet, so zu handeln, wie es unter den gegebenen Umständen allgemein erwartet werden darf, um den Schaden zu vermeiden oder zu verringern. Der Teil des Schadens, der dadurch verursacht wurde, dass der Geschädigte dieser Pflicht nicht nachkommt, ist nicht zu ersetzen.“

## II. Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

13. Am 8. August 2000 reichte Bayer beim Szellemi Tulajdon Nemzeti Hivatala (Nationales Amt für geistiges Eigentum, Ungarn, im Folgenden: Amt) eine Patentanmeldung für ein Arzneimittelerzeugnis mit einem empfängnisverhütenden aktiven Bestandteil ein. Das Amt veröffentlichte die Patentanmeldung am 28. Oktober 2002. Nach § 18 Abs. 1 und 2 des Patentgesetzes beginnt der durch das Patent verliehene Schutz vorläufig mit der Veröffentlichung der Anmeldung zu laufen und wirkt auf den Tag der Anmeldung zurück. Das Amt erteilte das Patent Nr. 227.207 für die betreffende Erfindung (im Folgenden: Patent) am 4. Oktober 2010.

14. Richter, im November 2009 und im August 2010, und Exeltis, im Oktober 2010, begannen mit der Vermarktung der Erzeugnisse in Ungarn, die nach Auffassung von Bayer deren Patent verletzen (im Folgenden: Erzeugnisse).

15. Am 8. November 2010 brachte Richter beim Amt einen Antrag auf Feststellung der Nichtverletzung ein, mit dem die Feststellung begehrt wurde, dass ihre Erzeugnisse das Patent der Klägerin nicht verletzen. Am 8. Dezember 2010 brachten Richter und Exeltis außerdem einen Antrag auf Nichtigklärung des Patents ein.

16. Am 9. November 2010 beantragte Bayer beim vorlegenden Gericht den Erlass von einstweiligen Maßnahmen, um Richter und Exeltis das Inverkehrbringen der Erzeugnisse zu untersagen. Dieser Antrag wurde abgewiesen, da der Verstoß nicht glaubhaft gemacht wurde. Am 11. August 2011 leitete Bayer beim vorlegenden Gericht erneut ein Patentverletzungsverfahren gegen Richter und Exeltis ein. Dieses Verfahren wurde bis zur endgültigen Entscheidung im Rahmen des Verfahrens über die Nichtigklärung des Patents ausgesetzt.

17. Infolge neuerlicher Anträge von Bayer untersagte das vorlegende Gericht Richter und Exeltis mit vollstreckbaren Beschlüssen vom 11. Juli 2011, die am 8. August 2011 in Kraft traten, das Inverkehrbringen der Erzeugnisse und ergänzte die einstweiligen Maßnahmen durch die Verpflichtung, Sicherheiten zu leisten. Die verpflichteten Gesellschaften hätten ihre Verpflichtungen freiwillig erfüllt und die Erzeugnisse vom Markt genommen.

18. Im Rahmen von Klagen, die Richter und Exeltis einbrachten, erklärte das Fővárosi Ítélotábla (Hauptstädtisches Tafelgericht, Ungarn) die Beschlüsse vom 11. Juli 2011 mit Beschlüssen vom 29. September 2011 und vom 4. Oktober 2011 wegen Verfahrensmängeln für nichtig und verwies die Rechtssache an das vorlegende Gericht zurück. Dieses wies mit Beschlüssen vom 23. Januar 2012 und vom 30. Januar 2012, die im Rahmen eines neuen Verfahrens erlassen wurden, die Anträge von Bayer auf den Erlass einstweiliger Maßnahmen zurück und führte aus, man könne vor allem unter Berücksichtigung des fortgeschrittenen Stadiums des Verfahrens über die Nichtigerklärung und des Widerrufs eines entsprechenden europäischen Patents aus Sicht des öffentlichen Interesses nicht mehr davon ausgehen, dass die Anordnung dieser Maßnahmen verhältnismäßig sei. Diese Beschlüsse wurden vom Fővárosi Ítélotábla (Hauptstädtisches Tafelgericht) bestätigt.

19. Folglich waren die einstweiligen Maßnahmen in Bezug auf Richter vom 8. August 2011 bis zum 4. Oktober 2011 und in Bezug auf Exeltis vom 8. August 2011 bis zum 29. September 2011 in Kraft.

20. Mit Beschluss vom 13. September 2012 erklärte das Amt das Patent insgesamt für nichtig. Nach Nichtigerklärung dieses Beschlusses und Aufhebung einer früheren Entscheidung des Amtes, mit der das Patent teilweise aufgehoben worden war, hob das vorlegende Gericht seinerseits das Patent mit Beschluss vom 9. September 2014 vollständig auf. Dieser Beschluss wurde vom Fővárosi Ítélotábla (Hauptstädtisches Tafelgericht) mit Beschluss vom 20. September 2016 bestätigt.

21. Mit einer Widerklage vom 22. Februar 2012 bzw. einer am 6. Juli 2017 eingegangenen Klage (die im Rahmen des Ausgangsverfahrens verbunden wurden) begeherten sowohl Richter als auch Exeltis, Bayer zum Ersatz des durch die einstweiligen Maßnahmen verursachten Schadens zu verurteilen. Sie begehren eine Entschädigung für die Umsatzaufälle aufgrund der einstweiligen Maßnahmen und für die im Zusammenhang mit der Markteinführung aufgebrauchten Werbekosten sowie für den immateriellen Schaden zuzüglich Zinsen. Da es im ungarischen Recht keine materiell-rechtlichen Vorschriften gibt, die ausdrücklich auf die Fälle des Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 Bezug nehmen, stützen sich diese Klagen auf eine Reihe von Verfahrensvorschriften, nämlich auf § 156 Abs. 1 der ungarischen Zivilprozessordnung und auf § 104 Abs. 13 und 14 des Patentgesetzes.

22. Bayer beantragt die Abweisung dieser Klagen. Bayer macht geltend, Richter und Exeltis hätten den von ihnen erlittenen Schaden selbst verursacht und daher nach den Regeln der ungarischen zivilrechtlichen Haftung keinen Anspruch auf Ersatz dieses Schadens. Sie hätten vorsätzlich und auf rechtswidrige Weise deutlich vor Nichtigerklärung des Patents Erzeugnisse auf den Markt gebracht, die das Patent verletzten. Als Hersteller von generischen Arzneimitteln wüssten sie, dass die Klägerin ein Patent besitze, und daher hätten sie, um das Auftreten des Schadens zu verhindern, vorab das Patent bekämpfen müssen und vor Beginn des Inverkehrbringens der Erzeugnisse darauf warten müssen, dass zumindest das Gericht erster Instanz im Rahmen des Nichtigkeitsverfahrens eine Entscheidung treffe. Bayer vertritt die Ansicht, dass dieser Standpunkt der ungarischen Rechtsprechung entspreche, und verweist insoweit auf ein Urteil des vorlegenden Gerichts, in dem dieses die Partei, die Schadensersatz begehrt habe, als für die Entstehung des Schadens mitverantwortlich erachtet habe und die Partei, die die einstweiligen Maßnahmen beantragt habe, nur zum Ersatz des Schadens verurteilt habe, der im Zeitraum von der Veröffentlichung der Entscheidung über die Nichtigerklärung des Patents in erster Instanz bis zur Nichtigerklärung dieser Maßnahmen entstanden sei.

23. Das vorlegende Gericht möchte erstens wissen, ob sich Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 darauf beschränkt, dem Antragsgegner einen Anspruch auf Schadensersatz zu gewährleisten, oder ob er auch den Inhalt dieses Anspruchs definiert und die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des Zivilrechts der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Haftung und des Schadensersatzes verhindert. Zweitens möchte es wissen, ob Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 dem entgegensteht, dass das nationale Gericht in Anwendung einer Vorschrift des Zivilrechts eines Mitgliedstaats prüft, welche Rolle der Antragsgegner beim Entstehen des Schadens gespielt hat, und insbesondere, ob er so gehandelt hat, „wie es unter den gegebenen Umständen allgemein erwartet werden darf“.

24. Vor diesem Hintergrund hat der Fővárosi Törvényszék (Hauptstädtisches Stuhlgericht) mit Entscheidung vom 9. November 2017 das bei ihm anhängige Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist der Ausdruck „angemessener Ersatz“ im Sinne von Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 dahin auszulegen, dass es den Mitgliedstaaten obliegt, die materiell-rechtlichen Vorschriften über die Haftung der Parteien sowie den Umfang und die Art des Schadensersatzes festzulegen, nach denen die Gerichte der Mitgliedstaaten befugt sind, anzuordnen, dass der Antragsteller dem Antragsgegner Ersatz für die Schäden zu leisten hat, die durch Maßnahmen entstanden sind, die das Gericht nachher aufgehoben hat oder die später aufgrund einer Handlung oder Unterlassung des Klägers hinfällig geworden sind oder bei denen das Gericht in der Folge festgestellt hat, dass keine Verletzung oder drohende Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums vorlag?
2. Falls die erste Frage bejaht wird: Steht Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 der Regelung eines Mitgliedstaats entgegen, wonach auf den in dieser Richtlinienbestimmung vorgesehenen Schadensersatz die allgemeinen Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats über die zivilrechtliche Haftung und den zivilrechtlichen Schadensersatz anzuwenden sind, nach denen das Gericht den Antragsteller nicht zum Ersatz der Schäden verurteilen kann, die durch eine einstweilige Maßnahme entstanden sind, deren Begründetheit wegen der Nichtigerklärung des Patents nachträglich weggefallen ist, wenn diese Schäden deshalb eingetreten sind oder der Antragsgegner für ihren Eintritt deshalb verantwortlich ist, weil er sich nicht so verhalten hat, wie es unter den gegebenen Umständen allgemein erwartet werden durfte, vorausgesetzt, dass sich der Antragsteller bei der Beantragung der einstweiligen Maßnahme so verhalten hat, wie es unter den gegebenen Umständen allgemein erwartet werden durfte?

### III. Verfahren vor dem Gerichtshof

25. Bayer, Richter, Exeltis sowie die Europäische Kommission haben nach Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union schriftliche Erklärungen eingereicht. Diese Beteiligten haben in der Sitzung vom 9. Januar 2019 mündlich verhandelt.

### IV. Würdigung

#### A. Zur ersten Vorlagefrage

26. Mit seiner ersten Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen vom Gerichtshof wissen, ob Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 dahin auszulegen ist, dass er dem Antragsgegner bloß einen Anspruch auf Schadensersatz zusichert, ohne erschöpfend dessen Inhalt zu bestimmen, und es den Mitgliedstaaten überlässt, die Voraussetzungen und Modalitäten für die Ausübung dieses Rechts sowie den Umfang des Schadensersatzes festzulegen.

27. Es führt aus, die Parteien des Ausgangsverfahrens seien sich über diese Frage uneinig. Nach Ansicht von Richter und Exeltis enthalte Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 eine objektive Entschädigungsvorschrift, und der Ausdruck „angemessener Ersatz“ lege eine Haftung für den Gesamtbetrag des erlittenen Schadens und der aufgelaufenen Kosten nahe, ohne dass es darum gehe, die Gesichtspunkte zu prüfen, die in Anwendung der nationalen Vorschriften auf dem Gebiet der zivilrechtlichen Haftung relevant sein könnten. Bayer hingegen lege den Terminus „angemessener Ersatz“ als Ausdruck einer Abstraktion aus, die zugunsten der Mitgliedstaaten einen weiten Rahmen schaffe, in dem über den Schadensersatzantrag des Antragsgegners unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls entschieden werden könne.

28. Mit Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 soll auf Ebene der Europäischen Union Art. 50 Abs. 7 des TRIPS-Übereinkommens umgesetzt werden, an das alle Mitgliedstaaten sowie die Union selbst in Fragen, die in ihre Zuständigkeit fallen, gebunden sind. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs sind die Bestimmungen des Unionsrechts nach Möglichkeit im Licht des Völkerrechts auszulegen, insbesondere wenn mit ihnen ein von der Union geschlossener völkerrechtlicher Vertrag durchgeführt werden soll<sup>5</sup>. Wie der Gerichtshof im Urteil vom 25. Januar 2017, *Stowarzyszenie Oławska Telewizja Kablowa* (C-367/15, EU:C:2017:36, Rn. 24), ausdrücklich bekräftigt hat, sind nach den Erwägungsgründen 5 und 6 sowie Art. 2 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie 2004/48 bei der Auslegung der Bestimmungen der Richtlinie die Verpflichtungen zu berücksichtigen, die sich aus auf den Ausgangsrechtsstreit möglicherweise anzuwendenden internationalen Übereinkünften, insbesondere dem TRIPS-Übereinkommen, für die Mitgliedstaaten ergeben.

29. Der in Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 enthaltene Begriff „angemessener Ersatz“ ist daher im Einklang mit Art. 50 Abs. 7 des TRIPS-Übereinkommens auszulegen. Die Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Auslegung dieses Artikels und allgemein des TRIPS-Übereinkommens im Wege der Vorabentscheidung wurde erstmals im Urteil vom 14. Dezember 2000, *Dior u. a.* (C-300/98 und C-392/98, EU:C:2000:688, Rn. 32 bis 40), festgestellt und seitdem durch eine ständige Rechtsprechung bestätigt<sup>6</sup>.

30. Art. 50 des TRIPS-Übereinkommens gehört zu den in Teil III dieses Übereinkommens enthaltenen Bestimmungen über die „Instrumente zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums“.

31. Nach Art. 41 Abs. 1 des TRIPS-Übereinkommens werden mit diesen Vorschriften zwei grundlegende Ziele verfolgt: Zum einen ist sicherzustellen, dass den Rechteinhabern wirksame Verfahren zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums zur Verfügung gestellt werden, und zum anderen ist darauf zu achten, dass diese Verfahren so angewendet werden, dass die Errichtung von Schranken für den rechtmäßigen Handel vermieden wird und die Gewähr gegen ihren Missbrauch gegeben ist. Die Herstellung eines Gleichgewichts zwischen diesen beiden Zielen ist eines der zentralen Anliegen der Verfasser des TRIPS-Übereinkommens – was aus dem ersten Absatz der Präambel dieses Übereinkommens ersichtlich wird<sup>7</sup> –, was bei der Auslegung von dessen Vorschriften, vor allem von jenen, die der „Durchsetzung“ gewidmet sind, zu berücksichtigen ist<sup>8</sup>.

32. Wie der Gerichtshof im Urteil vom 15. November 2012, *Bericap Záródástechnikai* (C-180/11, EU:C:2012:717, Rn. 68 und 69), bekräftigt hat, geht aus den Bestimmungen von Art. 41 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 des TRIPS-Übereinkommens hervor, dass die Vertragsstaaten dieses Übereinkommens sicherstellen, dass „Durchsetzungsverfahren mit genau bestimmten Merkmalen“ in ihrem Recht vorgesehen werden, was bedeutet, dass sie verpflichtet sind, im Wege der Rechtsetzung „Maßnahmen zur Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, die mit dem in diesen Bestimmungen näher Dargelegten in Einklang stehen, in ihr innerstaatliches Recht aufzunehmen“.

5 Vgl. zuletzt Urteil vom 19. Dezember 2018, *Syed* (C-572/17, EU:C:2018:1033, Rn. 20).

6 Der Gerichtshof hat festgestellt, dass „die Vorschriften des TRIPS-Übereinkommens fortan integraler Bestandteil der Unionsrechtsordnung [sind], und [dass] in deren Rahmen ... der Gerichtshof zuständig [ist], im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung dieses Übereinkommens zu befinden“, vgl. insbesondere Urteile vom 11. September 2007, *Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos* (C-431/05, EU:C:2007:496, Rn. 31), und vom 15. November 2012, *Bericap Záródástechnikai* (C-180/11, EU:C:2012:717, Rn. 67).

7 Im ersten Absatz der Präambel des TRIPS-Übereinkommens heißt es: „Von dem Wunsch geleitet, Verzerrungen und Behinderungen des internationalen Handels zu verringern, und unter Berücksichtigung der Notwendigkeit, einen wirksamen und angemessenen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums zu fördern sowie sicherzustellen, dass die Maßnahmen und Verfahren zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums nicht selbst zu Schranken für den rechtmäßigen Handel werden ...“

8 Vgl. in diesem Sinne Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs in der Rechtssache *Schieving-Nijstad u. a.* (C-89/99, EU:C:2001:98, Nrn. 11 bis 16).

33. Die Vorschriften von Teil III des TRIPS-Übereinkommens zielen jedoch vor allem angesichts der auf diesem Gebiet bestehenden Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsvorschriften nicht darauf ab, die Vorschriften zur „Durchsetzung“ der Rechte des geistigen Eigentums zu harmonisieren, sondern beschränken sich darauf, allgemeine Standards festzulegen, die gemäß dessen Art. 1 von den Vertragsstaaten des Übereinkommens in ihr jeweiliges innerstaatliches Recht umzusetzen sind<sup>9</sup>.

34. Der dritte Satz von Abs. 1 dieses Artikels bestimmt, dass es den Vertragsstaaten des TRIPS-Übereinkommens freisteht, „die für die Umsetzung [des] Übereinkommens in ihrem eigenen Rechtssystem und in ihrer Rechtspraxis geeignete Methode festzulegen“. Damit wird zum einen klargelegt, dass das TRIPS-Übereinkommen keine ausdrückliche Regelung betreffend die „unmittelbare Wirkung“ seiner Vorschriften enthält, und zum anderen, dass es den Mitgliedstaaten auf allgemeine Weise eine bestimmte Flexibilität bei der Umsetzung dieser Vorschriften in nationales Recht zugesteht<sup>10</sup>, indem es erlaubt, diese Umsetzung unter Wahrung der durch das Übereinkommen erlassenen Schutzstandards an die Rechtsvorschriften und Praktiken jeder Rechtsordnung anzupassen.

35. Wie mehrere Vorschriften von Teil III des TRIPS-Übereinkommens legt Art. 50 Abs. 7 des TRIPS-Übereinkommens nicht in allen Einzelheiten eine Pflicht fest, sondern nennt vielmehr ein zu erreichendes Ziel, wobei er den Vertragsstaaten des Übereinkommens bei der Umsetzung in nationales Recht einen großen Spielraum lässt<sup>11</sup>. So sind die Vertragsstaaten verpflichtet, die Justizbehörden zu „ermächtigen“, dem Antragsteller aufzugeben, dem Antragsgegner, der dies beantragt, einen Ersatz für den Schaden zu gewähren, aber eine solche Ermächtigung muss nicht notwendigerweise mit einer Pflicht der Behörden einhergehen, diesem Antrag unter allen Umständen und automatisch stattzugeben<sup>12</sup>. Ebenso obliegt es zwar den Vertragsstaaten des TRIPS-Übereinkommens, in den in Art. 50 Abs. 7 dieses Übereinkommens genannten Fällen die Schaffung von Verfahren für die Entschädigung des Antragsgegners vorzusehen, jedoch hindert diese nichts daran, den bestehenden rechtlichen Rahmen zu verwenden, sowohl was die Festlegung der materiell-rechtlichen Vorschriften für die Haftung des Antragstellers als auch was die verfahrensrechtlichen Vorschriften angeht, mit denen das Recht auf Schadensersatz ausgeübt werden kann.

36. Die in Art. 50 Abs. 7 des TRIPS-Übereinkommens verwendete Terminologie lässt im Übrigen darauf schließen, dass die Verfasser des TRIPS-Übereinkommens für einen kasuistischen Ansatz eingetreten sind. So spricht die Auswahl des Adjektivs „angemessen“ im Ausdruck „angemessener Ersatz“, der in der Umgangssprache „angepasst“, „geeignet“, „verhältnismäßig“ bedeutet, für eine Einzelfallanalyse. Der „angemessene“ Charakter des Schadensersatzes muss daher von den Justizbehörden, die „ermächtigt“ sind, einen solchen Schadensersatz anzuordnen, unter Berücksichtigung der relevanten Umstände des Einzelfalls beurteilt werden<sup>13</sup>. Bei dieser Beurteilung müssen sie auch das Ziel berücksichtigen, das mit den Vorschriften in dem Teil des TRIPS-Übereinkommens verfolgt wird, der der „Durchsetzung“ gewidmet ist, das nach Art. 41 Abs. 1

9 Vgl. in diesem Sinne UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge, 2005, S. 575; Gervais, D., *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, London, 2012, S. 564; Dreier, T., „TRIPs and the Enforcement of Intellectual Property Rights“, in *IIC Studies – From GATT to TRIPs: The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, München 1996, S. 248, insbesondere S. 276; Seuba, X., „Le contexte et les obligations générales concernant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle“, in *Le droit international de la propriété intellectuelle lié au commerce: l'accord sur les ADPIC, bilan et perspectives*, 2017, insbesondere S. 325 und 331. Vgl. auch Abs. 2 Buchst. c der Präambel des TRIPS-Übereinkommens, wonach die Bereitstellung wirksamer und angemessener Mittel für die Durchsetzung handelsbezogener Rechte des geistigen Eigentums die Unterschiede in den Rechtssystemen der einzelnen Länder berücksichtigen muss.

10 UNCTAD-ICTSD, a. a. O., S. 17 und S. 21. Vgl. auch Gervais, D., a. a. O., S. 175.

11 UNCTAD-ICTSD, a. a. O., S. 576.

12 Vgl. Gervais, D., a. a. O., S. 573 und 609, der betont, dass nur eine systematische Weigerung der Justizbehörden, ihre Befugnis auszuüben, eine Verletzung von Art. 50 Abs. 7 des TRIPS-Übereinkommens darstellen könnte.

13 Vgl. in diesem Sinne Gervais, D., a. a. O., S. 579, der betont, dass das Adjektiv „adéquat“ („geeignet“), das in der ersten Fassung von Art. 50 Abs. 7 des TRIPS-Übereinkommens verwendet wurde, im Lauf der Vorarbeiten durch das im Recht des geistigen Eigentums häufiger verwendete Adjektiv „approprié“ („angemessen“) ersetzt wurde.

dieses Übereinkommens darin besteht, den Schutz der Interessen der Inhaber dieser Rechte sicherzustellen und dabei die Einrichtung von ungerechtfertigten Schranken für den rechtmäßigen Handel sowie den Missbrauch der für eine solche „Durchsetzung“ bestimmten Verfahren zu vermeiden.

37. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist es möglich, die Tragweite der Verpflichtung einzugrenzen, die die Vertragsstaaten des TRIPS-Übereinkommens nach Art. 50 Abs. 7 dieses Übereinkommens haben. An dieser Stelle muss man sich Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 zuwenden.

38. Wie der Gerichtshof im Urteil vom 16. Juli 2015, Diageo Brands (C-681/13, EU:C:2015:471, Rn. 74), festgestellt hat, werden die Rechtsbehelfe, die den Schutz der in der Richtlinie 2004/48 vorgesehenen Rechte des geistigen Eigentums sichern sollen, durch Schadensersatzklagen, die eng mit ihnen verbunden sind, ergänzt. So sieht Art. 9 Abs. 1 dieser Richtlinie einstweilige Maßnahmen vor, die insbesondere darauf gerichtet sind, eine drohende Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums zu verhindern, wohingegen Art. 9 Abs. 7 dieser Richtlinie Maßnahmen vorsieht, die es dem Antragsgegner gestatten, Schadensersatz zu verlangen, falls sich später herausstellt, dass keine Verletzung oder drohende Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums vorlag. Wie aus dem 22. Erwägungsgrund dieser Richtlinie hervorgeht, sind diese Entschädigungsmaßnahmen Sicherheiten, die der Unionsgesetzgeber als Gegenstück zu den von ihm vorgesehenen schnellen und wirksamen einstweiligen Maßnahmen für erforderlich hielt. Ein Verfahren wie das Ausgangsverfahren, das darauf gerichtet ist, den Schaden zu ersetzen, der durch eine einstweilige Maßnahme entstanden ist, die von den Justizbehörden eines Mitgliedstaats zur Verhinderung einer unmittelbar bevorstehenden Verletzung des mit einem Patent gewährten Ausschließlichkeitsrechts angeordnet wurde, das später von denselben Justizbehörden für nichtig erklärt wurde, ist die Folge der vom Inhaber dieses Patents erhobenen Klage, die auf den Erlass einer unmittelbar wirksamen Maßnahme zum Schutz dieser Rechte gerichtet war, und fällt daher in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/48, vor allem unter Art. 9 Abs. 7 dieser Richtlinie<sup>14</sup>.

39. Diese Vorschrift verlangt von den Mitgliedstaaten, einen Mechanismus einzuführen, der es dem Antragsgegner ermöglicht, auf gerichtlichem Weg einen angemessenen Ersatz des gesamten Schadens zu verlangen und zu erwirken, der ihm aufgrund der einstweiligen Maßnahmen in den dort angeführten Fällen entstanden ist.

40. Hingegen erlauben weder ihr Wortlaut noch ihre Entstehungsgeschichte die Feststellung, dass sie auch verlangt, dass sie sich für eine spezielle Haftungsregelung entscheiden. Nichts in dieser Vorschrift deutet darauf hin, dass sie auf eine vollständige Angleichung der nationalen Vorschriften über die Haftung des Antragstellers für Schäden abzielt, die aufgrund der Durchführung der einstweiligen Maßnahmen entstanden sind.

41. Wie ich bereits oben ausgeführt habe, übernimmt der Wortlaut von Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 beinahe wörtlich die Formulierung von Art. 50 Abs. 7 des TRIPS-Übereinkommens. Diese Entscheidung des Unionsgesetzgebers ist meines Erachtens bereits ein klares Indiz für dessen Willen, zum einen die Harmonisierung der Vorschriften über das Recht des Antragsgegners auf Schadensersatz nicht weiter voranzutreiben, als dies von diesem Übereinkommen gefordert wird, und zum anderen, diesen Staaten ein weites Ermessen hinsichtlich der konkreten Umsetzung der Regelung über die Haftung des Antragstellers zu lassen<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. Juli 2015, Diageo Brands (C-681/13, EU:C:2015:471, Rn. 74).

<sup>15</sup> Insoweit weise ich darauf hin, dass im Laufe der Vorarbeiten zur Richtlinie 2004/48 die ursprünglich von der Kommission vorgeschlagene Formulierung von Art. 9 Abs. 7 dieser Richtlinie geändert wurde und die Wendung „les autorités judiciaires doivent être habilitées“ („müssen die Gerichte befugt sein“) leicht abgeändert und durch die Wendung „les autorités judiciaires sont habilitées“ („sind die Gerichte befugt“) ersetzt wurde (Hervorhebung nur hier).

42. Ganz allgemein ist die Union der durch das TRIPS-Übereinkommen auferlegten Pflicht, die Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums sicherzustellen, durch den Erlass der Richtlinie 2004/48 nachgekommen, die, wie aus ihrem Art. 1 hervorgeht, gerade die Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums durch Einführung verschiedener Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe in den Mitgliedstaaten sicherstellen soll<sup>16</sup>. Zwar sollen mit dieser Richtlinie, wie aus ihrem zehnten Erwägungsgrund hervorgeht, die nationalen Rechtsvorschriften einander angenähert werden, um ein hohes, gleichwertiges und homogenes Schutzniveau für diese Rechte zu gewährleisten, doch nimmt sie keine vollständige Harmonisierung auf dem Gebiet vor, da ihr Ziel nicht darin besteht, alle Aspekte im Zusammenhang mit Rechten des geistigen Eigentums zu regeln, sondern nur diejenigen, die zum einen eng mit der Durchsetzung dieser Rechte verbunden sind und zum anderen Verletzungen dieser Rechte betreffen, „indem sie das Vorhandensein wirksamer Rechtsbehelfe vorschreibt, die dazu bestimmt sind, jede Verletzung eines bestehenden Rechts des geistigen Eigentums zu verhüten, abzustellen oder zu beheben“<sup>17</sup>. Mit ihr wird im Übrigen nur ein Mindeststandard für die Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums festgeschrieben, was die Mitgliedstaaten nicht daran hindert, Maßnahmen vorzusehen, die einen besseren Schutz bieten<sup>18</sup>.

43. Zwar verweist Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 für die Ermittlung des Sinns und der Bedeutung der in ihr enthaltenen Begriffe nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten und müssen diese daher nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Regel in der gesamten Union eine autonome und einheitliche Auslegung erhalten, die unter Berücksichtigung des Kontexts der Bestimmung und des mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziels gefunden werden muss<sup>19</sup>.

44. Diese Feststellung berechtigt jedoch nicht dazu, diesen Begriffen – sowie dieser Vorschrift in ihrer Gesamtheit – eine Bedeutung beizumessen, die über das hinausgeht, was sich aus ihrem Wortlaut und dem Willen des Unionsgesetzgebers ergibt.

45. Vor allem der Begriff „angemessener Ersatz“ kann nicht dahin ausgelegt werden, dass er besondere Regelungen für die Haftung des Antragstellers bezeichnet, wobei sich dieser Ausdruck und vor allem die Verwendung des Adjektivs „angemessen“, wie ich oben ausgeführt habe<sup>20</sup>, darauf beschränkt, eine Beurteilung der Angemessenheit der dem Antragsgegner geschuldeten Entschädigung im Hinblick auf den tatsächlich erlittenen Schaden und auf die Umstände des Einzelfalls vorzuschreiben, und zwar im Einklang mit den im 17. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/48 genannten Grundsätzen, wonach „[d]ie in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe ... in jedem Einzelfall so bestimmt werden [sollten], dass den spezifischen Merkmalen dieses Falles, einschließlich der Sonderaspekte jedes Rechts an geistigem Eigentum ... gebührend Rechnung getragen wird“.

46. Daraus folgt, dass es meiner Ansicht nach Sache des jeweiligen Mitgliedstaats ist, die materiell-rechtlichen Vorschriften für den Anspruch des Antragsgegners auf Ersatz des Schadens festzulegen, den er aufgrund des Erlasses der einstweiligen Maßnahmen in den von Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 umfassten Situationen erlitten hat, jedoch unter der Voraussetzung, dass es diese Regelungen erlauben, das mit dieser Vorschrift verfolgte Ziel zu erreichen, nämlich die Einführung von Regelungen und wirksamen Rechtsbehelfen in jeder nationalen Rechtsordnung, die es dem Antragsgegner ermöglichen, eine angemessene Entschädigung für den gesamten erlittenen Schaden zu erwirken. Mit anderen Worten muss eine solche Übernahme durch das nationale Recht den Geist und den Wortlaut dieser Vorschrift widerspiegeln, der besagt, dass in jedem Fall nach einer geeigneten und fairen Beurteilung im Rahmen des nationalen Haftungsrechts ein angemessener Ersatz für den Schaden festgelegt werden muss.

16 Vgl. Urteil vom 15. November 2012, Bericap Záródástechnikai (C-180/11, EU:C:2012:717, Rn. 72).

17 Vgl. Urteil vom 15. November 2012, Bericap Záródástechnikai (C-180/11, EU:C:2012:717, Rn. 75).

18 Vgl. Urteile vom 9. Juni 2016, Hansson (C-481/14, EU:C:2016:419, Rn. 36 und 40), und vom 25. Januar 2017, Stowarzyszenie Oławska Telewizja Kablowa (C-367/15, EU:C:2017:36, Rn. 23).

19 Vgl. z. B. Urteil vom 30. April 2014, Kásler und Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, Rn. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung).

20 Vgl. oben, Nr. 36.

47. Da das grundlegende Ziel der Richtlinie 2004/48 darin besteht, die Mitgliedstaaten dazu zu bringen, wirksame Instrumente zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums einzuführen<sup>21</sup>, müssen diese Staaten zudem auch darauf achten, dass das System, das sie schaffen, um Art. 9 Abs. 7 dieser Richtlinie umzusetzen, nicht die Inhaber der Rechte des geistigen Eigentums davon abhält, den Erlass der in den Abs. 1 und 2 dieses Artikels genannten Maßnahmen zu begehren.

48. Auf der Grundlage aller vorstehenden Erwägungen ist meiner Ansicht nach auf die erste Vorlagefrage des Fővárosi Törvényszék (Hauptstädtische Stuhlgericht) zu antworten, dass Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 dahin auszulegen ist, dass es Sache des jeweiligen Mitgliedstaats ist, die materiell-rechtlichen Vorschriften für den Anspruch des Antragsgegners auf Ersatz des Schadens festzulegen, den er aufgrund des Erlasses von einstweiligen Maßnahmen in den von dieser Vorschrift umfassten Fällen erlitten hat, wobei diese Vorschriften zum einen die Einführung von Regelungen und wirksamen Rechtsbehelfen sicherstellen müssen, die es dem Antragsgegner ermöglichen, eine angemessene Entschädigung für den gesamten erlittenen Schaden zu erwirken, und zum anderen den Inhaber eines Rechts des geistigen Eigentums nicht davon abhalten dürfen, den Erlass der in Art. 9 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2004/48 genannten Maßnahmen zu beantragen.

### ***B. Zur zweiten Vorlagefrage***

49. Mit seiner zweiten Vorlagefrage, die für den Fall gestellt wird, dass die erste Frage bejaht wird, möchte der Fővárosi Törvényszék (Hauptstädtisches Stuhlgericht) vom Gerichtshof wissen, ob Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 der Anwendung der zivilrechtlichen Vorschriften eines Mitgliedstaats entgegensteht, nach denen das nationale Gericht den Antragsteller nicht zum Ersatz des Schadens verurteilen kann, der durch einstweilige Maßnahmen entstanden ist, deren Begründetheit nachträglich weggefallen ist, wenn diese Schäden deshalb eingetreten sind oder der Antragsgegner für ihren Eintritt deshalb verantwortlich ist, weil er sich nicht so verhalten hat, wie es unter den gegebenen Umständen allgemein erwartet werden durfte.

50. Trotz ihrer sehr weiten Formulierung geht aus der Vorlageentscheidung hervor, dass der Gerichtshof mit der zweiten Frage im Wesentlichen gefragt wird, ob mit Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 eine Auslegung der Vorschriften des ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuchs über die zivilrechtliche Haftung vereinbar ist, wonach der Antragsteller nicht verpflichtet ist, den Schaden zu ersetzen, der durch einstweilige Maßnahmen entstanden ist, die sich nachträglich wegen der Nichtigkeitserklärung des Patents, zu dessen Schutz sie erlassen wurden, als unbegründet herausstellen, wenn die Erzeugnisse, die Gegenstand dieser Maßnahmen sind, vom Antragsgegner ohne vorherige Bestreitung der Gültigkeit dieses Patents oder, falls ein Nichtigkeitsverfahren eingeleitet wurde, ohne abzuwarten, dass das Patent für nichtig erklärt wird und diese Nichtigkeitsklärung zumindest von einem Gericht erster Instanz bestätigt wird, in Verkehr gebracht wurden.

51. Aus der von mir vorgeschlagenen Antwort auf die erste Vorlagefrage ergibt sich, dass es Sache des jeweiligen Mitgliedstaats ist, die materiell-rechtlichen Vorschriften für den Anspruch des Antragsgegners auf Schadensersatz in den Fällen, die in Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 genannt sind, festzulegen, also einschließlich der Regelungen betreffend die Feststellung eines Kausalzusammenhangs zwischen den erlassenen Maßnahmen und dem geltend gemachten Schaden.

52. Ebenso ergibt sich aus den im Rahmen der Prüfung der ersten Vorlagefrage angestellten Erwägungen, dass die Mitgliedstaaten bei der Festlegung solcher Regelungen die Vorschriften der Richtlinie 2004/48 beachten und die mit dieser Richtlinie und den von ihr eingeführten Verfahren und Rechtsbehelfen verfolgten Ziele berücksichtigen müssen.

21 Vgl. insbesondere den dritten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/48.

53. Eine Auslegung dieser Vorschrift, wonach die Mitgliedstaaten systematisch jeden Anspruch des Antragsgegners auf Schadensersatz ausschließen können, falls dieser eine Vermarktung unter Verletzung des Patents vorgenommen hat, zu dessen Schutz die einstweiligen Maßnahmen erlassen wurden<sup>22</sup>, ohne zuvor die Nichtigkeitklärung abzuwarten<sup>23</sup>, liefe meines Erachtens sowohl dem Wortlaut als auch den Zielen von Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 zuwider.

54. Erstens erlaubt es der Wortlaut von Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie nicht, davon auszugehen, dass dann, wenn „in der Folge festgestellt [wird], dass keine Verletzung oder drohende Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums vorlag“, wie dies der Fall ist, wenn ein Patent nach Erlass der einstweiligen Maßnahmen für nichtig erklärt wurde, nur der Schaden ersetzt werden kann, der zwischen dieser Feststellung und der Aufhebung oder Beendigung dieser Maßnahmen entstanden ist. Zum einen steht eine solche Auslegung dem Gebrauch der adverbialen Bestimmung „in der Folge“ entgegen, die impliziert, dass die Feststellung des Fehlens der Voraussetzungen, die den Erlass der einstweiligen Maßnahmen rechtfertigen – einschließlich der Gültigkeit des in Rede stehenden Schutzrechts des geistigen Eigentums, zumindest, wenn dessen Nichtigkeitklärung Wirkungen für die Vergangenheit entfaltet –, notwendigerweise zu einem Zeitpunkt stattfindet, zu dem diese Maßnahmen zumindest teilweise bereits ihre schädigenden Auswirkungen auf der Grundlage der sich zum Zeitpunkt ihres Erlasses bestehenden Situation entfaltet haben. Zum anderen wäre eine Auslegung von Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48, wonach ein Teil des Schadens, der durch die einstweiligen Maßnahmen entstanden sein soll, die sich im Nachhinein als ungerechtfertigt herausstellen, grundsätzlich nicht ersetzt werden könnte, mit dem ausdrücklich in dieser Vorschrift enthaltenen Hinweis unvereinbar, wonach sich der Anspruch auf Wiedergutmachung auf den „[gesamten] durch diese Maßnahmen entstandenen Schaden“ bezieht.

55. Zweitens schaffen die Vorschriften der Richtlinie 2004/48 ebenso wie jene des TRIPS-Übereinkommens, wie ich oben ausgeführt habe, einen Ausgleich zwischen zwei Zielen, nämlich zum einen dem Schutz der Interessen der Inhaber der Rechte des geistigen Eigentums und zum anderen dem Schutz des rechtmäßigen Handels vor allen ungerechtfertigten Schranken. Wenn sich der Antragsteller seiner Verpflichtung, Ersatz für den Schaden zu leisten, der durch einstweilige Maßnahmen entstanden ist, die auf der Grundlage eines Schutzrechts des geistigen Eigentums erlassen wurden, das in der Folge rückwirkend für nichtig erklärt wurde, bloß dadurch entziehen könnte, dass er die Gültigkeit dieses Schutzrechts zum Zeitpunkt des Erlasses dieser Maßnahmen geltend macht, würde keines der beiden zuvor genannten Ziele erreicht, weder der Schutz des geistigen Eigentums, da kein gültiges Schutzrecht bestand, das die Übertragung der Ausschließlichkeit an seinen Inhaber rechtfertigt, noch der Schutz des rechtmäßigen Handels, da für ein ungerechtfertigtes Hemmnis kein Schadensersatz vorgesehen wäre.

56. Drittens würde eine Auslegung von Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48, wonach in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens nur für den Schaden Ersatz geleistet werden könnte, der aufgrund der Anwendung der einstweiligen Maßnahmen entstanden sein soll, die nach der rückwirkenden Nichtigkeitklärung des Schutzrechts des geistigen Eigentums durch ein Gericht erster Instanz durchgeführt worden sind, zum einen es dem Antragsteller erleichtern, unabhängig von einer objektiven Beurteilung der Erfolgsaussichten im Fall einer Anfechtung seines Schutzrechts ein Risiko einzugehen, und zum anderen zu einem missbräuchlichen Rückgriff auf einstweilige Maßnahmen verleiten.

<sup>22</sup> Ich beziehe mich hier ausschließlich auf die Situation, in der der Antragsgegner eine Vermarktung von Erzeugnissen vornimmt, die das später für nichtig erklärte Patent verletzen.

<sup>23</sup> Zu Beginn der 2000er Jahre haben die britischen und die irischen Gerichte ein Kriterium aufgestellt, das jenem entspricht, das Bayer im Ausgangsverfahren geltend macht, um die Möglichkeit zu beurteilen, dem Inhaber eines pharmazeutischen Patents einstweilige Maßnahmen gegen die Markteinführung von Erzeugnissen, die das Patent verletzen, durch einen Hersteller von Generika einzuräumen. Die Tatsache, dass Letzterer dem Patentinhaber die Absicht, ein das Patent verletzendes Erzeugnis zu vermarkten, nicht mitgeteilt hatte, damit dieser einen vorbeugenden Rechtsstreit einleiten konnte, oder nicht zuvor ein Verfahren zur Nichtigkeitklärung des Patents oder eine Klage auf Feststellung der Nichtverletzung eingeleitet hatte, wurde als ein Gesichtspunkt betrachtet, der die Waage zugunsten des Erlasses einstweiliger Maßnahmen ausschlagen ließ (sogenanntes „clearing the way principle“, erstmals erwähnt im Urteil *Smithkline Beecham plc v. Generics [UK] Ltd* [2001]).

57. Aus den vorstehenden Erwägungen lässt sich jedoch nicht ableiten, dass in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens das Verhalten des Antragsgegners – vor allem die Tatsache, dass er ein Patent verletzende Erzeugnisse auf den Markt gebracht hat, ohne zuvor oder in diesem Zusammenhang das in Rede stehende Schutzrecht des geistigen Eigentums bekämpft zu haben – vom nationalen Gericht nicht berücksichtigt werden kann, um zu beurteilen, ob der Schadensersatz, auf den er im Rahmen einer Schadensersatzklage nach Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 Anspruch hat, angemessen ist.

58. Der Zutritt zu einem durch ein Patent geschützten Markt erfordert normalerweise Aktivitäten zur Vorbereitung, die manchmal Jahre dauern können, vor allem aufgrund der Notwendigkeit, die Genehmigungen für das Inverkehrbringen zu erwirken. Während dieses Zeitraums steht es dem Unternehmen, das einen solchen Marktzutritt plant, frei, ein Verfahren zur Nichtigkeitsklärung des Patents einzuleiten oder ganz einfach den Patentinhaber von seiner Absicht in Kenntnis zu setzen, damit dieser reagieren kann und ein Rechtsstreit über die Gültigkeit des Patents eingeleitet und möglicherweise vor dem Inverkehrbringen der Generika endgültig entschieden wird.

59. Wenngleich aus den Gründen, die ich gerade dargelegt habe, die Tatsache, dass der Antragsgegner nicht so gehandelt und sich für einen „riskanten“ Marktzutritt entschieden hat<sup>24</sup>, keinen Faktor darstellt, der es *per se* ermöglicht, seinen Anspruch auf angemessenen Ersatz für den Schaden im Sinne von Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 auszuschließen, kann ein solches Verhalten zusammen mit sonstigen relevanten Umständen – wie beispielsweise der Merkmale des Patents und des Marktes – dennoch vom nationalen Gericht bei der Bestimmung des dem Antragsgegner zuzusprechenden Schadensersatzes berücksichtigt werden, der nach Art. 3 dieser Richtlinie wirksam, fair und gerecht sein muss.

60. Auf der Grundlage aller vorstehenden Erwägungen ist meiner Meinung nach auf die zweite Vorlagefrage des Fővárosi Törvényszék (Hauptstädtisches Stuhlgericht) zu antworten, dass Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 im Rahmen einer vom Antragsgegner gegen den Antragsteller auf Erlass einstweiliger Maßnahmen nach Abs. 1 und 2 dieses Artikels eingeleiteten Schadensersatzklage der Anwendung einer Vorschrift des Zivilrechts eines Mitgliedstaats nicht entgegensteht, nach der eine Partei für den Schaden nicht zu entschädigen ist, den sie infolge der Nichtbeachtung ihrer Pflicht erlitten hat, so zu handeln, wie es unter den gegebenen Umständen allgemein erwartet werden darf, um den Schaden zu vermeiden oder zu verringern. Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 steht jedoch einer Anwendung dieser Vorschrift entgegen, wonach unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens der Antragsteller nicht verpflichtet ist, den Schaden zu ersetzen, der durch einstweilige Maßnahmen entstanden ist, die sich nachträglich wegen der Nichtigkeitsklärung des Patents, zu dessen Schutz sie erlassen wurden, als unbegründet herausstellen, wenn die Erzeugnisse, die Gegenstand dieser Maßnahmen sind, vom Antragsgegner ohne vorherige Bestreitung der Gültigkeit dieses Patents oder, falls ein Nichtigkeitsverfahren eingeleitet wurde, ohne abzuwarten, dass das Patent für nichtig erklärt wird und diese Nichtigkeitsklärung zumindest von einem Gericht erster Instanz bestätigt wird, in Verkehr gebracht wurden.

## V. Ergebnis

61. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die Fragen des Fővárosi Törvényszék (Hauptstädtisches Stuhlgericht, Ungarn) wie folgt zu beantworten:

1. Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums ist dahin auszulegen, dass es Sache des jeweiligen Mitgliedstaats ist, die materiell-rechtlichen Vorschriften für den Anspruch des Antragsgegners auf Ersatz des Schadens festzulegen, den er aufgrund des Erlasses von einstweiligen Maßnahmen in den von dieser Vorschrift umfassten Fällen erlitten hat, wobei diese

<sup>24</sup> Wodurch er möglicherweise den Vorteil hat, der erste zu sein, der ein Generikum auf den Markt bringt.

Vorschriften zum einen die Einführung von Regelungen und wirksamen Rechtsbehelfen sicherstellen müssen, die es dem Antragsgegner ermöglichen, eine angemessene Entschädigung für den gesamten erlittenen Schaden zu erwirken, und zum anderen den Inhaber eines Rechts des geistigen Eigentums nicht davon abhalten dürfen, den Erlass der in Art. 9 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2004/48 genannten Maßnahmen zu beantragen.

2. Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 steht im Rahmen einer vom Antragsgegner gegen den Antragsteller auf Erlass einstweiliger Maßnahmen nach Abs. 1 und 2 dieses Artikels eingeleiteten Schadensersatzklage der Anwendung einer Vorschrift des Zivilrechts eines Mitgliedstaats nicht entgegen, nach der eine Partei für den Schaden nicht zu entschädigen ist, den sie infolge der Nichtbeachtung ihrer Pflicht erlitten hat, so zu handeln, wie es unter den gegebenen Umständen allgemein erwartet werden darf, um den Schaden zu vermeiden oder zu verringern. Art. 9 Abs. 7 der Richtlinie 2004/48 steht jedoch einer Anwendung dieser Vorschrift entgegen, wonach der Antragsteller nicht verpflichtet ist, den Schaden zu ersetzen, der durch einstweilige Maßnahmen entstanden ist, die sich nachträglich wegen der Nichtigerklärung des Patents, zu dessen Schutz sie erlassen wurden, als unbegründet herausstellen, wenn die Erzeugnisse, die Gegenstand dieser Maßnahmen sind, vom Antragsgegner ohne vorherige Bestreitung der Gültigkeit dieses Patents oder, falls ein Nichtigkeitsverfahren eingeleitet wurde, ohne abzuwarten, dass das Patent für nichtig erklärt wird und diese Nichtigerklärung zumindest von einem Gericht erster Instanz bestätigt wird, in Verkehr gebracht wurden.