

**Titel:**

**Rechtsbestand im einstweiligen Verfügungsverfahren**

**Einstweilige Verfügung in Patentsachen ohne gesicherten Rechtsbestand**

**Normenketten:**

ZPO § 940, § 294

GG Art. 103 Abs. 1

**Leitsätze:**

1. Über einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, der auf ein Patent oder Gebrauchsmuster gestützt wird, ist in der Regel mündlich zu verhandeln. Dem Antragsgegner muss ausreichend Gelegenheit gegeben werden, zur Verletzungsfrage und zum Rechtsbestand Stellung nehmen zu können.
2. Entspricht die Verfahrensgestaltung in erster Instanz nicht den Anforderungen an das rechtliche Gehör, beruht das landgerichtliche Urteil nicht (mehr) auf diesem Verstoß, wenn der Antragsgegner bis zur Verhandlung in zweiter Instanz hinreichend Gelegenheit hatte, sich mit der Verletzungsfrage und der Schutzrechtslage zu befassen und hierzu vorzutragen (wie OLG Düsseldorf Ur. v. 27.2.2019 - 15 U 45/18, BeckRS 2019, 5570).
3. Der Erlass einer einstweiligen Verfügung, gestützt auf ein Patent oder ein Gebrauchsmuster kommt nur in Betracht, wenn sowohl die Frage der Patentverletzung als auch der Rechtsbeständigkeit des Verfügungsschutzrechts eindeutig zugunsten des Antragstellers zu bejahen ist.
4. War das Verfügungsschutzrecht noch nicht Gegenstand eines zweiseitigen Rechtsbestandsverfahrens kommt der Erlass einer einstweiligen Verfügung nur unter besonderen Voraussetzungen in Betracht (Änderung der Rechtsprechung des Senats seit dem Ur. v. 26.7.2012, 6 U 1260/12, BeckRS 2012, 16104).

**Schlagwort:**

Einstweilige Verfügung

**Vorinstanz:**

LG München I, Endurteil vom 23.05.2019 – 7 O 6409/19

**Fundstellen:**

MittPatA 2020, 123

LSK 2019, 36743

GRUR-RS 2019, 36743

GRUR 2020, 385

**Tenor**

1. Auf die Berufung der Antragsgegnerin wird das Urteil des Landgerichts München I vom 23.05.2019, Az. 7 O 6409/19, abgeändert.

Der Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der in erster Instanz angefallenen Kosten zu tragen.

**Tatbestand**

I.

1

Die Antragstellerin macht gegen die Antragsgegnerin im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens Ansprüche wegen behaupteter Patentverletzung geltend.

2

Die Antragstellerin ist eingetragene Inhaberin des Europäischen Patents EP 3159974 B1 „Elektrische Anschlussklemme“ (nachfolgend: „Verfügungspatent“, Anl. ASt 4). Das Verfügungspatent ist am 09.03.2011 unter Inanspruchnahme der Priorität der DE 10 2010 ... vom 07.04.2010 angemeldet worden. Die dem Verfügungspatent zugrunde liegende Anmeldung ist am 26.04.2017 veröffentlicht worden. Der Hinweis auf die Erteilung des Verfügungspatents unter anderem mit Wirkung für Deutschland ist am 08.05.2019 veröffentlicht worden.

### 3

Patentanspruch 1 des Verfügungspatents lautet wie folgt:

„Elektrische Anschlussklemme, wobei - die elektrische Anschlussklemme (1) einen Kontaktrahmen (4) mit einem Leiterklemmanschluss für einen elektrischen Leiter (5) umfasst und - der Leiterklemmanschluss am Kontaktrahmen (4) durch mindestens ein Federelement (9) gebildet wird, dessen freies Ende eine gegen den elektrischen Leiter (5) gerichtete und mit einer Klemmkraft beaufschlagten Klemmkante (10) bildet - der Kontaktrahmen (4) einen Kontaktboden (11) aufweist, wobei der Kontaktboden (11) derart aus der Fläche eines ebenen Metallteils herausgestellt ist, dass der Kontaktboden (11) von dem Kanaleingang (8), durch den ein elektrischer Leiter (5) in die elektrische Anschlussklemme (1) einführbar ist, in Richtung der Klemmstelle des Leiterklemmanschlusses ansteigend in Richtung eines Leiters (5), wenn eingesteckt, geneigt ausgeführt ist, wobei die elektrische Anschlussklemme ein Isolierstoffgehäuse (2) aufweist, in dem der Kontaktrahmen (4) mit dem Leiterklemmanschluss angeordnet ist, wobei sich an den Kontaktboden einenends am Kanaleingang (8) ein erster Kontaktbereich (16) und anderenends ein zweiter Kontaktbereich (16) anschließt, dadurch gekennzeichnet, dass der erste und der zweite Kontaktbereich (16) eine Ebene bilden und dass die Gehäuseinnenwandung (31) des Isolierstoffgehäuses (2) gegenüberliegend zum geneigt ausgeführten Abschnitt des Kontaktbodens (11) einen schrägen Bereich aufweist, der gegen einen Leiter (5), wenn eingesteckt, geneigt ausgeführt ist und einen trichterförmigen Leitereinführungsbereich bildet.“

### 4

Die Antragsgegnerin vertreibt im Inland unter der Bezeichnung „...“ (1 - bzw. 2-polige) Verbinder zur lösbaren Verbindung eines Kabels, d.h. eines elektrischen Leiters, mit einer Leiterplatte (vgl. Muster gemäß Anl. ASt 1; Produktbeschreibung im Internetauftritt, Anlage ASt 2; Product Specification gemäß Anlage ASt 3).

### 5

Darin sieht die Antragstellerin eine Verletzung ihres Verfügungspatents.

### 6

Mit Schriftsatz vom 13.05.2019, eingegangen beim Landgericht am selben Tage, hat die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin bei Meidung der gesetzlich vorgesehenen Ordnungsmittel im Wege der einstweiligen Verfügung zu untersagen, elektrische Anschlussklemmen, wobei die elektrischen Anschlussklemmen einen Kontaktrahmen mit einem Leiterklemmanschluss am Kontaktrahmen durch mindestens ein Federelement gebildet wird, dessen freies Ende eine gegen den elektrischen Leiter gerichtete und mit einer Klemmkraft beauftragten Klemmkante bildet und der Kontaktrahmen einen Kontaktboden aufweist, wobei der Kontaktboden derart aus der Fläche eines ebenen Metallteils herausgestellt ist, dass der Kontaktboden von dem Kanaleingang, durch den ein elektrischer Leiter in die elektrische Anschlussklemme einführbar ist, in Richtung der Klemmstelle des Leiterklemmanschlusses ansteigend in Richtung eines Leiters, wenn eingesteckt, geneigt ausgeführt ist, wobei die elektrische Anschlussklemme ein Isolierstoffgehäuse aufweist, in dem der Kontaktrahmen mit dem Leiterklemmanschluss angeordnet ist, wobei sich an den Kontaktboden einenends am Kanaleingang ein erster Kontaktbereich und anderenends ein zweiter Kontaktbereich anschließt,

in der Bundesrepublik Deutschland anzubieten, in Verkehr zu bringen und/oder zu gebrauchen und/oder zu den genannten Zwecken einzuführen und/oder zu besitzen, bei denen der erste und der zweite Kontaktbereich eine Ebene bilden und die Gehäuseinnenwandung des Isolierstoffgehäuses gegenüberliegend zum geneigt ausgeführten Abschnitt des Kontaktbodens einen schrägen Bereich aufweist, der gegen einen Leiter, wenn eingesteckt, geneigt ausgeführt ist und einen trichterförmigen Leitereinführungsbereich bildet,

2. der Antragsgegnerin aufzugeben, die unter 1. bezeichneten Gegenstände an einen Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Verwahrung herauszugeben, die andauert, bis über das Bestehen eines Vernichtungsanspruchs zwischen den Parteien rechtskräftig entschieden oder eine einvernehmliche Regelung herbeigeführt worden ist.

**7**

Das Landgericht hat mit Verfügung vom 13.05.2019 Termin zur mündlichen Verhandlung über den Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auf den 23.05.2019 bestimmt und der Antragsgegnerin Gelegenheit zur Stellungnahme auf den Verfügungsantrag bis 20.05.2019 eingeräumt.

**8**

Mit Schriftsatz vom 15.05.2019 hat die Antragsgegnerin beantragt, die Frist zur Stellungnahme um wenigstens zwei Wochen zu verlängern und den Termin zur mündlichen Verhandlung um wenigstens zwei Wochen zu verlegen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, insbesondere eine Prüfung des Rechtsbestands des Verfügungspatents innerhalb der vom Landgericht gesetzten kurzen Stellungnahmefrist sowie bis zur mündlichen Verhandlung nicht durchführen zu können.

**9**

Unter dem 16.05.2019 hat die Antragstellerin bei Gericht einen weiteren Schriftsatz eingereicht.

**10**

Mit Beschluss des Kammervorsitzenden vom 17.05.2019 hat das Landgericht den Antrag der Antragsgegnerin auf Terminsverlegung zurückgewiesen und die Frist zur Stellungnahme auf den Verfügungsantrag unter Zurückweisung des weitergehenden Antrags bis 21.05.2019 verlängert. Die Antragsgegnerin hat fristgerecht einen entsprechenden Schriftsatz bei Gericht eingereicht.

**11**

Mit Verfügung vom 22.05.2019 hat das Landgericht das Aktivrubrum abgeändert und der Antragstellerin zur Stellungnahme auf den Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 21.05.2019 eine Schriftsatzfrist bis 23.05.2019, 8.00 Uhr gewährt. Die Antragstellerin hat am 23.5.2019 einen 38-seitigen Schriftsatz eingereicht. Die mündliche Verhandlung hat um 13.30 Uhr desselben Tages stattgefunden.

**12**

Nach Durchführung der mündlichen Verhandlung hat das Landgericht am 23.05.2019 mit Endurteil vom selben Tage dem vorstehend wiedergegebenen Verfügungsantrag zu 1. stattgegeben und im Übrigen den Verfügungsantrag bei einer Kostenverteilung von 80% zu 20% zu Lasten der Antragsgegnerin zurückgewiesen.

**13**

Zur Begründung ist im Ersturteil ausgeführt:

**14**

Die angegriffenen Ausführungsformen der Antragsgegnerin machten von sämtlichen Merkmalen des Anspruchs 1 des Verfügungspatents wortsinngemäß Gebrauch, so dass ein Verfügungsanspruch gegeben sei. Insbesondere sei Merkmal 1.4./1.4.1. der Merkmalsanalyse gemäß LGU S. 7 erfüllt, wonach der Kontaktrahmen einer patentgeschützten Vorrichtung einen Kontaktboden aufweise, der vom Kanaleingang, durch den ein elektrischer Leiter in die elektrische Anschlussklemme einführbar sei, in Richtung der Klemmstelle des Leiterklemmanschlusses ansteigend in Richtung eines Leiters erfindungsgemäß geneigt ausgeführt sei. Auch Merkmal 1.5. werde durch die angegriffenen Ausführungsformen der Antragsgegnerin verletzt. Dieses Merkmal sei dahingehend auszulegen, dass es dem Fachmann überlassen bleibe, den schrägen Bereich der Gehäuseinnenwandung so auszugestalten, dass die Gehäuseinnenwandung des Isolierstoffgehäuses gegenüberliegend zum geneigt ausgeführten Abschnitt des anspruchsgemäßen Kontaktbodens einen schrägen Bereich aufweise, der gegen einen Leiter, wenn eingesteckt, geneigt ausgeführt sei und einen trichterförmigen Leitereinführungsbereich bilde.

**15**

Ein Verfügungsgrund sei ebenfalls gegeben.

**16**

Die erforderliche Dringlichkeit liege vor. Dies gelte auch, wenn die Antragstellerin innerhalb eines Monats nach Kenntnis der Bekanntgabe der Eintragung des parallelen Gebrauchsmusters vom 11.04.2019 den Verfügungsantrag bei Gericht hätte einreichen müssen.

**17**

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin sei der Rechtsbestand des Verfügungspatents hinreichend gesichert.

**18**

Zwar trage der Antragsteller grundsätzlich die Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast dafür, dass der Rechtsbestand des Verfügungspatents hinreichend gesichert sei. Allerdings habe der Antragsgegner seinerseits den Rechtsbestand des Verfügungspatents substantiiert in Abrede zu stellen.

**19**

Die von der Antragsgegnerin geltend gemachten Einwendungen begründeten nach Auffassung der Kammer keinen Zweifel am Rechtsbestand des Verfügungspatents.

**20**

Es liege keine unzulässige Erweiterung vor, weil die hier gegenständliche Erfindung ursprungsoffenbart sei. Sie sei in der Stammanmeldung (Anl. HL 7) als eine eigenständige technische Lehre beschrieben.

**21**

Der Gegenstand des Verfügungspatents sei gegenüber dem Gegenstand der deutschen Offenlegungsschrift 39 10 937, welche aneinander reihbare Anschlussklemmen für Leiterplatten offenbare (vgl. Anl. HL 9, Fig. 1, Abbildung LGU S. 14), neu.

**22**

Der Gegenstand von Patentanspruch 1 des Verfügungspatents beruhe auch auf erfinderischer Tätigkeit. Der Fachmann habe entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin keine Veranlassung gehabt, von der deutschen Offenlegungsschrift 10 2005 048 972 A1 (Anl. HL 10) oder von der europäischen Patentanmeldung 65 357 (Anl. HL 11) zur verfügungspatentgemäßen Lehre zu gelangen.

**23**

Auch unter Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalls sei der Verfügungsgrund zu bejahen. Der Antragsgegnerin sei Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben und damit deren Anspruch auf rechtliches Gehör beachtet worden. Das antragsgegnerseits behauptete zögerliche Verhalten der Antragstellerin in Bezug auf Verfahren vor dem Landgericht Mannheim und dem Oberlandesgericht Karlsruhe seien nicht geeignet, den Verfügungsgrund entfallen zu lassen, nachdem sich der Streitgegenstand des hiesigen Verfahrens von demjenigen der beiden vorgenannten Verfahren unterscheide. Die Antragsgegnerin sei auch nicht überrumpelt worden. Da die Parteien Mitbewerber seien und seit Jahren gerichtliche Konflikte austragen würden, sei die Antragsgegnerin gehalten gewesen, zugunsten der Antragstellerin erfolgte Patenterteilungen zu beachten und ihr Verhalten darauf einzurichten. Soweit dies unterblieben sei oder die Antragsgegnerin den Schutzbereich des Verfügungspatents nicht zutreffend erfasst habe, führe die gegen sie ergehende Unterlassungsverfügung nicht zu einem untragbaren Ergebnis.

**24**

Im Umfang der ihr gegenüber ausgesprochenen Verurteilung wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer Berufung, die sie wie folgt begründet, gegen das Ersturteil:

**25**

Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht einen Verfügungsanspruch bejaht. Die Auslegung des Erstgerichts negiere den Anspruchswortlaut des Verfügungspatents und beschränke sich auf eine angeblich funktionsorientierte Auslegung. Hierbei sei verkannt worden, dass eine klagepatentgemäße Klemme für eine Vielzahl von Leitern eine sichere Leiterführung gewährleisten müsse, und zwar auch dann, wenn der Elektriker diese nicht zufällig in einer möglicherweise perfekten Art und Weise einführe, sondern auch wenn dieses Einführen um ein paar Grad versetzt erfolge. Eine Klemme, die die vom Landgericht verstandene Funktion erfülle, sei demgegenüber praktisch unbrauchbar. Bei zutreffender Auslegung von Patentanspruch 1 des Verfügungspatents hätte festgestellt werden müssen, dass die angegriffenen Ausführungsformen von diesem nicht Gebrauch machten, namentlich nicht von den Merkmalen 1.4./1.4.1 und 1.5.

**26**

Zu Unrecht habe das Landgericht darüber hinaus den Verfügungsgrund bejaht.

## **27**

Insoweit sei entgegen der Auffassung des Landgerichts die Dringlichkeitsfrist von einem Monat bei Eingang des Verfügungsantrags beim Landgericht bereits verstrichen gewesen. Die Antragstellerin hätte den Verfügungsantrag binnen eines Monats nach Kenntnis der Bekanntgabe über die bevorstehende Eintragung des parallelen, inhaltlich der dem Verfügungspatent zugrundeliegenden europäischen Patentanmeldung EP 16 197 946.3 entsprechenden Gebrauchsmusters DE 20 2011 111075 U1 (Anl. HL 13), welches am 05.04.2019 eingetragen worden sei, stellen müssen. Dem könne die Antragstellerin nicht entgegenhalten, erst am 11.04.2019 sei bei ihren patentanwaltlichen Vertretern die Mitteilung eingegangen, dass das Gebrauchsmuster eingetragen werde. Die Antragstellerin habe nämlich nicht dargelegt und glaubhaft gemacht, dass sie nicht schon vor dem 11.04.2019 Kenntnis von der Eintragung erlangt habe.

## **28**

Rechtsfehlerhaft sei das Landgericht bei Erlass der einstweiligen Verfügung ferner von einem hinreichend gesicherten Rechtsbestand des Verfügungspatents ausgegangen. Diese Beurteilung sei schon deshalb nicht geeignet, den Verfügungsgrund zu bejahen, weil hierfür erforderlich sei, dass der Rechtsbestand eines Verfügungspatents mit hoher Wahrscheinlichkeit gesichert sein müsse. Soweit das Landgericht ausgeführt habe, die Antragsgegnerin habe sich zur Frage des aus ihrer Sicht mangelnden Rechtsbestands des Verfügungspatents nicht substantiiert geäußert, sei auf ihren Schriftsatz vom 21.05.2019 und ihr Vorbringen in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht zu verweisen.

## **29**

Am Rechtsbestand des Verfügungspatents bestünden schon deshalb gravierende Zweifel, weil der Gegenstand des Verfügungspatents sich als eine unzulässige Erweiterung gegenüber der Stammanmeldung als Voranmeldung darstelle [wird näher ausgeführt].

## **30**

Über den bereits eingeführten Stand der Technik hinaus seien dem Verfügungspatent die DE 100 40 484 A1 (DE '484), veröffentlicht am 07.03.2002 (Anl. HL 26), und die WO 2008 100 478 A1 (WO '478), veröffentlicht am 21.08.2009 (Anl. HL 27), entgegenzuhalten. Die DE '484 nehme nahezu alle Merkmale des Patentanspruchs 1 des Verfügungspatents neuheitsschädlich vorweg. Ausgehend von der DE '484 habe der Fachmann Veranlassung gehabt, über eine Variation der offenbarten Klemmeinheit zur SMD-Kontaktierung nachzudenken. Eine solche Lösung finde er in der WO '478.

## **31**

Schließlich sei das Landgericht zu Unrecht davon ausgegangen, dass auch unter Abwägung sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls der Verfügungsgrund gegeben sei. Bei der vorzunehmenden Gesamtabwägung hätte das Erstgericht zu der Erkenntnis gelangen müssen, dass die Interessen der Antragsgegnerin an der Zurückweisung des Verfügungsantrags diejenigen der Antragstellerin an dessen Stattgabe überwiegen würden. Es hätte nämlich zugunsten der Antragsgegnerin gewertet werden müssen, dass das Verfügungspatent gerade erst erteilt worden sei und bislang ein erstinstanzliches Einspruchs- oder Nichtigkeitsverfahren nicht überstanden habe. Hinzu komme, dass die von der Antragstellerin zwischenzeitlich durchgeführte Recherche neuen relevanten Stand der Technik hervorgebracht habe. Im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung erster Instanz seien die Rechercheberichte von der Antragsgegnerin aufgrund der kurzen Zeit zwischen der Zustellung des Verfügungsantrags, der Terminsverfügung vom 15.05.2019 und dem Verhandlungstermin vom 23.05.2019 noch nicht beizubringen gewesen. Dadurch seien die Möglichkeiten, die Erfolgsaussichten eines Rechtsbestandsverfahrens in so kurzer Zeit darzulegen, für die Antragsgegnerin stark beschränkt gewesen.

## **32**

Die Antragsgegnerin beantragt,

unter Abänderung des angegriffenen Ersturteils den Verfügungsantrag der Antragstellerin vom 13.05.2019 zurückzuweisen.

## **33**

Die Antragstellerin beantragt,

die Berufung der Antragsgegnerin zurückzuweisen.

**34**

Sie verteidigt das Ersturteil und führt ergänzend hierzu aus:

**35**

Zutreffend habe das Landgericht das Bestehen eines Verfügungsanspruchs bejaht.

**36**

Merkmal 1.4.1. sei entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin nicht dahingehend auszulegen, dass die in Patentanspruch 1 offenbarte Neigung bereits am Kanaleingang (8) beginnen müsse. Eine derartige Auslegung sei weder vom Wortlaut getragen, noch ergebe sich diese unter Hinzuziehung der Beschreibung und der Figuren. Der Anspruchswortlaut gebe nämlich aus der Sicht des angesprochenen Fachmanns lediglich die Richtung vor, von wo und bis wohin sich der geneigte Bereich patentgemäß erstrecken müsse. Er gebe insbesondere nichts für ein fachmännisches Verständnis her, wonach der Kontaktboden (11) in einer Ebene, welche vom Kanaleingang bis zur (oder zumindest kurz vor die) Klemmstelle reiche, ansteigen müsse und eine kleine Stufe oder auch nur ein kurzer Anstieg hiervon nicht umfasst sei. Merkmal 1.4.1. offenbare lediglich eine Richtungsvorgabe und mache keine Vorgaben hinsichtlich der funktionsmäßig sichere Führung des Leiters zur Klemmstelle nicht erforderlich, dass der Kontaktboden ab dem Kanaleingang beginne und bis hin zur Klemmstelle durchgehend ansteigend geneigt sei. Die erfindungsgemäße Führungsfunktion sei auch dann gewährleistet, wenn die Neigung des Kontaktbodens erst mit einem gewissen Abstand nach dem Kanaleingang beginne (vgl. Ausführungsbeispiele gem. Fig. 5a/5b).

**37**

Der Antragsgegnerin könne auch nicht darin gefolgt werden, dass mit Merkmal 1.5. ein konkreter Neigungswinkel vorgegeben werde, demnach ein Leiter weder parallel zur schrägen Gehäuseinnenwandung, noch von dieser abgewandt positioniert sein dürfe. Die verfügungspatentgemäße Erfindung sei demgegenüber nicht auf den Fall beschränkt, dass der Leiter nicht ideal eingeführt wird (vgl. Anl. ASt 4, Abs. [0025]). Die Auffassung der Antragsgegnerin, anspruchsgemäß bilde ausschließlich der schräge Bereich der Gehäuseinnenwandung die Trichterform, sei ebenfalls unzutreffend und mit dem Ausführungsbeispiel in Anl. ASt. 4, Abs. [0024] nicht zu vereinbaren.

**38**

Bei zutreffender Auslegung von Patentanspruch 1 machten die angegriffenen Ausführungsformen der Antragsgegnerin von diesem wortsinngemäß Gebrauch (wird ausgeführt, BE S. 14 ff.).

**39**

Ohne Erfolg mache die Antragsgegnerin zudem das vermeintliche Fehlen eines Verfügungsgrundes geltend.

**40**

Fehlende Dringlichkeit könne dem Verfügungsantrag der Antragstellerin unter Hinweis auf die Eintragung des Gebrauchsmusters DE 20 2011 111 075 U1 vom 05.04.2019 (Anl. HL 13) schon deshalb nicht entgegengehalten werden, weil Anspruch 1 des Verfügungspatents zwei weitere Merkmale enthalte, somit für die „Dringlichkeitsfrist“ nicht auf das Gebrauchsmuster abgestellt werden könne. Zudem sei dessen Eintragung den patentanwaltlichen Vertretern der Antragstellerin erst am 11.04.2019 zur Kenntnis gebracht worden (Anl. ASt 26). Der Verfügungsantrag sei auch unter Zugrundelegung dieses Datums innerhalb eines Monats bei Gericht eingereicht worden.

**41**

Das Landgericht sei auch zutreffend zu der Einschätzung gelangt, dass der Rechtsbestand des Verfügungspatents im Sinne des Senatsurteils vom 26.07.2012 - 6 U 1260/12 hinreichend gesichert sei. Durchgreifende Zweifel am Rechtsbestand des Verfügungspatents habe die Antragsgegnerin erstinstanzlich nicht schlüssig dargetan. Auch die im Berufungsverfahren vorgebrachten weiteren Entgegenhaltungen und Rechtsbestandsangriffe rechtfertigten keine andere Beurteilung.

**42**

Das Landgericht habe unter Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalls den Interessen der Antragstellerin zu Recht den Vorzug gegeben. Dass das Verfügungspatent kurz vor Antragstellung erteilt worden sei und noch kein erstinstanzliches Einspruchs- oder Nichtigkeitsverfahren überstanden habe,

könne nicht zum Nachteil der Antragstellerin gereichen, da anderenfalls das Verfügungspatent für einen erheblichen Zeitraum vom einstweiligen Rechtsschutz ausgeschlossen wäre.

#### **43**

Darauf, dass sie ihrer Darstellung zufolge erst im Anschluss an die mündliche Verhandlung erster Instanz Gelegenheit gehabt habe, neuen relevanten Stand der Technik aufzufinden, könne sich die Antragsgegnerin nicht berufen. Zwischenzeitlich habe ihr ausreichend Zeit zur Verfügung gestanden, weiteren Stand der Technik zu recherchieren und diesen in das vorliegende Verfahren einzuführen. Ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör sei damit ausreichend Rechnung getragen. Darüber hinaus wäre es, wie bereits in erster Instanz vorgetragen, der Antragsgegnerin aufgrund der bereits jahrelang zwischen den Prozessparteien geführten Patentrechtsstreitigkeiten zumutbar gewesen, das Schutzrechtsportfolio der Antragstellerin zu überwachen, zu bewerten, relevanten Stand der Technik frühzeitig zu recherchieren und ggfls. einen Rechtsbestandsangriff vorzubereiten. Bei Wahrnehmung dieser Obliegenheitsverpflichtung wäre es der Antragsgegnerin ohne weiteres möglich gewesen, sich bis zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht umfassend vorzubereiten.

### **Entscheidungsgründe**

II.

#### **44**

Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das angegriffene Urteil des Landgerichts München I vom 23.05.2019 ist zulässig, insbesondere wurde sie form- und fristgerecht eingelegt (§ 517, § 519 ZPO) und begründet (§ 520 Abs. 2 ZPO). Sie führt in der Sache auch zum Erfolg, weil die Antragstellerin das Bestehen eines Verfügungsgrundes nicht glaubhaft gemacht hat. 1. Ohne Erfolg macht die Antragsgegnerin allerdings geltend, dass dem Bestand der vom Erstgericht erlassenen einstweiligen Verfügung bereits das Fehlen eines Verfügungsanspruchs (Art. 64 EPÜ, § 139 Abs. 1 Satz 1, § 9 Satz 2 Nr. 1 PatG) entgegenstehe.

#### **45**

Mit dem Landgericht sieht der Senat insoweit die Verletzung des Verfügungspatents durch die angegriffenen Ausführungsformen der Antragsgegnerin „...“ gemäß Anl. ASt 1 als hinreichend glaubhaft gemacht an. Zur Auslegung des Patentanspruchs 1 des Verfügungspatents (Anl. ASt. 4) nimmt der Senat insoweit Bezug auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts im Ersturteil (LGU S. 6 - 10). Die hiergegen von der Antragsgegnerin vorgebrachten Einwände verhelfen ihrer Berufung nicht zum Erfolg. Im Einzelnen:

#### **46**

a) In Merkmal 1.4/1.4.1 des Patentanspruchs 1 (vgl. Merkmalsanalyse LGU S. 7/8) ist offenbart, dass ein erfindungsgemäßer Kontaktrahmen (4) einen Kontaktboden (11) aufweist, wobei der Kontaktboden (11) derart aus der Fläche eines ebenen Metallteils herausgestellt ist, dass der Kontaktboden (11) von dem Kanaleingang (8), durch den ein elektrischer Leiter (5) in die elektrische Anschlussklemme (1) einführbar ist, in Richtung der Klemmstelle des Leiterklemmanschlusses ansteigend in Richtung eines Leiters (5), wenn eingesteckt, geneigt ausgeführt ist.

#### **47**

aa) Nach Auffassung der Antragsgegnerin sei Merkmal 1.4/1.4.1 aus der Sicht des angesprochenen Durchschnittsfachmanns - bei dem es sich dem Landgericht folgend um einen Diplom-Ingenieur der Fachrichtung Maschinenbau mit Erfahrung in der Konstruktion von elektrischen Klemmen handelt (LGU S. 7) - dahingehend auszulegen, dass der Kontaktboden (11) beginnend am Kanaleingang (8) bis zur Klemmstelle geneigt verlaufe. Der Argumentation des Landgerichts, der Anspruchswortlaut mache keine Vorgaben, von wo bis wohin sich der geneigte Bereich erstrecken müsse, in funktioneller Hinsicht sei die erfindungsgemäße Führungsfunktion des geneigten Bereichs auch gewährleistet, wenn die Neigung des Kontaktbodens erst mit einem gewissen Abstand nach dem Kanaleingang beginne, hält die Antragsgegnerin entgegen, dass schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch die Formulierung „von dem Kanaleingang“ dahingehend zu verstehen sein müsse, dass die Neigung am Kanaleingang, zumindest aber kurz danach beginnen müsse. Unter einer „ansteigend geneigten Ausführung von dem Kanaleingang in Richtung der Klemmstelle“ verstehe der Fachmann zudem eine Ebene, die vom Kanaleingang bis zur - oder zumindest kurz vor die - Klemmstelle reiche. Dieses Verständnis vom Offenbarungsgehalt des Merkmals

1.4/1.4.1 sei auch der Beschreibung (Abs. [0007] und [0021]) und den in Figuren 5a und 5b dargestellten Ausführungsbeispielen einer erfindungsgemäßen Vorrichtung zu entnehmen. Diese Auslegung sei auch in funktioneller Hinsicht geboten, weil der eingesteckte Leiter nur dann sicher zur Klemmstelle geführt werde, wenn er sich nicht an oder zwischen irgendwelchen Konstruktionsteilen (wie etwa einer Stufe im Kontaktboden wie in den angegriffenen Ausführungsformen der Antragsgegnerin vorgesehen) verfangen könne. Das Landgericht habe bei seiner Auslegung insoweit auch verkannt, dass die Funktion der sicheren Leiterführung nicht schon dann gewährleistet sei, wenn ein bestimmter Leiter in einer ganz bestimmten Art und Weise eingeführt werde. Dieses Verständnis des Verfügungspatents sei aber verfehlt. Die verfügungspatentgemäße Klemme sei nämlich dafür konstruiert, eine Bandbreite verschiedener Leiter - solche unterschiedlicher Stärken und Festigkeit und diese in Form von eindräftigen und mehrdräftigen Leitern - zu klemmen. Für zumindest beinahe all diese Leiter müsse eine erfindungsgemäße Klemme eine sichere Leiterführung gewährleisten und zwar auch dann, wenn der Elektriker diese nicht auf perfekte Art und Weise einführe, sondern um ein paar Grad versetzt. Eine Klemme nach dem vom Landgericht vorgenommenen Verständnis von Merkmal 1.4/1.4.1 sei demgegenüber praktisch unbrauchbar; eine solche habe der Fachmann beim Lesen des Patentanspruchs nicht vor Augen.

#### 48

bb) Dieser von der Antragsgegnerin vorgenommenen Auslegung des Merkmals 1.4/1.4.1 ist mit dem Landgericht entgegenzuhalten, dass vom Anspruchswortlaut nur die Richtung, in der die Neigung verläuft, vorgegeben ist („in Richtung der Klemmstelle“). Wo die erfindungsgemäße Neigung ihren Ausgangspunkt nimmt, schreibt der Wortlaut dieses Merkmals hingegen nicht vor. Die von der Antragsgegnerin vorgenommene Auslegung bleibt hinter dem Wortlaut zurück und erschöpft dessen Offenbarungsgehalt nicht. Gegenteiliges kann auch nicht dem Teilmerkmal „von dem Kanaleingang“ entnommen werden, da dieses zusammen mit dem weiteren Anspruchswortlaut „in Richtung“ vom Fachmann zu lesen ist. Das von der Antragsgegnerin beanspruchte einschränkende Verständnis vom Anspruchswortlaut des Merkmals 1.4/1.4.1 lässt sich auch nicht der Beschreibung bzw. den Figuren entnehmen. Wenn sich der geneigte Bereich des Kontaktbodens der Beschreibung folgend (Abs. [0021]) „im Wesentlichen“ im Leitereinführungsbereich befindet - also innerhalb des Bereichs vom Kanaleingang bis zur Klemmstelle -, dann macht eine Vorrichtung von diesem Merkmal auch dann wortsinngemäß Gebrauch, wenn der Kontaktboden in diesem Bereich (nur) abschnittsweise geneigt ist.

#### 49

Der Antragsgegnerin kann auch nicht darin gefolgt werden, dass allein die von ihr vertretene Auffassung zum Sinngehalt von Merkmal 1.4/1.4.1 mit der erfindungsgemäßen Funktion, eine bessere Leiterführung und sichere Klemmung zu gewährleisten, in Einklang stehe. Eine sichere funktionsgemäße Führung des Leiters im Leitereinführungsbereich hin zur Klemmstelle erfordert nicht, dass der Kontaktboden vom Kanaleingang beginnend bis hin zur Klemmstelle durchgehend ansteigend geneigt ist. Der erfindungsgemäßen Führungsfunktion steht nicht entgegen, wenn die Neigung des Kontaktbodens erst mit einem räumlichen Abstand zum Kanaleingang beginnt. Dieses Verständnis wird der Fachmann auch den in Figuren 5a/5b dargestellten Ausführungsbeispielen einer erfindungsgemäßen Vorrichtung entnehmen, bei denen der geneigte Bereich des Kontaktbodens nicht unmittelbar am Kanaleingang beginnt, sondern vorab etwas horizontal verläuft. Darüber hinaus ist in Abs. [0024], [0025] der Beschreibung offenbart, dass nur der „zumindest abschnittsweise trichterförmige“ Leitereinführungsbereich die Führungsfunktion bereitstelle.

#### 50

cc. Dass die angegriffenen Ausführungsformen bei vorstehendem Verständnis von Merkmal 1.4/1.4.1 keinen Gebrauch machen, wird von der Berufung (zu Recht) nicht geltend gemacht.

#### 51

b) Merkmal 1.5 lehrt den Fachmann, dass die Gehäuseinnenwandung (31) des Isolierstoffgehäuses (2) gegenüberliegend zum geneigt ausgeführten Abschnitt des Kontaktbodens (11) einen schrägen Bereich aufweist, der gegen einen Leiter (5), wenn eingesteckt, geneigt ausgeführt ist und einen trichterförmigen Leitereinführungsbereich bildet.

#### 52

aa) Nach Auffassung der Antragsgegnerin sei Merkmal 1.5 dahingehend auszulegen, dass aufgrund des Untermerkmals „gegen einen Leiter, wenn eingesteckt, geneigt ausgeführt“ ein Neigungswinkel vorgegeben sei. Der eingesteckte Leiter dürfe weder parallel zur schrägen Gehäuseinnenwandung, noch von dieser

abgewandt angeordnet sein. In diesen Fällen sei der Leiter nämlich nicht gegen den schrägen Bereich geneigt. Nur dieses Verständnis sei mit der Funktion der sicheren Leiterführung zu vereinbaren. Entgegen der Auffassung des Landgerichts erfordere die Neigung des schrägen Bereichs gegen den eingesteckten Leiter nicht lediglich, dass der Leiter durch den schrägen Bereich zur Klemmstelle geführt werde. Dies sei bereits mit dem Wortsinn nicht zu vereinbaren.

### 53

bb) Das Landgericht (LGU, Seite 10 3. Abs.) ist zutreffend zu der Beurteilung gelangt, dass das Merkmal 1.5 verlangt, dass der schräge Bereich der Gehäuseinnenwand gegen einen Leiter geneigt ausgeführt sein muss, wobei auf den Zustand der Vorrichtung abzustellen ist, wenn der Leiter eingesteckt ist. Durch diese Ausgestaltung wird gewährleistet, dass der Leitereinführungsbereich zumindest trichterförmig ausgebildet ist (LGU, Seite 10 2. Abs.) und der Leiter durch den schrägen Bereich der Gehäuseinnenwand in Richtung (also zur) Klemmstelle geführt werden kann (LGU, Seite 10 3. Abs.). Wie die Berufung im Ausgangspunkt zutreffend geltend macht, darf durch diese funktionelle Betrachtungsweise nicht auf die Zuordnung des Leiters zur Gehäuseinnenwand in eingestecktem Zustand („gegen einen Leiter, wenn eingesteckt, geneigt ausgeführt“) verzichtet werden. Gegenteiliges wurde aber auch vom Landgericht seiner Entscheidung nicht zugrunde gelegt.

### 54

(1) Das Landgericht sieht das Merkmal bei der angegriffenen Ausführungsform deshalb als verwirklicht an (LGU, Seite 11), weil das Isoliergehäuse der angegriffenen Ausführungsform einen „schrägen Bereich“ besitzt. Dies stellt auch die Berufung nicht in Frage. Eine Neigung dieses „schrägen Bereichs“ gegenüber dem eingesteckten Leiter hat das Landgericht unter Bezugnahme auf die von der Antragstellerin vorgelegten Schemazeichnung bejaht, wenn der Leiter horizontal in die Klemme eingeführt wird.

### 55

(2) Hiergegen wendet sich die Berufung mit der Erwägung, der Leiter sei bei der angegriffenen Ausführungsform derart positioniert, dass der parallel zum schrägen Bereich der Gehäuseinnenwand verlaufe. Es reiche entgegen der Beurteilung des Landgerichts nicht aus, dass das Merkmal bei irgendeiner Art und Weise des Einführens des Leiters erfüllt sei. Die Antragsgegnerin verweist auf die Beschreibung der angegriffenen Ausführungsform in der „Product Specification“ (Anlage ASt 3, letzte Seite oben „WIRE INSERTION“). Aus dieser Darstellung der Funktionsweise kann nicht hergeleitet werden, dass der Leiter bei der angegriffenen Ausführungsform nicht, wie vom Landgericht zugrunde gelegt, in eingeführtem Zustand gegen den „schrägen Bereich“ der Innenfläche geneigt ist. In der „Product Specification“ sind die Anforderungen an die zu verwendenden Leiter (ASt 3 vorletzte Seite) sowie in Bezug auf das Einführen des Leiters dargestellt. Auf der letzten Seite (10. WIRE INSERTION) wird durch zwei bildliche Darstellung das Einführen des Leiters in die Anschlussklemme gezeigt. Nach der ersten Darstellung darf der Leiter mit der eingezeichneten Einführungsebene einen Winkel von maximal 5° bis 7° bilden („5° - 7° Angle Max“).

Abbildung

### 56

Dies bedeutet, dass bei der angegriffenen Ausführungsform ein paralleles Einführen des Leiters entgegen dem Vorbringen der Berufung nicht zugrunde gelegt werden kann, vielmehr ist gemäß der vorstehend wiedergegebenen Darstellung ein Einführen des Leiters im Bereich von 0° bis 7° möglich mit der Folge, dass das Landgericht zu Recht eine Neigung des Leiters - eine bestimmter Wert wird nach der Lehre des Verfügungspatents nicht gefordert - in eingestecktem Zustand im Verhältnis zum schrägen Bereich der Gehäuseinnenwand bejaht hat.

### 57

2. Das Ersturteil hat gleichwohl keinen Bestand, weil es am Bestehen eines Verfügungsgrundes (§ 940 ZPO) mangelt.

### 58

a) Zwar rügt die Antragsgegnerin ohne Erfolg, die Antragstellerin habe nicht glaubhaft gemacht, dass der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung rechtzeitig gestellt worden sei, da nicht auf die Bekanntmachung der Erteilung des Verfügungspatents abzustellen sei, sondern auf die Eintragung des Gebrauchsmusters DE 20 2011 111 075 U1 (Anl. HL 13, nachfolgend DE `075). Unabhängig davon, dass die Antragstellerin glaubhaft gemacht hat, dass deren Prozessbevollmächtigte erst am 11.04.2019 (Anl. ASt

26, ASt 27) und sie selbst am 17.04.2019 (Anl. ASt 28) von der Eintragung des Gebrauchsmusters Kenntnis erlangt haben, ist die Eintragung des Gebrauchsmusters nicht maßgeblich.

## 59

Nach ständiger Rechtsprechung wird die sog. Dringlichkeitsfrist in Lauf gesetzt, wenn der Antragsteller Kenntnis von der fraglichen Verletzungshandlung und dem hierfür Verantwortlichen hat und er alle Informationen und Glaubhaftmachungsmittel besitzt, um mit Aussicht auf Erfolg einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung stellen zu können (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. die Nachweise bei Harte/Henning/Retzer, UWG, 4. Aufl., Anhang zu § 12, Rn. 957). Ist dem Antragsteller - wie vorliegend - die angegriffene Ausführungsform bereits seit längerer Zeit bekannt, kommt es maßgeblich auf die Eintragung/Erteilung des Schutzrechts an. Ein Gebrauchsmuster als ungeprüftes Schutzrecht stellt jedoch in der Regel keine taugliche Grundlage für ein Verfahren der einstweiligen Verfügung dar, da es dem Antragsteller in der Regel nicht möglich sein wird, dessen Schutzfähigkeit darzulegen und glaubhaft zu machen. Entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung (vgl. Loth, GebrMG, 2. Aufl., § 3 Rn. 134) ist die Rechtsbeständigkeit des Gebrauchsmusters nicht zu vermuten. Dass der Gesetzgeber für das DesignG mit § 39 DesignG eine Vermutung vorgesehen hat, rechtfertigt keine Übertragung auf das Gebrauchsmustergesetz, in dem sich eine entsprechende Regelung nicht findet. Ist in Bezug auf ein mit dem Gebrauchsmuster inhaltsgleiches europäisches Patent bereits eine Mitteilung nach Regel 71 Abs. 3 ergangen, kann der Antragsteller zwar darauf verweisen, dass in Bezug auf das inhaltsgleiche europäische Patent von der zuständigen Erteilungsbehörde die Schutzvoraussetzungen geprüft und bejaht wurden. Unabhängig davon, dass auch damit die Rechtsbeständigkeit des Gebrauchsmusters noch nicht glaubhaft gemacht wäre, entspricht das Verfügungspatent überdies im Streitfall nicht dem Gebrauchsmuster, sondern weist mit den Merkmalen 1.2 und 1.5 eine engere Fassung auf, sodass bereits deswegen der Mitteilung gemäß Regel 71 Abs. 3 keine Aussage zur Schutzfähigkeit der weiteren Fassung des Gebrauchsmusters entnommen werden kann.

## 60

b) Das Bestehen eines Verfügungsgrundes ist hier indessen zu verneinen, weil die Antragstellerin den Rechtsbestand des Verfügungspatents nicht hinreichend glaubhaft gemacht hat.

## 61

aa) Nach allgemeiner Auffassung kommt der Erlass einer einstweiligen Verfügung in Patentstreitsachen nur dann in Betracht, wenn sowohl die Frage der Patentverletzung, als auch der Bestand des Verfügungsschutzrechts im Ergebnis so eindeutig zugunsten des Antragstellers zu beantworten ist, dass eine fehlerhafte, in einem Hauptsacheverfahren zu revidierende Entscheidung nicht ernstlich zu erwarten ist. Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (vgl. die Nachweise im Ur. v. 14.12.2017 - 2 U 18/17, juris Tz. 18 sowie bei Kühnen, Handbuch der Patentverletzung, 12. Aufl., Kap. G Rn. 42) und des OLG Karlsruhe (GRUR-RR 2009, 442 = InstGE 11, 143; GRUR-RR 2015, 509) kann von einem hinreichend gesicherten Rechtsbestand des Verfügungspatents regelmäßig nur dann ausgegangen werden, wenn das Verfügungspatent bereits ein erstinstanzliches Einspruchs- oder Nichtigkeitsverfahren überstanden hat, d.h. es muss bereits eine die Schutzfähigkeit bestätigende Entscheidung im Einspruchs-/Beschwerdeverfahren vor dem Europäischen Patentamt (EPA) oder des Bundespatentgerichts im Nichtigkeitsverfahren vorliegen. Der Erlass einer einstweiligen Verfügung ohne erstinstanzliche Entscheidung im Rechtsbestandsverfahren kommt danach nur in besonderen - hier nicht vorliegenden - Fallgestaltungen in Betracht (vgl. OLG Düsseldorf a.a.O., Tz. 20 f. m.w.N.), nämlich:

- wenn der Antragsgegner bereits mit eigenen Einwendungen am Erteilungsverfahren beteiligt war, dieses sozusagen quasi schon als zweiseitiges Verfahren geführt wurde, d.h. die vorgebrachten Einwendungen auch sachlich geprüft wurden,
- wenn das Verfügungsschutzrecht allgemein als schutzfähig angesehen wird,
- wenn die Einwendungen gegen den Rechtsbestand des Verfügungsschutzrechts sich schon bei summarischer Prüfung als haltlos erweisen oder
- wenn es dem Antragsteller aufgrund außergewöhnlicher Umstände, z.B. aufgrund der Marktsituation, ausnahmsweise unzumutbar ist, den Ausgang des Einspruchs- oder Nichtigkeitsverfahren abzuwarten.

## 62

bb) Von diesen Grundsätzen abweichend ist der Senat seit dem Urteil vom 26.07.2012 (BeckRS 2012, 16104) davon ausgegangen, dass dem Patentinhaber darüber hinaus die Möglichkeit zu eröffnen ist, die Rechtsbeständigkeit des Verfügungspatents darzulegen und glaubhaft zu machen, d.h. ein bereits eingelegerter Einspruch, eine anhängige Nichtigkeitsklage bzw. ein zu erwartender Angriff auf das Verfügungspatent, wenn ein solcher bis zur Entscheidung im Verfügungsverfahren noch nicht erhoben werden konnte, mit hoher Wahrscheinlichkeit keinen Erfolg haben wird. Hiervon ausgehend hat der Senat einen Verfügungsgrund im Einzelfall auch dann bejaht, wenn der Verfügungsantrag auf ein Patent gestützt wird, das über lange Zeit allgemein als schutzfähig angesehen wurde und daher nicht angegriffen wurde, oder es dem Antragsteller anderweitig gelungen ist, den vom Gegner als schutzhindernd in das Verfahren eingeführten Stand der Technik dergestalt zu entkräften, dass der Senat sich positiv eine hinreichende Überzeugung vom voraussichtlichen Rechtsbestand des Schutzrechts bilden konnte. Der Senat hat dabei darauf hingewiesen, dass über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung aufgrund einer mündlichen Verhandlung zu entscheiden ist, da - auch unter Berücksichtigung der Anforderungen des BVerfG an die Wahrung des rechtlichen Gehörs (BVerfG GRUR 2018, 1288 - Die F.-Tonbänder; GRUR 2018, 1291 - Steuersparmodell eines Fernsehmoderators) - eine Entscheidung im Beschlusswege nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht kommt und von einer vorherigen Anhörung des Antragsgegners nur abgesehen werden kann, wenn dadurch der zu sichernde Anspruch gefährdet würde.

### 63

cc) Vor diesem Hintergrund gilt im Streitfall Folgendes:

### 64

(1) Bei der Bestimmung eines Termins zur mündlichen Verhandlung, insbesondere bei einem Verfügungsantrag, der, wie im vorliegenden Fall, auf ein Patent gestützt wird, dessen Erteilung erst wenige Tage vor Antragstellung veröffentlicht wurde, muss dem Antragsgegner ausreichend Gelegenheit gegeben werden, zur Verletzungsfrage und zum Rechtsbestand Stellung nehmen zu können. Dass diese Anforderungen an die Gestaltung des Verfahrens vom Landgericht verkannt wurden, hat der Senat bereits in der Ladungsverfügung zum Ausdruck gebracht. Die Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung zehn Tage nach Eingang des Verfügungsantrags, insbesondere bei einem „druckfrischen“ Verfügungspatent, verletzt das rechtliche Gehör der Antragsgegnerin; dies gilt in gleicher Weise für die Ablehnung des Antrags auf Terminsverlegung, die Verlängerung der Äußerungsfrist um lediglich einen Tag sowie die Setzung einer Frist zur Stellungnahme für die Antragstellerin, die fünf Stunden vor Sitzungsbeginn endet. Diese Verletzung des rechtlichen Gehörs der Antragsgegnerin in erster Instanz bleibt jedoch insoweit - so auch im vorliegenden Rechtsstreit - sanktionslos, als die Antragsgegnerin bis zur Verhandlung in zweiter Instanz hinreichend Gelegenheit hatte, sich mit der Verletzungsfrage und der Schutzrechtssituation zu befassen und hierzu vorzutragen (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.2.2019 - 15 U 45/18, BeckRS 2019, 5570). Die Annahme, die Verletzung des rechtlichen Gehörs der Antragsgegnerin in erster Instanz sei durch das nachfolgende Verfahren geheilt worden und das angefochtene Urteil beruhe nicht (mehr) auf diesem Verstoß steht auch nicht im Widerspruch zu der vorgenannten Rechtsprechung des BVerfG (a.A. Dienstbühl, GRUR-Prax 2019, 292), die nach allgemeiner und zutreffender Auffassung auch für den Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts den Maßstab bildet. Denn die Rechtsprechung des BVerfG zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen einstweilige Verfügungen, wie sie im Beschluss vom 6.6.2017 (WRP 2017, 173 mit Anm. Teplitzky, WRP 2017, 1163) bei Verletzung des rechtlichen Gehörs des Antragsgegners (prozessuale Waffengleichheit) für möglich erachtet und in den Beschlüssen vom 30.9.2018 grundlegend fortentwickelt wurde, stellt sich gerade als Konsequenz dessen dar, dass die Verletzung des rechtlichen Gehörs des Antragsgegners im fachgerichtlichen Verfahren mit dem Widerspruch bzw. der Berufung nicht erfolgreich geltend gemacht werden kann.

### 65

(2) Unbeschadet der vorstehenden Ausführungen zu (1) ist auch unter Berücksichtigung des ergänzenden Vorbringens der Antragstellerin in der Berufungsinstanz zum vermeintlichen Rechtsbestand des Verfügungspatents ein Verfügungsgrund im Streitfall zu verneinen.

### 66

Die bisherige Rechtsprechung des Senats, die auch das Landgericht seiner Beurteilung zugrunde gelegt hat, beruht auf der Annahme, dass die Beschränkung des einstweiligen Rechtsschutzes auf die vorstehend unter b.aa. genannten Fallgestaltungen, den Interessen des Schutzrechtssinhabers nicht hinreichend Rechnung trägt und den Interessen des Antragsgegners, nicht aus einem nicht rechtsbeständigen

Schutzrecht in Anspruch genommen zu werden, dadurch hinreichend Rechnung getragen werden kann, dass der Antragsteller die Rechtsbeständigkeit des Verfügungsschutzrechts glaubhaft zu machen hat, indem er die hiergegen vorgebrachten Einwendungen zu entkräften hat. An dieser Beurteilung hält der Senat nicht mehr fest. Liegen keine besonderen Umstände vor, aufgrund derer die Schutzfähigkeit des Verfügungsschutzrechts hinreichend belegt ist (vgl. vorstehend b.a.a 1. bis 3. Spiegelstrich) bzw. ist es dem Antragsteller nicht unzumutbar, seine Ansprüche im Hauptsacheverfahren durchzusetzen (vgl. vorstehend b.a.a 4. Spiegelstrich), ist es nicht gerechtfertigt, dem Antragsgegner das Risiko aufzuerlegen, dass die Schutzfähigkeit im Verletzungsverfahren von den Verletzungsgerichten unzutreffend beurteilt wird. Das gegenläufige Interesse des Patentinhabers, sein erteiltes Patent durchzusetzen, wird in diesen Fällen durch die Möglichkeit der Erhebung der Hauptsacheklage hinreichend gewahrt.

#### **67**

Es ist nicht Aufgabe des Verletzungsgerichts, im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, das vor dem EPA bzw. vor dem Bundespatentgericht - unter Mitwirkung technischer Richter - zu führende Rechtsbestandsverfahren auf der Grundlage des Parteivorbringens und des von diesen vorgetragenen und durch Vorlage entsprechender, aus ihrer Sicht einschlägiger Entgegenhaltungen dargestellten Standes der Technik im Wege einer Eilentscheidung mit den naturgemäß nur begrenzten Möglichkeiten einer vorläufigen Einschätzung des Ergebnisses des Rechtsbestandsverfahrens für einen erheblichen Zeitraum faktisch vorwegzunehmen. Das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach der ZPO ist nicht darauf ausgerichtet, die Schutzfähigkeit eines technischen Schutzrechts vor dem Hintergrund eines komplexen Standes der Technik mit den im Zivilprozessrecht dem Verletzungsgericht zur Verfügung stehenden Mitteln hinreichend gesichert zu beurteilen. Dies zeigt auch der Streitfall auf, der eine an dem Maßstab hoher Wahrscheinlichkeit anzustellende Beurteilung des Ausgangs des Rechtsbestandsverfahrens erfordert, welche der Senat angesichts der von der Antragsgegnerin erhobenen Einwände - unzulässige Erweiterung des Gegenstands des Verfügungspatents im Hinblick auf eine Stammanmeldung, die in den erteilten Ansprüchen vom Verfügungspatent abweicht und hinsichtlich derer sich die Parteien darüber streiten, ob in der Stammanmeldung mehrere Erfindungen ursprungsoffenbart sind; neuheitsschädliche Vorwegnahme des Gegenstands der dem Verfügungspatent zugrunde liegenden Erfindung; Beruhen des Gegenstands von Patentanspruch 1 des Verfügungspatents auf erfinderischer Tätigkeit unter Würdigung eines aus mehreren Entgegenhaltungen zusammensetzenden Standes der Technik, deren Kombination die Antragsgegnerin im Rahmen der Beurteilung des fachmännischen Wissens im Prioritätszeitpunkt geltend macht - nur in eingeschränktem Umfang leisten kann und den Parteien auch nicht gerecht wird. Die Tatsache, dass in jüngerer Vergangenheit zugunsten des Patentinhabers und Antragstellers auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom Senat getroffene (Prognose-)Entscheidungen zur vermeintlichen Schutzfähigkeit des Verfügungspatents sich nicht als zutreffend erwiesen haben, ist nicht zuletzt diesem Umstand geschuldet.

#### **68**

Vor diesem Hintergrund hält der Senat an seiner bisherigen Rechtsprechung nicht mehr fest und schließt sich derjenigen des OLG Düsseldorf und des OLG Karlsruhe an, wonach von einem hinreichend gesicherten, den Erlass einer einstweiligen Verfügung unter dem Gesichtspunkt des Bestehens eines Verfügungsgrundes rechtfertigenden Rechtsbestand des Verfügungspatents regelmäßig nur dann ausgegangen werden kann, wenn das Verfügungspatent bereits ein erstinstanzliches Einspruchs- oder Nichtigkeitsverfahren überstanden hat bzw. ein sonstiger Ausnahmefall vorliegt.

#### **69**

(3) Im Streitfall führt dies dazu, dass mangels eines hinreichend glaubhaft gemachten Verfügungsgrundes das Interesse der Antragstellerin am Fortbestand der durch das Landgericht ausgesprochenen Unterlassungsverfügung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zurückzustehen hat und auf Berufung der Antragsgegnerin hin die vom Erstgericht mit Urteil vom 23.05.2019 erlassene einstweilige Verfügung unter Zurückweisung des auf ihren Erlass gerichteten Antrags aufzuheben war. Soweit die Antragstellerin im Rahmen der Interessenabwägung darauf verweist, dass mit dem bereits vor längerer Zeit erfolgtem Marktzutritt der Antragsgegnerin mit der angegriffenen Ausführungsform ein Preisverfall einhergehe, ist dies kein Umstand, der es für die Antragstellerin als unzumutbar erscheinen lassen würde, ihre Ansprüche im Wege der Hauptsacheklage durchzusetzen.

III.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO.