

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

PatG § 41p Abs. 3 Nr. 5; GebrMG § 10 Abs. 5

- a) Wenn in den Entscheidungsgründen die Erfindungshöhe von den einzelnen Entgegenhaltungen her und nicht aus der notwendigen Gesamtschau des Standes der Technik beurteilt worden ist, so liegt darin in der Regel noch kein Mangel der Begründung i.S. des § 41p Abs. 3 Nr. 5 PatG. (Ergänzung zum Beschluß v. 28. November 1963-Ia ZB 202/63).
- b) Ein solcher Mangel kann dann vorliegen, wenn ein Fall offenkundiger Vorbenutzung, der für sich allein neuheits-schädlich ist, übergangen worden ist.

BGH, Beschl.v. 28. November 1963 - Az.Ia ZB 204/63 - Bundes-
patentgericht

Ia ZB 204/62

Verkündet

am 28. November 1963

Oechsler, Just.-Angest.

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

B e s c h l u ß

In Sachen

1.) Horst F. [REDACTED], D. [REDACTED] (Ha. [REDACTED]),

2.) Firma H. [REDACTED] Füllhalterfabrik G.m.b.H., LÖ. [REDACTED] (Westf.),
O. [REDACTED] Straße [REDACTED],

Antragsteller, Beschwerdegegner
und zu 1.) Rechtsbeschwerdeführer,

- Prozeßbevollmächtigte des Antragstellers zu 1.):

Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED], [REDACTED] -

gegen

die Firma Jakob R. [REDACTED] K.G. in Br. [REDACTED] (Od. [REDACTED]) und
Alfred Dö. [REDACTED] in K. [REDACTED], Ö. [REDACTED],

Antragsgegner, Beschwerdeführer
und Rechtsbeschwerdegegner,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED], [REDACTED] -

betreffend die Löschung des Gebrauchsmusters Nr. 1 724 337

hat der Ia-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 21. November 1963 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter Dr. Spreng,
Dr. Löcher, Claßen und Schneider

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluß des 5. Senats
(Gebrauchsmuster-Beschwerdesenats) des Bundespatentge-
richts vom 11. Dezember 1962 wird auf Kosten des Rechts-
beschwerdeführers zurückgewiesen.

- 2 -

G r ü n d e:

Die Antragsgegner waren Inhaber des am 25. Februar 1956 unter Inanspruchnahme der Priorität der Anmeldung in Österreich vom 23. Dezember 1955 angemeldeten, am 14. Juni 1956 eingetragenen und inzwischen durch Fristablauf erloschenen Gebrauchsmusters Nr. 1 724 337, das einen Schreibstift, insbesondere Kugelschreiber betraf.

Die Antragsteller haben die Löschung des Gebrauchsmusters beantragt und geltend gemacht, die Raumform des Gebrauchsmusters sei wegen offenkundiger Vorbenutzungen und mit Rücksicht auf Vorveröffentlichungen nicht schutzfähig.

Die Gebrauchsmusterabteilung des Deutschen Patentamtes hat das Gebrauchsmuster durch Beschlüsse vom 24. Februar 1959 gelöscht und den Antragsgegnern die Kosten der Verfahren auferlegt. Die Antragsgegner haben gegen beide Beschlüsse Beschwerde eingelegt. Der Beschwerdesenat des Bundespatentgerichts hat die Beschwerdeverfahren miteinander verbunden. Er hat die Beschlüsse der Gebrauchsmusterabteilung vom 24. Februar 1959 aufgehoben und den nach Ablauf der Schutzfrist gestellten Antrag, festzustellen, daß das Gebrauchsmuster Nr. 1 724 337 nicht rechtsgültig gewesen sei, mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß dem Gebrauchsmuster nur folgende Schutzansprüche zugrunde-
zulegen sind:

1. Schreibgerät, insbesondere Kugelschreiber, mit einem die federbelastete Schreibmine in Ruhestellung und Arbeitsstellung sichernden Riegelkörper, welcher zwangsläufig einerseits in einer Umlaufringbahn, andererseits in einer durch die Flanken von zueinander winkelfersetzten Zähnen zweier gegengerichteter Zahnkränze gebildeten Steuerbahn geführt ist, wobei die eine Bahn in dem Schubstift der Schreibmine, die andere in dem Mantelkörper angeordnet ist, und der eine der beiden die Steuerbahn



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

begrenzenden Zahnkränze Zahnlücken unterschiedlicher Tiefe als Rasten für den Riegelkörper in Ruhe- und Arbeitsstellung aufweist, dadurch gekennzeichnet, daß als Riegelkörper in bei Schreibstiften mit Fallgewichtsverriegelung bekannter Weise ein Wälzkörper, vorzugsweise eine Kugel (4) vorgesehen ist.

2. Schreibgerät nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß die die Steuerbahn (6) bildenden Zahnkränze je zwei um 180° winkelfversetzte Zähne aufweisen und die Zähne des einen Kranzes ungefähr auf die Lücken des anderen eingedeckt sind.
3. Schreibgerät nach den Ansprüchen 1 und 2, dadurch gekennzeichnet, daß die Zähne der die Steuerbahn begrenzenden Zahnkränze in federnde Zungen auslaufen und mit diesen einen Bahnquerschnitt bilden, der etwas kleiner ist als der Kugeldurchmesser.
4. Schreibgerät nach den Ansprüchen 1 und 2, dadurch gekennzeichnet, daß der Querschnitt der Steuerbahn (6) an den Stellen (11) von den Rasten (7, 8) nahezu auf den Kugeldurchmesser verengt ist.
5. Schreibgerät nach den Ansprüchen 1 bis 4, dadurch gekennzeichnet, daß die Flanken der die Steuerbahn (6) bildenden Zähne Rundungen von annähernd dem Radius der Kugel aufweisen.

Hiergegen richtet sich die frist- und formgerecht eingelegte Rechtsbeschwerde des Antragstellers zu 1, der beantragt,

die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Bundespatentgericht zurückzuverweisen.

Die Antragsgegner beantragen, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

I. Die nicht zugelassene Rechtsbeschwerde ist gemäß § 10 Abs. 5 GebrMG i.V. mit § 41p Abs. 3 Nr. 5 PatG statthaft, weil zu ihrer Begründung geltend gemacht wird, der angefochtene Beschluß sei "nicht mit Gründen versehen"; ihr muß jedoch der Erfolg versagt bleiben.

II. Der Beschwerdesenat hat die behauptete offenkundige Vorbenutzung durch den Antragsteller zu 1 (im Folgenden Antragsteller genannt) als nicht erwiesen angesehen. Es hat die Schutzfähigkeit des Streitgebrauchsmusters bejaht und ausgeführt, der in der französischen Patentschrift Nr. 1 023 101 gezeigte Mehrfarbstift sei nicht geeignet, die Schutzfähigkeit in Frage zu stellen. Gegenüber dem in dem vorveröffentlichten Gebrauchsmuster Nr. 1 707 436 dargestellten Schreibstift werde der Arbeits- und Gebrauchswert des angegriffenen Gebrauchsmusters dadurch gefördert, daß statt des dort verwendeten Zapfenringes, der durch geringe Verbiegungen oder Verwindungen zu Betriebsstörungen führen könne, ein Wälzkörper getreten sei, der die Schaltmechanik wesentlich vereinfache und hinsichtlich ihrer Betriebssicherheit verbessere.

III. Die Rechtsbeschwerde macht zunächst geltend, das Bundespatentgericht habe die Lehre des Streitgebrauchsmusters zwar gegenüber der französischen Patentschrift Nr. 1 023 101 und gegenüber dem Gebrauchsmuster 1 707 436 auf Neuheit, Fortschritt und Erfindungshöhe geprüft. Die Erfindungshöhe sei jedoch nach ständiger Rechtsprechung an der Gesamtheit des Standes der Technik zu messen. Es sei aus den Vorveröffentlichungen mosaikartig eine künstliche Synthese ex post zu bilden. Im angegriffenen Beschluß des Bundespatentgerichts fehle jede Feststellung darüber, daß und weshalb die Lehre des Streitgebrauchsmusters durch den sich sowohl aus der französischen Patentschrift Nr. 1 023 101 als auch aus dem Gebrauchsmuster 1 707 436 ergebenden Stand der Technik nicht nahegelegt gewesen sein solle. Hinsichtlich der Erfindungshöhe fehle es deshalb an der Begründung.

Diese Rüge kann keinen Erfolg haben. Wie der erste Zivilsenat in dem Beschluß vom 21. Dezember 1962 - I ZB 27/62 (BGHZ 39, 333) - und in dem Beschluß vom gleichen Tage in der Sache I ZB 23/62 - Radgchäuse - ausgeführt hat, sind für die

Auslegung des § 41p Abs. 3 Nr. 5 PatG die zu § 551 Nr. 7 ZPO entwickelten Grundsätze anwendbar. Dem schließt sich der erkennende Senat an; die von der Rechtsbeschwerde in der mündlichen Verhandlung geltend gemachten Bedenken geben keinen Anlaß zu einer anderen Beurteilung. Nach § 551 Nr. 7 ZPO ist eine Entscheidung u.a. dann als "nicht mit Gründen versehen" betrachtet worden, wenn auf einzelne selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel im Sinne der §§ 146, 303 ZPO, sofern sie rechtlich erheblich sein können, überhaupt nicht eingegangen worden ist (RGZ 109, 201, 204; 163, 292, 295; 170, 328, 332). Zu dem Komplex, der in den Gründen einer Entscheidung über die Schutzfähigkeit eines technischen Schutzrechtes den Angriffs- und Verteidigungsmitteln im Zivilprozeß vergleichbar nicht vollkommen übergangen werden darf, wird in der Regel die Frage der Erfindungshöhe zu rechnen sein (vgl. den Beschluß des Ersten Zivilsenats vom 21. Dezember 1962 - I ZB 23/62 - Radgehäuse). Ein Mangel im Sinne von § 551 Nr. 7 ZPO und damit im Sinne von § 41p Abs. 3 Nr. 5 PatG liegt jedoch nicht vor, wenn die Gründe zu den einzelnen Angriffs- und Verteidigungsmitteln nur sachlich unvollständig, unzureichend, unrichtig oder sonst rechtsfehlerhaft sind (RGZ 65, 93; 86, 113, 114; 109, 201, 204; 120, 398, 400). Es kommt letztlich immer darauf an, ob erkennbar ist, welcher Grund für die Entscheidung über die einzelnen Angriffs- und Verteidigungsmittel maßgebend gewesen ist, mag dieser Grund rechtsfehlerhaft beurteilt worden sein oder nicht (vgl. BGHZ 39, 333, 338). Die Rüge des Rechtsbeschwerdeführers läuft nun im Kern darauf hinaus, daß das Bundespatentgericht die Erfindungshöhe des Streitgebrauchsmusters von den einzelnen Entgegenhaltungen her beurteilt habe und nicht aus der notwendigen Gesamtschau des Standes der Technik. Damit rügt sie aber einen sachlichen Fehler bei der Beurteilung der Erfindungshöhe. Sie rügt, daß die Frage der Erfindungshöhe unvollständig und rechtsfehlerhaft beurteilt worden,

nicht aber, daß die Prüfung gänzlich unterblieben sei. Daher ist die Rechtsbeschwerde in diesem Punkte nicht begründet.

IV. Was die vom Antragsteller vorgebrachten Fälle offenkundiger Vorbenutzung anbetrifft, so ist das Bundespatentgericht in dem angefochtenen Beschluß nach Vernehmung von 3 Zeugen zu dem Ergebnis gelangt, ein schlüssiger Beweis dafür, daß der Antragsteller vor dem Prioritätstage des Streitgebrauchsmusters, dem 23. Dezember 1955, Kugelmechaniken an Dritte geliefert habe, sei nicht erbracht worden. Das Bundespatentgericht hat die Vernehmung weiterer Zeugen und damit des Zeugen N [REDACTED] mit der Begründung abgelehnt, daß weitere Zeugen nach ihren bisherigen Angaben im wesentlichen nicht mehr hätten bekunden können als die bereits vernommenen Zeugen.

Die Rechtsbeschwerde rügt, soweit das Bundespatentgericht die Vernehmung des Zeugen N [REDACTED] mit dieser summarischen Begründung abgelehnt habe, sei die angefochtene Entscheidung "nicht mit Gründen versehen", weil der Beweisantritt durch den Zeugen N [REDACTED] einen von den übrigen Beweisantritten verschiedenen Sachverhalt betreffe, welcher von der summarischen Begründung des Beschlusses nicht beschieden werde.

Die Rüge zielt darauf ab, daß neben dem vom Antragsteller behaupteten eigenen Verkauf von Kugelschreibern mit der Behauptung, der Antragsteller habe dem Zeugen N [REDACTED] einen Kugelschreiber mit der Kugelschaltmechanik gezeigt, ein weiterer selbständiger Fall einer offenkundigen Vorbenutzung vorgetragen worden sei, auf den der Beschwerdesenat nicht eingegangen sei.

Wie unter Ziffer III unter Hinweis auf die Entscheidung des Ersten Zivilsenats vom 21. Dezember 1962 - I ZB 27/62 (RGHZ 39, 333) - ausgeführt worden ist, stellt das Fehlen einer Begründung zu einem selbständigen Angriffs- oder Verteidigungs-

mittel einen Mangel im Sinne von § 551 Nr. 7 ZPO und damit auch im Sinne von § 41p Abs. 3 Nr. 5 PatG dar. Unter einzelnen Angriffs- und Verteidigungsmitteln im Sinne dieser Rechtsprechung sind dabei alle Mittel zu verstehen, die dem Prozeßangriff oder der Prozeßverteidigung dienen, sofern sie selbständig sind, d.h. Tatbestände betreffen, die für sich allein rechtsbegründend, - vernichtend, - hindernd und - erhaltend wären (vgl. RG HRR 1939, 575, 577; Baumbach/Lauterbach, ZPO 26. Aufl., § 146 Anm. 2; Stein/Jonas, ZPO 18. Aufl., § 146 Anm. I 3; Wiczorek, ZPO § 146 Anm. B 2a). Ein solcher Fall des Fehlens einer Begründung kann dann vorliegen, wenn von mehreren behaupteten Fällen offenkundiger Vorbenutzung ein Fall in einer Entscheidung, die den Rechtsbestand des Schutzrechts bejaht, nicht beschieden worden ist. Stellt nämlich dieser Fall einen Tatbestand dar, der für sich allein im Sinne von § 1 Abs. 2 GebrMG i.V. mit § 2 PatG neuheitsschädlich ist, so ist er im Sinne der obengenannten Definition rechtshindernd bzw. rechtsvernichtend. Die Rechtsprechung (vgl. BGHZ 39, 333, 339 mit weiteren Nachweisen) sieht das Übergehen einzelner Angriffs- oder Verteidigungsmittel jedoch nur dann als Mangel im Sinne von § 551 Nr. 7 ZPO und damit im Sinne von § 41p Abs. 3 Nr. 5 PatG an, wenn das Mittel entscheidungserheblich ist.

Ein weiterer Fall offenkundiger Vorbenutzung, der nach dem Gesagten hätte beschieden werden müssen, ist entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht schlüssig vorgetragen worden. Was der Antragsteller insoweit in den Instanzen vorgebracht hat, ergibt nicht den Tatbestand der offenkundigen Vorbenutzung im Sinne von § 1 Abs. 2 GebrMG i.V. mit § 2 PatG.

Der Antragsteller hat in der Vorinstanz selbst erklärt, daß er den Kugelschreiber mit der Kugelschaltmechanik dem Zeugen Nasilowski zur Begutachtung vorgelegt habe (Schriftsatz vom 26. März 1962 Seite 1). Aus den Straftaten der Staatsanwaltschaft beim Landgericht Berlin (Az. 2 Wi Js 610/58), auf die

er für den Tatbestand der offenkundigen Vorbenutzung Bezug genommen hat (Schriftsatz vom 16. Dezember 1961 Seite 4 und vom 3. November 1962 Seite 5), ergibt sich, daß N [REDACTED] damals sein Berater war (Aussage des Antragstellers vom 16. Juni 1958, Blatt 66 Rückseite der Strafakten). Das bedeutet aber, daß N [REDACTED] zur Geheimhaltung der bei der Begutachtung erlangten Kenntnisse verpflichtet war. Demgegenüber kann die im Beschwerdeverfahren ohne weitere Begründung aufgestellte gegenteilige Behauptung des Antragstellers nicht ins Gewicht fallen; sie läßt nicht ersehen, daß N [REDACTED] von seiner Geheimhaltungspflicht als Berater entbunden worden ist. Das ist auch nicht daraus zu entnehmen, daß der Antragsteller, wie er behauptet, Nasilowski bei der Vorlage des Kugelschreibers erklärt hat, die neuen Mechaniken würden bereits eingebaut und verkauft. N [REDACTED] konnte hieraus für sich allein nicht den Schluß ziehen, er dürfe die erworbene Kenntnis über die Kugelmechanik weiterverbreiten, und zwar umso weniger, als die neuartige Mechanik des Kugelschreibers nach außen hin nicht erkennbar und daher jedenfalls nicht ohne weiteres damit zu rechnen war, daß die Wettbewerber sie ohne besonderen Hinweis sogleich wahrnehmen würden (vgl. Aussage des Antragstellers vom 16. Juni 1958, Blatt 65 der Strafakten). Dafür, daß der Antragsteller später - jedoch vor dem Prioritätstage - N [REDACTED] von der Geheimhaltungspflicht entbunden habe, ist nichts vorgebracht worden. Die behauptete Begutachtung des Kugelschreibers durch N [REDACTED] erfüllt hiernach nicht die Voraussetzungen einer neuheitsschädlichen offenkundigen Vorbenutzung. Daß etwa N [REDACTED] unter Bruch seiner Geheimhaltungspflicht von sich aus neuheitsschädliche Benutzungshandlungen vorgenommen habe, ist nicht behauptet worden.

Der Vortrag, dessen Übergehung gerügt worden ist, war sonach nicht rechtserheblich. Ein Mangel im Sinne von § 10 Abs. 5 GebrMG i.V. mit § 41p Abs. 3 Nr. 5 PatG liegt daher nicht vor.

V. Die Antragstellerin zu 2, Firma H [REDACTED], hatte in dem mit dem Verfahren des Antragstellers verbundenen Lösungungsverfahren andere Fälle offenkundiger Vorbenutzung geltend gemacht. Sie hat in ihrer Antragschrift vom 1. März 1958 behauptet, eine dem Gegenstand des Streitgebrauchsmusters entsprechende Druckmechanik sei im Jahre 1955 von Eugen L [REDACTED] in Oh [REDACTED]/B [REDACTED] hergestellt und im Inland vertrieben worden. Hierzu hatte die Firma H [REDACTED] eidesstattliche Versicherungen von Walter B [REDACTED], Gerhard Z [REDACTED] und Heinrich Li [REDACTED] vorgelegt und sich dafür auf deren Zeugnis sowie auf das Zeugnis des Eugen L [REDACTED] und dessen Ehefrau berufen. Weiter hatte die Firma H [REDACTED] geltend gemacht, Wilhelm G [REDACTED] in Ba [REDACTED] bei He [REDACTED] habe nach Angaben von L [REDACTED] Handmuster der L [REDACTED]'schen Mechanik angefertigt, da er ebenfalls die serienmäßige Produktion habe aufnehmen wollen; eines dieser Muster habe G [REDACTED] im November 1955 Richard Le [REDACTED] in St [REDACTED] geschenkt. Hierzu hatte die Firma H [REDACTED] eine eidesstattliche Versicherung des Wilhelm G [REDACTED] vorgelegt und sich auf dessen Zeugnis sowie auf das Zeugnis des Eugen L [REDACTED] und dessen Ehefrau berufen.

Unter dem 18. Mai 1958 hat Be [REDACTED] seine eidesstattliche Versicherung zurückgezogen, da er sich in der Jahreszahl geirrt habe. Z [REDACTED] hat am 20. Mai 1958 gebeten, seine eidesstattliche Versicherung zurückzusenden, da er sich heute erinnere, daß der Vorgang 1956 stattgefunden habe. Auch G [REDACTED] hat am 27. Mai 1958 um Zurücksendung seiner eidesstattlichen Versicherung gebeten, da er gehört habe, L [REDACTED] habe sich mit der Antragsgegnerin R [REDACTED] außergerichtlich geeinigt. Mit Schriftsatz vom 16. August 1958 haben die Antragsgegner eine Abschrift des Protokolls über die Vernehmung des Zeugen Eugen L [REDACTED] vor dem Landgericht Nürnberg vom 20. Juni 1958 in einem Verletzungsstreit gegen Heinrich Li [REDACTED] vorgelegt. Nach diesem Protokoll

hat L. [REDACTED] ausgesagt, er habe die Verwendung einer Kugel als Steuerelement einer Kugelschreibermaschine zum ersten Mal im Frühjahr 1956 kennengelernt. Die Antragsgegner haben in dem erwähnten Schriftsatz ausgeführt, im Hinblick auf diese Aussage sowie in Anbetracht des Umstandes, daß sämtliche Zeugen mit Ausnahme von Li. [REDACTED], der im Rechtsstreit vor dem Landgericht Nürnberg Prozeßgegner und im übrigen der Urheber der unzutreffenden Behauptung von der angeblichen offenkundigen Vorbenutzung gewesen sei, ihre eidesstattlichen Versicherungen zurückgezogen hätten, dürfte sich der auf die Behauptung der offenkundigen Vorbenutzung gestützte Löschantrag von selbst erledigen.

Die Gebrauchsmusterabteilung hat im Zwischenbescheid vom 26. November 1958 den Parteien mitgeteilt, mit Rücksicht auf den Stand der Technik in dem Gebrauchsmuster Nr. 1 707 436 und der französischen Patentschrift Nr. 1 023 101 sei mit der Löschung des Streitgebrauchsmusters zu rechnen, ohne daß es erforderlich erscheine, auf die behauptete offenkundige Vorbenutzung einzugehen.

Im Schriftsatz vom 19. Februar 1959 ist die Firma H. [REDACTED] nur auf druckschriftliche Vorveröffentlichungen eingegangen. Auf die offenkundige Vorbenutzung ist sie nicht mehr zurückgekommen.

Durch Beschluß vom 24. Februar 1959 hat die Gebrauchsmusterabteilung das Streitgebrauchsmuster gelöscht. Im Beschwerdeverfahren hat die Firma H. [REDACTED] wiederholt die Verlängerung der Äußerungsfrist beantragt. In der Sache selbst hat sie sich nicht mehr geäußert. Im Termin zur mündlichen Verhandlung ist für die Firma H. [REDACTED] trotz ordnungsgemäßer Ladung niemand erschienen.

Die Rechtsbeschwerde rügt, hinsichtlich der offenkundigen Vorbenutzung G. und L. sei der angefochtene Beschluß "nicht mit Gründen versehen", weil sich das Bundespatentgericht nicht zu den dahingehenden Beweisanträgen geäußert habe.

Diese Rüge muß erfolglos bleiben. Das Bundespatentgericht war nicht gehalten, sich in den Entscheidungsgründen mit inzwischen ersichtlich überholtem Parteivorbringen zu befassen. Nachdem Be. und Z. ihre eidesstattlichen Versicherungen zurückerbeten hatten, weil ihre darin gemachten Angaben nicht stimmten, und nachdem die Protokollabschrift über die Vernehmung des Eugen L. vor dem Landgericht Nürnberg vorgelegt worden war, wonach dieser bekundet hatte, er habe die Kugelsteuermechanik erst nach dem Anmeldezeitpunkt des Streitgebrauchsmusters zum ersten Mal kennengelernt, konnte zunächst davon ausgegangen werden, daß dadurch auch das Vorbringen der Firma H. zum Zeitpunkt der Lieferung von L. an Li. und hinsichtlich des Zeitpunkts der Musterherstellung durch G. in Frage gestellt war, zumal auch G. seine eidesstattliche Versicherung zurückerbete. Als die Firma H. dann im weiteren Verlauf des Verfahrens auf die offenkundige Vorbenutzung nicht mehr zurückkam, den Ausführungen der Antragsgegner im Schriftsatz vom 16. August 1958 nicht widersprach und die Schutzfähigkeit des Streitgebrauchsmusters nur noch im Hinblick auf Vorveröffentlichungen in Frage stellte, sich am Beschwerdeverfahren nicht mehr mit Äußerungen zur Sache beteiligte und in der mündlichen Verhandlung nicht erschien und auch der Antragsteller zu 1 nicht auf die von der Firma H. behaupteten offenkundigen Vorbenutzungen einging, konnte das Bundespatentgericht das Vorbringen der Firma H. zur offenkundigen Vorbenutzung mit Recht als überholt ansehen. Der Grundsatz zur Amtsermittlung, § 41a PatG, verpflichtet das Bundespatentgericht entgegen der Auffassung der Rechts-

beschwerde nicht, in solchen Fällen von sich aus Ermittlungen anzustellen (vgl. BGHZ 39, 333, 343). Ein Eingehen auf den überholten Sachvortrag konnte demnach unterbleiben. Ein Fehlen der Begründung stellt in einem solchen Falle keinen Mangel im Sinne von § 10 Abs. 5 GebrMG i.V. mit § 41p Abs. 3 Nr. 5 PatG dar. Auch der von der Rechtsbeschwerde herangezogene Gesichtspunkt der Streitgenossenschaft kann bei einem solchen Sachverhalt keinen Anlaß zu einer anderen Beurteilung geben.

VI. Nach alledem war die Rechtsbeschwerde als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 10 Abs. 5 GebrMG i.V. mit § 41y Abs. 1 Satz 2 PatG.

Dr. Nastelski

Spreng

Löschner

Claßen

Schneider