

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: ~~nein~~

PatG § 41 p

D a m e n s c h u h - A b s a t z

Hat der Beschwerdesenat des Bundespatentgerichts die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen, so kann dagegen nicht angegangen werden, auch nicht mit der Rüge, daß die Nichtzulassung nicht oder nicht gehörig begründet worden sei.

BGH, Beschl. v. 21. April 1964

- Ia ZB 218/63 -

Bundespatentgericht

Verkündet
am 21. April 1964
Oechsler, Justizangestellte
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

B e s c h l u ß

In der Gebrauchsmuster-Löschungssache

der Firma Franz K [REDACTED] (Alleininhaber: Franz K [REDACTED]),
Holzabsatzfabrik, in Kl [REDACTED] bei A [REDACTED]
H [REDACTED] Straße,

Gebrauchsmusterinhaberin, Antragsgegnerin
und Rechtsbeschwerdeführerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. die Firma Gebrüder K [REDACTED] GmbH in P [REDACTED], Z [REDACTED]
[REDACTED] L [REDACTED]straße, gesetzlich vertreten durch die Fa-
brikanten Emil, Eduard und Karl K [REDACTED] in P [REDACTED]

2. die Firma Alois Sch [REDACTED] (Alleininhaber: Alois Sch [REDACTED])
in G [REDACTED] über A [REDACTED],

Antragsteller und Rechtsbeschwerdegegner,

- Verfahrensbevollmächtigter zu 1: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],
zu 2: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

betreffend das Gebrauchsmuster 1 772 427

hat der Ia-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 14. April 1964 unter Mitwirkung

- 1a -

des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter
Dr. Spreng, Dr. Löscher, Dr. Spengler und Schneider
beschlossen:

1. Die Rechtsbeschwerde der Antragsgegnerin gegen
den Beschluß des 5. Senats (Gebrauchsmuster-
Beschwerdesenats) des Bundespatentgerichts vom
16. Mai 1963 wird auf Kosten der Antragsgegnerin
als unzulässig verworfen.
2. Der Wert des Beschwerdegegenstands für das
Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 30.000 DM
festgesetzt.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

G r ü n d e :

I. Die Antragsgegnerin war Inhaberin des am 25. Februar 1958 angemeldeten, am 14. August 1958 eingetragenen und gemäß § 14 Abs. 2 GebrMG in seiner Schutzdauer verlängerten, einen "stabilisierten Schuhabsatz aus Holz oder beliebigem Material" betreffenden Gebrauchsmusters 1 772 427. Von den mit der Anmeldung eingereichten, der Eintragung zugrundegelegten 5 Schutzansprüchen hatte der erste folgenden Wortlaut:

"1. Stabilisierter Schuhabsatz aus Holz oder beliebigem Material, dadurch gekennzeichnet, daß in Längsrichtung des Schuhabsatzes beliebig tief ein beliebig langer und beliebig geformter Hohl- oder Vollkörper, der offen oder geschlossen ist, mit beliebiger Außen- oder Innenflächenveränderung, aus Stahl oder beliebigem Material eingelassen wird und am oberen Ende ein Gewinde besitzt sowie am unteren Ende - am Absatzfleck - beliebig geformt sein kann und zur Lauffleckbefestigung dient.

2. - 5....."

Die Antragsteller haben in zwei später miteinander verbundenen Verfahren bei dem Deutschen Patentamt die Löschung des Gebrauchsmusters beantragt. Die Antragsgegnerin verteidigte das Gebrauchsmuster in einem zu den beiden Lösungsverfahren eingereichten Schriftsatz vom 10. Januar 1962 nur noch mit einem einzigen, neu gefaßten Schutzanspruch, den sie am selben Tag

als einen "die bisherigen Ansprüche ersetzenden einzigen Schutzanspruch" auch zu den Gebrauchsmusterakten einreichte, mit der Bitte, diesen den Unterlagen der Amtsakte beizufügen, um "der Öffentlichkeit kundzutun, daß aus dem Gebrauchsmuster nur noch Rechte in dem aus dem beigefügten Anspruch ersichtlichen Umfang geltend gemacht werden." In der mündlichen Verhandlung vor der Gebrauchsmusterabteilung II des Deutschen Patentamts am 2. Februar 1962 legte die Antragsgegnerin hilfsweise folgenden Schutzanspruch vor:

"Hoher Absatz für Damenschuhe, in dem ein aus Stahl bestehendes Verstärkungsglied angeordnet ist, das dem verdrehsicheren Festlegen eines Absatzflocks dient, dadurch gekennzeichnet, daß das Verstärkungsglied aus dem Absatz herausragt und der Absatzfleck eine Ausnehmung aufweist, deren Tiefe geringer ist als die Dicke des Absatzflocks, und letzterer auf dem herausragenden Teil des Verstärkungsgliedes mit Preßsitz aufgesetzt ist."

Die Gebrauchsmusterabteilung verfügte durch Beschluß vom selben Tage unter Abweisung der Löschungsanträge im übrigen die teilweise Löschung des Gebrauchsmusters dadurch, daß an die Stelle der eingetragenen Schutzansprüche der in der Verhandlung hilfsweise vorgelegte Schutzanspruch treten sollte. Mit einer Eingabe vom selben Tage reichte die Antragsgegnerin auch diesen Schutzanspruch zu den Gebrauchsmusterakten ein, mit der Erklärung, daß das Anspruchsbegehren nur noch insoweit geltend gemacht werde, wie sich dies aus den beigefügten geänderten Unterlagen ergebe.

Gegen den Beschluß der Gebrauchsmusterabteilung legten beide Antragsteller Beschwerde ein. Die Antragsgegnerin legte ihrerseits Anschlußbeschwerde ein mit dem Antrag, das Gebrauchsmuster mit folgendem Schutzanspruch aufrechtzuerhalten:

"Hoher Absatz für Damenschuhe, in dem ein aus Stahl bestehendes, über die untere Absatzfläche hinausragendes Verstärkungsglied angeordnet ist, dessen herausragendes Ende dem verdrehsicheren Festlegen eines mit Preßsitz aufgeschobenen Absatzfleckes dient, der eine dem Querschnitt des Verstärkungsgliedes entsprechende Ausnehmung aufweist, deren Tiefe geringer ist als die Dicke des Absatzfleckes, dadurch gekennzeichnet, daß als Verstärkungsglied ein längsgeschlitzter Stahlhohlstift (Spannstift) vorgesehen ist".

Hilfsweise legte sie noch zwei andere Fassungen des Schutzanspruchs vor, die im wesentlichen der Anspruchsfassung vom 2. Februar 1962 entsprachen, jedoch mit der Änderung, daß im Gattungsbegriff das Wort "Stahl" durch die Worte "längsgeschlitzter Stahlhohlstift" ersetzt werden sollte.

Durch den hier angefochtenen Beschluß vom 16. Mai 1963 (5 W 423/62) hat der 5. Senat (Gebrauchsmuster-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts den Beschluß der Gebrauchsmusterabteilung II vom 2. Februar 1962 aufgehoben und das Gebrauchsmuster 1 772 427 in vollem Umfang gelöscht. Über die Frage der Zulassung der Rechtsbeschwerde hat sich der Beschwerdesenat in dem Beschluß nicht ausgesprochen.

Gegen diesen, ihr am 6. Juli 1963 zugestellten Beschluß hat die Antragsgegnerin durch einen am 6. August 1963 bei dem Bundesgerichtshof eingegangenen Schriftsatz Rechtsbeschwerde eingelegt, mit der sie Verletzung des § 10 Abs. 5 GebrMG i.V.m. § 41 p Abs. 3 Nr. 5 und § 41 p Abs. 2 PatG rügt. Sie beantragt,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Bundespatentgericht zurückzuverweisen.

Die Antragsteller beantragen, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

II. Die Rechtsbeschwerde ist zwar gemäß den Vorschriften des § 41 r PatG frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden, sie ist aber schon an sich nicht statthaft und deshalb unzulässig (§ 10 Abs. 5 Satz 2 GebrMG i.V.m. § 41 t PatG), weil sie weder vom Beschwerdesenat des Bundespatentgerichts in dem angefochtenen Beschluß zugelassen worden ist (§ 10 Abs. 5 Satz 1 GebrMG i.V.m. § 41 p Abs. 1 PatG) noch einer der Fälle vorliegt, in denen es nach § 10 Abs. 5 S. 2 GebrMG i.V.m. § 41 p Abs. 3 PatG einer Zulassung zur Einlegung der Rechtsbeschwerde nicht bedarf.

1. Der Beschwerdesenat hat in dem angefochtenen Beschluß zunächst die Schutzfähigkeit des in der mündlichen Verhandlung vom 2. Februar 1962 vorgelegten und im Beschluß der Gebrauchsmusterabteilung vom 2. Februar 1962 zugestanden einzigen Schutzanspruchs geprüft, da die Antragsgegnerin mit ihrem am selben Tage zu den Gebrauchsmuster-

akten eingereichten Schriftsatz der Öffentlichkeit davon Kenntnis gegeben habe, daß nur noch ein Schutzanspruch dieser Fassung die Grundlage des Gebrauchsmusterschutzes bilden solle. Der Beschwerdesenat hat die darin gekennzeichnete Ausbildung eines hohen Absatzes für Damenschuhe nicht als schutzfähig angesehen, weil die als erfindungswesentlich angegebenen Merkmale bereits aus der vorveröffentlichten italienischen Patentschrift 511 317 bekannt gewesen seien. Die von der Antragsgegnerin mit dem Hauptantrag und den Hilfsanträgen der Anschlußbeschwerde verflochtenen drei anderen Anspruchsfassungen aber hätten, wie der Beschwerdesenat weiter ausführt, dem Streitgebrauchsmuster ebensowenig zugrundegelegt werden können, da sie unzulässige Änderungen des mit der Erklärung vom 2. Februar 1962 eingeschränkten Schutzanspruchs enthielten. Der Antragsgegnerin komme es nach Kenntnis der italienischen Patentschriften 511 317 und 514 169 jetzt nicht mehr darauf an, daß das Verstärkungsglied aus dem Absatz herausragt, daß der Absatzfleck eine Ausnehmung aufweist, deren Tiefe geringer ist als die Dicke des Absatzflecks, und daß letzterer auf dem herausragenden Teil des Verstärkungsgliedes mit Preßsitz aufgesetzt ist. Nach den Anträgen der Anschlußbeschwerde wolle sie ihr Schutzbegehren jetzt vielmehr darauf abgestellt wissen, daß es sich bei der Neuerung nicht um ein aus Stahl bestehendes Verstärkungsglied schlechthin handele, sondern daß ein ganz spezielles Verstärkungsglied, nämlich ein längsgeschlitzter Hohlstift aus Stahl (Spannstift), angewendet werde. Den eingetragenen Unterlagen könne aber auch von einem Fachmann nicht entnommen werden, daß diese besondere Ausgestaltung

des Verstärkungsgliedes erfindungswesentlich habe sein sollen. In den ursprünglichen Ansprüchen seien die jetzt aufgeführten besonderen Eigenschaften des Verstärkungsgliedes nicht genannt; und wenn in der Beschreibung gelegentlich neben zahlreichen anderen Lösungsmöglichkeiten auch von einem aufgeschlitzten Zylinder und an anderer Stelle von einem aus Stahl gewählten Hohlstift die Rede sei, so könne darin doch nicht eine besondere Auswahl der jetzt geltend gemachten Kombination gesehen werden. Mit der Eintragung eines Gebrauchsmusters sei sein Gegenstand abgeschlossen. Der Inhalt der der Eintragung zugrundegelegten Schutzansprüche sei für die spätere Auslegung maßgebend. Merkmale, die den eingetragenen Unterlagen nicht als erfindungswesentlich zu entnehmen seien, könnten nach der Eintragung des Gebrauchsmusters nicht mehr zwecks Begründung der Schutzfähigkeit übernommen werden. Was nicht durch die Anmeldung und etwaige Ergänzungen derselben vor der Eintragung des Gebrauchsmusters als erfindungswesentlich erkennbar und nicht durch die Eintragung unter Schutz gestellt worden sei, könne der Antragsgegnerin nachträglich nicht geschützt werden.

2. Die in diesen Ausführungen vom Beschwerde-senat geäußerte Auffassung, daß der Inhalt der eingetragenen Schutzansprüche für die spätere Auslegung des Gebrauchsmusters maßgebend sei, ist nach Meinung der Rechtsbeschwerdeführerin nicht vereinbar mit den Ausführungen des Bundesgerichtshofs im Urteil I ZR 49/55 vom 2. November 1956 - "Unfallverhütungsschuh" - (LM Nr. 1 zu § 5 GebrMG = GRUR 1957, 270), in denen gesagt ist, daß der Inhalt der Ansprüche bei einem Gebrauchsmuster für die Auslegung nicht die gleiche Bedeutung wie bei einem Patent

habe, weil die Fassung der Ansprüche bei einem Gebrauchsmuster - anders als bei Patenten - keiner Nachprüfung in der Richtung unterliege, ob sie die neue Gestaltung, Anordnung oder Vorrichtung zutreffend wiedergeben, und daß bei der Auslegung eines Gebrauchsmusters deshalb der Inhalt der Unterlagen in seiner Gesamtheit heranzuziehen sei. Für nicht vereinbar mit dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 2. November 1956 hält die Rechtsbeschwerdeführerin es nach ihrem Vortrag in der mündlichen Verhandlung ferner, daß der Beschwerdesenat nicht erwogen habe, ob für die Ansprüche in der Fassung der Anschlußbeschwerde ein Schutz nicht bereits unter dem Gesichtspunkt eines den ursprünglichen Unterlagen zu entnehmenden allgemeinen Erfindungsgedankens bestanden habe. Die Rechtsbeschwerdeführerin ist ~~deshalb~~ der Meinung, daß der Beschwerdesenat gemäß § 10 Abs. 5 GebrMG i.V.m. § 41 p Abs. 2 PatG verpflichtet gewesen wäre, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, zumal die Diskussion über die Richtigkeit der in dem angefochtenen Beschluß geäußerten, mit der ständigen Rechtsprechung der früheren Beschwerdesenate des Deutschen Patentamts übereinstimmenden Rechtsauffassung des Beschwerdesenats einen beachtlichen Teil der mündlichen Verhandlung eingenommen und die Rechtsbeschwerdeführerin ausdrücklich den - vom Beschwerdesenat aber lediglich als "Anregung" aufgefaßten - Antrag gestellt habe, die Rechtsbeschwerde zuzulassen. Bei einer weitherzigen Auslegung der absoluten Rechtsbeschwerdegründe des § 41 p Abs. 3 PatG, die anstelle der im Beschluß des Ersten Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 21. Dezember 1962 (BGHZ 39, 333) bevorzugten Rücksichtnahme auf die "Einheit der Rechtsordnung"

eine stärkere Berücksichtigung der Besonderheiten des Patent- und Gebrauchsmusterwesens im Verfahren, in den Rechtsfolgen und in der Zusammensetzung des Gerichts zeige und damit dem Kern des Sechsten Überleitungsgesetzes, die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG zum Zuge kommen zu lassen, besser gerecht werde, müsse der angefochtene Beschluß, so meint die Rechtsbeschwerdeführerin, im Sinne des § 41 p Abs. 3 Nr. 5 PatG als "nicht mit Gründen versehen" und die Rechtsbeschwerde deshalb auch ohne Zulassung als statthaft betrachtet werden.

3. Ob die von der Rechtsbeschwerdeführerin behauptete Unterschiedlichkeit in den Rechtsauffassungen des Beschwerdesenats und des Bundesgerichtshofs zur Auslegung eines Gebrauchsmusters wirklich vorliegt, ist für die vorweg zu erörternde Frage der Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde an sich ohne Bedeutung. Da jedoch nur aus dieser Behauptung heraus das Anliegen der Rechtsbeschwerdeführerin voll verständlich wird und sich zudem auch die Rechtsbeschwerdegegnerin zu 1 eingehend mit dieser Behauptung auseinandergesetzt hat, sei bemerkt, daß es zumindest zweifelhaft erscheinen muß, ob der behauptete Unterschied in den Auffassungen besteht. Wie die Rechtsbeschwerdegegnerin zu 1 zutreffend bemerkt, darf der von der Rechtsbeschwerdeführerin beanstandete Satz in den Gründen des angefochtenen Beschlusses nicht aus dem Zusammenhang gerissen und für sich allein betrachtet werden. Die Ausführungen vor und nach diesem Satz deuten darauf hin, daß der Beschwerdesenat zur Auslegung des streitigen Gebrauchsmusters eben doch nicht lediglich den Wortlaut der ursprünglichen Ansprüche, sondern die Gesamtheit der ursprünglich eingereichten Unterlagen herangezogen hat. Auf

der anderen Seite dürfen aber auch die von der Rechtsbeschwerdeführerin angeführten Sätze des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 2. November 1956 nicht aus dem Zusammenhang gerissen und für sich allein betrachtet werden. Die Rechtsbeschwerdegegnerin zu 1 weist zutreffend darauf hin, daß in dem Urteil des Bundesgerichtshofs, und zwar gerade zur Begründung der von der Rechtsbeschwerdeführerin angeführten Sätze, unter anderem auf ein in RGZ 120, 224 abgedrucktes Urteil des Reichsgerichts Bezug genommen ist, das einen mit dem vorliegenden Fall in vielem vergleichbaren Fall betraf und in dem an mehreren Stellen (namentlich auf Seiten 229/230) - ebenso wie neuerdings in dem Urteil des erkennenden Senats Ia ZR 17/63 vom 17. Dezember 1963 "Christbaumbegang" (auszugsweise abgedr. im BB 1964, 146) - zum Ausdruck gebracht ist, daß unter Umständen dem Inhalt der Schutzansprüche die maßgebende Bedeutung zukommen kann. Ob der Beschwerdesenat sich hinsichtlich der Berücksichtigung eines allgemeinen Erfindungsgedankens in einen Gegensatz zu dem - in einem Verletzungsprozeß ergangenen - Urteil des Bundesgerichtshofs vom 2. November 1956 gestellt hat, ist ebenfalls zumindest zweifelhaft, und zwar schon deshalb, weil der Beschwerdesenat nach seinen sonstigen Ausführungen einen die Ansprüche der Anschlußbeschwerde umfassenden allgemeinen Erfindungsgedanken in den ursprünglichen Unterlagen nicht offenbart gefunden haben würde.

4. Ob die von der Rechtsbeschwerdeführerin behauptete Unterschiedlichkeit in den Rechtsauffassungen des Beschwerdesenats und des Bundesgerichtshofs tatsächlich besteht, ist jedoch, wie bereits gesagt, für die Frage der Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde ohne Bedeutung. Die Rechtsbeschwerde würde auch dann nicht zulässig sein, wenn die

behauptete Unterschiedlichkeit festzustellen sein sollte.

a) Nach den im wesentlichen gleichlautenden Vorschriften des § 41 p Abs. 1 PatG, des hier einschlägigen § 10 Abs. 5 Satz 1 GebrMG und des § 13 Abs. 5 Satz 1 WZG findet gegen einen Beschluß eines Beschwerdesenats des Bundespatentgerichts die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof der Regel nach nur dann statt, wenn der Beschwerdesenat die Rechtsbeschwerde in dem Beschluß zugelassen hat. Auch ohne Zulassung durch den Beschwerdesenat ist die Rechtsbeschwerde - als sogen. "zulassungsfreie Rechtsbeschwerde" - nach der Vorschrift des § 41 p Abs. 3 PatG und den darauf verweisenden Vorschriften des hier einschlägigen § 10 Abs. 5 Satz 2 GebrMG und des § 13 Abs. 5 Satz 2 WZG ausnahmsweise dann statthaft, wenn einer der in § 41 p Abs. 3 Nr. 1 - 5 PatG genannten Mängel des Verfahrens vorliegt und gerügt wird, - wobei es indes genügt, daß das Vorliegen eines solchen Verfahrensmangels durch substantiierten Vortrag behauptet wird (BGHZ 39, 333/34). In ähnlicher Weise ist in anderen Verfahrensordnungen, sofern sie das Erfordernis der Zulassung eines Rechtsmittels aufstellen, neben dem zugelassenen Rechtsmittel ein zulassungsfreies Rechtsmittel vorgesehen, so z.B. als zulassungsfreie Rechtsbeschwerde in § 73 Abs. 4 GWB und in § 24 Abs. 2 LwVG oder als zulassungsfreie Revision in § 547 ZPO, in § 133 VwGO und in § 221 BEG 1956. Das Rechtsmittel der zulassungsfreien Rechtsbeschwerde oder zulassungsfreien Revision ist jedoch nach allen diesen Vorschriften nur dann statthaft, wenn die jeweils in den Vorschriften bezeichneten, teils gleich oder ähnlich, teils unterschiedlich bestimmten Voraussetzungen erfüllt sind. Macht eine Verfahrensordnung ein

Rechtsmittel der Regel nach von seiner Zulassung abhängig, ist aber die Zulassung nicht erfolgt und sind auch die Voraussetzungen für ein daneben gegebenes zulassungsfreies Rechtsmittel nicht erfüllt, so verbleibt zur Eröffnung der Rechtsmittelinstanz nur noch die sog. "Nichtzulassungsbeschwerde", wie sie z.B. in § 74 GWB, in § 132 Abs. 3-5 VwGO und in § 220 BEG 1956, nicht aber auch im Patentgesetz und in den darauf verweisenden Vorschriften des Gebrauchsmustergesetzes und des Warenzeichengesetzes vorgesehen ist.

b) Das Ziel, daß die Rechtsbeschwerde hier verfolgt, ist ein Ziel, das dort, wo die Nichtzulassungsbeschwerde gegeben ist, mit dieser erreicht werden kann. Das Sechste Überleitungsgesetz vom 23. März 1961, durch das das Bundespatentgericht errichtet, das Verfahren in Patent-, Gebrauchsmuster- und Warenzeichensachen weitgehend neu geregelt und das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde gegen die Beschlüsse der Beschwerdesenate eingeführt worden ist, hat jedoch, wie bereits gesagt, das Rechtsmittel der Nichtzulassungsbeschwerde nicht vorgesehen. Wie sich aus der Amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf des Sechsten Überleitungsgesetzes - BT-Drucks. Nr. 1749 der 3. Wahlperiode - (zu § 1 Nr. 27 des Entwurfs= Nr. 29 des Gesetzes bei 3a)aa), abgedr. in Bl. PMZ 1961, 140 ff, 156/57) und aus dem Schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses des Bundestags - zu BT-Drucks. 2405 und 2406 der 3. Wahlperiode - (bei III 6, abgedr. in Bl. PMZ 1961, 169, 170) ergibt, ist das bewußt geschehen, weil zu befürchten war, daß die Einführung der Nichtzulassungsbeschwerde zu einer untragbaren und unerwünschten zusätzlichen Belastung des

Bundesgerichtshofs, zu einer weiteren Verzögerung der Verfahren und in Patentsachen zu einer rechtlich bedenklichen Verlängerung der Zeit der Ungewißheit über den Fortbestand des einstweiligen Schutzes aus einer bekanntgemachten Patentanmeldung führen würde. Ist aber nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes (§ 41 p Abs. 1 PatG, § 10 Abs. 5 Satz 1 GebrMG, § 13 Abs. 5 Satz 1 WZG) - von den Fällen des § 41 p Abs. 3 PatG abgesehen - die Zulassung der Rechtsbeschwerde durch den Beschwerdesenat des Bundespatentgerichts eine Voraussetzung für deren Zulässigkeit und die Nichtzulassungsbeschwerde nicht vorgesehen, so besteht keine Möglichkeit für das übergeordnete Gericht - den Bundesgerichtshof -, eine negative Entscheidung des Beschwerdesenats über die Zulassung der Rechtsbeschwerde nachzuprüfen und eine nach Meinung des Betroffenen zu Unrecht unterbliebene Zulassung der Rechtsbeschwerde von sich aus nachzuholen (vgl. BGHZ 2, 16 für den gleichliegenden Fall der ersten Alternative des § 546 Abs. 1 ZPO), und zwar selbst dann nicht, wenn das Gesetz - wie hier § 41 Abs. 2 PatG - unter näher bestimmten Voraussetzungen die Zulassung der Rechtsbeschwerde ausdrücklich gebietet. Entgegen der von der Rechtsbeschwerdeführerin vertretenen Meinung besteht auch keine Möglichkeit, die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde wenigstens in der Richtung nachzuprüfen, ob der Beschwerdesenat sich überhaupt mit seiner etwaigen Verpflichtung zur Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 41 p Abs. 2 PatG gehörig auseinandergesetzt hat. Es mag zwar angebracht sein, daß der Beschwerdesenat in geeigneten Fällen und namentlich dann, wenn ein Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde gestellt war, die Nichtzulassung begründet. Fehlt eine solche Begründung oder ist sie mangelhaft, so kann das jedoch nicht

zur Folge haben, daß deshalb die Nichtzulassung nachprüfbar würde.

c) Das Ziel, das die Rechtsbeschwerde hier verfolgt, kann auch nicht auf Grund der Vorschriften des § 41 p Abs. 3 PatG erreicht werden, insbesondere nicht auf Grund der von der Rechtsbeschwerdeführerin ausdrücklich in Bezug genommenen Vorschrift der Nr. 5 des § 41 p Abs. 3 PatG, nach der die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde dann statthaft ist, wenn gerügt wird, daß "der Beschluß nicht mit Gründen versehen" sei. Unter dem "Beschluß" im Sinne dieser Vorschrift kann, wie auch die Rechtsbeschwerdegegnerin zu 2 bemerkt, nur derjenige Beschluß verstanden werden, durch den - wie es in § 41 p Abs. 1 PatG ausdrücklich gesagt, in § 10 Abs. 5 Satz 1 GebrMG und § 13 Abs. 5 Satz 1 WZG aber offensichtlich ebenfalls gemeint ist - "über eine Beschwerde entschieden" worden ist und der vom Rechtsbeschwerdeführer mit dem Ziel "angefochten" wird, daß er "aufgehoben" und "die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Patentgericht zurückverwiesen" werden soll (§ 41 r Abs. 4 Nr. 1, § 41 x Abs. 1 PatG). Dagegen kann darunter nicht auch eine in der Formel oder in den Gründen des angefochtenen Beschlusses ausgesprochen oder gar eine überhaupt nicht ausdrücklich ausgesprochene Entscheidung über die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde verstanden werden. Würde auch das darunter verstanden, so wäre mit der Vorschrift des § 41 p Abs. 3 Nr. 5 PatG in der Tat die hier von der Rechtsbeschwerde gewünschte, auf den Fall der Nichtbegründung der Nichtzulassung beschränkte Nichtzulassungsbeschwerde eröffnet. Das aber würde weder mit dem Sinn des § 41 p Abs. 3 Nr. 5 PatG, wie er sich nach dem Gesagten aus dem Zusammenhang des Gesetzes eindeutig ergibt, noch mit der Grundentscheidung des Gesetzgebers vereinbar sein, eine Nichtzulassungs-

beschwerde in der durch das Sechste Überleitungsgesetz geschaffenen Verfahrensordnung nicht vorzusehen. Schließlich würde eine auf den Fall der Nichtbegründung der Nichtzulassung beschränkte Nichtzulassungsbeschwerde auch kein Vorbild in anderen Verfahrensordnungen haben und dem Zweck des Rechtsinstituts der Nichtzulassungsbeschwerde nur in höchst unvollkommener Weise gerecht werden.

d) Die vorliegende Rechtsbeschwerde würde, wie ersichtlich auch die Rechtsbeschwerdeführerin nicht verkennt, mithin nur dann zulässig sein können, wenn das Anwendungsgebiet des § 41 p Abs. 3 PatG auf weitere, dort nicht ausdrücklich genannte Fälle ausgedehnt würde, wenn also etwa (worauf hier das Anliegen der Rechtsbeschwerdeführerin hinausläuft) nach dem Vorbild des § 24 Abs. 2 Nr. 1 LwVG auch der Fall der Abweichungsrechtsbeschwerde in die Fälle der zulassungsfreien Rechtsbeschwerde einbezogen würde, oder wenn (was in der vorliegenden Rechtsbeschwerdesache nur angedeutet, in den anderen gleichzeitig zur Verhandlung und Entscheidung anstehenden Rechtsbeschwerdesachen Ia ZB 215/63, 223/63 und 228/63 aber ausdrücklich begehrt wird,) die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde - im selben Umfang wie in anderen Verfahrensordnungen die Nichtzulassungsbeschwerde - ganz allgemein auch zur Nachprüfung der Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde gegeben würde. Zu einer solchen Ausweitung des Anwendungsgebietes des § 41 p Abs. 3 PatG ist aber das Gericht weder befugt noch veranlaßt. Zwar sollte nach dem bereits erwähnten Schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses des Bundestags (oben zu II 4 b) durch Anfügung des Absatzes 3 an § 41 p PatG den Bedenken Rechnung getragen werden, die gegen die allzu starke Einengung der Möglichkeit einer Rechtsbeschwerde

im Regierungsentwurf geäußert worden waren. Gleichwohl ist die in § 41 p Abs. 3 PatG gegebene Aufzählung der Verfahrensmängel, deren Rüge die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde eröffnen soll, ebenso wie in § 133 VwGO, der als Vorbild für § 41 p Abs. 3 PatG gedient hat, als eine erschöpfende Aufzählung anzusehen (vgl. Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung 3. Aufl. § 133 Rdn. 2; Klinger, Verwaltungsgerichtsordnung § 133 Anm. B 3).

Eine Ausdehnung des Anwendungsgebiets des § 41 p Abs. 3 PatG in der von der Rechtsbeschwerde gewünschten Richtung würde nicht vereinbar sein mit den auch heute noch gültigen Erwägungen, aus denen der Gesetzgeber nach den bereits genannten Ausführungen in der Amtlichen Begründung und im Bericht des Rechtsausschusses zum Sechsten Überleitungsgesetz die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde (und auch die Möglichkeit der Abweichungsrechtsbeschwerde) nicht vorgesehen und die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde auf die im Gesetz bezeichneten Fälle beschränkt hat. Sie ließe sich aber auch nicht aus einem Mißtrauen in die Rechtsprechung und die Zulassungspraxis der Beschwerdesenate des Bundespatentgerichts rechtfertigen, wie es in der vorliegenden und in den anderen gleichzeitig zur Verhandlung und Entscheidung anstehenden Rechtsbeschwerden mehr oder weniger deutlich zum Ausdruck gebracht wird. Die Beschwerdesenate des mit dem Sechsten Überleitungsgesetz geschaffenen Bundespatentgerichts sind unbestreitbar Gericht im Sinne des Grundgesetzes und namentlich auch im Sinne der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Aber auch schon die früheren Beschwerdesenate des Patentamts übten der Sache nach Rechtsprechung aus und trugen mit ihrer Rechtsprechung wesentlich zu dem Ansehen bei, das das deutsche Patentwesen genoß. Sie wurden, wie

in der Amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf des 12. Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 6. März 1961 - BT-Drucks. 1748 der 3. Wahlperiode - (abgedr. in BLPMZ 1961, 122) hervorgehoben, auch nach Inkrafttreten des Grundgesetzes in der Praxis zunächst unwiderrspochen als Gericht betrachtet. Wenn das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 13. Juni 1959 (BVerwGE 8, 350) den Beschwerdesenaten des Deutschen Patentamts die Eigenschaft als Gericht im Sinne des Grundgesetzes und ihren vordem als letztinstanzlich betrachteten Entscheidungen demzufolge die Unanfechtbarkeit abgesprochen hat, so ist der allgemein anerkannte tragende Grund dafür nur der gewesen, daß sie keine besondere von der Exekutive getrennte Institution, sondern organisatorisch eng mit den übrigen, als Verwaltungsbehörde anzusehenden Teilen des Deutschen Patentamts verzahnt waren. Durch das Sechste Überleitungsgesetz ist die erforderliche Trennung vollzogen und das Bundespatentgericht mit den Beschwerdesenaten als selbständiges und unabhängiges Gericht im Sinne des Grundgesetzes errichtet worden. Die in dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts gegen die Gerichtsqualität der Beschwerdesenate des Deutschen Patentamts zusätzlich angestellte Erwägung, daß sie letztinstanzlich ohne Mitwirkung eines rechtskundigen Mitglieds entschieden, ist weithin auf Widerspruch gestoßen, trifft nach den Regelungen des Sechsten Überleitungsgesetzes (§ 36 d Abs. 1 PatG n.F., § 10 Abs. 4 GebrMG n.F., § 13 Abs. 4 WZG n.F.) für die Beschwerdesenate des Bundespatentgerichts allgemein nicht mehr zu und ist für den Gebrauchsmuster-Beschwerdesenat, um den es hier geht, nach § 4 Abs. 5 GebrMG a.F. sowie für die Warenzeichen-Beschwerdesenate nach § 12 Abs. 6 WZG a.F. schon vordem nicht zutreffend gewesen. Es können deshalb berechtigterweise keine Bedenken dagegen erhoben werden, daß nach den Vorschriften des Sechsten Überleitungsgesetzes die Beschwerdesenate des Bundespatentgerichts in der

Regel letztinstanzlich entscheiden, die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof für den Regelfall von der Zulassung der Rechtsbeschwerde, und zwar von der Zulassung durch die Beschwerdesenate des Bundespatentgerichts selber, abhängig gemacht und gegen deren Entscheidung über die Zulassung oder Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde kein Rechtsmittel gegeben ist. Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG verlangt, daß überhaupt ein Rechtsweg eröffnet ist; aber weder Art. 19 Abs. 4 GG noch das allgemeine Rechtsstaatsprinzip verlangt, daß der Rechtsweg in allen Zweigen mehrere Instanzen haben müsse (BVerfGE 4, 74, 94/95; 11, 232, 233 m.w.Nachw.); und es verstößt auch nicht gegen rechtsstaatliche Grundsätze, wenn die Beschwerdesenate selber über die Zulassung der Rechtsbeschwerde gegen ihre Beschlüsse zu entscheiden haben (vgl. BGH in RzW 1958, 195 Nr. 44 zu § 219 BEG). Daß die Beschwerdesenate des Bundespatentgerichts entgegen der Vorschrift des § 41 p Abs. 2 PatG die Rechtsbeschwerde nicht oder in zu geringem Umfang zuließen, kann nach den beim Bundesgerichtshof bisher vorliegenden Erfahrungen nicht allgemeinhin gesagt werden.

III. Nach alledem war die Rechtsbeschwerde mit der Kostenfolge aus § 41 y Abs. 1 Satz 2 PatG (i.V.m. § 10 Abs. 5 Satz 2 GebrMG) als unzulässig zu verwerfen.

Dr. Nastolski

Spreng

Löcher

Spengler

Schneider