

2545 030

BUNDESGERICHTSHOF

Ia 7B 10/63

BESCHLUSS

in Sachen

1. der Firma Fritz Sch[REDACTED], Kommanditgesellschaft,
in N[REDACTED], Krs. Si[REDACTED],

Gebrauchsmusterinhaberin, Antragsgegnerin,
Beigeladene im verwaltungsgerichtlichen
Verfahren und Rechtsbeschwerdeführerin,

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

2. der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den
Präsidenten des Deutschen Patentamts in München,

Beklagte im verwaltungsgerichtlichen
Verfahren,

gegen

die Firma Metallwerke Johann S[REDACTED] GmbH. in Gr[REDACTED]
T[REDACTED],

Antragstellerin, Klägerin im verwaltungs-
gerichtlichen Verfahren und Rechtsbe-
schwerdegegnerin,

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]
in [REDACTED] -

wegen Feststellung der Unwirksamkeit des Gebrauchsmusters
1 653 554.

Der Ia-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 3. Dezember 1964 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter Dr. Spreng, Dr. Löscher, Dr. Spengler und Claßen

beschlossen:

1. Auf die Rechtsbeschwerde der Antragsgegnerin wird das Urteil des VIII. Senats des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 13. Juni 1961 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des verwaltungsgerichtlichen und des Rechtsbeschwerde-Verfahrens, an das Bundespatentgericht zurückverwiesen.
2. Der Wert des Beschwerdegegenstandes für die Rechtsbeschwerdeinstanz wird auf 50.000.- DM festgesetzt.

G r ü n d e:

I. Die Rechtsbeschwerdeführerin, die Firma Fritz Sch KG, war Inhaberin des am 20. Januar 1953 angemeldeten, am 13. März 1953 eingetragenen und am 20. Januar 1959 abgelaufenen Gebrauchsmusters Nr. 1 653 554, betreffend eine Anordnung an stapelbaren Transportkästen mit als Sichtöffnung dienender kopfseitiger Ausladung. Die ursprünglichen Schutzansprüche lauteten:

- "1. Stapelbarer Transportkasten mit als Sichtöffnung dienender kopfseitiger Ausladung, gekennzeichnet durch einen die Kastenvorderseite in der Sitzebene der Stapelschienen (1 b, 1 c) quer zur Gleit-

- 3 -

richtung überbrückenden Trag- und Versteifungsstab (2), der gleichzeitig als Handgriff dient.

2. Transportkasten nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß die Stapelschienen (1 b, 1 c) der beiden Seitenwände und der Rückwand aus einem einzigen Stück mit ihrer zugehörigen Blechwandung bestehen."

Die Rechtsbeschwerdegegnerin, die Firma Metallwerke Johann S. GmbH, die von der Rechtsbeschwerdeführerin wegen Verletzung des Gebrauchsmusters im April 1954 verwarnet worden war und später, im Juni 1959, vor dem Landgericht Düsseldorf (4.O.182/59) in einem jetzt beim Bundesgerichtshof (Ia ZR 33/63) anhängigen Rechtsstreit auf Feststellung der Schadensersatzpflicht und Rechnungslegung verklagt worden ist, beantragte ihrerseits im November 1955 bei dem Deutschen Patentamt die Löschung des Gebrauchsmusters mangels Schutzfähigkeit. Sie hielt dem Gebrauchsmuster Prospekte und offenkundige Vorbenutzungen der Firma H. AG in Z. und der Firma K. & Co AG in H., dem Anspruch 2 auch die deutschen Patentschriften 803 704 und 875 474 entgegen.

Die Gebrauchsmusterabteilung des Deutschen Patentamts, die von Amts wegen noch die deutschen Patentschriften 297 177 und 329 254 entgegengehalten hatte, verfügte mit Einverständnis der Antragsgegnerin durch Beschluß vom 22. März 1957 unter Abweisung des weitergehenden Antrags die teilweise Löschung des Gebrauchsmusters durch Beschränkung auf folgenden einzigen Anspruch:

"Stapelbarer Transportkasten mit als Sichtöffnung dienender stirnseitiger Abschrägung, einer auf der die Sichtöffnung aufweisenden Kastenseite die oberen Ecken der Seitenwände miteinander verbindenden Querstrebe und unterhalb der Kasten-



oberkante ausgebildeten, winkelförmigen Stapelschienen, dadurch gekennzeichnet, daß die Querstrebe (2) an der Seite der als Sichtöffnung dienenden Abschrägung (1 a) in einer die Gleitflächen der Stapelschienen (1 b) nicht überragenden Höhe angeordnet ist."

Die Antragstellerin legte gegen diesen Beschluß Beschwerde ein mit dem Ziel völliger Löschung des Gebrauchsmusters, die Antragsgegnerin Anschlußbeschwerde mit dem Ziel einer anderen Fassung der Schutzansprüche. In dem Beschwerdeverfahren wurde als offenkundige Vorbenutzung auch ein Kasten der Firma Gebr. G. in G. entgegengehalten. Der 1. Beschwerdesenat des Deutschen Patentamts änderte durch Entscheidung vom 21. Oktober 1958 unter Zurückweisung der Beschwerde auf die Anschlußbeschwerde hin den Beschluß der Gebrauchsmusterabteilung dahin ab, daß das Gebrauchsmuster mit folgendem Schutzanspruch aufrechterhalten wurde:

"Stapelbarer Transportkasten mit als Sichtöffnung dienender, kopfseitiger Ausladung und unterhalb der Kastenoberkante gebildeten winkelförmigen Stapelschienen zum Tragen und Führen des aufzusetzenden Kastens, dadurch gekennzeichnet, daß die Stapelschienen durch nach innen vorspringende Sicken der Seitenwände und der Rückwand gebildet sind und daß die Vorderenden der Sicken in der Sitzebene der Stapelschienen quer zur Gleitrichtung durch einen üblichen Trag- und Versteifungsstab (2) überbrückt sind."

Etwa ein Jahr später, im September 1959, erhob die Antragstellerin sodann gegen die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Präsidenten des Deutschen Patentamts,

Anfechtungsklage vor dem Bayerischen Verwaltungsgericht München (VIII 4209/59) mit Anträgen, die darauf hinausliefen, die Entscheidungen des Deutschen Patentamts aufzuheben und festzustellen, daß das (inzwischen abgelaufene) Gebrauchsmuster von Anfang an in vollem Umfang unwirksam gewesen sei. Sie wandte sich gegen die Berücksichtigung der im Beschwerdeverfahren vor dem Deutschen Patentamt erhobenen Anschlußbeschwerde der Gegnerin und bestritt unter Bezugnahme auf die bisherigen Entgegenhaltungen auch weiterhin die Schutzfähigkeit des Gebrauchsmusters. Die beklagte Bundesrepublik und die zu dem Verfahren beigeladene Antragsgegnerin beantragten, die Anfechtungsklage abzuweisen. Das Verwaltungsgericht wies durch Urteil vom 18. März 1960 die Anfechtungsklage mit der Maßgabe ab, daß zur Klarstellung folgende Formulierung des Schutzanspruchs des Gebrauchsmusters festgestellt wurde:

"Stapelbarer Transportkasten mit als Sichtöffnung dienender, kopfseitiger Ausladung und unterhalb der Kastenoberkante gebildeten winkelförmigen Stapelschienen zum Tragen und Führen des aufzusetzenden Kastens, die aus nach innen vorspringenden Sicken der Seitenwände und der Rückwand gebildet sind, dadurch gekennzeichnet, daß die Vorderenden der Stapelschienen durch einen in ihrer Sitzebene quer zur Gleitrichtung liegenden üblichen Trag- und Versteifungsstab (2) überbrückt sind, der die Höhe der Stapelschienen nicht überragt."

Gegen dieses Urteil legte die Antragstellerin beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (168 VIII 60) Berufung ein, mit der sie ihren Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Gebrauchsmusters weiterverfolgte und ihr bisheriges Vorbringen wiederholte und ergänzte. Sie hielt dem Gebrauchs-

muster nunmehr in einem Schriftsatz vom 27. Oktober 1960 auch noch einen Katalog der Firma Lyon Metal Products Incorporated von 1941 und in der mündlichen Verhandlung vom 16. Mai 1961 weiter einen nach ihrer Behauptung offenkundig vorbenutzten Lagerkasten der Firma Otto v. D. in Wa., Krs. Si., entgegen. Zu dieser Behauptung vernahm der Verwaltungsgerichtshof auf Grund eines Beweisbeschlusses vom 25. Mai 1961 in der mündlichen Verhandlung vom 30. Mai 1961 den Fabrikanten Otto v. D. aus Wa., Krs. Si., und den Ingenieur Friedrich Schw. aus Da., Krs. A., als Zeugen. Auf Grund der Verhandlung vom 30. Mai 1961 verkündete der Verwaltungsgerichtshof sodann am 13. Juni 1961 das Urteil, in dem er mit Rücksicht auf die als erwiesen erachtete offenkundige Vorbenutzung durch die Firma v. D. unter Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichts München vom 18. März 1960, des Beschlusses des Deutschen Patentamts vom 22. März 1957 und der Entscheidung des 1. Beschwerdesenats vom 21. Oktober 1958 die Feststellung traf, daß das Gebrauchsmuster 1 653 554 in vollem Umfang unwirksam war. Die Revision zum Bundesverwaltungsgericht wurde in dem Urteil nicht zugelassen. Zu einem am 9. Juni 1961 eingegangenen Schriftsatz der beigeladenen Antragsgegnerin vom 8. Juni 1961, in dem diese die Bekundungen der Zeugen v. D. und Schw. mit Gegenbehauptungen und Gegenbeweisangeboten angegriffen und die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung beantragt hatte, sagte der Verwaltungsgerichtshof in den Gründen des Urteils wörtlich folgendes: "Der nach der mündlichen Verhandlung eingereichte Schriftsatz der Beigeladenen, der die Glaubwürdigkeit der Zeugen in Zweifel ziehen will, kann bei der Entscheidung des Senats keine Berücksichtigung finden (vgl. BGHE vom 2.12.1958, JR 1958, 344; Eyermann-Fröhler, § 104 VwGO, RdNr. 6)."

Gegen die Nichtzulassung der Revision in diesem, am 28. Juni 1961 zugestellten Urteil des Verwaltungsgerichtshofs legte die beigeladene Antragsgegnerin am 24. Juli 1961 gemäß § 132 Abs. 3 VwGO Beschwerde ein mit dem Antrag, wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (Voraussetzungen für die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung) und wegen eines entscheidungserheblichen Verfahrensmangels (Unterlassung der Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung) die Revision gegen das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs zuzulassen. Da inzwischen durch das am 1. Juli 1961 in Kraft getretene Sechste Gesetz zur Änderung und Überleitung von Vorschriften auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes vom 23. März 1961 (BGBl I S. 274) der bis dahin auf diesem Gebiet gegebene Rechtsweg vor den Verwaltungsgerichten beseitigt worden war, verwies das Bundesverwaltungsgericht durch Beschluß vom 3. Oktober 1961 (I B 100.61) die Sache an den Bundesgerichtshof. Durch Beschluß vom 20. Juli 1962 (I ZB 15/61) ließ der Erste Zivilsenat in entsprechender Anwendung des § 132 Abs. 5 i.V.m. Abs. 2 VwGO (vgl. BGH GRUR 1962, 163, 164) gegen das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof im Sinne der §§ 41a fgd. PatG (i.V.m. § 10 Abs. 5 GebrMG und § 11 Abs. 5 des 6. Überleitungsgesetzes) zu.

Die Antragsgegnerin hat daraufhin frist- und formgerecht die hier zur Entscheidung stehende Rechtsbeschwerde gegen das Urteil des VIII. Senats des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 13. Juni 1961 eingelegt und begründet (VwGO § 132 Abs. 5 Satz 4, § 139 Abs. 1; GebrMG § 10 Abs. 5 i.V.m. PatG § 41a Abs. 1, 3, 4, 5). Sie beantragt,

unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses (Urteils) die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Bundespatentgericht zurückzuverweisen.

Die Antragstellerin beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen. Die im verwaltungsgerichtlichen Verfahren beklagte Bundesrepublik hat in dem Rechtsbeschwerdeverfahren keine Anträge gestellt.

Während des Laufes des Rechtsbeschwerdeverfahrens hatte der Leitende Oberstaatsanwalt bei dem Landgericht Siegen gegen Otto v. D. und Friedrich Schw. wegen ihrer Zeugenaussagen vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof, gegen Otto v. D. auch wegen seines Verhaltens als Beklagter in einem von der Antragsgegnerin gegen ihn geführten Rechtsstreit vor dem Landgericht Düsseldorf (4.O.197/59) Anklage wegen uneidlicher Falschaussage, Urkundenfälschung und versuchten Betrugs erhoben (2 Js 670/61). Durch Urteil des erweiterten Schöffengerichts in Siegen vom 10. September 1963 (2 Ms 34/63) sind vom Dahl und Schweitzer mangels Beweises freigesprochen worden. Dieses Urteil ist, nachdem die Staatsanwaltschaft die dagegen eingelegte Berufung zurückgenommen hat, rechtskräftig geworden.

II. Durch die vom Ersten Zivilsenat zugelassene, frist- und formgerecht erhobene und deshalb zulässige Rechtsbeschwerde ist das angefochtene Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs der vollen Nachprüfung durch den beschließenden Senat nach Maßgabe der §§ 41q Abs. 2, 41w Abs. 2 PatG (i.V.m. § 10 Abs. 5 GebRMG) und des § 559 ZPO unterbreitet worden; die Rechtsbeschwerde und ihre Prüfung durch den beschließenden Senat sind nicht auf diejenigen Rechtsfragen beschränkt, derentwegen die Rechtsbeschwerde zugelassen worden ist (vgl. dazu den Beschluß des Senats Ia ZB 213/63 vom 28.11.1963 - GRUR 1964, 276). Es sind daher insbesondere auch die gemäß § 41r Abs. 4 PatG in der Rechtsbeschwerdebegründung erhobenen Verfahrensrügen zu prüfen.

1. Die Rechtsbeschwerde rügt es als eine Verletzung der Verfahrensvorschriften des § 104 Abs. 3 i.V.m. den §§ 125, 86, 108 VwGO bzw. der §§ 156, 286 ZPO i.V.m. § 173 VwGO sowie des § 580 Nr. 3 und 7 ZPO i.V.m. § 153 VwGO, daß der Verwaltungsgerichtshof dem Antrag auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung im nachgereichten Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 8. Juni 1961 nicht stattgegeben habe. Sie meint, dem Antrag hätte schon deshalb stattgegeben werden müssen, weil er mit Tatsachen begründet gewesen sei, die die Wiederaufnahme des Verfahrens gerechtfertigt hätten: wenn der Zeuge Schw. bei der Beweisaufnahme vor dem Verwaltungsgerichtshof ausgesagt habe, er könne seine Bekundung, daß er Lagerkästen mit den Merkmalen des Gebrauchsmusters von der Firma v. D. schon vor Januar 1953 erhalten habe, deshalb so genau machen, weil er bei Empfang der Kästen noch mit einem Motorrad gefahren sei und erst seit Januar 1953 einen Kraftwagen gehabt und benutzt habe, so sei dem in dem Schriftsatz vom 8. Juni 1961 entgegengehalten worden, daß Schw. nach den Unterlagen des für ihn zuständigen Kraftverkehrsamts A. - also nach Urkunden im Sinne des § 580 Nr. 7 b ZPO - erstmals am 18. Oktober 1956 einen Kraftwagen und vorher nur Motorräder angemeldet gehabt habe; - und der Aussage des Zeugen v. D. über die Art und Weise der Herstellung seiner Lagerkästen sei in dem Schriftsatz vom 8. Juni 1961 unter Überreichung eidesstattlicher Versicherungen und Beantragung zeugenschaftlicher Vernehmung von Otto I. und Ernst W., unter Überreichung einer gutachtlichen Äußerung der Firma W. E. KG. und unter Bezugnahme auf das einzuholende Gutachten eines weiteren Sachverständigen entgegeng gehalten worden, daß v. D. die fraglichen Lagerkästen vor 1953 tatsächlich nicht hergestellt habe und auch nicht habe herstellen können, weil Lagerkästen mit den Merkmalen des Gebrauchsmusters nicht, wie v. D. bekundet habe, "im wesentlichen von Hand gefertigt" werden könnten und v. D.

in der fraglichen Zeit nicht im Besitz der zu ihrer Herstellung erforderlichen Maschinen gewesen sei, und daß er sich daher durch seine Aussage einer strafbaren Verletzung der Wahrheitspflicht im Sinne des § 580 Nr. 3 ZPO schuldig gemacht habe. Die Rechtsbeschwerde glaubt ferner der Begründung des angefochtenen Urteils entnehmen zu können, daß der Verwaltungsgerichtshof in der irrigen Meinung, den nachgereichten Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 8. Juni 1961 nicht berücksichtigen zu dürfen, die pflichtmäßige Prüfung, ob die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung geboten sei, unterlassen habe. Unter Hinweisen auf die bisherige Erörterung dieses Fragenkreises in Rechtsprechung und Schrifttum erbittet die Rechtsbeschwerde eine rechtsgrundsätzliche Entscheidung der Frage, wo im Falle der Versagung der Wiedereröffnung einer mündlichen Verhandlung die Ermessensgrenzen lägen, deren Wahrung auch im Revisionsverfahren nachgeprüft werden könne, insbesondere wenn Wiederaufnahmegründe substantiiert vorgetragen würden, wenn es sich um ein Verfahren mit Offizialmaxime handele und wenn das Gericht in einer gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verstoßenden Weise seine Aufklärungspflicht verletzt habe. Schließlich rügt es die Rechtsbeschwerde als eine Verletzung des § 108 Abs. 1 Satz 2 und des § 173 VwGO i.V.m. § 286 ZPO, daß das Berufungsgericht keinen Sachverständigen über die technische Möglichkeit der vom Zeugen v. D. geschilderten Art der Herstellung seiner Lagerkästen gehört und sich mit dieser Frage auch nicht in den Gründen seines Urteils auseinandergesetzt habe. Zur Unterstützung ihrer Meinung, daß der Verwaltungsgerichtshof die mündliche Verhandlung wieder hätte eröffnen und daß er das Gutachten eines gerichtlichen Sachverständigen hätte einholen müssen, hat die Rechtsbeschwerde nach Abschluß des Strafverfahrens gegen die Zeugen v. D. und Schw. in einem Schriftsatz vom 20. Juli 1964 noch des näheren ausgeführt, auch dieses Strafverfahren habe gezeigt, daß ohne eine umfassende

Nachprüfung durch ein technisch sachverständiges Gericht oder mit Hilfe eines technischen Sachverständigen nicht aufgeklärt werden könne, welche Merkmale die vom Zeugen v. D. hergestellten Lagerkästen gehabt hätten und auf welche Weise sie hergestellt worden seien.

2. Diesen Rügen der Rechtsbeschwerde konnte jedenfalls im Ergebnis der Erfolg nicht versagt werden.

a) Es ist zwar davon auszugehen, daß nach § 156 ZPO ebenso wie nach § 104 Abs. 3 Satz 2 VwGO die Wiedereröffnung einer geschlossenen mündlichen Verhandlung, von Sonderfällen abgesehen, grundsätzlich in das Ermessen des Gerichts gestellt ist und die Ablehnung eines Antrags auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung deshalb grundsätzlich auch nicht im Rahmen einer Revision oder Rechtsbeschwerde angegriffen werden kann (vgl. BGHZ 30, 60, 65 ff und BGH IM Nr. 1a zu § 156 ZPO, je m.w.Nachw.). Wie für jedes Ermessen, so bestehen jedoch auch für das dem Gericht in § 156 ZPO (oder § 104 Abs. 3 Satz 2 VwGO) eingeräumte Ermessen gewisse Grenzen, deren Wahrung auch in der Revisions- oder Rechtsbeschwerdeinstanz nachgeprüft werden kann (so mit Recht Johannsen in der Anm. zu BGHZ 30, 60 in IM Nr. 1 zu § 156 ZPO). Wo diese Grenzen des richterlichen Ermessens bei der Ablehnung eines Antrags auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung liegen, braucht hier entgegen dem Wunsch der Rechtsbeschwerde nicht allgemein und grundsätzlich erörtert und entschieden zu werden. Es genügt vielmehr festzustellen, daß jedenfalls hier - wie noch näher zu begründen ist - das Berufungsgericht mit der Ablehnung des Antrags auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung angesichts der in diesem Fall vorliegenden besonderen Umstände die Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens überschritten hat. Es bedarf daher auch keiner Erörterung, ob hier etwa einer der Sonderfälle vorliegt, in denen nach Rechtsprechung und Rechtslehre aus-

nahmsweise sogar eine nicht mehr vom Ermessen des Gerichts abhängige Verpflichtung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung besteht (vgl. dazu BGH JR 1958, 344 und LM Nr. 1a zu § 156 ZPO sowie Wieczorek ZPO § 156 Anm. B II, je m.w. Nachw.). Zu einer grundsätzlichen Entscheidung darüber, ob auch bei substantiiertem Vortrag von Restitutionsgründen im Sinne des § 580 ZPO eine solche Verpflichtung des Gerichts zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gegeben sein könnte, besteht schon deshalb kein Anlaß, weil es zumindest sehr fraglich ist, ob das Vorbringen der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 8. Juni 1961 eine Restitutionsklage hätte begründen können.

b) Zu Unrecht allerdings wirft es die Rechtsbeschwerde dem Verwaltungsgerichtshof als eine Überschreitung der Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens vor, daß er es überhaupt unterlassen habe, pflichtmäßig zu prüfen, ob die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen sei. Wenn der Verwaltungsgerichtshof sich im Zusammenhang mit der Zurückweisung des nachgereichten Schriftsatzes der Antragsgegnerin vom 8. Juni 1961 ausdrücklich auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 2.12.1958 (JR 1958, 344) bezogen hat, so beweist das, daß er geglaubt hat, sich ebenso, wie es dort das Berufungsgericht getan hatte, darauf beschränken zu können, eine Berücksichtigung des nachgereichten Schriftsatzes für nicht möglich zu erklären, ohne daß, wie dort vom Bundesgerichtshof ausgeführt, daraus geschlossen werden könnte, er habe die rechtliche Möglichkeit der Wiedereröffnung nicht gekannt oder ihre Angemessenheit nicht geprüft oder dadurch einen Ermessensverstoß begangen.

c) Muß demnach zwar davon ausgegangen werden, daß der Verwaltungsgerichtshof den Antrag der Antragsgegnerin auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung pflichtmäßig geprüft hat, so ist es doch andererseits nicht zu billigen, daß er diesem Antrag nicht stattgegeben hat:

Das inzwischen abgelaufene Gebrauchsmuster der Antragsgegnerin war trotz aller nach und nach entgegengehaltenen "druckschriftlichen Vorveröffentlichungen" und "offenkundigen Vorbenutzungen" sowohl im Lösungsverfahren von der Gebrauchsmusterabteilung und dem Beschwerdesenat des Deutschen Patentamts sowie vom Verwaltungsgericht München als auch im Verletzungsprozeß vom Landgericht und vom Oberlandesgericht Düsseldorf als schutzfähig und rechtsbeständig erachtet worden. Nun hatte im Berufungsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof die Antragstellerin eine weitere "offenkundige Vorbenutzung", nämlich die des Zeugen v. D., entgegengehalten, aber noch nicht in der Berufungsschrift vom 1. Juli 1960 und auch noch nicht in der "Ergänzung" der Berufungsbegründung vom 27. Oktober 1960, sondern erst - und zwar ohne schriftsätzliche Vorbereitung - in dem Verhandlungstermin vom 16. Mai 1961. In dem auf Grund dieser Verhandlung ergangenen Beweisbeschuß vom 25. Mai 1961 war die Vernehmung der Zeugen v. D. und Schw. angeordnet und kurzfristig auf den 30. Mai 1961 anberaumt worden. Trotz der im Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 24. Mai 1961 angeregten, vom Verwaltungsgerichtshof in die Ladung der Zeugen aufgenommenen Aufforderung hatten diese weder schriftliche Unterlagen noch etwaige sonstige Beweisstücke zu der behaupteten "offenkundigen Vorbenutzung" v. D.'s zu dem Beweistermin mitgebracht; jedenfalls ist weder aus dem Verhandlungsprotokoll vom 30. Mai 1961 noch aus dem Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 13. Juni 1961 zu ersehen, daß die Zeugen das getan hätten. Es war demnach der Antragsgegnerin und ihren Vertretern nicht möglich, sich vor der Vernehmung der Zeugen durch eigene Ermittlungen auf das vorzubereiten, was ihren Bekundungen etwa entgegengesetzt werden könnte, und es war ihnen schwerlich möglich, sich während der Vernehmung der Zeugen zu ihren ohne Unterlagen gemachten Bekundungen, die nicht den Wissensbereich der Antragsgegnerin betrafen, in tatsächlicher und insbesondere auch in tech-

nischer Hinsicht ausreichend zu äußern. Sowohl der im Gebrauchsmusterlöschungsverfahren ebenso wie im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltende Untersuchungsgrundsatz als auch die Erfahrungstatsache, daß nach Offenbarung brauchbarer Erfindungen sich oft Personen finden, die, wenn auch vielleicht gutgläubig, so doch objektiv zu Unrecht behaupten, den Erfindungsgedanken schon vorher benutzt zu haben (vgl. Reimer PatG 2. Aufl. § 2 Rdn. 14), geboten es aber, hier der erst 8 Jahre nach Eintragung des Gebrauchsmusters und fast 6 Jahre nach Erhebung der Löschungsklage behaupteten "offenkundigen Vorbenutzung" durch v. D. mit besonderer Vorsicht nachzugehen. Nun brachten der "nachgereichte" Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 8. Juni 1961 und die mit ihm eingereichten "Erklärungen" der Firma W. E. KG in St., des Ernst W. in Wa. und des Otto L. in Wa., sämtlich vom 7. Juni 1961, eine Reihe von tatsächlichen und technischen Behauptungen, die die Antragsgegnerin in den insoweit schriftsätzlich nicht vorbereiteten Terminen vom 16. und 30. Mai 1961 zumindest zum Teil noch gar nicht zur Verfügung hatte haben können, die aber für die Aufklärung der "offenkundigen Vorbenutzung" des Zeugen v. D. sowohl in tatsächlicher als auch insbesondere in technischer Beziehung ersichtlich von erheblicher Bedeutung waren. Der nachgereichte Schriftsatz samt seinen Anlagen mußte dem Gericht daher die Überzeugung vermitteln, daß die ihm obliegende Klärung der von der Antragstellerin behaupteten "offenkundigen Vorbenutzung" des Zeugen v. D. nicht ohne ein Eingehen auf die von der Antragsgegnerin unter Beweisanerbieten aufgestellten Behauptungen und möglicherweise auch nicht ohne Zuziehung eines technischen Sachverständigen möglich sein würde.

Es ist nach alledem als eine Überschreitung des dem Gericht eingeräumten Ermessens zu beurteilen, daß der Verwaltungsgerichtshof dem im Schriftsatz vom 8. Juni 1961

enthaltenen Antrag auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nicht stattgegeben hat. Die Gründe, aus denen nach den Ausführungen in BGHZ 30, 60 ff, 66 die Wiedereröffnung einer mündlichen Verhandlung vom Gesetz grundsätzlich in das Ermessen des Gerichts gestellt ist, lagen hier gerade nicht vor. Die Antragsgegnerin konnte das, was sie in ihrem "nachgereichten" Schriftsatz vom 8. Juni 1961 vortrug, zum größten Teil überhaupt erst nach der Vernehmung der Zeugen ermitteln und vortragen. Ob sie sich zu diesem Vortrag die Nachreichung eines Schriftsatzes hätte vorbehalten lassen sollen, ist hier nicht zu erörtern. Jedenfalls mußte nach Lage der Sache, wenn sie diesen Vortrag nachreichte, mit Hilfe der prozessualen Maßnahme der Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung darauf eingegangen werden.

d) Das angefochtene Urteil "beruht" auch im Sinne des § 41q Abs. 2 Satz 1 PatG bzw. des § 137 Abs. 1 VwGO und des § 549 Abs. 1 Satz 1 ZPO auf diesem von der Rechtsbeschwerde gerügten Verfahrensmangel. Hätte der Verwaltungsgerichtshof dem Antrag auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung stattgegeben und wäre er dann den im Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 8. Juni 1961 enthaltenen Gegenbehauptungen und Gegenbeweisangeboten, gegebenenfalls unter Zuziehung eines technischen Sachverständigen, nachgegangen, so wäre, wie nicht näher dargelegt zu werden braucht, seine Feststellung zu der von der Antragstellerin behaupteten offenkundigen Vorbenutzung des streitigen Gebrauchsmusters durch vom Dahl und damit zugleich seine Entscheidung über die Klage selbst möglicherweise anders ausgefallen als geschehen.

3. Das angefochtene Urteil war daher wegen der unter 2 c) erörterten Verfahrensverstöße aufzuheben und die Sache nach § 10 Abs. 5 GebrMG i.V.m. § 41x Abs. 1 PatG und § 11 Abs. 5 des Sechsten Überleitungsgesetzes an das gemäß § 11 Abs. 2 dieses Gesetzes nunmehr zuständige Bundespatentgericht

zurückzuverweisen. Auf die weiteren im bisherigen Verfahren aufgetretenen Streitpunkte war in der Rechtsbeschwerdeinstanz nicht einzugehen.

4. Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsbeschwerde- und des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens war dem Bundespatentgericht zu überlassen, da sie von dem noch ungewissen sachlichen Ausgang des Streites selbst abhängig zu machen ist. Bei der Festsetzung des Streitwerts für die Rechtsbeschwerdeinstanz sind die Erörterungen und Beschlüsse zum Streitwert im verwaltungsgerichtlichen Verfahren einerseits und im Verletzungsprozeß andererseits berücksichtigt worden.

Dr. Nastelski Sprung Löscher Spengler Claßen