

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: ja

PatG §§ 41h, 41p Abs. 3

Hat der Beschwerdesenat des Bundespatentgerichts die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen, so kann der Weg der zulassungsfreien Rechtsbeschwerde nicht durch die Rüge eröffnet werden, dem Verfahrensbeteiligten sei das rechtliche Gehör nicht ausreichend gewährt worden.

BGH, Beschl. v. 3. Dezember 1964 - Ia ZB 18/64¹ - Bundespatentgericht

Ia ZB 18/64:

B e s c h l u ß

In der Rechtsbeschwerdesache

des Dr. Iaszlo I. [REDACTED], W[REDACTED],

Anmelder und Beschwerdeführer,

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

betreffend die Patentanmeldung L 24 766 VIa/40b

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

beschlossen:

- I. Die Rechtsbeschwerde des Anmelders gegen den Beschluß des 13. Senats (technischer Beschwerdesenat VIII) des Bundespatentgerichts vom 10. Februar 1964 wird auf Kosten des Anmelders zurückgewiesen.
- II. Der Wert des Beschwerdegegenstandes für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 10.000.- DM festgesetzt.

- 2 -

G r ü n d e:

Eine Patentanmeldung des Antragstellers betr. "Elektrisches Kontaktmaterial und Verfahren zu dessen Herstellung" wurde durch Beschluß der Prüfstelle vom 14. April 1960 zurückgewiesen, weil der Anmelder einem Zwischenbescheid trotz Erinnerung nicht entsprochen hatte. Seine Beschwerde wurde durch Beschluß des 7. Beschwerdesenats des Deutschen Patentamts vom 9. Mai 1961 zurückgewiesen. Hiergegen hatte der Anmelder nicht rechtzeitig Anfechtungsklage vor dem Bayerischen Verwaltungsgericht erhoben. Jedoch wurde ihm späterhin durch Beschluß des Bundespatentgerichts vom 18. November 1963 Wiedereinsetzung zur Einlegung der Beschwerde beim Bundespatentgericht gewährt.

Seine Beschwerde gegen die Entscheidung des 7. Beschwerdesenats des Deutschen Patentamts vom 9. Mai 1961 ist durch Beschluß des 13. Senats des Bundespatentgerichts vom 10. Februar 1964 zurückgewiesen worden.

Die Rechtsbeschwerde ist nicht zugelassen worden.

Dessen ungeachtet ist die Rechtsbeschwerde nach § 41p Abs. 3 Nr. 5 PatG statthaft, weil sie auf die Rüge gestützt wird, der angefochtene Beschluß sei "nicht mit Gründen versehen". Die Rechtsbeschwerde ist auch frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden. Ihr mußte jedoch sachlich der Erfolg versagt bleiben.

1. Der Hauptangriff der Rechtsbeschwerde wird darauf gestützt, daß in der Begründung des angegriffenen Beschlusses jede Bezugnahme auf das vom Anmelder überreichte Gutachten der Versuchsanstalt für Elektrotechnik am Technologischen Gewerbemuseum in Wien fehle. Dieses unter dem Datum des 8. Juni 1960 erstattete Gutachten war vom Anmelder in der



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tat dem Bundespatentgericht mit Schriftsatz vom 4. März 1963 mit der Erläuterung vorgelegt worden, daß dieses Gutachten natürlich keineswegs eine Stellungnahme des Anmelders zum Prüfungsbescheid ersetze, aber glaubhaft mache, daß bei der Erfindung des Anmelders eine unbedingt schützenswerte, wirtschaftlich und technisch wertvolle Neuerung vorliege.

Die Nichterwähnung dieses Privatgutachtens soll nach der Auffassung der Rechtsbeschwerde aus dem doppelten Grunde einen Begründungsmangel im Sinne des § 41p Abs. 3 Nr. 5 PatG darstellen, weil damit ein selbständiges Angriffsmittel schlechthin übergangen worden sei und weil es überdies völlig an der unerläßlichen Beweiswürdigung fehle.

Es kann auf sich beruhen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Nichtberücksichtigung eines Privatgutachtens, welche im Verletzungsprozeß verschiedentlich als revisibler Verfahrensverstöß gegen § 286 ZPO anerkannt worden ist (vgl. RG GRUR 1935, 155, 157; 1937, 551, 553; 1938, 249, 251; 1939, 359, 362; 1941, 228, 229), im Verfahren vor dem Bundespatentgericht dazu führen kann, daß dessen Beschlüsse "nicht mit Gründen versehen sind" (§ 41p Abs. 3 Nr. 5).

Im vorliegenden Falle bezog sich nämlich das überreichte Privatgutachten eindeutig nicht auf die Erfindungshöhe, sondern nur auf die Brauchbarkeit und Fortschrittlichkeit des vom Anmelder offenbarten Kontaktmaterials. Denn es lautete:

"Das zu überprüfende neue Kontaktmaterial hat sich bei den oben beschriebenen schweren Schaltversuchen bestens bewährt. Es hat sich schon rein dem Anschein nach gegenüber den beiden Vergleichsmaterialien am wenigsten abgenützt und seine Kontaktform voll behalten, so daß sich ohne weiteres Millionen von Schaltzahlen mit denselben Kontakten erwarten lassen. Die Präzisionswägung vor und nach den Schaltversuchen ergab bei dem neuen Material um 30 % weniger Abbrand

gegenüber Silber-Palladiumlegierung, und um 70 % weniger Abbrand gegenüber Rein-Palladiumkontakten. Das vorliegende Kontaktmaterial ist somit für hochbeanspruchte Schalter in der Stark- und Schwachstromtechnik (Hockenschalter, Schütze, Relais) hervorragend geeignet."

Mit dieser Beurteilung von seiten des Privatgutachters hat sich der angefochtene Beschluß nicht in Widerspruch gesetzt; denn er hat nicht die Fortschrittlichkeit, sondern die Erfindungshöhe des Gegenstandes der Anmeldung verneint. Das ist aus verschiedenen in der Begründung benutzten Redewendungen ersichtlich, z.B.: dem Vorschlag nach dem Hauptanspruch könne "eine Patentfähigkeit nicht zugobilligt werden" (S. 5); dieser Vorschlag entbehre "ausreichender Erfindungsqualität" (S. 5); die Maßnahme könne, "wie vorstehend dargelegt ist, nicht mehr als erfinderisch angesehen werden" (S. 6). Diese Begründung läßt erkennen, daß das Bundespatentgericht - ohne dies ausdrücklich zu erwähnen - die Fortschrittlichkeit des vorgeschlagenen Kontaktmaterials als gegeben unterstellt hat.

Wie bereits der I. Zivilsenat in der grundlegenden Entscheidung vom 21. Dezember 1962 (BGHZ 39, 333, 350) ausgeführt hat, kann in einem Falle, wenn Erörterungen über das Ausmaß des Fortschritts fehlen, allenfalls eine unvollständige und lückenhafte Begründung vorliegen. Hingegen bleibt die Entscheidung angesichts der begründeten Verneinung der Erfindungshöhe in dem entscheidenden Punkt "mit Gründen versehen". Dieser Auffassung des I. Zivilsenats schließt sich der jetzt beschließende Senat an. Er macht sich ferner die Schlußfolgerung des I. Zivilsenats zu eigen, daß in Fällen, in denen das Vorbringen eines Anmelders zur Frage des technischen Fortschritts wegen der vorgeschilderten Umstände überhaupt nicht unzulässigerweise "übergangen" worden ist, auch die Nichterörterung des lediglich zur Unterstützung

dieses Parteivortrages eingereichten Privatgutachtens nicht als "fehlende Begründung" im Sinne des § 41p Abs. 3 Nr. 5 PatG angesehen werden kann.

2. Vier weitere Rügen der Rechtsbeschwerde (Ziffern 2, 3, 8, 9) bestehen darin, daß auf den Seiten 5 und 6 des angefochtenen Beschlusses jeweils ein einzelner Satz herausgegriffen und um deswillen als unbegründet bezeichnet wird, weil er keine Begründung nicht in sich selbst trage. Diese Betrachtungsweise ist verfehlt, weil alle Ausführungen von Seite 4 Mitte bis Seite 7 des angefochtenen Beschlusses zusammen die tragende Begründung für die Ablehnung der Erfindungshöhe darstellen. Diese Ausführungen müssen daher in ihrem Zusammenhalt gewürdigt werden, und es geht nicht an, einzelne Sätze aus ihrem Zusammenhang herauszulösen und einer isolierten Prüfung darauf zu unterziehen, ob sie einen aus sich selbst heraus verständlichen Gedankengang verkörpern.

a) Die von der Rechtsbeschwerde vermißte Begründung für den auf S. 5 oben stehenden Satz des Beschlusses:

"Der Einwand des Anmelders, daß das Kontaktmaterial nach der Deutschen Patentschrift 622 522 Carbide als Zusatzstoffe enthält und keine Metalloxyde wie das Kontaktmaterial nach der vorliegenden Anmeldung, kann die Patentwürdigkeit des Anmeldungsgegenstandes nicht begründen."

findet sich in den beiden folgenden Absätzen des Beschlusses, deren Ausführungen bezeichnenderweise in die Schlußfolgerung ausmünden: "Der Vorschlag des Anmelders nach Anspruch 1, dem geschmolzenen Grundwerkstoff Metalloxyde einzuverleiben, entbehrt daher ausreichender Erfindungsqualität." In Wirklichkeit hat das Bundespatentgericht somit seine Auffassung in diesem Punkte auf einer ganzen Seite begründet. Zu Unrecht verlangt die Rechtsbeschwerde, daß bereits der einleitende Satz seine Begründung in sich selbst tragen müsse. Derartige

Anforderungen hat auch der I. Zivilsenat in der Entscheidung BGHZ 39, 333 nicht gestellt. An der von der Rechtsbeschwerde angezogenen Stelle (BGHZ 39, 337) steht darüber nichts.

b) Als einer eigenen Begründung entbehrend wird auch der auf S. 5 des Beschlusses unmittelbar anschließende Satz angegriffen:

"So war das ursprüngliche Patentbegehren auf ein elektrisches Kontaktmaterial abgestellt, das als Zusatzstoffe Karbide und/oder Metalloxyde enthalten sollte, daß auf schmelzflüssigem Wege dem Grundwerkstoff einverleibt werden sollten. Aufgrund dieser in den ursprünglichen Unterlagen betonten Gleichwertigkeit von auf schmelzflüssigem Wege hergestellten karbidhaltigen Kontaktwerkstoffen mit metalloxydhaltigen Kontaktwerkstoffen kann dem Vorschlag des Anmelders nach dem nunmehr geltenden Hauptanspruch, nur noch Metalloxyde dem Grundmaterial auf schmelzflüssigem Wege einzuverleiben, somit eine Patentfähigkeit nicht zugebilligt werden."

Wie jedoch die weiteren Ausführungen der Rechtsbeschwerde erkennen lassen, soll hier nicht eigentlich das Fehlen, sondern vielmehr die sachliche Unrichtigkeit der - tatsächlich gegebenen - Begründung gerügt werden. Denn es wird dem Bundespatentgericht zum Vorwurf gemacht, seine Annahme finde in den Anmeldungsunterlagen keinerlei Stütze, und von einer Gleichwertigkeit des karbidhaltigen mit metalloxydhaltigem Kontaktmaterial könne überhaupt nicht die Rede sein. Demgegenüber ist mit der in BGHZ 39, 338 zitierten Rechtsprechung zu § 551 Nr. 7 ZPO davon auszugehen, daß ein Begründungsmangel - auch im Sinne von § 41p Abs. 3 Nr. 5 PatG - nicht vorliegt, wenn die Gründe zu den einzelnen Ansprüchen und Angriffs- oder Verteidigungsmitteln oder auch die Beweiswürdigung nur sachlich unvollständig, unrichtig oder sonst rechtsfehlerhaft sein sollten. Darüber, ob letzteres der Fall ist, hat der Senat nicht zu befinden.

c) Weiterhin heißt es in der Rechtsbeschwerde:

Wenn auf S. 5 unten des angefochtenen Beschlusses erklärt werde, der Vorschlag des Anmelders nach Anspruch 1, dem geschmolzenen Grundwerkstoff Metalloxyde einzuverleiben, entbehre ausreichender Erfindungsqualität, so sei dies im Hinblick auf die Aufgabenstellung (= Schaffung eines besonders wertvollen Kontaktmaterials) nichts weiter als eine unbegründete Behauptung, aber kein verständlicher oder gar ausreichender Grund für die negative Beurteilung der effektiv vorliegenden Erfindung.

Bei dem hier isoliert angegriffenen Einzelsatz handelt es sich, wie bereits bemerkt, um die Schlußfolgerung aus der auf der ganzen Seite 5 gegebenen Begründung. Diese Schlußfolgerung braucht schon nach den allgemeinen Denkgesetzen ihre Begründung (obenso wie der unter 2a behandelte Einleitungssatz) nicht in sich selbst zu tragen. Vielmehr ist aus den zwischen diesen beiden angegriffenen Sätzen stehenden Ausführungen als Begründung folgender Gedankengang des Bundespatentgerichts zu entnehmen:

- aa) Patentfähigkeit kann nicht dadurch begründet werden, daß anstelle der in DBP 622 522 offenbarten Carbide Metalloxyde, und zwar auf schmelzflüssigem Wege, einverleibt werden; denn beide Zusatzstoffe sind - wie sich bereits aus dem ursprünglichen Patentbegehren ergibt - untereinander gleichwertig.
- bb) Im übrigen stehen dem Metallurgen für die Herstellung von Legierungen und auch Mischungen von Metallen bzw. Metallegierungen mit Oxyden oder mit Carbiden zwei bekannte Verfahren zur Verfügung, nämlich das Sintern und der Schmelzfluß. Die Auswahl unter diesen beiden Verfahren, welche beide Vorteile und Nachteile aufweisen, bedeutet keinen Erfinderschritt, sondern eine dem fachmännischen Ermessen zu überlassende Maßnahme.

Mit diesem Gedankengang, dessen Richtigkeit wohlgemerkt für den Bundesgerichtshof im vorliegenden Verfahren nicht nachprüfbar ist, hat das Bundespatentgericht ersichtlich die für seine Ablehnung der Erfindungshöhe maßgeblichen Gründe darlegen wollen und dargelegt. Vom Nichtvorhandensein einer Begründung im Sinne des § 41p Abs. 3 Nr. 5 PatG kann keine Rede sein.

d) Endlich vermißt die Rechtsbeschwerde auf S. 6 Mitte des Beschlusses eine Begründung für die Ansicht des Bundespatentgerichts, "der Einwand des Anmelders, daß mit Ausnahme von Bleioxyd die einzuverleibenden übrigen Metalloxyde vom Silber ausgeschieden worden, (könne) nicht als patentbe gründend gewertet werden."

Auch dieser Satz kann nur im Zusammenhang des ganzen Beschlusses verstanden werden und dann findet sich seine Begründung unschwer in den nachfolgenden Sätzen:

"So werden im vorliegenden Anspruch 1 keine besonderen Maßnahmen geltend gemacht, die das Ausscheiden spezifisch leichter Zusatzstoffe aus dem schmelzflüssigen Grundwerkstoff verhindern könnten. Erst die Ansprüche 2 und 3 enthalten Anweisungen, wie vorzugehen ist, damit das Ausscheiden der spezifisch leichteren Metalloxyde verhindert wird. Diese Maßnahmen gehen aber nicht über das hinaus, was jeder Metallurge ohne weiteres beim Einbringen von spezifisch leichten Stoffen tun wird."

Diese zwar knappe Formulierung drückt doch bei Zuhilfenahme der angemeldeten Patentansprüche und der Patentbeschreibung folgenden Gedanken verständlich aus:

Es ist weder im Hauptanspruch noch in der Patentbeschreibung etwas darüber ausgesagt, daß nur der Zusatzstoff Bleioxyd ohne zusätzliche Maßnahmen auf schmelzflüssigem Wege dauerhaft dem Grundmaterial Silber einverloibt werden könne. Vielmehr ist die Natur des Zusatzstoffes völlig offen ge-

halten und hinsichtlich des metallischen Grundstoffs findet sich bloß die Aussage, daß er "von höherer elektrischer Leitfähigkeit als Eisen" sein müsse. Dazu finden sich in der Patentbeschreibung die ergänzenden Angaben, daß als Metalloxyd "zweckmäßig mindestens eine der Verbindungen Bleioxyd, Erdalkalimetalloxyde wie Kalziumoxyd, Aluminiumoxyd, Zirkoniumoxyd, Thoriumoxyd und Magnesiumoxyd" zu wählen sei (S. 3), während als Grundmaterial neben Silber "andere Metalle von der erwähnten elektrischen Leitfähigkeit oder deren Legierungen miteinander und/oder mit Silber ebenfalls verwendet werden könnten." Die Schwierigkeit, für die sich im Anspruch 1 weder ein Hinweis noch eine Abhilfe findet, konnte also nicht zur Rechtfertigung der Patentwürdigkeit dieses Anspruchs herangezogen werden.

Demgegenüber sind in den folgenden beiden Ansprüchen zusätzliche Verfahrensvorschriften enthalten (a) zähflüssiger Zustand der Grundstoff-Schmelze; b) Zuschlag eines zusätzlichen Binde- oder Haftmetalls, sofern spezifisches Gewicht des Zusatzstoffes mindestens 15 % geringer als das des Grundstoffs ist). Zur Erläuterung wird in der Patentbeschreibung (S. 4) bemerkt, eine zwanglose Einverleibung der Metalloxyde erfolge nur, wenn das spezifische Gewicht der Metalloxyde dem des Grundmaterials nahe liege. Jedoch könne die Einverleibung selbst dann, wenn die Verschiedenheit der spezifischen Gewichte an sich dazu führe, daß die Metalloxyde aus dem geschmolzenen Grundmaterial zu entweichen trachteten, dergestalt bewirkt werden, daß die festen Zusatzstoffe in das Grundmaterial in zähflüssigem (teigartigem) Zustande des letzteren eingeführt würden. Bei besonders niedrigen spezifischen Gewicht der Zusatzstoffe wird außerdem die Verwendung eines Haftmetalls empfohlen. Hier sind also die im Anspruch 1 noch fehlenden Mittel zur Verhütung des Wiederentweichens der Metalloxyde aufgezeigt. Indessen erblickt das Bundespatentgericht auch in diesen ergänzenden

Maßnahmen keine Erfindung, weil sie von Metallurgen beim Einbringen von spezifisch leichten Stoffen ohne weiteres ergriffen zu werden pflegten (d.h. also handwerkliche Routinemaßnahmen darstellten).

Damit ist das Argument, die Schöpferleistung bestehe in der Beseitigung gewisser Unverträglichkeiten, vollständig beschieden worden. Ein Begründungsmangel im Sinne des § 41p Abs. 3 Nr. 5 PatG ist auch an dieser Stelle nicht festzustellen.

3. Bei einer weiteren Gruppe von Rügen handelt es sich um den Versuch, Einwendungen im Hinblick auf die Vollständigkeit oder Überzeugungskraft der vom Bundespatentgericht angestellten Überlegungen in das Gewand einer Rüge aus § 41p Abs. 3 Nr. 5 zu kleiden. Auf ein derartiges Vorbringen kann jedoch die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde nicht mit Erfolg gestützt werden, weil bei unzulänglicher Sachaufklärung oder Unvollständigkeit der technischen Würdigung allenfalls die Verfahrensrüge aus § 41b PatG gegeben wäre. Eine solche Beanstandung könnte indessen nur vorgebracht werden, wenn die Rechtsbeschwerde ausdrücklich zugelassen worden wäre (vgl. In ZB 214/63 vom 16. Juli 1964), was vorliegend nicht der Fall ist.

Im einzelnen erhebt die Rechtsbeschwerde in dieser Gruppe folgende Beanstandungen:

- aa) Das Bundespatentgericht habe nicht beachtet, daß es sich bei den für den Anmeldungsgegenstand bedeutsamen Fragen der Kristalländerung um ein wenig erforschtes Gebiet handle, so daß jede weitere Erkenntnis eine forschende Tätigkeit erfordere.
- bb) Das Bundespatentgericht habe sich mit der Heranziehung der alten Patentschriften 622 522 von 1932 und 860 525 von 1943 begnügt, statt sich unter Heranziehung von Werkstofflisten der Fachfirmen die Frage zu stellen, welche Kontaktmaterialien seitdem entwickelt worden seien und welche sich bewährt hätten.

- cc) Das Bundespatentgericht habe beim Vergleich des Sinter- mit dem Schmelzvorgang nicht erkannt, daß es beim Anmeldungsgegenstand um die dextrische Kristallstruktur im Grundmaterial und die Änderung der Grundstoffkristalle gehe, welche beide beim Sintern gar nicht erreicht werden könnten.
- dd) Nur mittels Schmelzens, nicht aber mittels Sinterns könnten Elementar-Kristallzellen gebildet werden, in denen auch fremde Bestandteile enthalten seien, so daß die notwendige Strukturänderung eintrete, die Voraussetzung der angestrebten Kontaktqualitäten sei.

Bereits aus der Wiedergabe dieser Rügen läßt sich erkennen, daß die Rechtsbeschwerde der Auffassung ist, das Bundespatentgericht wäre zu einer abweichenden Beurteilung der Frage der Erfindungshöhe gelangt, wenn es noch weitere technische Elemente in den Kreis seiner Überlegungen einbezogen hätte. Nach BGHZ 39, 333, 338 kann jedoch eine Übergehung "erheblicher Tatbestände" oder "Elemente" nicht dem Fehlen einer Begründung im Sinne des § 41p Abs. 3 PatG gleichgestellt werden.

4. Schließlich richtet die Rechtsbeschwerde ihren Angriff dagegen, daß der Vortrag des Anmelders über die Bedeutung der Kristallstruktur für die Eigenschaften des Kontaktmaterials vom Vorderrichter in keiner Weise gewürdigt worden sei. Es handelt sich aber hierbei entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde durchaus nicht um die Nichtbescheidung eines selbständigen Angriffsmittels, sondern vielmehr um den im vorliegenden Rahmen unbeachtlichen Vorwurf der mangelnden Erschöpfung des Parteivorbringens. Der Senat hat bereits in der Entscheidung vom 28. November 1963 (GRUR 1964, 201, 202) unter Bezugnahme auf das prozeßrechtliche Schrifttum und die Rechtsprechung dargelegt, daß unter einem selbständigen Angriffs- und Verteidigungsmittel nach der ZPO nur solche Mittel zu verstehen sind, die dem Prozeßangriff oder der -verteidigung dienen, sofern sie einen Tatbestand umfassen, der für sich allein rechtsbegründend, -vernichtend,

-hindernd und -erhaltend ist. Hingegen können einzelne Tatsachen, aus denen nach der Lebenserfahrung auf das Vorliegen einer anderen Tatsache geschlossen werden kann, die ihrerseits erst eine Rechtsfolge auslöst, nicht als selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel angesehen werden. Infolgedessen ist ein rechtserheblicher Begründungsmangel für einen Fall verneint worden, in dem bei der Prüfung der Erfindungshöhe nicht auf das Vorbringen des Anmelders, es liege eine Überwindung von Vorurteilen und eine sprunghafte Fortentwicklung der Technik vor, eingegangen worden war.

Erst recht kann eine Unvollständigkeit der Entscheidungsgründe, die darin bestehen soll, daß auf physikalische Darlegungen des Anmelders über die Bedeutung der Kristallstruktur für die Eigenschaften des Erfindungsgegenstandes nicht besonders eingegangen worden sei, nicht dem Fehlen von Entscheidungsgründen im Sinne von § 41p Abs. 3 Nr. 5 PatG gleichgesetzt werden.

5. Schließlich beruft sich die Rechtsbeschwerde darauf, daß dem Anmelder vor dem Bundespatentgericht nicht das rechtliche Gehör gewährt worden sei.

Diese Beschneidung des rechtlichen Gehörs erblickt die Rechtsbeschwerde darin, daß der Antragsteller durch Ablehnung seines schriftlichen Vortagungsantrags daran gehindert worden sei, seinen Anwalt vor dem Termin vom 10. Februar 1964 ausreichend zu informieren.

Es braucht nicht untersucht zu werden, ob ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG angenommen werden kann, wenn es auf seiten des Betroffenen versäumt worden ist, alle prozessualen Möglichkeiten auszuschöpfen (vgl. hierzu BayVerfGE 14, 47 = NJW 1961, 1523). Im vorliegenden Falle hat der Anwalt des Antragstellers im Verhandlungstermin vor dem Beschwerdesenat nicht seinen zuvor vom Vorsitzenden schriftlich abgelehnten

Vertagungsantrag wiederholt. Es mag deshalb zweifelhaft sein, ob der Antragsteller überhaupt vor dem Patentgericht in jeder zumutbaren Weise versucht hat, sich das rechtliche Gehör zu verschaffen (vgl. Henckel, ZZP Bd. 77 (1964), S. 340).

Indessen kann diese Tatfrage ebenso offen bleiben wie die unstrittene Rechtsfrage, ob nicht durch rügelose Einlassung auf die Verhandlung vom 10. Februar 1964 in entsprechender Anwendung des § 295 ZPO eine Heilung eingetreten ist (so BVerwGE 8, 149, 150) oder ob die Rüge der Versagung des rechtlichen Gehörs als unverzichtbarer Mangel zu behandeln ist (so SozE BSG I 4 Nr. 9 zu § 62). Entscheidend ist, daß im patentgerichtlichen Verfahren durch Berufung auf eine Versagung des rechtlichen Gehörs nicht die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde eröffnet werden kann. Denn gemäß § 41p Abs. 1, 2 PatG findet gegen Beschlüsse der Beschwerdesenate des Patentgerichts die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof prinzipiell nur unter der Voraussetzung statt, daß der Beschwerdesenat die Rechtsbeschwerde in seinem Beschluß zugelassen hat. Ausnahmsweise bedarf es einer Zulassung zur Einlegung der Rechtsbeschwerde nicht, wenn ein besonders schwerer Verfahrensverstoß vorliegt. Diese vom Gesetzgeber als besonders schwerwiegend beurteilten Verfahrensverstöße sind in § 41p Abs. 3 in fünf Ziffern einzeln aufgeführt. Dieser Katalog derjenigen Gründe, welche die Einlegung einer Rechtsbeschwerde ohne Zulassung ermöglichen, kann nach Wortlaut und Sinn dieser besonderen Vorschrift sowie nach dem System der ganzen, durch das Sechste Gesetz zur Änderung und Überleitung von Vorschriften auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes vom 23. März 1961 (BGBl I, 274) geschaffenen Neuregelung nur die Bedeutung einer erschöpfenden Aufzählung haben. Das hat der beschließende Senat bereits in verschiedenen Beschlüssen zum Ausdruck gebracht und deshalb für sich selber die Befugnis, das Anwendungsgebiet des § 41p Abs. 3 PatG auf weitere, dort nicht ausdrücklich genannte Fälle auszudehnen, vorenthält. Insbesondere sind schon Versuche

zurückgewiesen worden, eine Ausweitung des § 41p Abs. 3 durch Einbeziehung des Falles der Abweichungsrechtsbeschwerde oder einer Nachprüfungsbefugnis wegen Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde zu erreichen (so BGHZ 41, 360 = GRUR 1964, 519, 521 - Damenschuhabsatz). In gleicher Weise ist die Verfahrensrüge der unvollständigen Sachaufklärung aus § 41b PatG mangels Zulassung der Rechtsbeschwerde für unstatthaft erklärt worden (vgl. Ia ZB 214/63 vom 16. Juli 1964). Eine Abweichung von dieser grundsätzlichen Auffassung läßt sich auch nicht im Hinblick auf die Rüge der Versagung des rechtlichen Gehörs rechtfertigen. Denn der Gesetzgeber des Sechsten Überleitungsgesetzes hat den Anspruch auf rechtliches Gehör, unbeschadet der verfassungsmäßigen Garantie in Art. 103 Abs. 1 GG, für das patentgerichtliche Verfahren noch besonders in § 41h Abs. 2 PatG verankert. Gleichwohl sind Zuwiderhandlungen gegen diesen Verfahrensgrundsatz des § 41h Abs. 2 nicht mit in den Katalog des § 41p Abs. 3 aufgenommen worden, woraus als eindeutige Wertung des Gesetzgebers zu ersehen ist, daß Zuwiderhandlungen dieser Art eben nicht als Verfahrensverstöß von solcher Schwere gelten sollen, daß sie die Anrufung des Bundesgerichtshofs auch ohne Zulassung der Rechtsbeschwerde möglich machen müßten.

Dieses Ergebnis der Textauslegung wird durch einen Vergleich der Regelung des patentgerichtlichen Verfahrens mit zwei nur wenig älteren Verfahrensordnungen bestätigt. Der Gesetzgeber des Sechsten Überleitungsgesetzes hat sich nämlich bei der Fassung des § 41p Abs. 3 PatG an die entsprechende Regelung angelehnt, die in § 133 der Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO - vom 21. Januar 1960 (BGBl I, 17) für die zulassungsfreie Revision getroffen worden ist, während sich keine Parallele zu der in § 138 VwGO enthaltenen Zusammenfassung weiterer Verfahrensmängel findet, die im verwaltungsgerichtlichen Verfahren einen absoluten Revisionsgrund darstellen. Unter diesen absoluten Revisionsgründen

ist in § 138 Nr. 3 VwGO auch die Versagung des rechtlichen Gehörs aufgeführt, was wohlgemerkt nicht gleichbedeutend damit ist, daß hierdurch ein weiterer Fall der zulassungsfreien Revision geschaffen worden wäre (vgl. hierzu den Schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages - 12. Ausschuß - vom 20. Januar 1961 zum Regierungsentwurf eines Sechsten Überleitungsgesetzes, Abschnitt III 6 - Bundestagsdrucksache 2405 der 3. Wahlperiode). Der Gesetzgeber der Verwaltungsgerichtsordnung und des Sechsten Überleitungsgesetzes ist somit nicht dem Vorbild des § 73 Abs. 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB - vom 27. Juli 1957 (BGBl I 1081) gefolgt, wo unter Nr. 3 die Versagung des rechtlichen Gehörs als einer der Fälle der zulassungsfreien Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof ausdrücklich genannt wird.

Im Schrifttum ist die Frage aufgeworfen worden, ob der Tatbestand der Versagung des rechtlichen Gehörs den Tatbestand des § 41p Abs. 3 Nr. 3 (Nichtvertretensein eines Beteiligten) grundsätzlich mitumfaßt. Völz (Patentgerichtsverfahren, § 41h PatG An m. 3, § 41p PatG Anm. 19) nimmt an, im Falle der Versagung des rechtlichen Gehörs sei der Beteiligte nicht nach der Vorschrift des Gesetzes vertreten gewesen, so daß die Rechtsbeschwerde gemäß § 41p Abs. 3 Nr. 3 PatG ohne Zulassung gegeben sei. Die Auffassung Völzs wird von Busse, Kommentar zum Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 3. Aufl., § 41p PatG Anm. 4 geteilt. Beide Verfasser, die eine eigene Begründung ihres Standpunkts vermissen lassen, berufen sich auf Eyermann/Fröhler, welche in ihrem Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung die gleiche Ansicht zu § 133 VwGO vertreten (vgl. a.a.O., 2. bzw. 3. Aufl. jeweils Anm. 1). Diese Ansicht, der keines der anderen maßgebenden Erläuterungsbücher zur Verwaltungsgerichtsordnung beipflichtet (vgl. hierzu z.B. die Kommentare von Koehler, § 133 Erl. I 4, Klinger 2. Aufl. Vorbem. A zu § 133 und von Schunck/De Clerck,

§ 133 Anm. 1a; ferner Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 133 Erl. II 1), hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Beschluß vom 31. August 1962 (in MDR 1963, 74 = DVBl. 1963, 248) mit folgender überzeugenden Begründung abgelehnt:

"..... Daß das Gesetz - gemeint ist § 133 Nr. 3 VwGO - in der Versagung des rechtlichen Gehörs nicht einen Fall der mangelhaften Vertretung im Sinne des § 138 Nr. 4 zieht, zeigt schon der Umstand, daß § 138 VwGO (wie übrigens früher auch § 54 Abs. 2 BVerwGG - Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 25. September 1952, BGBl I 625) beide Verfahrensmängel nebeneinander als absolute Revisionsgründe aufführt. Aus der von Köhler in Erl. I 1 zu § 133 und in Erl. I zu § 138 VwGO dargestellten Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergibt sich, daß sich die Terminologie des § 138 Nr. 4 VwGO nicht von derjenigen in § 133 Nr. 3 VwGO unterscheidet. Daraus folgt, daß die Versagung des rechtlichen Gehörs auch kein Fall der mangelnden Vertretung im Sinne des § 133 Nr. 3 VwGO ist. Dazu kommt, worauf Ule (Verwaltungsgerichtsbarkeit, Erl. II 1 zu § 133 VwGO) zutreffend hinweist, daß das Gesetz die Aufnahme der Versagung des rechtlichen Gehörs unter die eine zulassungsfreie Revision rechtfertigenden Verfahrensmängel nicht etwa verschentlich, sondern mit Absicht unterlassen hat (vgl. hierzu die Niederschrift über die 66. Sitzung des 12. Ausschusses des Bundestages vom 29. April 1959, 3. Wahlperiode)"

Der Gesetzgeber wollte, wie aus der vom Bundesverwaltungsgericht zuletzt bezeichneten Fundstelle, insbesondere aber auch aus dem Schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses vom 12. Mai 1959 (Bundestagsdrucksache 1094 der 3. Wahlperiode) hervorgeht, durch die Regelung des § 133 VwGO dem Bundesverwaltungsgericht auf der einen Seite eine wirksame Kontrolle darüber ermöglichen, ob die Instanzgerichte die Verfahrensgrundsätze beachten. Auf der anderen Seite hat der Gesetzgeber aber auch das Ziel verfolgt, eine Überschwemmung des Bundesverwaltungsgerichts mit zulassungsfreien Revisionen

zu verhindern, die er auf Grund der ihm vorliegenden Statistiken vor allem dann befürchtete, wenn diese Revisionen auch auf die Verletzung des rechtlichen Gehörs gestützt werden könnten. So erklärt sich, daß dieser Vorfahrensmangel nicht in den Katalog des § 133 VwGO aufgenommen wurde und daß die zulassungsfreie Revision auf die fünf im Gesetzestext erwähnten Verfahrensv Verstöße beschränkt blieb. - Nur der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, daß allerdings bei Versagung des rechtlichen Gehörs unter Umständen eine Nichtzulassungsbeschwerde nach § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zum Erfolge führen kann. Darauf braucht aber hier nicht näher eingegangen zu werden; denn einerseits ist die Tragweite dieser Bestimmung erheblich geringer als wenn die zulassungsfreie Revision zugbilligt worden wäre, weil die Nichtzulassungsbeschwerde auf jeden Fall den Nachweis voraussetzt, daß die angefochtene Entscheidung auf dem behaupteten Verfahrensmangel beruht. Zum anderen hat das Sechste Überleitungsgesetz auf die Übernahme einer allgemeinen Verfahrensrüge, welche mit § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO vergleichbar wäre, verzichtet. Zwar hat der Gesetzgeber des Sechsten Überleitungsgesetzes die Einführung der Rechtsbeschwerde im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung auf dem Gebiete des Patentwesens als notwendig angesehen, er ist aber - ebenso wie der Gesetzgeber der Verwaltungsgerichtsordnung - von der Erwägung ausgegangen, daß dieses Rechtsmittel auf grundsätzliche Fragen beschränkt bleiben müsse und daß es nicht zu einer ins Gewicht fallenden weiteren Belastung des Bundesgerichtshofs führen dürfe. Diese Überlegung hat offensichtlich den Gesetzgeber dazu bestimmt, für die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde eine dem § 133 VwGO entsprechende Regelung zu treffen, die gegenüber derjenigen des § 73 Abs. 4 GWB den Anfall von Rechtsbeschwerden zwangsläufig verringert. Um die unerwünschte Belastung des Bundesgerichtshofs mit reinen Verfahrensentscheidungen noch weiter einzuengen, hat der Gesetzgeber darüber hinaus auch davon abgesehen, ent-

sprechend der Anregung aus Kreisen der Wirtschaft die Nichtzulassungsbeschwerde, wie sie sich in § 132 Abs. 3 VwGO und in § 74 GWB findet, einzuführen (vgl. hierzu die Amtliche Begründung zum Regierungsentwurf des Sechsten Überleitungsgesetzes, Teil B, Abschnitt 3a aa - Bundestagsdrucksache 1749 der 3. Wahlperiode; ferner den o.a. Schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses vom 20. Januar 1961, Abschnitt III 6). Hiernach ist in Übereinstimmung mit dem obigen Beschluß des Bundesverwaltungsgerichts vom 31. August 1962 davon auszugehen, daß die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde nach § 41p Abs. 3 PatG im Hinblick auf die eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers nicht auf die Rüge der "Versagung des rechtlichen Gehörs" für sich allein gestützt werden kann (so auch Benkard, PatG, GebrMG, 4. Aufl. § 41p PatG Rdn. 11, und Röhl NJW 1964, 274; ebenso allgemein Henckel ZZP 1964, 335, 357). Die Versagung des rechtlichen Gehörs ist kein Mangel, der für sich allein eine Rechtsbeschwerde ohne Zulassung statthaft machen könnte (so zum Problem der Gewährung einer weiteren Rechtsmittelinstanz im allgemeinen: Maunz-Dürig Anm. 89 zu Art. 103 GG). Auch eine analoge Anwendung des § 41p Abs. 3 Nr. 3 PatG oder, wie die Rechtsbeschwerde meint, des § 41p Abs. 3 Nr. 5 PatG ("nicht mit Gründen versehen") scheidet aus den gleichen Erwägungen aus. Damit ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen, daß gewisse Fälle der "Versagung des rechtlichen Gehörs" sich mit den Voraussetzungen der Nr. 3 oder Nr. 5 des § 41p Abs. 3 PatG decken können, so daß auf Grund dieser Bestimmungen die Rechtsbeschwerdeinstanz ohne Zulassung eröffnet sein kann. Daß solche Sachverhalte hier gegeben seien, wird von der Rechtsbeschwerdeführerin jedoch nicht behauptet.

Abzulehnen wäre auch die Vorstellung, daß etwa ein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts bestehe, die Verletzung einer grundlegenden Verfahrensvorschrift - als solche ist § 41h Abs. 2 PatG angesichts der in Art. 103 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich verbürgten Gewährung des rechtlichen Gehörs

anzusehen - müsse schlechthin eine sonst verschlossene Instanz eröffnen. Zu dieser Auffassung hat sich der beschließende Senat bereits in seinen oben erwähnten Beschlüssen vom 21. April und 16. Juli 1964 bekannt. Im übrigen hat der Bundesgerichtshof die gegensätzliche Vorstellung bereits in zwei Fällen abgelehnt, in welchen die nach anderen Verfahrensordnungen unzulässige Rechtsbeschwerde ebenfalls mit der Verletzung des genannten Verfassungsgrundsatzes begründet worden war (vgl. hierzu den Beschluß des II. Zivilsenats vom 7. Januar 1957 in LM § 84 BVFG Nr. 2 zu § 84 Abs. 1 Satz 4 des Bundesvertriebenengesetzes vom 19. Mai 1953 (BGBl I 201), wonach die Entscheidung des Beschwerdegerichts endgültig ist; vgl. ferner den Beschluß des V. Zivilsenats vom 6. Dezember 1960 (vgl. LM LwVG § 24 Nr. 25 = MDR 1961, 309) mit dem Nachweis weiterer Entscheidungen zu § 24 Abs. 2 des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen vom 21. Juli 1953 (BGBl I 667), worin unter Nr. 2 die zulassungsfreie Verfahrensrechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof nur insoweit gegeben wird, als es sich um die Unzulässigkeit des Verfahrens vor den ordentlichen Gerichten oder um die Unzulässigkeit der Beschwerde handelt).

Es kann schließlich auch nicht der Auffassung der Rechtsbeschwerde gefolgt werden, die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde müsse in Fällen der "Versagung des rechtlichen Gehörs" immer gegeben sein, weil es nicht Sinn der prozessualen Gesetzgebung sein könne, einen Rechtsbehelf für die Rechtsbeschwerde auszuklammern, der dann über die Verfassungsbeschwerde zur Aufhebung der Entscheidung führen müsse. Diese Auffassung läuft auf die von Völz, Patentgerichtsverfahren, Anm. 3 zu § 41h; Anm. 19 zu § 41p, sowie von Bernhardt, Lehrbuch des deutschen Patentrechts, 2. Aufl. § 50 T. 2, S. 263 ff, vertretene Meinung hinaus, daß es der Rechtseinheit abträglich sei, bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nur die Verfassungsbeschwerde zum Bundes-

verfassungsgericht (vgl. hierzu § 90 Abs. 1 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht - BVerfGG - vom 12. März 1951 - BGBl. I 243), nicht aber den Rechtsgang zum Bundesgerichtshof zu gewähren, und daß daher unter diesem Gesichtspunkt eine auf Versagung des rechtlichen Gehörs gestützte Rechtsbeschwerde stets zuzulassen sei. Es ist jedoch nicht zu erkennen, inwiefern durch die vom Gesetzgeber getroffene Regelung, welche in erster Linie dem Bundesverfassungsgericht die Entscheidung über die Verletzung des in Art. 103 Abs. 1 GG enthaltenen grundrechtsähnlichen Rechts vorbehält, die Rechtseinheit gefährdet werden soll. Wie bereits der II. und V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in den oben angeführten Entscheidungen ausgesprochen haben, werden jedenfalls dadurch, daß die Verfassungsbeschwerde gemäß § 90 Abs. 2 BVerfGG erst nach Erschöpfung des Rechtsweges gegeben ist, die gesetzlichen Vorschriften über den Rechtsweg und den Instanzenzug nicht berührt. Infolgedessen wird auch nicht etwa eine vom Gesetz nicht vorgesehene Möglichkeit zur Einlegung eines Rechtsmittels begründet. Dies ist hier um so weniger der Fall, als die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde - wie oben dargelegt - nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers gerade nicht auf die Versagung des rechtlichen Gehörs gestützt werden kann (vgl. hierzu auch den bereits zitierten Beschluß des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. August 1962 zu der gleichliegenden Regelung des § 133 VwGO).

Zur Bekräftigung dieser Rechtsauffassung, die darauf hinausläuft, daß der Verfassungsgrundsatz des Art. 103 Abs. 1 GG es keineswegs zwingend erfordert, daß jede gerichtliche Entscheidung, die unter Versagung des rechtlichen Gehörs ergangen ist, deshalb mit einem Rechtsmittel anfechtbar sein müßte, kann noch hervorgehoben werden, daß sogar das Bundesverfassungsgericht selber nach § 91a Abs. 2 BVerfGG in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 21. Juli 1956 (BGBl. I 662) auch begründete, ja selbst offensichtlich begründete Verfassungsbeschwerden verwerfen kann, wenn von ihrer Entschei-

dung die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage nicht zu erwarten ist, noch dem Beschwerdeführer durch die Versagung der Entscheidung zur Sache ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entsteht (vgl. hierzu BVerfGE 9, 120, 121).

6. Nach alledem war die Rechtsbeschwerde als unbegründet zurückzuweisen, ohne daß es einer - übrigens vom Beschwerdeführer nicht beantragten - mündlichen Verhandlung bedurft hätte. Die Kostenentscheidung beruht auf § 41y Abs. 1 Satz 2 PatG.

Dr. Nastelski Spreng Spengler Claßen Schneider