

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

PatG § 1

G l a t z e n o p e r a t i o n

Heilverfahren sind nicht patentierbar.

BGH, Beschl. v. 26. September 1967 - Ia ZB 1/65 - Bundes-
patent-
gericht

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

Ia ZB 1/65

- 2 -

Der Ia-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 26. September 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Prof. Dr. Nastelski und der Bundesrichter Dr. Bock, Dr. Spreng, Dr. Löscher und Claßen

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluß des 18. Senats (technischen Beschwerdesenats XIII) des Bundespatentgerichts vom 5. November 1964 wird auf Kosten des Anmelders zurückgewiesen.

G r ü n d e:

I. Die Anmeldung betrifft ein chirurgisch-kosmetisches Verfahren zur Heilung der Glatzenbildung bei Männern.

Die angemeldeten Patentansprüche lauten:

- "1. Verfahren zur Verhinderung der Glatzenbildung, dadurch gekennzeichnet, daß die Zwischensehne der Musculi frontales etwa 2 cm oberhalb der Glabella durchschnitten wird.
2. Verfahren nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß etwa 2 cm oberhalb der Glabella genau in der Mitte ein horizontaler, etwa 2 cm langer Schnitt, möglichst in einer Stirnfalte, gelegt wird, worauf die Zwischensehne der Musculi frontales freigelegt, stumpf von ihrer Umgebung gelöst und mit dem Skalpell durchschnitten wird."

Der Anmelder geht im Anschluß an die Untersuchungen von W. [REDACTED] in "Wiener Klinische Zeitschrift" 1933 S. 1383 ff von der Annahme aus, daß nach Aufhören des allgemeinen Körperwachstums einschließlich der Kopfschwarte und der behaarten



Kopfhaut der knöchernen Hirnschädel im 3. und 4. Lebensjahrezehnt weiterwächst. Hierbei kommt es nach Ansicht des Anmelders zu einer zunehmenden Spannung der Kopfschwarte und zu einer sekundären Druckatrophie der Haarwurzeln im Bereich der unnachgiebigen Galea aponeurotica mit der Folge des Haarausfalls. Die Herstellung eines gesunden Kopfhaares sei an den druckatrophiierten Haarwurzeln nicht mehr möglich. Durch den von ihm vorgeschlagenen operativen Eingriff ziehe sich die Zwischensehne der Musculi frontales um mehrere Zentimeter nach oben zurück; hierdurch trete eine Entspannung der Kopfhaut ein. Nach diesem Eingriff könne sich die Kopfschwarte dem Wachstum des knöchernen Hirnschädels anpassen und sich entsprechend dehnen, so daß eine Atrophie der Haarwurzeln infolge Spannung der Kopfschwarte vermieden werde. Hierdurch werde eine Glatzenbildung verhindert.

Die Prüfungsstelle für Klasse 30a des Deutschen Patentamts hat durch Beschluß vom 25. Februar 1957 die Anmeldung zurückgewiesen mit der Begründung, die Anmeldung betreffe ein chirurgisch-kosmetisches Behandlungsverfahren. Derartige Heilverfahren seien nach ständiger Praxis und der Rechtsprechung des Patentamts vom Patentschutz ausgenommen.

Der 6. Beschwerdesenat des Deutschen Patentamts hat durch Beschluß vom 25. November 1960 die Beschwerde des Anmelders zurückgewiesen.

Die vom Anmelder gegen diese Entscheidung beim Bayerischen Verwaltungsgericht in München erhobene Klage ging gemäß Art. 6 § 11 Abs. 2 des Sechsten Überleitungsgesetzes vom 23. März 1961 mit Wirkung vom 1. Juli 1961 auf das Bundespatentgericht über. Nach dieser Vorschrift

gilt die Klage als Beschwerde, über die nach den Vorschriften für das Verfahren vor dem Patentgericht zu entscheiden war.

Der 18. Senat (technischer Beschwerdesenat XIII) des Bundespatentgerichts hat durch Beschluß vom 5. November 1964 die Beschwerde zurückgewiesen. Er ist in allen wesentlichen Punkten der Entscheidung des 6. Beschwerdesenats des Deutschen Patentamts vom 25. November 1960 beigetreten und hat im einzelnen ausgeführt:

Die Erfindung betreffe ein Verfahren zur Heilung der Glatzenbildung bei Männern. Hierbei handele es sich um ein echtes Heilverfahren zur Beseitigung oder Linderung eines pathologischen Zustandes. Wachse nach Aufhören des allgemeinen Körperwachstums einschließlich der Kopfschwarte und der behaarten Kopfhaut nur der knöcherne Hirnschädel weiter, so habe dies eine Störung der Durchblutung der Haut und damit eine Störung oder Unterbindung der Ernährung der Kopfhaut zur Folge und verursache dadurch den Haarausfall. Als weitere Folge dafür sei nicht nur die Entstellung des Äußeren und die dadurch möglicherweise bedingte Entstehung von Hemmungen und Minderwertigkeitskomplexen anzunehmen, sondern auch lästiger Kopfdruck oder Kopfschmerzen könnten die Folge sein.

Daß durch den vorgeschlagenen operativen Eingriff ein Erfolg herbeigeführt werden könne, lasse sich nach den vorgelegten sachverständigen Äußerungen nicht von der Hand weisen. Auf dieser Grundlage sei vielmehr das von dem Anmelder vorgeschlagene Verfahren als erfolgversprechend anzusehen; ein technischer Fortschritt könne diesem von dem Anmelder erstmals vorgeschlagenen Verfahren nicht abgesprochen werden.

In Übereinstimmung mit dem 6. Beschwerdesenat des Deutschen Patentamts hat das Bundespatentgericht den Patentschutz verneint mit der Begründung, eine Monopolisierung des in der Hand des Arztes liegenden Heilverfahrens sei aus ethischen Gründen als den guten Sitten widersprechend anzusehen.

II. Die kraft ausdrücklicher Zulassung statthafte, frist- und formgerecht eingelegte und begründete Rechtsbeschwerde kann sachlich nicht zum Erfolge führen.

1. a) Nach den rechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Bundespatentgerichts handelt es sich bei dem zum Patent angemeldeten Verfahren zur Verhinderung der Glatzenbildung um einen operativen Eingriff, der ein echtes Heilverfahren zur Beseitigung oder Linderung eines pathologischen Zustandes darstellt.

Seit der "Badewasser"-Entscheidung des Patentamts vom 30. Dezember 1904 (BlPMZ 1905, 4) entspricht es ständiger Praxis, auch des Reichsgerichts, daß für derartige den menschlichen Körper betreffende Heilverfahren die Patentierbarkeit schlechthin verneint wird. In der Begründung weichen die Entscheidungen jedoch erheblich voneinander ab (vgl. zum folgenden die zusammenfassende Übersicht im Aufsatz von Dersin, Über die Patentfähigkeit von Verfahren zur Behandlung des lebenden menschlichen Körpers, GRUR 1951, 2 ff).

Zunächst wurde ganz allgemein für Erfindungen, die auf die belebte Natur einwirken, der Patentschutz abgelehnt mit der Begründung, es fehle bei diesen Erfindungen die "gewerbliche Verwertbarkeit" im Sinne des § 1 PatG. Als "gewerblich verwertbar" im Sinne dieser

Vorschrift wurden nur solche Erfindungen angesehen, die eine mechanische oder chemische Bearbeitung oder Verarbeitung von Rohstoffen zum Gegenstand hatten; nur für Verfahren der industriellen Produktion war nach dieser Auffassung der Patentschutz geschaffen (so die bereits angeführte "Badewasser"-Entscheidung BlPMZ 1905, 4).

In der Entscheidung vom 1. März 1906 (BlPMZ 1906, 215), die ein Verfahren zur Regulierung schiefgewachsener Zähne betraf, hat das Patentamt ausgeführt, daß dort, wo als Objekt einer mechanischen, chemischen oder elektrischen Verfahrensweise der lebende menschliche Körper dienen solle, dieser Tätigkeit das Merkmal der gewerblichen Gütererzeugung oder der Bearbeitung wirtschaftlicher Güter fehle (ähnlich die Entscheidung PA BlPMZ 1912, 110, die für ein Verfahren zum operativen Einsetzen von Haaren in kahle Hautflächen den Patentschutz ablehnt).

In der Entscheidung vom 12. Juni 1914 (BlPMZ 1914, 257) wurde zum Begriff der gewerblich verwertbaren Erfindung ergänzend ausgeführt, eine Erfindung müsse produktiv sein, neue Werte erzeugen und einem Gebiet der Technik angehören. Sie müsse daher willkürliche Einwirkungen der äußeren menschlichen Machtmittel auf leblose Gegenstände zum Inhalt haben; nicht zur Technik gehöre die Behandlung von Lebewesen.

Aus diesen Entscheidungen folgt, daß früher auch alle Eingriffe in den menschlichen Organismus schlechthin als vom Patentschutz ausgeschlossen angesehen wurden (so noch insbesondere unter Bezugnahme auf die oben erwähnte Entscheidung vom 1. März 1906 die "Dauerwellen"-Entscheidung vom 18. Januar 1937, MittDPatAnw 1937, 88).

b) Inzwischen hatte sich, vor allem unter dem Einfluß der Rechtslehre, der Begriff der gewerblichen Verwertbarkeit allmählich gewandelt. Unter gewerblicher Verwertbarkeit wird nunmehr jede Möglichkeit der Anwendung der Erfindung in einem gewerblichen Betrieb, und zwar entweder durch Herstellung oder durch Gebrauch, verstanden. Zu den gewerblichen Betrieben wird auch die Urproduktion (Bergbau, Land- und Forstwirtschaft usw.) gerechnet. Der Bereich der Technik wird nicht mehr auf leblose Dinge beschränkt, sondern auf die Beeinflussung der belebten Natur, soweit hierzu technische Mittel verwendet werden, ausgedehnt. Grundlegend hierfür sind die Entscheidungen des Reichspatentamts und des Reichsgerichts betreffend das bekannte Friedmann'sche Tuberkuloseserum-Gewinnungsverfahren nach Patent Nr. 336 051 (BlPMZ 1924, 6). Hier wird die Behandlung lebender tierischer Körper zur Gewinnung von Schutzstoffen - unter Verwendung von Schildkrötentuberkelbazillen - als patentfähig anerkannt. In der Entscheidung des Reichspatentamts wird ausgeführt, daß es sich bei diesem Verfahren um die Schaffung eines Arzneimittels "nach einem besonderen, allerdings nicht im engeren Sinn, technischen Verfahren" handele; das Verfahren finde auf biologischem Gebiete Anwendung und benutze also Lebensvorgänge der lebenden Natur, statt daß, wie sonst üblich, chemische Kräfte lebloser Materie zum Ausgleich gebracht würden. Wie bei chemischen Verfahren üblicher Art werde aber auch hier der Verlauf des Prozesses durch eine auf einen bestimmten Erfolg eingestellte menschliche Tätigkeit beeinflusst. Von jeher seien bereits im Reichspatentamt zahlreiche Patente für Erfindungen von Stoffen erteilt worden, die auf biologischem Wege erzeugt wurden, und zwar entweder, soweit das Patentgesetz dies zulasse, für diese Stoffe selbst, oder für Verfahren zur Herstellung der Stoffe, z.B. Verfahren zur Brotbe-

reitung, bei welchen Hefe Verwendung finde, die gleichfalls aus Lebewesen bestehe, ferner zur Bierbereitung, Essigfabrikation u.a.m.. Nach Anspruch 2 des Friedmann-Patents Nr. 336 051 wird sogar zu Züchtungszwecken eine Passage der Kulturen durch den menschlichen Körper geschützt. (Auf die hiergegen bestehenden Bedenken ethischer Natur braucht an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden; vgl. hierzu Blum/Pedrazzini, Das schweizerische Patentrecht, Bd. I, 1957, Art. 1 Anm. 11a, S. 84/85 m. Nachw.; a.A. Warschauer, MittDPatAnw 1927, 219).

In der "Röntgenkontrast"-Entscheidung vom 28. Januar 1935 (BlPMZ 1935, 31) hat das Reichspatentamt ein röntgenologisches Verfahren für patentfähig erklärt, bei dem ein Röntgenkontrastmittel in die menschliche Blutbahn eingeführt wird. Auch dieses Verfahren betrifft die Behandlung des lebenden menschlichen Körpers; in der Entscheidung wird für die Begründung der Patentfähigkeit als wesentlich angesehen, daß es sich nicht um ein der ärztlichen Tätigkeit vorbehaltenes Heilverfahren ("mit einer dauernden oder vorübergehenden, inneren oder äußeren Veränderung des lebenden Organismus") handele.

Auch wird nunmehr ganz allgemein für technische Verfahren, die lediglich der "Verschönerung" des Menschen, also nicht zu Heilzwecken, dienen, die Patentfähigkeit anerkannt. Beispiele für rein kosmetische Verfahren dieser Art bieten die Haarfärbe- und Dauerwellverfahren, wie sie in gewerblichen Betrieben, nämlich bei den Friseuren, verwertet werden. Grundlegend für diese Praxis ist der Zwischenbescheid des 5. Beschwerdesenats des Deutschen Patentamts vom 10. November 1950, der ein Haarfärbe-Verfahren betrifft (vgl. Dersin aaO. S. 5/6; DPA BlPMZ 1950, 352 f).

Dagegen sollen nach wie vor vom Patentschutz frei bleiben alle Heilverfahren, die als Ausübung der Heilkunde in den Bereich der ärztlichen Anordnung oder der ärztlichen Tätigkeit fallen. Ganz allgemein besteht Übereinstimmung darüber, daß alle Maßnahmen, die wie Heilverfahren, operative Eingriffe und dergl. auf Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit gerichtet sind, nicht monopolisiert werden dürfen. Hierzu gehört selbstverständlich nicht nur die Berufstätigkeit des Arztes im engeren Sinne, sondern jede Ausübung der Heilkunde, wie z.B. auch die Tätigkeit der Heilpraktiker usw.. Dabei wird im Schrifttum wie in der patentamtlichen Praxis allgemein anerkannt, daß die ärztliche Tätigkeit keine gewerbliche Tätigkeit im Sinne des Patentgesetzes ist (so z.B. RPA 15. Dezember 1933, B1PMZ 1934, 19/20). Demgegenüber ist im Schrifttum nur ganz vereinzelt - zum Teil mit Einschränkungen - auch die Patentierbarkeit von Heilverfahren gefordert worden (z.B. Herse, GRUR 1905, 325/26; Willrath, GRUR 1933, 681/85; Warschauer aaO; Wall, Zur Frage des Patentschutzes von Nahrungs-, Genuß- und Arzneimitteln sowie auf chemischem Weg hergestellten Stoffen, Diss. Stuttgart 1958, S. 40 Abs. 2).

2. a) Das Bundespatentgericht hat die Wiederholbarkeit und die gewerbliche Verwertbarkeit der mit der vorliegenden Patentanmeldung vorgeschlagenen Operation ausdrücklich bejaht. Die Entscheidung räumt zwar ein, daß der Arztberuf nach wie vor nicht als Gewerbe zu betrachten sei, meint aber unter Hinweis auf BGHZ 16, 71, 79, man könne nicht an der Tatsache vorbeigehen, "daß der Arzt in Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben eine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit ausübe" (S. 8 oben der angefochtenen Entscheidung).

b) Im übrigen macht sich der angefochtene Beschluß im wesentlichen die Begründung zu eigen, mit der das Deutsche Patentamt in der Entscheidung vom 4. November 1952 (BlPMZ 1953, 88 = GRUR 1953, 172 - "Narkosekontrollverfahren") die Patentfähigkeit eines Verfahrens zur Messung der Narkosetiefe am lebenden menschlichen Körper abgelehnt hat.

Diese Entscheidung geht davon aus, daß Verfahren, bei deren Durchführung der lebende menschliche Körper mit seinen biologischen und physiologischen Funktionen mitwirkt, an sich technische Erfindungen sein können. Auch wenn die Anwendung eines solchen technischen Verfahrens nicht sittenwidrig ist, die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 Nr. 1 PatG (bisheriger Fassung) also nicht gegeben sind, wird der Patentschutz für den Fall verneint, daß durch Ausübung des beantragten Ausschließungsrechts eine gegen die guten Sitten verstoßende Behinderung in der Anwendung des Verfahrens eintritt. Hierzu wird ausgeführt, das Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden werde gröblich verletzt, wenn ein für die körperliche lebenserhaltende Behandlung des Menschen nützliches oder gar notwendiges Verfahren durch ein Patent monopolisiert und damit der freien Benutzung durch die Allgemeinheit und insbesondere durch die Ärzteschaft entzogen werden würde. Es wäre bei billiger und gerechter Betrachtung der Umstände nicht zu rechtfertigen, wenn es von der Lizenzbereitschaft eines Schutzrechtsinhabers abhinge, ob überhaupt und wieviele Ärzte dieses Verfahren, das vielleicht allein imstande sei, den Patienten vor schweren Schäden zu bewahren, anwenden dürften oder nicht. Wer ein ihm gesetzlich bewilligtes und damit zulässiges Ausschlußrecht geltend mache, könne zwar in aller Regel nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Ergebe sich aber dennoch, daß ein

solcher Verstoß möglich sei, so beweise das lediglich, daß er seine Ursache bereits in dem Entstehen des Patents, nicht aber in der Ausübung des mit dem Patent verbundenen Rechts habe. Mit anderen Worten: Die Möglichkeit eines Verstoßes gegen die guten Sitten könne nicht etwa durch eine Einschränkung des Verbotsrechts aus dem Patent ausgeschlossen werden, sondern von vornherein nur dadurch, daß das Entstehen des Patents überhaupt verhindert werde.

aa) Gestützt auf diese Entscheidung hat das Bundespatentgericht im vorliegenden Fall eine Monopolisierung des in der Hand des Arztes liegenden Heilverfahrens aus ethischen Gründen als den guten Sitten widersprechend angesehen und ausgeführt, dabei könne es auch keinen Unterschied machen, daß es sich bei dem Verfahren nicht um einen schwerwiegenden Eingriff zur Beseitigung eines lebensbedrohenden Zustandes, sondern um eine relativ harmlose Operation handele; denn jedes in die Hand des Arztes gelegte Verfahren, das einen irgendwie gearteten krankhaften Zustand beseitigen solle, sei vom Patentschutz ausgenommen.

bb) Der Anmelder macht demgegenüber mit der Rechtsbeschwerde geltend, diese vom Bundespatentgericht vertretene Auffassung finde im Gesetz keine Stütze. Nach der restriktiv auszulegenden Ausnahmevorschrift des § 1 Abs. 2 Nr. 1 PatG seien von der Patentfähigkeit nur solche Erfindungen ausgenommen, deren Verwertung den Gesetzen oder den guten Sitten zuwiderlaufen würde. Das Bundespatentgericht habe diese Ausnahmevorschrift jedoch rechtsfehlerhaft erweiternd ausgelegt, wenn es das angemeldete Verfahren allein deshalb vom Patentschutz ausgeschlossen habe, weil die Monopolisierung der Erfindung in einer Hand als sittenwidrig erscheinen könnte. Damit wendet sich die

Rechtsbeschwerde zugleich gegen die in der "Narkosekontrollverfahren"-Entscheidung vertretene Auffassung des Deutschen Patentamts, der übrigens zeitlich vor der angefochtenen Entscheidung des Bundespatentgerichts im vorliegenden Fall auch der 6. Beschwerdesenat des Deutschen Patentamts mit dem Beschluß vom 25. November 1960 gefolgt war.

Gegen die Annahme, daß die Patentierung ärztlicher Verfahren bereits wegen der Gefahr eines Mißbrauchs des Patents von vornherein als schlechthin sittenwidrig auszuschließen sei, bestehen in der Tat rechtliche Bedenken.

Hierzu weist Tetzner (Patentgesetz, 2. Aufl., 1951, § 1 Anm. 74 S. 114) darauf hin, daß keinesfalls wegen des § 1 Abs. 2 Nr. 1 PatG eine Erfindung deshalb vom Patentschutz ausgeschlossen werden dürfe, weil durch Patenterteilung eine unsittliche Monopolstellung des Schutzrechtsinhabers herbeigeführt würde; gegen den Monopolmißbrauch seien andere Verteidigungsmittel, z.B. das Zwangslizenzverfahren, gegeben. Tetzner wendet sich in diesem Zusammenhange auch gegen Dersin, soweit dieser in GRUR 1951, 2, 5, 11. Sp., vorletzter Absatz, die Patentierung von Heilverfahren unter § 1 Abs. 2 Nr. 1 PatG rechnen will, weil "die Ausnutzung der Krankheit eines Menschen zur Erzielung von Gewinnen als unmoralisch und gegen die guten Sitten verstoßend angesehen werden muß".

Die gleichen Bedenken äußert Rolf Pietzcker (in Bußmann/Pietzcker/Kleine, Gewerblicher Rechtsschutz, 3. Aufl., § 7 J III S. 188) gegen den mit Sittenverstoß begründeten Ausschluß der Heilverfahren vom Patentschutz, weil nicht die Verwertung der Erfindung gegen die guten Sitten verstoße, wie es § 1 Abs. 2 Nr. 1 PatG verlange; da vielmehr nur die Monopolisierung solcher Erfindungen

verhindert werden sollte, wäre eine Zwangslizenz das adäquate Mittel, das zudem auch Anreiz für Erfindungen auf diesem wichtigen Gebiete geben würde.

Unter Hinweis auf Dersin, GRUR 1951, 5, billigt Lindenmaier (PatG, 4. Aufl., § 1 Anm. 32 S. 68) ersichtlich die Auffassung des Patentamts, daß bei Heilverfahren für Menschen (Verfahren, die zur Heilung, Linderung oder Vermeidung gesundheitlicher Schäden, zur Kräftigung und Leistungsverbesserung des menschlichen Körpers beitragen) die patentrechtliche Monopolisierung wegen Sittenverstosses unzulässig sei. An anderer Stelle (§ 1 Anm. 6 S. 41) heißt es, das Patentamt "betrachte die Monopolisierung eines Heilverfahrens für Menschen als ethischer Forderung widersprechend und daher als patenthindernd gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 PatG". Abweichend von dieser aus einer Bestimmung des Patentgesetzes hergeleiteten Begründung, deren Bedenklichkeit oben bereits hervorgehoben wurde, verweist Lindenmaier in anderem Zusammenhange (§ 1 Anm. 26 S. 55), wo die Möglichkeit gewerblicher Verwertbarkeit bei Eingriffen in den menschlichen Körper grundsätzlich anerkannt wird, für die Verhinderung der Monopolisierbarkeit bei Heilverfahren auf § 1 UWG und § 826 BGB. Auch diese außerpatentrechtlichen Normen sind jedoch nicht geeignet, generell die Patentierung von Heilverfahren wegen Verstoßes gegen die guten Sitten auszuschließen.

Rolf Pietzcker (aaO. S. 188) meint, daß es sich bei der Verneinung der Schutzfähigkeit von Heilverfahren "im Grunde genommen um eine Anwendung des in § 1 Abs. 2 Nr. 2 PatG für Arzneimittel bereits ausdrücklich festgelegten Gedankens auf Heilverfahren handele" (ähnlich Quade, GRUR 1913, 2, 4, li. Sp., der meint, man werde

dieselbe Sonderstellung, welche die Arzneimittel für Menschen genießen, auch den Heilverfahren für Menschen zubilligen müssen). Hubmann (Gewerblicher Rechtsschutz, 1962, § 11 III 1 b S. 92) hält, da § 1 Abs. 2 Nr. 2 PatG dem öffentlichen Interesse an der Volksgesundheit dienen wolle, ausdrücklich die analoge Anwendung dieser Vorschrift auf ärztliche Heilverfahren für gerechtfertigt.

Auch diese Argumentation wird schwerlich als stichhaltig anerkannt werden können; denn unbestritten sind Instrumente und Apparate, die bei Heilverfahren Verwendung finden, dem Patentschutz zugänglich, und auch für Arzneimittel bestand schon bisher, sofern sie auf Grund eines patentierten Verfahrens unmittelbar hergestellt sind, der umfassende Erzeugnisschutz nach § 6 Satz 2 PatG. Mit der am 1. Januar 1968 in Kraft tretenden Streichung des § 1 Abs. 2 Nr. 2 PatG (Gesetz vom 4. September 1967, Art. 1 Nr. 1, BGBl I 953) wird u.a. erreicht, daß sämtliche für Heilbehandlungen in Betracht kommenden Gegenstände, also außer Apparaten, Instrumenten usw. auch Arzneimittel in gleicher Weise durch Sachpatente geschützt werden können. Mit der Beseitigung der für Arzneimittel geltenden Ausnahmebestimmung des § 1 Abs. 2 Nr. 2 PatG entfällt sonach die Grundlage für die von Rolf Pietzcker (aaO.) und Hubmann (aaO.) vertretene Auffassung einer analogen Anwendung des in dieser Bestimmung enthaltenen Rechtsgedankens.

Aus den bisher erörterten patentgesetzlichen Bestimmungen und außerpatentrechtlichen Normen läßt sich hiernach der Ausschluß des Patentschutzes für Heilverfahren (im weitesten Sinne) nicht zwingend begründen.

3. a) Bei allen Begründungen für die in Rechtsprechung und Rechtslehre gefestigte Ansicht, daß Heilverfahren für den menschlichen Körper nicht patentierbar sind, kehren ständig in irgendeiner Form soziaethische Erwägungen wieder, die auf der grundlegenden Bedeutung der menschlichen Gesundheit beruhen. Hierzu hat der Präsident des Deutschen Patentamts bereits in seiner Stellungnahme vom 24. März 1961 in dem eingangs erwähnten verwaltungsgerichtlichen Verfahren zutreffend verwiesen auf Busse, PatG, 3. Aufl., § 1 Anm. 3 unter E I S. 93; Pietzcker, PatG, 1929, § 1 Anm. 15 S. 40 f; Reimer, PatG, 2. Aufl., § 1 Anm. 8 aa S. 12/13; Blum/Pedrazzini aaO. S. 84 ff; (vgl. weiter Tetzner aaO. § 1 Anm. 41 und 42 S. 76/78; Trüstedt, Patente und ihre Anmeldung, 1957, S. 38; Bernhardt, Lehrbuch des deutschen Patentrechts, 2. Aufl., § 6 I S. 26; Hubmann aaO. § 8 II 1 d S. 75/76; Heimann, MuW 1914/15, 211 ff, insbesondere S. 214 re. Sp.; Morf, Schweizerische Mitteilungen über gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, 1956, 36, 38 unter d; Schweiz. BG Urt. v. 24. September 1946; BGE 72 I 368 = GRUR 1951, 283).

In Rechtslehre und Rechtsprechung wird die Gesundheit für den einzelnen und für die Allgemeinheit mit Recht an sich als so bedeutungsvoll angesehen, daß es jedermann freistehen muß, mit Hilfe eines Arztes seines Vertrauens zur Erhaltung und zur Wiederherstellung seiner Gesundheit oder auch zur Vorbeugung gegen gesundheitliche Schäden oder zur Linderung von Leiden das ihm geeignet erscheinende Behandlungsverfahren zu wählen.

In dem Zwischenbescheid des 5. Beschwerdesenats des Deutschen Patentamts vom 10. November 1950 (GRUR 1951, 6 re. Sp.) wird es unter Bezugnahme auf Reimer schlechthin als "nicht angängig" bezeichnet, Heilverfahren, operative

Eingriffe und sonstige auf die Erhaltung der Gesundheit gerichtete Maßnahmen zu "monopolisieren".

Dersin (aaO. S. 5 li. Sp.) hält den Gedanken, daß Heilverfahren ohne Zahlung einer Lizenz an einen Patentinhaber nicht ausgeübt werden dürften, für "unerträglich" (in ähnlichem Sinne Bernhardt aaO. S. 26; Hubmann aaO. S. 75/76).

Nach der Auffassung des erkennenden Senats ist es eine rechtspolitische Forderung, daß der Arzt in der Wahl der Verfahren frei sein muß, die er zur Wiederherstellung und Erhaltung der Gesundheit und des Wohlbefindens seiner Patienten für geeignet oder gar für notwendig hält. Es geht nicht an, daß etwa der Arzt oder der Patient von Fall zu Fall für ein bestimmtes Behandlungsverfahren die Erlaubnis eines Schutzrechtsinhabers einholen müßten. Dementsprechend hat auch das Deutsche Patentamt in der "Narkosekontrollverfahren"-Entscheidung, wie bereits erwähnt, ausgesprochen, daß es bei billiger und gerechter Betrachtung der Umstände nicht zu rechtfertigen sei, wenn es von der Lizenzbereitschaft eines Schutzrechtsinhabers abhinge, ob überhaupt und wieviele Ärzte das zum Patent angemeldete Narkosekontrollverfahren anwenden dürfen oder nicht. Der insbesondere von Wall (aaO. S. 40/41) vertretene Gedanke, es sei im Interesse der Allgemeinheit wichtiger, daß die medizinischen und pharmazeutischen Fachkreise durch die Gewährung von Schutzrechten angespornt würden, nach neuen und fortschrittlichen Heilverfahren (und Heilmitteln) zu forschen und diese Erfindungen nicht etwa geheimzuhalten, sondern auch bekanntzugeben, vermag demgegenüber nicht durchzugreifen.

b) Ob aus den angeführten Gesichtspunkten ohne weiteres die Patentierung von Heilverfahren ausgeschlossen werden könnte, kann jedoch letztlich auf sich beruhen; denn das Patentierungsverbot ergibt sich bereits aus der Bestimmung des § 1 Abs. 1 PatG, daß Patente nur für neue Erfindungen erteilt werden, "die eine gewerbliche Verwertung gestatten", sowie daraus, daß die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde durch einen Arzt (oder einen Heilpraktiker), zu dessen Tätigkeitsbereich die Heilverfahren, hier die Glatzenoperation, gehören, nicht als "gewerblich" im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden kann.

Bei der Anwendung dieser Vorschrift sind vielfach Unklarheiten dadurch entstanden, daß die "gewerbliche Verwertung" nach § 1 PatG irrigerweise mit dem "gewerbsmäßigen Gebrauch" nach § 6 PatG gleichgesetzt worden ist. So heißt es z.B. in der bereits erwähnten Entscheidung des Reichspatentamts, betreffend das Friedmann-Patent, (BlPMZ 1924, 6 ff auf S. 7) zur Begründung der Patentierbarkeit des Verfahrens, "es handle sich um die Schaffung eines Arzneimittels, das nach einem besonderen ... technischen, immerhin aber doch gewerbsmäßig benutzbaren (vgl. § 4 PatG) Verfahren hergestellt werden soll". Für die Patentierbarkeit kommt es aber nur auf die "gewerbliche Verwertbarkeit" im Sinne des § 1 PatG und nicht auf den Begriff des "gewerbsmäßigen Gebrauchs" im Sinne des § 6 Satz 1 PatG (früher § 4) an. Anscheinend beruht auch die angefochtene Entscheidung des Bundespatentgerichts darauf, daß diese Unterscheidung nicht hinreichend beachtet worden ist; denn auf S. 8 oben, wo die "gewerbliche Verwertbarkeit" der zum Patent angemeldeten Glatzenoperation bejaht wird, heißt es ~~Wohl ist~~: "Wohl ist der Arztberuf nach wie vor nicht als Gewerbe zu betrachten, doch kann nicht an der Tatsache vorbeigegangen werden, daß der Arzt in Erfüllung

der ihm obliegenden Aufgaben eine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit ausübt."

aa) Gewerbliche Verwertbarkeit einer Erfindung liegt nach der von Reimer (§ 1 PatG Anm. 19 S. 24) im Anschluß an Pietzcker (§ 1 PatG Anm. 11) und Lindenmaier (GRUR 1939, 153, 154) zutreffend formulierten Definition vor, "wenn das Erfundene seiner Art nach geeignet ist, entweder in einem technischen Gewerbebetrieb hergestellt zu werden oder technische Verwendung in einem Gewerbe zu finden".

Bei Erfindungen, die eine Sache (Vorrichtung, Stoff) zum Gegenstand haben, ist es selbstverständlich, daß die Voraussetzung der gewerblichen Verwertbarkeit für die Erteilung eines Sachpatents gegeben ist; denn jede Sache kann in einem technischen Gewerbebetrieb hergestellt werden. Mit Rücksicht auf diese Möglichkeit der gewerblichen Herstellung kann die gewerbliche Verwertbarkeit von Erfindungen, die medizinische Instrumente und Apparate oder auch Arzneimittel betreffen, nicht zweifelhaft sein. Das gilt selbstverständlich auch für alle Herstellungsverfahren.

Anders liegt es bei den Anwendungsverfahren. Hier ist jeweils von Fall zu Fall zu prüfen, ob das Verfahren in einem Gewerbe technische Verwendung finden kann. Bei der Bestimmung dessen, was als Gewerbe im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist, kann von der allgemeinen gewerberechtlichen Begriffsbestimmung ausgegangen werden. Danach gilt als Gewerbe nach ständiger Rechtsprechung und Verwaltungspraxis eine fortgesetzte, selbständige, erlaubte, auf Gewinn gerichtete Tätigkeit mit Ausnahme der freien Berufe und der Urproduktion (BVerfGE 16, 295/297; BGHZ 33, 321 ff). Wegen der besonderen Bedeutung, die der Technik

auch in den der Urproduktion dienenden Betrieben zukommt, ist als gewerbliche Verwertbarkeit im Sinne des Patentgesetzes auch die technische Verwendbarkeit in Betrieben der Urproduktion (Bergbau, Land- und Forstwirtschaft, Jagd, Fischerei und dergl.) anerkannt worden (vgl. Reimer aaO.).

Dagegen gehören die freien Berufe, wie eben der Arztberuf, nicht zum Gewerbe im Sinne dieser Vorschrift. Ein technisches Verfahren, das nur in einem solchen Beruf anwendbar ist, ist also nicht "gewerblich verwertbar" (so bereits Dunkhase, Die patentfähige Erfindung und das Erfinderrecht, 1913, S. 26/27). Ärztliche Instrumente usw. sind dagegen aus den bereits dargelegten Gründen patentfähig, und wer die patentierten ärztlichen Instrumente in Ausübung seines Berufes als Arzt unbefugt gebraucht, verletzt das Patent, da es sich hierbei um einen "gewerbsmäßigen" Gebrauch im Sinne des § 6 Satz 1 PatG handelt. Der hier gebrauchte Ausdruck "gewerbsmäßig" ist, wie das Reichsgericht bereits in RGZ 66, 164 zutreffend dargelegt hat, ungenau; er weicht vom regelmäßigen Sprachgebrauch und auch von der Ausdrucksweise anderer Gesetze ab und kann nicht ausschließlich im Sinne einer auf Erwerb oder Gewinn gerichteten Tätigkeit verstanden werden. Es kommt auch nicht auf den Gebrauch in einem Gewerbebetrieb oder im Zusammenhang mit einem Gewerbebetrieb bzw. mit einer nach Art eines Gewerbes betriebenen Unternehmens an. Nur der häusliche Gebrauch, der rein persönliche und private, soll ausgenommen sein; in allen übrigen Beziehungen soll aber der Schutz des Gesetzes wirksam sein (Reimer aaO. § 6 Anm. 66 S. 264 m. Nachw.). Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 6 PatG kennzeichnet also nur den Gegensatz zur rein persönlichen, privaten Sphäre. Daher greifen z.B. der Arzt und der Rechtsanwalt, die als

freie Berufe kein "Gewerbe" betreiben, in das Patent ein, wenn sie etwa eine patentierte Lampe im Wart-, Sprech-, Untersuchungszimmer benutzen; anders bei Benutzung in der Privatwohnung (Reimer aaO. mit weiteren Beispielen).

Der gewerbsmäßige Gebrauch nach § 6 ~~Satz~~ 1 PatG umfaßt danach einen erheblich weiteren und durchaus anders gearteten Bereich als die gewerbliche Verwertung im Sinne des § 1 PatG. Hiermit soll deutlich gemacht werden, daß auch die einen freien Beruf ausübenden Personen, obwohl sie kein Gewerbe betreiben, in Ausübung ihres Berufes patentierte Gegenstände (Sachen oder Verfahren) gewerbsmäßig im Sinne des § 6 Satz 1 PatG benutzen können, ohne daß insoweit eine gewerbliche Verwertung im Sinne des § 1 Abs. 1 PatG vorzuliegen braucht.

bb) Das Bundespatentgericht geht an sich zutreffend davon aus, daß der Arztberuf kein Gewerbe ist. Es kann auch nicht zweifelhaft sein, daß das zum Patent angemeldete Operationsverfahren in den Bereich der ärztlichen Tätigkeit gehört. Diese Tätigkeit wird aber nicht, wie das Bundespatentgericht offenbar annimmt, dadurch zu einer "gewerblichen" im Sinne des § 1 Abs. 1 PatG, daß sie auch "auf Erwerb gerichtet ist". Das Bundespatentgericht glaubt, für seine Auffassung auf die Entscheidung BGHZ 16, 71, 79 hinweisen zu können, wo es heißt, daß der Arztberuf zwar "kein Gewerbe" sei, daß der Arzt aber "in Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben eine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit ausübe". Hiermit wird aber nichts daran geändert, daß der ärztliche Beruf kein Gewerbe ist, sondern seiner Natur nach ein freier Beruf (§ 1 Abs. 2 der Bundesärzteordnung vom 2. Oktober 1961; ebenso bereits § 1 Abs. 2 der Reichsärzteordnung vom 13. Dezember 1935 in der Fassung vom 30. Mai 1940). Selbstverständlich ist der Arztberuf ebenso wie der Anwaltsberuf und andere freie Berufe auch

"auf Erwerb gerichtet"; diese Tätigkeiten sind aber ihrem Wesen nach Berufe, bei denen es sich in erster Linie nicht um den wirtschaftlichen Erwerb, sondern um die Betätigung geistiger Kräfte im Dienste des Gemeinwohls handelt. Das Reichsgericht hat die hohe ethische Zielsetzung des Arztberufs sowie die Bedeutung der "Erwerbstätigkeit" bereits in seiner Entscheidung vom 11. Juni 1907 (RGZ 66, 144 ff) zutreffend wie folgt gewürdigt: "Dem durchschnittlichen Maßstab, dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden ist es anstößig, wenn der Beruf des Arztes und der des Rechtsanwalts lediglich zum Zweck des Geldverdienens und nach den Antrieben dieses Zwecks ausgeübt wird. Das eigentümliche und entscheidende Gepräge beider Berufe liegt darin, daß sie fundamentale allgemeine öffentliche Zwecke, nämlich die der Gesundheit und der Rechtspflege, auf Grund staatsseitig geforderter und gewährleisteter wissenschaftlicher Vorbildung unter besonderer Verantwortung zu erfüllen haben. Die Honorierung der Berufstätigkeit des Arztes und des Rechtsanwalts tut diesem innersten Kern derselben keinen Abbruch, auch die höchste geistige Arbeit darf ohne Abbruch ihrer Würde ihren materiellen Lohn finden."

Die öffentliche Gesundheit ist ein wesentlicher Bestandteil des Gemeinwohls, das der Staat zu verwirklichen hat. Dem entspricht der längst zur Selbstverständlichkeit gewordene, inzwischen aber auch ausdrücklich gesetzlich festgelegte Grundsatz, daß der ärztliche Beruf kein Gewerbe ist. Zum Berufsbild des Arztes gehört es, daß er seinen Beruf nicht unter gewerblichen Gesichtspunkten, insbesondere dem des Strebens nach Gewinn, ausübt. Er soll sich vielmehr seines besonderen Standesethos und seiner Verpflichtung gegenüber der menschlichen Gesundheit ohne Rücksicht auf materiellen Gewinn bewußt sein (vgl. hierzu Daniels/Bulling, Bundesärzteordnung, 1963, § 1 Anm. 17 S. 12).

Hieraus folgt: Der Satz, daß der ärztliche Beruf kein Gewerbe ist, findet ebenso wie der Satz, daß Heilverfahren nicht patentierbar sind, in gleicher Weise seine sozialetische Begründung in den der ärztlichen Tätigkeit zugewiesenen besonderen Aufgaben, die als Dienst an der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes gekennzeichnet werden (§ 1 Abs. 1 der Bundesärzteordnung). Erfindungen, welche Heilverfahren zum Gegenstand haben, sind danach mangels gewerblicher Verwertbarkeit vom Patentschutz schlechthin ausgeschlossen. Die menschliche Gesundheit und die zu ihrer Erhaltung den Ärzten auferlegten Aufgaben bilden die gemeinsame sozialetische Begründung dafür, daß der ärztliche Beruf kein Gewerbe ist, und zugleich dafür, daß der Arzt auch in der Anwendung von Heilverfahren grundsätzlich frei sein muß. Aus der Bestimmung des § 1 Abs. 1 PatG folgt dann aber als gesetzliche Regelung, daß medizinische Heilverfahren mangels gewerblicher Verwertbarkeit nicht patentierbar sind.

cc) Bei dem zum Patent angemeldeten Verfahren, das einen operativen Eingriff enthält, handelt es sich nach dem eigenen Vortrage des Anmelders ersichtlich um eine praktisch dem Arzt vorbehaltene Tätigkeit. Es ist daher auch der Einfachheit halber durchweg von einem in den "ärztlichen" Tätigkeitsbereich fallenden Verfahren gesprochen worden. Um Mißdeutungen zu vermeiden, sei jedoch wiederholt darauf hingewiesen, daß es bei der patentrechtlichen Beurteilung von Heilverfahren keinen Unterschied machen kann, ob das Heilverfahren außer von den kraft Bestallung unter der Berufsbezeichnung "Arzt" tätigen Personen auch von anderen berufsmäßig die Heilkunde ausübenden Personen angewendet werden kann (vgl. hierzu § 1 des Gesetzes über die berufsmäßige Ausübung

der Heilkunde ohne Bestallung - Heilpraktikergesetz vom 17. Februar 1939; Gillhausen, Das Berufsrecht der Heilpraktiker, 1953, S. 109 - 116).

Die gewerbliche Verwertbarkeit eines Heilverfahrens könnte übrigens auch nicht etwa damit begründet werden, daß es außer in der Privatpraxis des Arztes auch in Krankenhäusern, Kliniken und Sanatorien angewendet werden könne. Daß es sich hierbei um gewerbliche Betriebe handeln kann, würde nichts daran ändern, daß die dort ausgeübte ärztliche Behandlung als solche keinen gewerblichen Charakter annehmen kann. Von der nicht gewerblichen ärztlichen Behandlung ist in jedem Falle die nichtärztliche Betreuung (mit Unterbringung und Verpflegung usw.) zu unterscheiden, deren gewerblicher Charakter neben der nichtgewerblichen ärztlichen Behandlung bestehen kann.

c) Aus den bisherigen Darlegungen ergibt sich schließlich ohne weiteres, daß der Rechtsbeschwerde nicht gefolgt werden kann, wenn sie abschließend meint, das angemeldete Verfahren stehe wegen seines kosmetischen Charakters im Streit der Meinungen dem Haarfärbeverfahren weit näher als dem Narkosekontrollverfahren. Entscheidend bleibt, daß es sich festgestelltermaßen um ein echtes Heilverfahren und nicht um ein rein kosmetisches Verfahren handelt. Im übrigen müßte aber auch ein operativer Eingriff zu rein kosmetischen Zwecken ohne Rücksicht auf das Ziel der Behandlung dann zur "Ausübung der Heilkunde" gerechnet werden, wenn die Art der Tätigkeit der ärztlichen Krankenbehandlung gleichkommt und ärztliche Fachkenntnisse voraussetzt, damit gesundheitliche Schädigungen vermieden werden (Daniels/Bulling aaO. § 2 Anm. 46 S. 30, Anm. 51 S. 32/33).

d) Aus der dargelegten patentrechtlichen Beurteilung von Heilverfahren ergibt sich ohne weiteres, daß aus den §§ 8, 15 PatG keine stichhaltigen Argumente für die Begründung der Patentierbarkeit hergeleitet werden können. Hierzu hat auch die Rechtsbeschwerde keine weitere Begründung geben können.

III. Nach alledem war die Rechtsbeschwerde als unbegründet zurückzuweisen.

Die Entscheidung konnte ohne mündliche Verhandlung getroffen werden (§ 41 w Abs. 1 PatG); da der Rechtsbeschwerdeführer alle maßgeblichen Gesichtspunkte vorgebracht hat, wäre von einer mündlichen Verhandlung eine weitere Klärung nicht zu erwarten gewesen.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 41y Abs. 1 Satz 2 PatG.

Nastelski

Bock

Spreng

Löscher

Claßen