

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Fotovoltaisches Halbleiterbauelement

PatG 1968 § 2 Satz 1

Zum Begriff der öffentlichen Druckschrift im Sinne des § 2 Satz 1 PatG 1968 (hier: Versendung des maschinengeschriebenen Manuskripts eines wissenschaftlichen Beitrags vor dessen Veröffentlichung an Fachkollegen).

BGH, Beschl. v. 9. Februar 1993 - X ZB 7/92 - Bundespatentgericht

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

X ZB 7/92

vom

9. Februar 1993

in der Rechtsbeschwerdesache

M [REDACTED] B [REDACTED] -Bl [REDACTED] GmbH, O [REDACTED],

Einsprechende I und
Rechtsbeschwerdeführerin I,

S [REDACTED] So [REDACTED] Industries L.P., C [REDACTED], C [REDACTED] (Vereinigte
Staaten von Amerika),

Einsprechende II und
Rechtsbeschwerdeführerin II,

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

gegen

R [REDACTED] Corp., N [REDACTED] (Vereinigte Staaten von Amerika),

Patentinhaberin und
Rechtsbeschwerdegegnerin,

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

- 2 -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am
9. Februar 1993 durch den Vorsitzenden Richter
Dr. Bruchhausen und die Richter Rogge, Dipl.-Ing.
Frhr. v. Maltzahn, Dr. Broß und Dr. Melullis

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den am 3. Dezember 1991 verkündeten Beschluß des 23. Senats (Technischen Beschwerdesenats XVIII) des Bundespatentgerichts wird auf Kosten der Einsprechenden (I und II) zurückgewiesen.

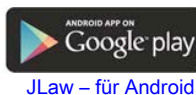
Der Wert des Gegenstandes der Rechtsbeschwerde wird auf 100.000,-- DM festgesetzt.

G r ü n d e :

I. 1. Auf die am 22. Juli 1976 eingereichte Patentanmeldung, für die die Prioritäten der Voranmeldungen in den Vereinigten Staaten von Amerika vom 28. Juli 1975 und 19. Februar 1976 in Anspruch genommen worden sind, hat der 23. Senat des Bundespatentgerichts das nachgesuchte Patent 26 32 987 (Streitpatent) mit der Bezeichnung "Fotovoltaisches Halbleiterbauelement und Verfahren zu seiner Herstellung" erteilt.



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



Gegen die Erteilung des Patents haben die Rechtsbeschwerdeführerin zu I und die Rechtsvorgängerin der Rechtsbeschwerdeführerin zu II Einspruch eingelegt. Letztere hat zum Nachweis dafür, daß der Inhalt der im Prioritätsintervall veröffentlichten Druckschrift Spear et al, Solid State Communications, Vol. 17, bereits im Mai 1975 - und damit vor dem Prioritätstag der ersten Priorität (28. Juli 1975) - durch die Übersendung von - als Vorabdruck bezeichneten - Kopien eines maschinengeschriebenen Manuskripts einem großen Personenkreis ohne Geheimhaltungsverpflichtung bekannt geworden sei, eine eidesstattliche Versicherung (Affidavit) des Mitverfassers der Druckschrift, Professor Sp████, mit Anlagen und eine eidesstattliche Versicherung eines der Adressaten des "Vorabdrucks" der Druckschrift, des Professor St████████████████████, M████████████████████, vorgelegt.

Demgegenüber hat die Patentinhaberin unter Hinweis auf ein Vernehmungsprotokoll des United States District Court, District of Delaware, in Sachen eines Patentstreits zu dem dem Streitpatent entsprechenden US-Patent vom 27. Mai 1988 geltend gemacht, daß die von Professor Spear nur einem ausgewählten Kollegenkreis übersandten Kopien eines maschinengeschriebenen Manuskripts eines zur Veröffentlichung in einer Fachzeitschrift vorgesehenen Aufsatzes nicht als öffentliche Druckschriften bzw. das an Professor St████████████████████ in M████████████████████ übersandte Manuskript auch nicht als offenkundige Vorbenutzung im Inland im Sinne von § 2 PatG 1968 zu werten seien.

Mit Beschluß vom 5. Dezember 1989 hat die Patentabteilung 33 des Deutschen Patentamts das Streitpatent wegen fehlender Erfindungshöhe gegenüber dem aus zwei der bezeichneten Druckschriften bekannten Stand der Technik widerrufen.

2. Gegen diesen Beschluß hat die Patentinhaberin Beschwerde erhoben, mit der sie das Streitpatent nur noch beschränkt verteidigt hat. Sie hat beantragt, den angefochtenen Beschluß teilweise aufzuheben und das Patent in beschränktem Umfang aufrechtzuerhalten.

Die Rechtsbeschwerdeführerinnen haben beantragt,

die Beschwerde der Patentinhaberin zurückzuweisen.

Das Bundespatentgericht hat den Beschluß der Patentabteilung des Deutschen Patentamts aufgehoben und das Streitpatent beschränkt aufrechterhalten. Dabei hat es die Versendung der Kopien des maschinengeschriebenen Manuskripts durch den Mitverfasser Professor Sp. bereits vor dem Prioritätstag der ersten Priorität des Streitpatents (28. Juli 1975) nicht als neuheitsschädlich angesehen.

Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde der Rechtsbeschwerdeführerinnen.

II. Die zulässige Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

Das Bundespatentgericht hat die Rechtsbeschwerde zugelassen. Der Senat ist deshalb zwar nicht auf die Prüfung der die Zulassung auslösenden Rechtsfrage beschränkt, sondern

könnte an sich den Beschluß des Bundespatentgerichts in vollem Umfang revisionsmäßig überprüfen (BGH GRUR 1984, 797 ff. - Zinkenkreisel -). Die Rechtsbeschwerde rügt aber nicht allgemein die Verletzung sachlichen Rechts; sie erhebt vielmehr gezielt eine formelle und eine materielle Rüge. Der beschließende Senat sieht in diesem Falle keine Veranlassung, weitere Fragen aufzugreifen.

1. Die Rechtsbeschwerde rügt ohne Erfolg, das Bundespatentgericht sei bei seiner Entscheidung nicht ordnungsgemäß besetzt gewesen (§§ 86 PatG, 41 Nr. 6 ZPO). An der angefochtenen Entscheidung hätten zwei Richter mitgewirkt, die bereits bei dem Verfahren über die Erteilung des Patents mitgewirkt hätten. Der Ausschlußgrund des § 86 Abs. 2 Nr. 2 PatG 1981 müsse auch bei der Einspruchsbeschwerde eingreifen.

Der für die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen einschlägige § 86 Abs. 1 PatG 1981 erklärt die §§ 41 bis 44 und 47 bis 49 der ZPO für entsprechend anwendbar.

§ 86 Abs. 2 PatG 1981 erweitert die Ausschließungsgründe des § 41 Nrn. 1 bis 6 ZPO und trägt damit den Besonderheiten des Patentrechts Rechnung; denn im Gegensatz zum Zivilrechtsstreit geht den Streitfällen regelmäßig ein Verwaltungsverfahren vor dem Deutschen Patentamt voraus. Im Hinblick darauf bestimmt § 86 Abs. 2 Nr. 2 PatG 1981, daß von der Ausübung des Amtes als Richter im Verfahren über die Erklärung der Nichtigkeit des Patents auch ausgeschlossen ist, wer bei dem Verfahren vor dem Patentamt oder dem Patentgericht über die Erteilung des Patents oder den Einspruch mit-

gewirkt hat. Hierin ist eine Erweiterung gegenüber den in § 41 ZPO genannten Fallgruppen zu sehen (so zutreffend Ben- kard, PatG GebrMG, 8. Aufl. 1988, § 86 PatG Rdn. 7). Andererseits nennt die Regelung des § 86 Abs. 2 Nr. 2 PatG 1981 nur das Verfahren über die Erklärung der Nichtigkeit eines Patents, obwohl im Gemeinschaftspatentgesetz das Einspruchsverfahren der Veröffentlichung der Patenterteilung nachgeschaltet worden ist. Von daher gesehen ist die von der Rechtsbeschwerde geforderte Ausweitung des Ausschließungsgrundes auf das Einspruchsverfahren nicht möglich, weil das dem Gesetzeswortlaut zuwiderlaufen würde.

Es handelt sich bei der Erteilung des umstrittenen Patents durch den Beschluß des jetzt tätig gewordenen Senats des Bundespatentgerichts vom 18. März 1986 (23 W (pat) 44/84 - Akte des Deutschen Patentamts 208) nicht um einen früheren Rechtszug. Es geht beim Einspruchsverfahren nicht mehr wie im vorangegangenen Beschwerdeverfahren um die Erteilung des Patents, sondern nach der Patenterteilung nur um dessen Widerruf oder dessen Aufrechterhaltung.

Gegen die von der Rechtsbeschwerde geforderte Ausdehnung der Ausschließung von der Ausübung des Amtes als Richter auf das Einspruchsbeschwerdeverfahren spricht auch die Möglichkeit des § 42 Abs. 1 ZPO, einen Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen, wenn wegen irgendwie gearteter vorgängiger Mitwirkung ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen (§ 42 Abs. 2 ZPO). Hiervon haben die Rechtsbeschwerdeführerinnen keinen Gebrauch gemacht. Ein Ablehnungsrecht steht ihnen nicht mehr zu (§ 43 ZPO). Auch insoweit

ist eine enge Handhabung der einschlägigen Vorschriften geboten (so ausführlich zuletzt BGH, Urt. v. 9.11.1992 - II ZR 230/91 - zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt, Um-
druck S. 6 und 7).

2. Die Rechtsbeschwerde rügt ferner, das Bundespatentgericht verkenne, daß die Versendung des Manuskripts durch Professor Spear an verschiedene Kollegen vor Veröffentlichung in der Fachzeitschrift zur Folge habe, daß es sich hierbei um eine öffentliche Druckschrift im Sinne des § 2 PatG 1968 handele. Hierauf komme es entscheidend an, weil das Bundespatentgericht festgestellt habe, daß der Gegenstand des Patentanspruchs 1 hierdurch in Verbindung mit zwei weiteren Druckschriften für den Fachmann nahegelegt gewesen sei, wenn dieses versandte Manuskript für den später veröffentlichten wissenschaftlichen Beitrag als Stand der Technik berücksichtigt werde.

Das Bundespatentgericht hat seine Beurteilung, dieses Manuskript sei nicht veröffentlicht, vor allem auf folgende Erwägungen gestützt: Das Manuskript sei nicht schon deshalb als öffentliche Druckschrift im Sinne von § 2 PatG 1968 anzusehen, weil nach dem unstreitigen Sachvortrag der Verfahrensbeteiligten Prof. Sp. [REDACTED] als Mitverfasser der Abhandlungen "Substitutional Doping of Amorphous Silicon" Vervielfältigungsstücke des maschinengeschriebenen Manuskripts vom April/Mai 1975 anhand einer Empfängerliste an 16 auf dem einschlägigen physikalischen Fachgebiet im Hochschul- und Industriebereich tätige und befreundete Wissenschaftskollegen, darunter auch Prof. St. [REDACTED] in M. [REDACTED] jeweils zusammen mit einem persönlichen Anschreiben ohne Geheimhaltungsver-

einbarung übersandt habe. Dabei hätten sich die mit der Versendung von derartigen Manuskripten als einer international üblichen Form des freien wissenschaftlichen Informationsaustausches vertrauten Empfänger in Kenntnis des von dem Absender damit verfolgten Zweckes, nämlich den Empfänger schon vorab über die neugewonnenen Erkenntnisse und Forschungsergebnisse zu unterrichten und gegebenenfalls von ihnen im Gegenzug - unter Umständen noch für die Drucklegung der Abhandlung verwertbare - Anregungen oder Kommentare zu erhalten, für berechtigt gehalten, den wissenschaftlichen Inhalt des Manuskripts mit ihren Mitarbeitern und mit interessierten Professorenkollegen zu erörtern.

Gemäß § 2 PatG 1968 hätten die übersandten Manuskript-Kopien nicht durch mündliche Weitergabe ihres Inhalts, sondern nur dadurch zum druckschriftlichen Stand der Technik werden können, daß beliebige, nicht zum individuell bevorzugten Personenkreis gehörige Dritte in die Lage versetzt worden wären, einer Kopie des maschinengeschriebenen Manuskripts selbst habhaft zu werden. Ein Vertrauensbruch dahingehend, daß die mit der Vorabinformation bedachten Professoren und deren Mitarbeiter die Kenntnisse zweckwidrig und unter Bruch des bestehenden Vertrauensverhältnisses an beliebige Dritte weitergegeben hätten, sei, weil es ehrenrührig gewesen sei, die den Verfassern vorbehaltene und auch beabsichtigte Publikation in einer Fachzeitschrift durch eine eigene plagiatorische Vorveröffentlichung oder durch die vorbehaltlose Weitergabe der Manuskript-Kopien an interessierte Dritte zu unterlaufen, im vorliegenden Fall nicht erfolgt. Er sei auch nach der Lebenserfahrung aufgrund der

langjährigen Zusammenarbeit der in den Informationsaustausch einbezogenen und einander freundschaftlich verbundenen Personen nicht zu erwarten gewesen.

Diese Beurteilung bekämpft die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg.

Die Rechtsbeschwerde macht geltend, es dürfe gerichtsbekannt sein, daß das Verteilen von solchen Preprints einen solchen Umfang und eine solche Bedeutung angenommen habe, daß bereits Datenbanken mit dem Verzeichnis der in der ganzen Welt verteilten Preprints geschaffen worden seien. Das Bundespatentgericht unterliege einem grundlegenden Mißverständnis bezüglich des Vertrauensverhältnisses zwischen Verwender und Empfänger eines Preprints. Eine Verbreitung mittels Kopie könne nicht plagiatorisch sein, weil die Kopie den Namen des Autors und damit des Forschers erkennen lasse, der die neuen Erkenntnisse gewonnen habe. Der vom Bundespatentgericht ebenfalls gesehene Zweck der Verbreitung von Preprints stehe einer vertraulichen Behandlung entgegen. Die wissenschaftliche Diskussion solle personell unbegrenzt geführt werden. Sinngemäß habe Prof. Sp. [REDACTED] bei seiner Vernehmung am 27. Mai 1988 zum Ausdruck gebracht, ihm sei an einer möglichst großen Verbreitung der in dem Vorabdruck niedergelegten Erkenntnisse gelegen gewesen. Das Bundespatentgericht verkenne auch den Begriff "öffentlich" im Sinne von § 2 PatG 1968. Es komme nicht darauf an, ob im Einzelfall die Allgemeinheit tatsächlich von der Druckschrift Kenntnis erlangt habe. Das Bundespatentgericht sei auch von einem falschen Verständnis dessen ausgegangen, was unter "beliebigen Dritten" zu verstehen sei. Abzustellen sei hierbei nur auf Sach-

der in der Rechtsbeschwerdeinstanz nicht berücksichtigt werden kann. Verfahrensrügen sind nicht erhoben (vgl. hierzu Benkard, aaO, §§ 107/108 Rdn. 7 mit zahlreichen Nachweisen). Die Frage, ob die Behauptung der Rechtsbeschwerde für den hier maßgeblichen Zeitpunkt überhaupt zutreffend ist, kann deshalb dahinstehen.

Gemäß § 2 Satz 1 PatG 1968, der schon vor 15 Jahren außer Kraft getreten, aber auf bis zum 31. Dezember 1977 angemeldete Patente noch anzuwenden ist, gilt eine Erfindung nicht als neu, wenn sie zur Zeit der Anmeldung (§ 26) in öffentlichen Druckschriften aus den letzten hundert Jahren bereits derart beschrieben oder im Inland bereits so offenkundig benutzt ist, daß danach die Benutzung durch andere Sachverständige möglich erscheint. Das Gesetz unterscheidet so nach - wie an sich aufgrund von dessen Wortlaut nicht zweifelhaft sein dürfte - zwei verschiedene Sachverhalte, die der Neuheit einer Erfindung entgegenstehen können. Im Hinblick darauf ist die von der Rechtsbeschwerde aus Rechtsgründen geforderte Gleichbehandlung beider Sachverhalte gerade nicht geboten, nachdem der Gesetzgeber schon selbst zwischen beiden unterscheidet. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist geklärt, daß auch Schriftstücke, die selbst nicht in einem Vervielfältigungsverfahren hergestellt sind, rechtlich wie "Druckschriften" im Sinne des § 2 PatG (Fassung des PatG 1968) zu behandeln sein können. Er hat als weitere Voraussetzung dafür verlangt, daß sie zur Vervielfältigung und Verbreitung in der Öffentlichkeit geeignet, bestimmt und zugelassen sind (BGHZ 18, 81 f. = GRUR 1955, 393 = BIPMZ 1955, 300). Nach § 2 Satz 1 PatG 1968 ist öffentlich jedes Schriftwerk, das der Allgemeinheit, d.h. ei-

verständige, d.h. auf die auf dem betreffenden wissenschaftlichen Gebiet tätigen Wissenschaftler im Bereich der Hochschulen und sonstigen Wissenschaftseinrichtungen sowie der Industrie. Es müsse ohne weiteres angenommen werden, daß jeder beliebige Angehörige dieser Gruppe von Wissenschaftlern die Möglichkeit gehabt habe, Kenntnis von der Existenz der hier in Rede stehenden Vorabdrucke zu erhalten und sich eine Kopie davon zu beschaffen. Unzutreffend sei schließlich die Auffassung, gemäß § 2 PatG 1968 hätten die übersandten Manuskript-Kopien nicht durch mündliche Weitergabe ihres Inhalts zum druckschriftlichen Stand der Technik werden können. Für die Bejahung der Öffentlichkeit einer Druckschrift müsse auch deren mündliche Verbreitung genügen, sofern dadurch für beliebige Dritte die Möglichkeit eröffnet werde, sich eine Kopie des betreffenden Schriftstückes zu beschaffen. Es erscheine aus Rechtsgründen nicht gerechtfertigt, im Fall einer offenkundigen Vorbenutzung es für die Bejahung der Neuheitsschädlichkeit genügen zu lassen, wenn einzelne Personen die Benutzung wahrnehmen oder wahrnehmen können und ihre Kenntnisse an beliebige Dritte - auch auf mündlichem Wege - weitergeben, während im Falle einer öffentlichen Druckschrift die Neuheitsschädlichkeit nur gegeben sein solle, wenn die Verbreitung durch Verteilung der Druckschrift oder jedenfalls die mögliche Verbreitung der Druckschrift selbst erfolge.

Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist zunächst vom Beschwerdegericht nicht festgestellt und auch nicht gerichtsbekannt, daß es für Vorabdrucke bereits Datenbanken mit dem Verzeichnis der in der ganzen Welt verteilten Preprints gibt. Es handelt sich sonach um neuen Sachvortrag,

nem an sich nicht beschränkten Personenkreis und nicht nur bestimmten einzelnen Personen zugänglich geworden ist, so daß auf diese Weise die Allgemeinheit Kenntnis erlangen kann. Für den Begriff der Öffentlichkeit kommt es nicht auf den Nachweis an, daß das Schriftwerk darüber hinaus Dritten bekannt geworden ist; erforderlich und genügend ist, daß ein nicht bestimmter Personenkreis in der Lage ist, das Schriftwerk kennenzulernen (etwa Benkard/Bock, PatG/GebrMG, 6. Aufl. 1973, § 2 PatG Rdn. 16). Mit der Zunahme der technischen Möglichkeiten, Schriftstücke zu vervielfältigen, hat sich bei der Beurteilung des Begriffes Druckschrift im Sinne des § 2 Satz 1 PatG 1968 ein Beurteilungswandel vollzogen (Einzelheiten bei Benkard/Bock, aaO, § 2 PatG Rdn. 12 u. 13; BGHZ 18, 81). Es liegt auf der Hand, daß die Öffentlichkeit einer Druckschrift im engeren Sinne unter "erleichterten" Voraussetzungen schon dann gegeben ist, wenn sie etwa im Buchhandel erschienen ist (so etwa Benkard/Bock, aaO, § 2 PatG Rdn. 17). Bei anderen Vervielfältigungen wird es seit jeher für ausreichend erachtet, daß sie in einer öffentlichen Bibliothek oder an einer sonstigen der Allgemeinheit zugänglichen Stelle zur (allgemeinen) Kenntnisnahme ausliegen, z.B. eine Doktordissertation in Schreibmaschinenschrift (Benkard/Bock, aaO, § 2 PatG Rdn. 17). Hiervon geht auch die Rechtsprechung des Bundespatentgerichts (vgl. etwa Mitt. d. deutschen Patentanwälte 1984, 148 u. 1970, 17) aus.

Bei den "Schriften", die aufgrund der technischen Entwicklung den Druckschriften im engeren Sinne gleichgestellt werden, können mit ihrer Herstellung vielerlei Zwecke und nicht nur die Unterrichtung der oder das Wirken in der Öff-

fentlichkeit verfolgt werden. Das zeigt schon das Urteil des Bundesgerichtshofes bezüglich der Auslegestücke von Patentanmeldungen und eingetragenen Gebrauchsmustern (BGHZ 18, 81). Die Ausdehnung des Begriffes "Druckschriften" und das Einbeziehen vielfältigster "schriftlicher Erzeugnisse" in den Regelungsgehalt des § 2 Satz 1 PatG 1968 macht es deshalb erforderlich, aus Gründen der Rechtssicherheit über den Anwendungsbereich der Gesetzesbestimmung den Begriff "Öffentlichkeit" typisiert zu bestimmen. Von daher ist der vom Bundesgerichtshof in BGHZ 18, 81 gewählte Ansatzpunkt zutreffend und auch sachgerecht. Es handelt sich um ein finales Element, d.h. daß die den Druckschriften im engeren Sinne gleichgestellten schriftlichen Erzeugnisse zur Vervielfältigung und Verbreitung in der Öffentlichkeit geeignet, bestimmt und zugelassen sein müssen. Aufgrund der vom Bundespatentgericht getroffenen Feststellungen fehlt es an der Öffentlichkeit deshalb, weil Prof. Sp. den Vorabdruck anhand einer von ihm erstellten Empfängerliste von 16 auf dem einschlägigen physikalischen Fachgebiet im Hochschul- und Industriebereich tätigen und befreundeten Wissenschaftskollegen hat versenden lassen. Schon von daher liegt auf der Hand, daß der Vorabdruck nicht für die Öffentlichkeit bestimmt war. Sie war für einen zahlenmäßig und personell begrenzten Personenkreis bestimmt, der sich aus der Empfängerliste von Prof. Sp. ergab. Bei dieser Sachlage kann von einer Öffentlichkeit der Vervielfältigungsstücke nicht gesprochen werden (hierzu auch BGH GRUR 1961, 24 - Holzimprägnierung -; BGH BIPMZ 1971, 230 - customer prints).

Eine andere Beurteilung ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt angezeigt, daß Prof. Spear die Vervielfältigungsstücke ohne Geheimhaltungsvereinbarung hat übersenden lassen. Das Bundespatentgericht hat in diesem Zusammenhang festgestellt, daß es sich bei der Versendung von derartigen Manuskripten um eine international übliche Form des freien wissenschaftlichen Informationsaustausches handelt und daß die Empfänger berechtigt sein sollten, den wissenschaftlichen Inhalt des Manuskripts mit ihren Mitarbeitern und mit interessierten Professorenkollegen zu erörtern. Der Sachverhalt ist deshalb nicht mit dem vom Bundesgerichtshof mit Urteil vom 15. Dezember 1970 (BlPMZ 1971, 230, 231) entschiedenen Sachverhalt vergleichbar. Er hat es dort für die Bejahung der Öffentlichkeit ausreichen lassen, daß eine Druckschrift mit ihrem Inhalt in der Fachwelt bekannt ist, wenn damit zu rechnen ist, daß ein weiterer Kreis von am Inhalt der Druckschriften interessierter Personen Zugang zu einer Druckschrift erlangt. Denn solchenfalls ergibt die Erfahrung, daß interessierte Personen sich tatsächlich Kenntnis vom Inhalt einer Druckschrift verschaffen und daß diese Kenntnis in der Fachwelt eine solche Verbreitung findet, daß der Inhalt der Druckschrift in der Fachwelt so weitgehend bekannt wird, daß sich die so verbreitete Kenntnis nicht mehr eingrenzen läßt. Die Verbreitung einer solchen Druckschrift ist deshalb unbegrenzt und damit "öffentlich", wenn es in bezug auf die Empfänger an einer begrenzenden Zweckbestimmung fehlte. Hiervon kann im Streitfall keine Rede sein. Nach den Feststellungen des Bundespatentgerichts ergibt sich die begrenzende Zweckbestimmung nicht allein aus dem von Prof. Spear namentlich festgelegten Empfängerkreis. Dieser wird erweitert durch die Mitarbeiter der einzelnen Empfänger

und deren interessierten Kollegen. Allerdings kann es keinen Unterschied in der rechtlichen Beurteilung machen, ob Prof. Sp. auch diese ohne Schwierigkeiten bestimmbare Personen ebenfalls auf seine Empfängerliste gesetzt hätte oder nicht und damit schon von sich aus den Empfängerkreis - eben weiter gezogen - genau bestimmbar gehalten hätte. Die begrenzende Zweckbestimmung ergibt sich vielmehr daraus, daß die Versendung - im Interesse der Allgemeinheit - der Förderung des freien wissenschaftlichen Informationsaustausches und der Förderung der wissenschaftlichen Diskussion bis zum zeitlich "nachhinkenden" Abdruck in einer Druckschrift im engeren Sinne, die ohne weiteres öffentlich ist, innerhalb eines überschaubaren und bestimmbaren Kreises von Fachleuten dient. Aus diesem Grunde ist der Personenkreis nicht beliebig, sondern eingrenzbar im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BlPMZ 1971, 231 I. Sp. vor c), weil er von der Zweckbestimmung des wissenschaftlichen Informationsaustausches und der Förderung der wissenschaftlichen Diskussion abhängig ist.

Sonach verdient auch die weitere Überlegung des Bundespatentgerichts Zustimmung, daß es einen Bruch des bestehenden Vertrauensverhältnisses bedeutet hätte, wenn - ohne daß diese Zweckbestimmung erfüllt gewesen wäre - die Empfänger des Vorabdrucks und deren Mitarbeiter beliebige Dritte "bedient hätten". Aus diesem Grunde ist entgegen der Rechtsbeschwerde auch der vom Bundespatentgericht weiter erörterte Gesichtspunkt des Plagiats durchaus einschlägig; denn selbstverständlich soll die Vorabunterrichtung über die von Prof. Sp. und seinen Mitautoren gewonnenen neuen wissenschaftlichen Erkenntnisse nicht dazu dienen, daß sich die

Empfänger oder Dritte unbefugt diese Früchte geistiger Arbeit als eigene zunutzemachen und der Veröffentlichung in einer Fachzeitschrift zuvorkommen dürften. Ein solcher Vertrauensbruch würde zwar dazu führen, daß die "Öffentlichkeit" bejaht werden müßte; das müßte aber vom Bundespatentgericht festgestellt sein, was nicht der Fall ist. Das Bundespatentgericht hat im Gegenteil festgestellt, daß das nicht der Fall war.

III. Die Rechtsbeschwerde der Einsprechenden ist daher mit der Kostenfolge nach § 109 Abs. 1 PatG 1981 zurückzuweisen. Der Senat hat eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich gehalten (§ 107 Abs. 1 PatG 1981).

Bruchhausen

Rogge

Maltzahn

Broß

Melullis