

# BUNDESPATENTGERICHT

8 W (pat) 64/99

---

**(Aktenzeichen)**

## ZWISCHENBESCHLUSS

In der Beschwerdesache

**betreffend das Patent 34 23 774**

...

...

hat der 8. Senat (Technischer Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 11. April 2001 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dipl.-Ing. Kowalski sowie der Richter Dr. C. Maier, Viereck und Dr. Huber

beschlossen:

Es wird festgestellt, daß Zázilia Ertl mit Wirkung ihrer Eintragung in die Rolle als Patentinhaberin Beschwerdeführerin an Stelle von Erich Weichenrieder sen. geworden ist.

### **Gründe**

#### **I**

Die Einsprechende und die nunmehr in der Rolle als Patentinhaberin eingetragene Zázilia Ertl sind unterschiedlicher Auffassung darüber, ob die Beschwerde wirksam eingelegt worden ist und wem die Stellung als Beschwerdeführer(in) im vorliegenden Einspruchsbeschwerdeverfahren zukommt. Über diesen Zwischenstreit vorab zu entscheiden, hält der Senat für geboten.

Gegen das dem Anmelder W... sen. im Jahre 1996 erteilte Patent 34 23 774, betreffend eine zweiteilige Preßform für durch Gaseinschlüsse aufgeblähte Kunststoffpreßmassen aus Abfallkunststoff, hat die Beschwerdegegnerin Einspruch erhoben. Durch Beschluß des Amtsgerichts (AG) Wolfratshausen - Vollstreckungsgericht - vom 16. Januar 1997 ist das Streitpatent auf Antrag von Z. Ertl gepfändet worden. In einem Rechtsstreit zwischen E... und

W... sen. hat die 7. Zivilkammer des Landgerichts (LG) München I mit Beschluß vom 23. April 1998 (Az. 7 O 7330/98) im Wege der einstweiligen Verfügung die Sequestration des Patents angeordnet und Patentanwalt A. von Kirschbaum zum Sequester bestellt. Dieser hat seine Bestellung mit Schriftsatz vom 26. Mai 1998 dem Patentamt mitgeteilt.

Mit Beschluß vom 29. Juli 1999, zugestellt am 16. August 1999, hat die Patentabteilung 16 des Patentamts das Streitpatent mit der Begründung widerrufen, der Gegenstand des Patentanspruchs beruhe nicht auf einer erfinderischen Tätigkeit. Gegen diesen Beschluß hat Patentanwalt K... "namens und im Auftrag" des Patentinhabers W... sen. am 15. September 1999 Beschwerde eingelegt. In einem vor dem Oberlandesgericht (OLG) München am 19. Oktober 1999 geschlossenen, nicht widerrufenen Vergleich (Az. 18 U 4638/98) hat W... sen. sämtliche Rechte am Streitpatent in dem Bestand, in dem es sich an diesem Tag befand, auf E... übertragen und die Umschreibung bewilligt. Der Vergleich enthält weiterhin die Regelung, daß sämtliche zwischen den Vergleichschließenden ua vor der 7. Zivilkammer des LG München I anhängigen Verfahren für erledigt erklärt werden. Anschließend haben E... und W... sen. durch Vergleich vor dem LG München I vom 19. November 1999 den dort anhängigen Rechtsstreit (7 O 7330/98) in der Hauptsache für erledigt erklärt.

Mit Schriftsatz vom 26. November 1999 hat Patentanwalt K... die Niederlegung der Vertretung des Streitpatents angezeigt. W... sen. hat mit Schreiben vom 15. Dezember 1999 eine – ausführliche – Beschwerdebegründung vorgelegt. Die Umschreibung des Patents in der Rolle auf E... erfolgte am 19. Juni 2000.

Die Einsprechende ist der Ansicht, die Beschwerde sei "gegenstandslos" und unzulässig. Im Zeitpunkt der Beschwerdeeinlegung sei W... sen., in dessen Namen und Auftrag Patentanwalt K... tätig geworden sei, in-

folge der zuvor erfolgten Sequestration des Streitpatents nicht mehr verfügungsbefugt bzw aktiv legitimiert gewesen. Patentanwalt K... sei nicht als Sequester aufgetreten und habe diese Funktion gegenüber dem Amt auch nicht "dargestellt". Bei Abschluß des gerichtlichen Vergleichs vor dem OLG München sei das Patent bereits widerrufen gewesen, habe also keinen Bestand mehr gehabt; zudem sei eine Übertragung der verfahrensrechtlichen Stellung als Beschwerdeführerin auf E... nicht erfolgt. Schließlich sei die Regelung des § 265 Abs 2 ZPO zu beachten, die auch im patentrechtlichen Beschwerdeverfahren Anwendung finde (unter Hinweis auf BGH BIPMZ 1998, 527 "Sanopharm"). Das Einspruchsverfahren sei ein echtes Streitverfahren, welches außer vom Amtsermittlungsgrundsatz von der Verhandlungsmaxime und der Dispositionsfreiheit der Verfahrensbeteiligten bestimmt sei. Ihr Schutzbedürfnis und die Verfahrensökonomie sprächen dafür, daß das Verfahren unbeeinflußt von einer materiellrechtlichen Änderung der Inhaberschaft des streitbefangenen Gegenstandes mit den ursprünglichen Beteiligten fortgeführt werde.

Die in der Rolle als neue Patentinhaberin eingetragene E... ist dem entgegengetreten. Sie läßt vortragen, Patentanwalt K... habe die Beschwerde als gerichtlich bestellter Sequester eingelegt, nicht aber als Vertreter von W... sen.; ein patentanwaltliches Auftragsverhältnis habe zu keinem Zeitpunkt bestanden. Als "Inhaberin und Eigentümerin" des Streitpatents sei sie, E..., auch Beschwerdeführerin. Gegen die Anwendung von § 265 Abs 2 ZPO bestünden Bedenken; die Regelung setze einen "Rechtsstreit" mit "Parteien" voraus. Allenfalls beziehe sie sich auf Veränderungen der Sachlegitimation, nicht aber - wie hier - der Prozeßführungsbefugnis. Bereits mit Anordnung der Sequestration sei die Verfügungsbefugnis über das Patent, mithin auch das Recht zur Beschwerdeeinlegung, vom Inhaber W... sen auf den Sequester übergegangen, der als Partei kraft Amtes anzusehen sei. Mit der Beendigung der Sequestration aufgrund des Vergleichs vor dem LG München I am 19. November 1999 sei sie, E..., als "rechtmäßige Eigentümerin" des Patents auch im Einspruchsbeschwerdeverfahren an die Stelle des Sequesters getreten.

W... sei zu keinem Zeitpunkt Beteiligter des Beschwerdeverfahrens gewesen. Rein vorsorglich erkläre sie die Nebenintervention (Streithilfe) zur Unterstützung des Sequesters Patentanwalt K..., hilfsweise zur Unterstützung von W... sen.

Der frühere Patentinhaber W... sen. hat sich zur Frage der Verfahrensbeteiligung nicht geäußert.

Wegen sonstiger Einzelheiten des Sach- und Streitstandes (einschließlich der in der Hauptsache angekündigten Anträge) wird auf den Akteninhalt, insbesondere die eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Zwischenverfügungen des rechtskundigen Senatsmitglieds, Bezug genommen.

## II

Die Befugnis des Senats, über einen Zwischenstreit vorab zu entscheiden, sofern er dies - wie hier - für zweckmäßig erachtet, beruht auf § 99 Abs 1 PatG iVm § 303 ZPO in entsprechender Anwendung (Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 59. Aufl, § 303 Rdn 3, 6; vgl auch BPatGE 21, 50; 29, 194). Da das patentgerichtliche Einspruchsbeschwerdeverfahren (anders als das Nichtigkeitsverfahren) als Beschlußverfahren ausgestaltet ist, hat auch die in der Instanz bindende Zwischenentscheidung in Form eines Beschlusses zu ergehen (BGH GRUR 1967, 477 "UHF-Empfänger II"; Busse, PatG, 5. Aufl, § 99 Rdn 9). Dieser kann selbst dann ohne mündliche Verhandlung ergehen, wenn eine solche - wie hier hilfsweise - in der Hauptsache beantragt worden ist (Busse, aaO, § 78 Rdn 2 mwNachw).

Gegenstand des Zwischenstreits ist in erster Linie die Frage, wer zum gegenwärtigen Zeitpunkt als Beschwerdeführer(in) anzusehen und somit Beteiligter (bzw Beteiligte) des anhängigen Einspruchsbeschwerdeverfahrens ist, insbesondere ob insoweit ein Beteiligtenwechsel stattfinden konnte und wirksam stattgefunden hat, und wem ggf ursprünglich die Stellung als Beschwerdeführer zukam. Diesen Fra-

gen kann aber nur dann nachgegangen werden, wenn zunächst geklärt wird, ob die Beschwerde überhaupt ordnungsgemäß eingelegt worden ist (vgl BPatGE 33, 260, 264), was die Einsprechende in der Sache wohl ebenfalls in Zweifel zu ziehen versucht.

Nach Überzeugung des Senats ist die mit Schriftsatz des Patentanwalts K... vom 15. September 1999 eingelegte und am selben Tag - mithin fristgerecht - beim Patentamt eingegangene Beschwerde rechtswirksam. Der Erklärung läßt sich, was für die Wirksamkeit einer Beschwerde stets erforderlich ist (BPatGE 33, 260, 262), mit der gebotenen Eindeutigkeit die Person des Beschwerdeführers entnehmen, nämlich des zu diesem Zeitpunkt (weiterhin bzw noch) in der Rolle als Patentinhaber eingetragenen und mithin auch formell legitimierten (§ 30 Abs 3 Satz 3 PatG; Busse, aaO, § 30 Rdn 34, 99) W... sen., der zudem Beteiligter des vorangegangenen Einspruchsverfahrens vor dem Patentamt war (§ 74 Abs 1 PatG). Der Wirksamkeit der Beschwerdeeinlegung steht insbesondere nicht entgegen, daß bereits zuvor zivilgerichtlich die Sequestration des Streitpatents angeordnet war, daß Patentanwalt von Kirschbaum in der Beschwerdeschrift nicht (nochmals) ausdrücklich auf seine Stellung als gerichtlich bestellter Sequester hingewiesen hat und daß er die Beschwerde nicht in eigenem Namen eingelegt hat. Denn dem Patentamt war die Sequestereigenschaft des Patentanwalts K... schon seit Ende Mai 1998 bekannt, es hat anschließend nur mit ihm - nicht aber mit W... sen. - korrespondiert und die Zustellung der Einspruchsentscheidung zutreffend dem Sequester gegenüber bewirkt. Somit spricht bereits der äußere Anschein dafür, daß Patentanwalt K... - unbeschadet der problematischen sprachlichen Wendung "namens und im Auftrag" - die Beschwerde in seiner Eigenschaft als Sequester, allerdings mit unmittelbarer Rechtswirkung für den in der Rolle zu diesem Zeitpunkt weiterhin als Patentinhaber registrierten W... sen., eingelegt hat. Die Ermittlung, wer Beteiligter eines gerichtlichen Verfahrens ist, hat in einem Zweifelsfall - wie hier - durch Auslegung, nicht aber durch Ausforschung zu erfolgen

(Baumbach/Lauterbach/Hartmann, aaO, Grdz vor § 50 Rdn 3), weshalb es zu diesem Punkt keiner nachträglichen Befragung des Patentanwalts K..., in welchem Sinne er seine Erklärung verstanden wissen wollte, bedarf.

Geht man, wie E... unwidersprochen vorgetragen hat, davon aus, daß zu keinem Zeitpunkt ein anwaltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen ... sen. und Patentanwalt K... bestanden hat, letzterem mithin auch keine rechtsgeschäftliche Vollmacht zu dessen Vertretung im Beschwerdeverfahren erteilt war - was möglicherweise auch im Widerspruch zur Neutralitätspflicht des Sequesters gestanden hätte -, so stellte die Beschwerdeeinlegung "im Auftrag" des Patentinhabers eine, rechtlich unbeachtliche, falsa demonstratio dar (§ 133 BGB analog). Patentanwalt K... hat mit dieser Formulierung objektiv lediglich zum Ausdruck gebracht, daß sein Tätigwerden zur Verteidigung des Patents in fremdem wirtschaftlichen Interesse, nämlich in erster Linie dem des Patentinhabers W... sen. als Schuldner der zivilrechtlichen Auseinandersetzung, erfolgen sollte; daß diese Beschwerdeeinlegung zugleich auch im Interesse der damaligen (Pfändungspfand-) Gläubigerin E... lag, ist offensichtlich.

Daraus folgt weiterhin, daß Patentanwalt K... seine Vertreterstellung für W... sen. ("namens ...") nicht aus rechtsgeschäftlicher Bestellung, sondern aus der gerichtlichen Betreuung mit der Sequesterfunktion abgeleitet hat. Eine derartige Annahme steht nach Auffassung des Senats nicht im Gegensatz zur objektiven Rechtslage, zumal die Rechtsstellung und die Befugnisse eines gerichtlich bestellten Sequesters zahlreiche Zweifelsfragen aufwerfen; dies gilt sowohl für die durch einstweilige Verfügung (§ 938 Abs 2 ZPO) angeordnete Sequestration generell (vgl zB Noack, MDR 1967, 168), wie speziell für den - hier vorliegenden - Fall der Sequestration eines gewerblichen Schutzrechts (v Gamm, GRUR 1958, 172 spricht von einer "äußerst dürftigen Regelung").

Während unter Sequestration im Sinne der ZPO ursprünglich nur die Sicherstellung von Sachen - Grundstücken ebenso wie Fahrnis - zwecks treuhänderischer Verwahrung und Verwaltung verstanden wurde (vgl auch die §§ 848, 855 ZPO; die später eingefügten §§ 847a, 855a verwenden den Begriff des Treuhänders, ohne daß insoweit sachlich ein Unterschied zum Sequester bestünde), ist seit langem anerkannt, daß auch ein dauerndes Recht, wie zB ein gewerbliches Schutzrecht, Gegenstand einer solchen sein kann (Baumbach/Lauterbach/Hartmann, aaO, § 938 Rdn 21; Wieczorek/Schütze, ZPO, 2. Aufl, § 938 Rdn BIa). Welche Befugnisse dem Sequester eines Patents zukommen, ergibt sich unmittelbar weder aus der ZPO noch aus dem PatG. Die Frage kann deshalb nur unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Falles, insbesondere des Sicherungsbedürfnisses der Beteiligten, ggf auch unter Beachtung zusätzlicher - hier allerdings fehlender - Anordnungen des Prozeßgerichts (oder auch des Vollstreckungsgerichts) beantwortet werden. Insbesondere enthält das Gesetz keine Regelung, ob und in welchen Fällen der Sequester zur - auch gerichtlichen - Geltendmachung der Rechte aus einem Patent bzw zur Verteidigung des Bestands eines solchen berechtigt oder gar verpflichtet ist und ob er dabei im eigenen Namen oder in dem des in der Rolle eingetragenen Inhabers zu handeln hat.

Eine Beschwerdeeinlegung im eigenen Namen des Sequesters wäre zwingend nur in dem - hier nicht vorliegenden - Fall erforderlich gewesen, daß das Gericht der Hauptsache (LG München I) bereits bei Erlaß der einstweiligen Verfügung und Sequesterbestellung oder danach (ggf auch das AG Wolfratshausen im Rahmen der Vollstreckung entweder der Pfändung oder der einstweiligen Verfügung) die Übertragung (bzw Überweisung) des Vollrechts, dh hier der Patentinhaberschaft, auf den Sequester als Treuhänder bzw Vertrauensperson verfügt hätte und so dann auf dessen Antrag die Umschreibung in der Patentrolle auf ihn erfolgt wäre (vgl RPA-GS BIPMZ 1931, 22 für den vergleichbaren Fall eines gerichtlich bestellten Treuhänders; DPA BIPMZ 1961, 82 betr die Übertragung eines Gebrauchsmusters; OLG Karlsruhe GRUR 1954, 259 betr die Sequestration eines Patenterteilungsanspruchs). Dann wäre - bei rechtlicher, nicht wirtschaftlicher - Betrachtung

tungsweise der Sequester Inhaber des Patentrechts geworden, mithin materiell wie - was für die gerichtliche Geltendmachung maßgeblich ist - formell legitimiert. Er müßte dann folgerichtig sein "eigenes", ihm zu Sicherungszwecken treuhänderisch übertragenes Recht auch im eigenen Namen (mithin nicht als Vertreter des früheren Inhabers) behördlich und gerichtlich geltend machen. Vorliegend ist aber eine Übertragung der Inhaberschaft des Streitpatents auf den Sequester ausdrücklich nicht angeordnet worden, so daß für Patentanwalt K... auch keine Veranlassung bestand, die Umschreibung des Patents auf ihn selbst zu beantragen; er konnte sich vielmehr darauf beschränken, seine gerichtliche Bestellung zum Sequester dem Patentamt anzuzeigen, so daß diese aktenkundig geworden ist.

Die Wirkungen der Sequestration beschränkten sich somit im vorliegenden Fall darauf, daß dem Sequester die Befugnis (und Verpflichtung) zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Patents zukam, welche insbesondere alle Maßnahmen zur ungeschmälerten Erhaltung des Bestands, mithin gerade auch die Verteidigung im Einspruchs- und Einspruchsbeschwerdeverfahren, umfaßte. W... sen., dem formell die Rechtsstellung als Patentinhaber verblieb, war es nach dem Wesen der Sequestration auch ohne ausdrückliche Anordnung untersagt, auf das Patent zu verzichten oder ohne Einwilligung des Sequesters über das Patent oder Rechte aus diesem zu verfügen, ausgenommen soweit es um die Erhaltung oder Stärkung des Patents ging (vgl auch die bereits zuvor bei der Pfändung erlassene Anordnung des Vollstreckungsgerichts). Wenn somit W... sen. selbst zur Verteidigung des ihm erteilten Patents weiterhin berechtigt war (ob hilfsweise auch in eingeschränktem Umfang kann hier dahinstehen), kann es nicht als fehlerhaft angesehen werden, daß der Sequester "namens" des Patentinhabers, vergleichbar einem gesetzlichen Vertreter, die Beschwerdeschrift eingereicht hat.

Allerdings wird teilweise - und so auch von E... in den Schriftsätzen ihrer Bevollmächtigten - die Auffassung vertreten, dem Sequester, der - wie hier - nicht durch (treuhänderische) Übertragung und Umschreibung selbst Inhaber des Vollrechts

geworden sei, komme im gerichtlichen Verfahren die Stellung einer "Partei kraft Amtes" (wobei dieser Begriff lediglich in § 116 ZPO im Zusammenhang mit der Prozeßkostenhilfe Verwendung findet, sonst aber nicht näher definiert oder konkretisiert ist) zu, dh er mache ein fremdes Recht im eigenen Namen, mithin in Prozeßstandschaft, geltend. Bei Zugrundelegung dieser Ansicht wäre die Erklärung des Patentanwalts K..., er lege "namens" des Patentinhabers Beschwerde ein, gleichfalls als falsa demonstratio zu werten; in Wirklichkeit wäre der Sequester selbst kraft seiner "Amtsstellung" Beteiligter des Einspruchsbeschwerdeverfahrens geworden.

Eine Notwendigkeit, die Beschwerde in diesem Sinne - entgegen dem Wortlaut der abgegebenen Erklärung - auszulegen (was an sich in entsprechender Anwendung von § 133 BGB möglicherweise vertretbar wäre), sieht der Senat aber nicht. Denn zum einen ist selbst bei Funktionsträgern, die herkömmlicherweise als Parteien kraft Amtes angesehen werden (wie etwa Konkursverwalter bzw jetzt Insolvenzverwalter, Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter, Zwangsverwalter, Nießbrauchsverwalter, Pfleger eines Sammelvermögens; vgl Zöllner/Vollkommer, ZPO, 22. Aufl, § 51 Rdn 7), nicht unbestritten, daß diese stets im eigenen Namen (rechtsgeschäftlich und gerichtlich) tätig werden; die sog Vertretertheorie verfügt zumindest in der juristischen Literatur über gewichtige Stimmen (Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl, S 202, 203 mwNachw). Zum anderen wird dem Sequester überwiegend gerade nicht die Stellung einer Partei kraft Amtes zuerkannt (Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 21. Aufl, § 938 Rdn 22; Münchener Kommentar/Heinze, ZPO, § 938 Rdn 24; Zöllner/Vollkommer, aaO, § 938 Rdn 8; vgl auch BGH NJW 1956, 948, wonach ein behördlich eingesetzter Treuhänder keine Partei kraft Amtes ist), vielmehr sein rein privatrechtliches Verhältnis zu den Beteiligten (dh zu Gläubiger und Schuldner) betont. Wenn Hartmann (in Baumbach/Lauterbach, aaO, § 116 Rdn 6) demgegenüber für seine Auffassung, der Sequester sei Partei kraft Amtes, auf eine Entscheidung des Landgerichts Frankfurt a.M. (NJW-RR 1997, 796) verweist, so verkennt er, daß diese nicht die Sequestration nach § 938 Abs 2 ZPO betrifft, sondern den (insolvenzrechtlichen)

Sequester im Vorkonkurs nach früherem Recht, dessen Stellung eher dem eines Konkursverwalters nahekam. Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß das Gesetz selbst, wenn auch in völlig anderem Zusammenhang (nämlich bei der Entgegennahme der Auflassung bei Pfändung des Eigentumsübertragungsanspruchs, § 848 Abs 2 Satz 1 ZPO), den Sequester als "Vertreter des Schuldners" bezeichnet. Ist somit mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung die Rechtsstellung des Sequesters eines Patents im Beschwerdeverfahren als gesetzlicher Prozeßstandschafter nicht zwingend vorgegeben, so kann - wie ausgeführt - die Beschwerdeeinlegung im fremden Namen nach Art eines gesetzlichen Vertreters letztlich nicht beanstandet werden.

Mithin ist durch die wirksam eingelegte Beschwerde zunächst der damalige, durch die Rolleneintragung formell legitimierte Patentinhaber W... sen. Beschwerdeführer geworden, nicht aber Patentanwalt K... als Sequester. Selbst wenn man dies aber anders sehen wollte, hätte E... die ihr jetzt zukommende Stellung als Beschwerdeführerin nicht in unmittelbarer Nachfolge des Sequesters erlangt, sondern nach W... sen. als zwischenzeitlich formell prozeßführungsbefugtem Beschwerdeführer. Keinesfalls zutreffend erscheint dem Senat die Auffassung, W... sen. sei zu keinem Zeitpunkt am Beschwerdeverfahren beteiligt gewesen.

Erst mit ihrer Eintragung als Patentinhaberin am 19. Juni 2000 - und noch nicht zu einem früheren Zeitpunkt - ist die nunmehr prozessual legitimierte (vgl Busse, aaO, § 30 Rdn 34, 99) Z. Ertl im jetzt anhängigen Einspruchsbeschwerdeverfahren in die verfahrensrechtliche Stellung der Beschwerdeführerin nachgerückt. Daß die Pfändung des Streitpatents im Januar 1997 der Pfändungspfandgläubigerin E... im damals anhängigen Einspruchsverfahren keine Beteiligtenstellung im rechtlichen Sinne verschaffen konnte, bedarf keiner weiteren Ausführungen (van Hees, Verfahrensrecht in Patentsachen, S 231, 232; vgl für das Erteilungsverfahren nach früherem Recht Schwabe, MuW 1939, 155); sie war folglich auch im anschließenden Beschwerdeverfahren, obwohl als Gläubigerin wirtschaftlich am Be-

stand des Patents interessiert, weder beschwerdebefugt noch (zunächst) sonst beteiligt. Auch durch den Prozeßvergleich vor dem OLG München am 19. Oktober 1999, dessen materiellrechtlicher Teil die zivilrechtlich wirksame Übertragung des Patents auf Z. Ertl (nach §§ 413, 398 BGB) beinhaltet, hat sich die Stellung der Verfahrensbeteiligten noch nicht verändert. Zwar konnte E. Weichenrieder sen. - entgegen der Auffassung der Einsprechenden - über das Patent verfügen, da durch die wirksame Beschwerdeeinlegung (selbst wenn der Sequester zunächst die Beschwerdeführerstellung erlangt hätte) die aufschiebende Wirkung des § 75 Abs 1 PatG eingetreten ist, das Patent also mangels Bestandskraft des Widerrufs als existenter Vermögensgegenstand rechtsgeschäftlich abgetreten werden konnte. Unbeschadet der - wie oben dargelegt - durch die Sequestration bewirkten Einschränkung der Verfügungsbefugnis des Patentinhabers W... sen. konnte dieser jedenfalls seiner Gläubigerin E... das Patent ohne Mitwirkung (und auch ohne Einwilligung oder Genehmigung) des Sequesters materiellrechtlich übertragen; der Hauptzweck der Sequestration, nämlich die vorläufige Sicherung der Gläubigerin, wurde durch die Übertragung des Vollrechts ohnehin obsolet. Durch die Übertragung des Patents erhielt E... rechtlich gesehen mehr, als sie bei einer Vollstreckung in dieses Recht, zB aufgrund ihres Pfändungspfandrechts, erhalten hätte. Ob sich dies auch wirtschaftlich so darstellt, hängt vom weiteren Schicksal des Patents ab, über das der Senat in der Hauptsache zu entscheiden haben wird.

Der Erwerb der materiellen Inhaberschaft des Patents - der von E... mehrfach verwendete Begriff des "Eigentums" ist, unbeschadet des Umstands, daß gewerbliche Schutzrechte als Immaterialgüterrechte Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinn (Art 14 GG) und nach dem Sprachgebrauch internationaler Abkommen zum Schutz des geistigen bzw industriellen Eigentums sind, jedenfalls zivilrechtlich bei Rechten nicht angebracht - hat wegen der bis zur Umschreibung in der Rolle fehlenden, prozessual allein maßgeblichen Legitimation (Busse, aaO, § 30 Rdn 99, 100, 103) noch nicht zum Wechsel in der Beschwerdeführerstellung geführt. Ob es zu diesem Zeitpunkt, dh vor Vollzug der Umschreibung in der Rolle auf die Erwer-

berin Z. Ertl, zulässig gewesen wäre, dieser durch vertragliche Vereinbarung die Prozeßführungsbefugnis und somit die Beteiligtenstellung im Einspruchsbeschwerdeverfahren einzuräumen - das von der Rechtsprechung sonst im Zivilprozeß geforderte eigene rechtliche Interesse des nunmehr materiell Berechtigten wäre wohl zu bejahen (vgl Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO, S 238 mwNachw) - oder ob dem jedenfalls bei einem Patent die Bestimmung des § 30 Abs 3 Satz 3 PatG als Spezialvorschrift entgegengestanden hätte, kann dahingestellt bleiben, zumal der Vergleich vor dem OLG München vom 19. Oktober 1999 das anhängige Beschwerdeverfahren mit keinem Wort erwähnt.

Der Wegfall der Sequestration, der - wovon die Beteiligten insoweit übereinstimmend zutreffend ausgehen - spätestens mit der Erledigungserklärung des Zivilrechtsstreits im Rahmen des Vergleichs vor dem LG München I am 19. November 1999 eingetreten ist (der anschließenden Niederlegung der "Vertretung des Streitpatents" durch Patentanwalt K... kommt allenfalls deklaratorische Bedeutung zu), war mangels Auswirkungen auf den Rollenstand ebenfalls nicht geeignet, E... bereits zu diesem Zeitpunkt die Stellung als Beschwerdeführerin zu verschaffen. Diese verblieb zunächst bei W... sen., der zwar materiellrechtlich seine Patentinhaberschaft verloren hatte, aber durch die Rolleneintragung weiterhin formell legitimiert war und nunmehr, nach Wegfall der Sequestration, im Außenverhältnis keinen Beschränkungen der Prozeßführungsbefugnis mehr unterlag; schon aus diesem Grunde ist der Beschwerdebegründungsschriftsatz des W... sen. vom 15. Dezember 1999 beachtlich. Sofern man - anders als der Senat - davon ausgeht, Patentanwalt K... habe die Beschwerde als Sequester im eigenen Namen eingelegt, wäre durch das Ende der Sequestration ohne zusätzliche gerichtliche Entscheidung seine aus der Sequesterstellung folgende Prozeßführungsbefugnis weggefallen, so daß, da die Regelung des § 265 Abs 2 Satz 1 ZPO auf diesen Fall - was insoweit in Übereinstimmung mit der Auffassung von E... zweifelsfrei feststeht - keine Anwendung findet (Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO, S 240; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, aaO, § 265 Rdn 11; Thomas/Putzo, ZPO, 22. Aufl, § 265 Rdn 10), auch nach

dieser Ansicht dem durch die Rolleneintragung prozessual legitimierten W... sen. vorübergehend vom 19. November 1999 bis zur Umschreibung im Juni 2000 die verfahrensrechtliche Stellung des Beschwerdeführers zugefallen wäre.

Der Auffassung der Einsprechenden, auf das vorliegende Beschwerdeverfahren (als "Prozeß") sei die Regelung des § 265 Abs 2 ZPO anzuwenden, weshalb der Wechsel der Patentinhaberschaft ohne Einfluß auf das Verfahren bleiben müsse, somit der ursprüngliche Beschwerdeführer diese Rechtsstellung (nunmehr allerdings als Prozeßstandschafter) beibehalte, vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Allerdings ist als "in Streit befangene Sache" iSd § 265 Abs 1 ZPO nach einhelliger Auffassung auch ein Recht zu verstehen und als "Veräußerung" jede rechtswirksame Übertragung. Daß bei der gerichtlichen Geltendmachung von Rechten aus Patenten (und vergleichbaren gewerblichen Schutzrechten, soweit sie auf Registrierung beruhen) die Prozeßführungsbefugnis an die Rolleneintragung geknüpft ist und somit im Falle des Inhaberwechsels regelmäßig erst einige Zeit nach Erlangung der materiellen Rechtsinhaberschaft auf den Erwerber übergeht, würde - in anderen Verfahren als dem der Einspruchsbeschwerde - einer Anwendung von § 265 Abs 2 ZPO wohl nicht entgegenstehen. Maßgeblich für die Nichtanwendbarkeit der Regelung des § 265 Abs 2 ZPO im Einspruchsbeschwerdeverfahren ist demgegenüber, daß dieses einem herkömmlichen Zivilprozeß, in dem sich (mindestens) zwei Parteien mit klar definierten Rollen gegenüberstehen, nicht vergleichbar ist. Die generelle Verweisung auf die Verfahrensvorschriften der ZPO nach § 99 Abs 1 PatG gilt ausdrücklich nicht für den - hier vorliegenden - Fall, daß Besonderheiten des patentgerichtlichen Verfahrens die entsprechende Anwendung zivilprozessualer Bestimmungen ausschließen. In einem nicht-kontradiktorischen Verfahren wie dem der Einspruchsbeschwerde, das einerseits wenig Gemeinsamkeiten mit dem Zivilprozeß aufweist, gerade auch, was die Stellung des (oder der) Einsprechenden anbetrifft, andererseits durch patentrechtliche Besonderheiten, vor allem die Befugnis des Patentinhabers zur weiteren Ausformung des erstrebten Schutzrechts, gekennzeichnet ist, verbietet sich die

unbesehene Übernahme unpassender Verfahrensvorschriften der ZPO; vielmehr greift hier die Befugnis des Bundespatentgerichts, sein Verfahren unter Berücksichtigung allgemeiner verfahrensrechtlicher Grundsätze frei zu gestalten (Busse, aaO, § 99 Rdn 5; BGH GRUR 1995, 577 "Drahtelektrode").

Das Patentgesetz enthält keine ausdrückliche Regelung, wer Beteiligter eines Beschwerdeverfahrens ist. § 74 Abs 1 PatG betrifft lediglich die Befugnis zur Beschwerdeeinlegung, besagt aber unmittelbar nichts bezüglich der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen während eines laufenden Verfahrens ein Wechsel in der Beteiligtenstellung erfolgen kann. Wenn allerdings, entgegen dem Wortlaut des § 74 Abs 1, aber in Übereinstimmung mit § 30 Abs 3 Satz 3 PatG, der nicht am Verfahren vor dem Patentamt beteiligte Erwerber eines Patents mit erfolgter Umschreibung die Beschwerdebefugnis erlangt (vgl Benkard/Schäfers, PatG, 9. Aufl, § 74 Rdn 3), so erscheint es nur folgerichtig, auch an den Übergang der Inhaberschaft mit nachfolgender Umschreibung des Patents im Laufe eines Beschwerdeverfahrens die Rechtsfolge des Wechsels der verfahrensrechtlichen Beteiligtenstellung zu knüpfen.

Dem entspricht die ständige Praxis des vorliegend zur Entscheidung berufenen Senats (und, soweit ersichtlich, auch die anderer technischer Beschwerdesenate des Bundespatentgerichts), sobald ihm eine Umschreibung angezeigt wird oder zur Kenntnis gelangt, den neuen Inhaber, ohne die Zustimmung des Einsprechenden einzuholen, als Verfahrensbeteiligten anstelle des bisher eingetragenen Patentinhabers zu behandeln. Rechtsprechung, die diese praktischen Bedürfnissen entgegenkommende Handhabung in Frage stellen würde, liegt nicht vor. Die - auch höchstrichterlichen - Erkenntnisse, welche von der Anwendbarkeit des § 265 Abs 2 ZPO in patentgerichtlichen Verfahren ausgehen, sind in Nichtigkeitsverfahren (BPatGE 33, 1; BGH GRUR 1992, 430 "Tauchcomputer"; BGH GRUR 1979, 145 "Aufwärmvorrichtung" betrifft einen Patentverletzungsstreit) und Markensachen (BGH "Sanopharm", aaO) ergangen. Diese Verfahrensarten (und möglicherweise auch das gebrauchsmusterrechtliche Lösungsverfahren) weisen

aber im Vergleich zum Einspruchsbeschwerdeverfahren wesentliche Unterschiede auf, welche einer Übernahme dieser Rechtsprechung entgegenstehen.

Zwar ist die Nichtigkeitsklage - rein theoretisch - ebenso wie der Einspruch grundsätzlich ein Popularrechtsbehelf; in der Praxis klagt allerdings regelmäßig der mit einer Verletzungsklage Angegriffene oder der aus dem Patent Verwarnte (Busse, aaO, § 81 Rdn 37), was dem Streitverhältnis, unabhängig von den Verfahrenskosten, einen vermögensrechtlichen Charakter verschafft (Benkard/Rogge, aaO, § 81 Rdn 5). Gemeinsam haben beide Verfahrensarten, daß Streitgegenstand die Rechtmäßigkeit der Patenterteilung ist (van Hees, aaO, S 129), jedoch erstreckt sich die Prüfung im Nichtigkeitsverfahren zusätzlich auf den Gesichtspunkt der Erweiterung des Schutzbereichs (§ 22 Abs 1 PatG). Eindeutig unterschiedlich ist - und dem kommt für die Frage der Anwendbarkeit des § 265 Abs 2 ZPO entscheidende Bedeutung zu - die Stellung der Verfahrensbeteiligten. Das Nichtigkeitsverfahren ist, ebenso wie das Erkenntnisverfahren des allgemeinen Zivilprozesses, ein echtes (kontradiktorisches) Klageverfahren, wobei die Klage stets gegen den in der Rolle als Patentinhaber Eingetragenen (§ 81 Abs 1 Satz 2 PatG), somit gegen eine bestimmte (natürliche oder juristische) Person, zu richten ist und nicht, wie der Einspruch (§ 59 Abs 1 Satz 1 PatG), gegen das Patent als solches (vgl BPatGE 33, 1, 3), unabhängig von der (jeweiligen) Person des Inhabers. Im Nichtigkeitsverfahren sind zudem die (Partei-) Rollen zwingend vorgegeben, der zum Zeitpunkt der Klageerhebung eingetragene Patentinhaber ist stets der mit der Klage Angegriffene, er kann niemals selbst Kläger sein (Busse, aaO, § 81 Rdn 47 mwNachw). Im Einspruchsbeschwerdeverfahren ist die Beteiligtenstellung dagegen abhängig vom Ergebnis der Entscheidung des Amtes über "den Einspruch", dh den Bestand des Patents (§§ 61, 62 PatG); dem Patentinhaber kann somit - wie hier - die Stellung des Rechtsmittelführers zukommen. Maßgeblicher Gesichtspunkt für die Anwendbarkeit des § 265 Abs 2 ZPO im Nichtigkeitsverfahren ist, daß sich der mit der Klage angegriffene Patentinhaber nicht durch Übertragung des Patents auf einen Dritten seinen (prozessualen) Pflichten - insbesondere auch ggf der Kostentragungslast - entziehen können soll. Es entspricht dem Gebot der

Beachtung der Prozeßökonomie, ihn im einmal begonnenen Verfahren als Beteiligten festzuhalten (es sei denn, der Kläger stimmt einem Parteiwechsel ausdrücklich zu) und einen weiteren Prozeß gegen den Rechtsnachfolger zu vermeiden. Diese Regelung ist hier sach- und interessengerecht, weil die Rechtskraft des Urteils gegen den früheren Inhaber wegen der Sachbezogenheit des Patents auch gegen den neuen Patentinhaber wirkt (§ 325 Abs 1 ZPO). Dahinter steht der allgemeine Rechtsgedanke, daß die Durchführung eines Rechtsstreits nicht aufgrund der Veräußerung des Schutzrechts durch einen Parteiwechsel belastet werden soll (BGH "Tauchcomputer", aaO).

Gerade der Aspekt der Verfahrensökonomie spricht aber im – nichtkontradiktorischen - Einspruchs- und Einspruchsbeschwerdeverfahren gegen eine entsprechende Anwendung der Regel des § 265 Abs 2 ZPO. Zum einen sind diese sich unmittelbar an das Erteilungsverfahren anschließenden (und es fortsetzenden) Verfahren stärker vom Amtsermittlungsgrundsatz beherrscht, insbesondere was die Befugnis des Amtes und des Bundespatentgerichts anbetrifft, neuen Verfahrensstoff ("Entgegenhaltungen") in das Verfahren einzuführen und ggf vom Einsprechenden nicht angeführte Widerrufsgründe zur Grundlage der Entscheidung zu machen, zum anderen ist die verfahrensrechtliche Stellung des Patentinhabers hier deutlich stärker als die des Einsprechenden. Letzterer gibt zwar den Anstoß für das Verfahren (und ggf seinen Fortgang), ist aber letztlich nicht Herr des Verfahrens, wie insbesondere die Regelung des § 61 Abs 1 Satz 2 PatG zeigt. Die Beteiligten stehen sich also nicht - wie im Nichtigkeitsverfahren - mit grundsätzlich gleichen Rechten und Pflichten gegenüber. Im Einspruchs- (und -beschwerde-) Verfahren geht es regelmäßig nicht nur um den Widerruf bzw die Aufrechterhaltung des Patents in der erteilten Fassung, sondern auch darum, dem Patentinhaber eine nochmalige (idR eingeschränkte) Formung seines Patents zu ermöglichen, vor allem dann, wenn andernfalls ein vollständiger Widerruf droht. Nur der Patentinhaber, nicht aber der Einsprechende, kann somit den Gegenstand des Einspruchsverfahrens verändern. Anders als im Nichtigkeitsverfahren, in dem nach herrschender Auffassung auch ohne dahingehende Anträge das Gericht auf

teilweise Nichtigerklärung (die einer beschränkten Aufrechterhaltung entspricht) erkennen kann, bedarf es im Einspruchs- (-beschwerde-) Verfahren zur beschränkten Aufrechterhaltung stets entsprechender (Hilfs-) Anträge des Patentinhabers (BGH BIPMZ 1989, 32 "Verschlußvorrichtung für Gießpfannen").

Würde man die Regelung des § 265 Abs 2 ZPO auf das Einspruchs- und Einspruchsbeschwerdeverfahren anwenden, so wären die Rechte des (neuen) eingetragenen Patentinhabers in unvertretbarer, rechtsstaatlich bedenklicher Weise verkürzt. Er wäre, was den Bestand seines Patents anbetrifft, vollständig von der Verfahrensführung seines Rechtsvorgängers abhängig, selbst wenn diese seinen Interessen uU entgegensteht. Insbesondere wäre er nicht in der Lage, durch selbständige Verfahrenshandlungen, etwa durch aus seiner Sicht geeignete Sachanträge, seine rechtlichen Interessen zu verfolgen. Wenn beispielsweise im Einspruchsbeschwerdeverfahren der frühere, weiterhin als Beschwerdeführer geltende Patentinhaber die Beschwerde zurücknähme, würde die Widerrufsentscheidung des Amtes auch dem neuen Inhaber gegenüber in Rechtskraft erwachsen (und diesem blieben allenfalls schuldrechtliche Ansprüche gegen den Veräußerer, zB kaufrechtlicher oder schadensersatzrechtlicher Art). Auch die - oben aufgezeigte - Möglichkeit einer eingeschränkten Verteidigung des erteilten Patents im Rahmen neuer (Hilfs-) Ansprüche wäre dem eingetragenen Inhaber verschlossen. Der weiterhin verfahrensbeteiligte alte Inhaber wäre zur Stellung solcher Anträge (im Innenverhältnis zum neuen Inhaber) gar nicht berechtigt, wenn er - wie hier - das Patent nach dem Bestand eines Stichtags übertragen hat. Selbst wenn man dies aber anders sehen wollte, wäre in keiner Weise gewährleistet, daß die (Hilfs-) Anträge des bisherigen Patentinhabers der Interessenlage des Erwerbers entsprechen; diese Beurteilung liegt gerade in einem Fall wie dem hier vorliegenden auf der Hand, in dem der "Veräußerer" (W... sen.) und die Erwerberin (E...) bisher in zivilrechtlichen gerichtlichen Auseinandersetzungen standen, mithin eine einvernehmliche, die Interessen der neuen Patentinhaberin während Verfahrensführung nicht ohne weiteres unterstellt werden kann. Nach allem ist es nicht der (gleichsam automatische) Wechsel der Beteiligtenstellung auf Seiten des

Patentinhabers, der die Durchführung des Einspruchsbeschwerdeverfahrens belastet, sondern wäre es umgekehrt die Belassung des bisherigen Inhabers in der Position als weiterhin prozeßführungsbefugter Beschwerdeführer. Die entsprechende Anwendung des § 265 Abs 2 ZPO im Einspruchs- (-beschwerde-) Verfahren würde letztlich die jederzeitige freie Übertragbarkeit eines Patents (§ 15 Abs 1 Satz 2 PatG) in schwerwiegender Weise in Frage stellen.

Die Nebenintervention (Streithilfe) nach §§ 66 ff ZPO, welche Z. Ertl - zweifach hilfsweise - erklärt hat, wäre, wenn man sie (entgegen gefestigter Rechtsprechung des Bundespatentgerichts; vgl BPatGE 1, 122; 2, 54; 10, 155; 12, 153; 12, 158) im Einspruchsbeschwerdeverfahren für zulässig erachten würde, kein geeignetes Mittel, um die Rechte der nunmehr eingetragenen Patentinhaberin ausreichend zu wahren. Denn nach § 67 ZPO dürfen die Prozeßhandlungen und -erklärungen des Nebenintervenienten nicht in Widerspruch mit denen der Hauptpartei stehen. Der Nebenintervenient wäre also voll auf die Kooperationsbereitschaft des bisherigen Patentinhabers angewiesen, gegen diesen (oder unabhängig von ihm) könnte er weder verhindern, daß die Hauptpartei eine verfahrensbeendende Erklärung abgibt, noch könnte er eigene abweichende Sachanträge stellen. Auf diesem Wege eröffneten sich also keine Möglichkeiten, die von ihm gewünschte Gestaltung seines Patents, etwa durch hilfsweise vorgelegte eingeschränkte Anspruchsfassungen, zu beeinflussen.

Im übrigen ist es, wenn man - wie der Senat in Übereinstimmung mit der bisher unangefochtenen patentamtlichen und -gerichtlichen Praxis - die Anwendbarkeit des § 265 Abs 2 ZPO im Einspruchs- und Einspruchsbeschwerdeverfahren verneint, nur folgerichtig, die Zulässigkeit der Nebenintervention generell, also auch auf Seiten des Patentinhabers, auszuschließen. Zwar ist die einschlägige Rechtsprechung des Bundespatentgerichts noch unter der Geltung der früheren Fassung des Patentgesetzes, vor Einführung des der Erteilung nachgeschalteten Einspruchsverfahrens, ergangen, jedoch gilt der tragende Gesichtspunkt der Verschiedenheit von zweiseitigem Nichtigkeits- und nicht-kontradiktorischem Ein-

spruchsverfahren heute in gleicher Weise (vgl auch BPatGE 33, 1, 3, 4, das die Unterschiede zwischen Einspruch und Nichtigkeitsklage nach jetzt geltendem Recht betont). Daß ein Dritter unter bestimmten Voraussetzungen nach § 59 Abs 2 PatG einem Einspruchsverfahren beitreten kann, rechtfertigt es nicht, die frühere Rechtsprechung des Bundespatentgerichts zum Ausschluß der Regelungen der zivilprozessualen Nebenintervention in diesem Verfahren - auch soweit sie die Nebenintervention auf Seiten des Patentinhabers betrifft - als generell überholt anzusehen (insoweit mißverständlich BPatGE 29, 194, 197). Somit ist zwar heute angesichts der Ausgestaltung des Nichtigkeitsverfahrens der §§ 81 ff PatG als kontradiktorisches Verfahren die Anwendung des § 265 Abs 2 ZPO in diesem Bereich geboten (BGH "Tauchcomputer", aaO; abweichend von der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts, RGZ 72, 242 und GRUR 1938, 581, zu § 28 PatG 1891, wonach sich der Antrag auf Nichtigklärung gegen das Patent als solches, nicht gegen eine bestimmte Person, richtete), nicht aber im Einspruchs- und Einspruchsbeschwerdeverfahren, die weiterhin - wie ausgeführt - sich vom zweiseitigen Zivilprozeß deutlich abheben und zudem in viel stärkerem Maße von der Officialmaxime geprägt sind.

Auch die "Sanopharm"-Entscheidung (BIPMZ 1998, 527), auf die sich die Einsprechende ausdrücklich beruft, gibt zu keiner anderen Beurteilung Anlaß. In diesem, ein markenrechtliches (Widerspruchs-) Beschwerdeverfahren betreffenden Beschluß hat der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs, in Abkehr von einer jahrzehntelangen und von der Rechtsprechung gebilligten bewährten Praxis (aber in Übereinstimmung mit der sog Regierungsbegründung zum MarkenG, vgl BIPMZ 1994, Sonderheft, S 79), entschieden, § 265 Abs 2 Satz 2 ZPO finde im markenrechtlichen Widerspruchsverfahren entsprechende Anwendung, so daß ein Beteiligtenwechsel nur mit Zustimmung des gegnerischen Beteiligten erfolgen könne. Ob die Begründung dieser Entscheidung in allen Punkten zu überzeugen vermag - in der markenrechtlichen Fachliteratur ist sie, gerade auch unter dem Gesichtspunkt der Nichtberücksichtigung verfahrensökonomischer Bedürfnisse der Praxis, zT auf erhebliche Kritik gestoßen (vgl Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl, § 28 Rdn 15,

16; Lutz, GRUR 1999, 847, 849) - kann dahinstehen, weil jedenfalls das markenrechtliche Widerspruchsverfahren deutliche Unterschiede zum patentrechtlichen Einspruchsverfahren (entsprechendes gilt für die jeweiligen Beschwerdeinstanzen) aufweist.

Zwar richtet sich der Widerspruch - insoweit vergleichbar dem Einspruch - gegen die Eintragung einer konkret zu bezeichnenden Marke (§ 42 Abs 1 MarkenG), nicht aber gegen einen bestimmten Inhaber, jedoch ist der Widerspruch, wie sich aus Abs 2 dieser Regelung ergibt, anders als der Einspruch kein Popularrechtsbehelf. Die Widerspruchsbefugnis knüpft vielmehr ausdrücklich an das Vorliegen bestimmter gesetzlicher Tatbestände an, nämlich idR an ein rangbesseres subjektives Recht des Widerspruchsführers, wobei in der Praxis vor allem die identische oder verwechslungsfähige eingetragene Marke mit älterem Zeitrang (§ 42 Abs 2 Nr 1 iVm § 9 Abs 1 Nr 1 oder 2 MarkenG) von Bedeutung ist. Widerspruchsberechtigt ist der materielle Inhaber des älteren Markenrechts, wobei eine Vermutung für den im Register Eingetragenen besteht (§ 28 Abs 1 MarkenG). Die Rechtsstellung des Widersprechenden ist somit von vornherein eine viel stärkere als die des Einsprechenden im Patentrecht. Er steht dem Inhaber der angegriffenen Marke auf gleicher Ebene gegenüber und bestimmt durch seine Anträge den Verfahrensstoff. Die Prüfung, ob die jüngere Marke zu löschen ist, findet nur im Rahmen der fristgerecht geltend gemachten Lösungsgründe statt; nur insoweit wird insbesondere die Verwechslungsgefahr der sich gegenüberstehenden Marken (und lediglich bezüglich der beanstandeten Waren und Dienstleistungen) beurteilt. Im Vergleich mit dem Einspruchsverfahren kommt der Dispositionsmaxime im Widerspruchsverfahren mithin eine viel stärkere Bedeutung zu. Von daher ist die Feststellung des Bundesgerichtshofs im "Sanopharm"-Beschluss (aaO, 528), das markenrechtliche Widerspruchsverfahren sei ein "echtes Streitverfahren", durchaus nachvollziehbar.

Die Unterschiede zwischen patentrechtlichem Einspruchs- und markenrechtlichem Widerspruchsverfahren hinsichtlich der Stellung der Beteiligten werden vor allem

in den - hier wie dort nicht seltenen - Fällen deutlich, in denen mehrere Opponenten vorhanden sind. Das Einspruchsverfahren ist auch dann, wenn mehrere Einsprüche unabhängig voneinander erhoben sind, ein einheitliches (Busse, aaO, § 59 Rdn 129 mwNachw), weshalb zwischen sämtlichen Beteiligten ein Austausch der Schriftsätze stattfindet. Auch hieraus wird der nicht-kontradiktorische Charakter dieses Verfahrens deutlich. Demgegenüber ist das Widerspruchsverfahren stets strikt zweiseitig. Mehrere Widersprechende, die aus unterschiedlichen Marken Widerspruch gegen die Eintragung einer jüngeren Marke erheben, stehen untereinander nicht in Rechtsbeziehungen (vgl bereits zur früheren Rechtslage unter dem WZG BGH GRUR 1967, 681 "D-Tracetten"). Selbst wenn die Markenstelle des Patentamts von ihrer Befugnis nach § 28 Abs 2 MarkenV Gebrauch macht, über mehrere Widersprüche gemeinsam (dh in einem Beschluß) zu entscheiden, bleibt es bei der rechtlichen Selbständigkeit der einzelnen Widerspruchsverfahren (Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 42 Rdn 38, § 43 Rdn 38); ein Schriftsataustausch zwischen mehreren Widersprechenden findet von Amts wegen nicht statt. In der Beschwerdeinstanz gilt entsprechendes (allerdings nur aufgrund einer Regelung in der Aktenordnung des Bundespatentgerichts; die MarkenV ist hier nicht unmittelbar anwendbar, vgl § 1). Die als solche getrennt bleibenden Beschwerdeverfahren sind - abgesehen vom Fall des § 147 ZPO, von dem regelmäßig nicht Gebrauch gemacht wird - lediglich gebündelt, was sich in der Behandlung unter einem Aktenzeichen niederschlägt.

Der, auch im "Sanopharm"-Beschluß (aaO) angesprochene, Gesichtspunkt, daß der Gegner seine Zustimmung zum "Parteiwechsel" zusätzlich von der Erwägung abhängig machen kann, ob er sein Kosteninteresse gegenüber der ausscheidenden "Partei" als hinreichend gewährt ansieht - hierauf spielt möglicherweise der Hinweis der Einsprechenden auf ihr Schutzbedürfnis an - muß im Einspruchsbeschwerdeverfahren zurücktreten. Abgesehen davon, daß im konkreten Fall in keiner Weise ersichtlich ist, weshalb bei einem Beteiligtenwechsel von W... sen. zu E... ein etwaiger Kostenerstattungsanspruch der Einsprechenden gefährdet sein könnte, ist der Aspekt der Kostensicherheit im Ein-

spruchs- und Einspruchsbeschwerdeverfahren schon deshalb (generell) vernachlässigbar, weil im Grundsatz jeder Beteiligte seine (außergerichtlichen) Kosten selbst zu tragen hat und eine Kostenüberbürdung nach Billigkeit auf einen Beteiligten die - eher seltene - Ausnahme darstellt (§ 62, § 80 Abs 1 PatG; vgl Busse, aaO, § 62 Rdn 3, 4, § 80 Rdn 4). Daß der bisherige Verlauf des anhängigen Verfahrens Anlaß geben könnte, dem ausgeschiedenen früheren Beschwerdeführer E. Weichenrieder sen. der Einsprechenden entstandene Kosten - ganz oder teilweise - aufzuerlegen, ist zudem nicht ersichtlich. Ob für die Rechtsbeschwerdeinstanz im Hinblick auf die abweichende Kostenregelung in § 109 Abs 1 PatG eine andere Beurteilung hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 265 Abs 2 ZPO angebracht ist, bedarf vorliegend keiner Entscheidung des Senats.

Die Kommentarliteratur zum PatentG (Benkard, 9. Aufl; Busse, 5. Aufl; Schulte, 5. Aufl) geht auf die Frage des Beteiligtenwechsels während eines anhängigen Verfahrens durchweg eingehend nur im Nichtigkeitsverfahren ein, im Einspruchsverfahren wird allenfalls der Wechsel des Einsprechenden angesprochen, nicht aber der des Patentinhabers (der somit, in Übereinstimmung mit der hier vertretenen Auffassung, offensichtlich als unproblematisch angesehen wird). Soweit die Ausführungen bei Busse (aaO, § 30 Rdn 108), aus § 265 ZPO folge, daß die nach Rechtshängigkeit erfolgende Umschreibung eines Patents auf ein "anhängiges Verfahren, zB ein Nichtigkeitsverfahren" keinen Einfluß habe, sich auch auf ein Einspruchs- und Einspruchsbeschwerdeverfahren beziehen sollten, könnte sich dem der Senat nach allem nicht anschließen.

Es war somit die in der Beschlußformel enthaltene Feststellung zu treffen, daß E... mit Umschreibung in der Rolle Beschwerdeführerin anstelle von W... sen. geworden ist. Daraus folgt zugleich, daß Letzterer kein Verfahrensbeteiligter mehr ist.

Da der vorliegende Zwischenbeschluß als vorweggenommener Teil der Endentscheidung nicht selbständig anfechtbar ist (BGH "UHF-Empfänger II", aaO), kann

die Beantwortung der Frage, ob wegen grundsätzlicher Bedeutung der aufgeworfenen Rechtsfragen die Zulassung der Rechtsbeschwerde geboten ist, bis zur Entscheidung in der Hauptsache zurückgestellt werden.

Kowalski

Dr. C. Maier

Viereck

Dr. Huber

Ko