



BUNDESPATENTGERICHT

20 W (pat) 352/05

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Einspruchssache

...

betreffend das Patent 100 11 230

(hier: Antrag auf Wiedereröffnung des Verfahrens u. a.)

...

...

hat der 20. Senat (Technischer Beschwerdesenat) in der Sitzung vom 9. Februar 2011 durch den Vorsitzenden Richter Dipl.-Phys. Dr. Mayer, die Richterin Dr. Mittenberger-Huber sowie den Richter Dipl.-Ing. Gottstein und Richter Dipl.-Ing. Univ. Musiol

beschlossen:

Die Anträge der Patentinhaberin vom 17. Dezember 2010 auf Vervollständigung des Beschlusses vom 26. Januar 2009 und (hilfsweise) Wiedereröffnung des Einspruchsverfahrens werden zurückgewiesen.

Gründe

I.

In dem Einspruchsverfahren 20 W (pat) 352/05 hat am 26. Januar 2009 eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Nach vorangehender Beratung hat der Senat am Ende der Sitzung einen Beschluss verkündet, in dem das Streitpatent widerrufen wurde. Der am 26. Januar 2009 verkündete Beschluss wurde schriftlich abgesetzt (Bl. 158 bis 186 d. GA) und den Parteien zugestellt, dem Verfahrensbevollmächtigten der Patentinhaberin durch Niederlegung am 3. April 2009 (Bl. 197 d. GA). Ein Rechtsmittel zum Bundesgerichtshof wurde gegen diesen Beschluss nicht eingelegt (Bl. 211 d. GA), weshalb er in Bestandskraft erwachsen ist. Mit Schreiben vom 22. April 2009 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Patentinhaberin diverse Anträge gestellt, die vom Senat durch zwei Beschlüsse vom

29. Juli 2009 (Bl. 216 bis 219 und Bl. 228 bis 234 d. GA) als unzulässig verworfen bzw. zurückgewiesen wurden.

Mit Schriftsatz vom 17. Dezember 2010 hat die Patentinhaberin erneut folgende Anträge gestellt:

1. Vervollständigung des Beschlusses vom 26. Januar 2009 durch die Erklärung der Zulassung der Rechtsbeschwerde.
2. Hilfsweise wird nochmals die Wiedereröffnung des Verfahrens beantragt.

Zur Begründung trägt sie vor, die Rechtsbeschwerde müsse vom Senat zugelassen werden, wenn die Einheitlichkeit der Rechtsprechung in Frage stehe. Dies sei vorliegend der Fall, da die Entscheidung des Senats in Widerspruch zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 8. Dezember 2008 (Az.: X ZR 65/05) stehe, das dem Senat zum Zeitpunkt der Beschlussfassung habe bekannt sein müssen.

Die Einsprechende hatte Gelegenheit zur Stellungnahme.

Sie beantragt:

Die Anträge der Patentinhaberin sind zurückzuweisen.

Sie verweist darauf, dass die zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht im Jahr 2008, sondern erst am 8. Dezember 2009 ergangen sei. Einen Widerspruch zwischen der Entscheidung des Senats und derjenigen des Bundesgerichtshofs erkenne sie ferner nicht.

Im Übrigen wird zur Ergänzung des Sachverhalts auf die Gerichtsakten Bezug genommen.

II.

1. Der Antrag auf Ergänzung des - bestandskräftigen - Beschlusses des Senats vom 26. Januar 2009 durch nachträgliche Zulassung der Rechtsbeschwerde bleibt ohne Erfolg, da die Zulassung nicht nachgeholt werden kann, selbst wenn - was vorliegend nicht der Fall ist - die Zulassung nur versehentlich unterblieben sein sollte (Schulte/Kühnen, Patentgesetz, 8. Auflage, § 100 Rn. 14). Hat keine Partei die Zulassung angeregt, ist eine ausdrückliche Entscheidung entbehrlich. Schweigen im Beschluss bedeutet Nichtzulassung.

1. 1. Der Bundesgerichtshof (BGHZ 44, 395) hat für § 546 ZPO a. F. entschieden, dass eine im Berufungsurteil unterbliebene Zulassung der Revision nicht durch ein Ergänzungsurteil nachgeholt werden könne. Enthalte ein Urteil keinen Ausspruch der Zulassung, sei damit ausgesprochen, dass die Revision nicht zugelassen werde, und zwar auch dann, wenn das Berufungsgericht sich über die Zulassung der Revision "keine Gedanken gemacht" habe, weil es die grundsätzliche Bedeutung der Sache oder die Abweichung von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht erkannt habe. Eine nachträgliche Zulassung würde daher nicht, wie in § 321 ZPO vorausgesetzt sei, eine unterbliebene Entscheidung nachholen, sondern entgegen § 318 ZPO der bereits getroffenen Entscheidung widersprechen und sie abändern. Diese Erwägungen gelten nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Beschluss vom 24. November 2003 - II ZB 37/02, NJW 2004, 779) auch für § 543 ZPO n. F. und den vergleichbaren Fall der Zulassung der Rechtsbeschwerde durch Ergänzungsbeschluss. Nichts Anderes kann daher für die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach dem Patentgesetz gelten.

1. 2. Eine Zulassung ist in der Sache auch nicht begründet.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Senatsentscheidung im Gegensatz zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht, da dessen Entscheidung im Ver-

fahren X ZR 65/05 (GRUR 2010, 407 - einteilige Öse) erst am 8. Dezember 2009 verkündet wurde, mithin elf Monate nach der Entscheidung des Senats. Dem Senat konnte die Auffassung des Bundesgerichtshofs daher nicht bekannt sein.

2. Soweit die Patentinhaberin (hilfsweise) „Wiedereröffnung des Verfahrens“ beantragt, hat der Senat bereits im Beschluss vom 29. Juli 2009 einen entsprechenden Antrag verworfen. Auf die Gründe (S. 3 und 4 = Bl. 218 und 219 d. GA) wird insoweit Bezug genommen.

Sollte der Antrag als Antrag auf Wiedereröffnung der Verhandlung im Sinne von § 99 Abs. 1 PatG i. V. m. § 156 ZPO auszulegen sein, ist dieser nach einer instanzabschließenden Entscheidung unzulässig. Das Verfahren vor dem Bundespatentgericht ist mit dem bestandskräftigen Beschluss vom 26. Januar 2009 beendet.

Dr. Mayer

Dr. Mittenberger-Huber

Gottstein

Musiol

prä