



# BUNDESPATENTGERICHT

2 Ni 7/17 (EP)

verbunden mit

2 Ni 8/17 (EP)

2 Ni 9/17 (EP)

---

**(AktENZEICHEN)**

## BERICHTIGUNGSBESCHLUSS

**In der Patentnichtigkeitssache**

...



**betreffend das europäische Patent 1 362 446**

**(DE 602 18 431)**

hat der 2. Senat (Nichtigkeitssenat) des Bundespatentgerichts am 22. Juni 2020 durch die Richterin Hartlieb als Vorsitzende sowie die Richter Dipl.-Phys. Dr. rer. nat. Friedrich, Dipl.-Phys. Dr. rer. nat. Zebisch, Dr. Himmelmann und Dr.-Ing. Kapels

b e s c h l o s s e n :

1. Auf den Antrag der Beklagten vom 24. März 2020 auf Berichtigung des Tatbestands des Urteils des Senats vom 7. November 2019 wird der Satz auf Seite 9, erster Absatz, nach den Spiegelstrichen im Tatbestand dieses Urteils

*„Die Nebenintervenientin stützt ihr berechtigtes Interesse am Streitbeitritt darauf, dass sie in Deutschland LTE Basisstationen anbiete und vertreibe und auch die Firma E... GmbH mit LTE Basisstationen beliefert habe, die von der Beklagten auf der Grundlage des Streitpatents auf Verletzung verklagt worden sei.“*

wie folgt geändert

*„Die Nebenintervenientin stützt ihr berechtigtes Interesse am Streitbeitritt darauf, dass sie in Deutschland LTE Basisstationen anbiete und vertreibe und auch die Firma E... GmbH mit LTE Basisstationen beliefert habe.“*

2. Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.

## **G r ü n d e**

### **I.**

Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 24. März 2020 in Bezug auf das vom Senat am 7. November 2019 verkündete und der Beklagten am 10. März 2020 zugestellte Urteil einen Antrag auf Tatbestandsberichtigung gestellt.

In dem genannten Urteil heißt es auf Seite 9, erster Absatz, nach den Spiegelstrichen:

„Die Nebenintervenientin stützt ihr berechtigtes Interesse am Streitbeitritt darauf, dass sie in Deutschland LTE Basisstationen anbiete und vertreibe und auch die Firma E... GmbH mit LTE Basisstationen beliefert habe, die von der Beklagten auf der Grundlage des Streitpatents auf Verletzung verklagt worden sei.“

Die Beklagte hat beantragt, diesen Satz wie folgt zu berichtigen (Streichungen durch durchgestrichen Text und Ergänzung durch Fettschrift seitens der Beklagten hervorgehoben):

„Die Nebenintervenientin stützt ihr berechtigtes Interesse am Streitbeitritt darauf, dass sie in Deutschland LTE Basisstationen anbiete und vertreibe und auch die Firma E... GmbH mit LTE Basisstationen beliefert habe;  
~~die von der Beklagten auf der Grundlage des Streitpatents auf Verletzung verklagt worden sei.~~ **Die von der Nebenintervenientin gelieferten Basisstationen seien jedoch nicht Gegenstand der von der Beklagten auf der Grundlage des Streitpatents geführten Verletzungsverfahren.**“

Hilfsweise hat die Beklagte beantragt, diesen Satz wie folgt zu berichtigen (Streichungen durch durchgestrichen Text seitens der Beklagten):

„Die Nebenintervenientin stützt ihr berechtigtes Interesse am Streitbeitritt darauf, dass sie in Deutschland LTE Basisstationen anbiete und vertreibe und auch die Firma E... GmbH mit LTE Basisstationen beliefert habe,

~~die von der Beklagten auf der Grundlage des Streitpatents auf Verletzung verklagt worden sei.“~~

Zur Begründung ihres Antrags hat die Beklagte in dem genannten Schriftsatz vorgetragen, sie führe auf der Grundlage des Streitpatents kein Verletzungsverfahren gegen die Firma E... GmbH.

Etwaige von der Nebenintervenientin an die Firma E... GmbH gelieferte LTE Basisstationen seien nicht Gegenstand der von der Beklagten auf der Grundlage des Streitpatents geführten Verletzungsverfahrens.

Die Nebenintervenientin habe in ihrem Schriftsatz vom 2. November 2018 auf Seite 4 unter Verweis auf die Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 8. Dezember 2016 betreffend das Verletzungsverfahren ... (Anlage NB 14) ausgeführt:

„3. Soweit die Beklagte auf den Beschluss des OLG München im Verletzungsverfahren gegen die Nichtigkeitsklägerin zu 3) (Anlage NB 14) verweist, liegt dies neben der Sache.

Wie sich aus der vorgelegten Entscheidung des OLG München unmittelbar ergibt, war tragender Gesichtspunkt der Entscheidung des OLG München, dass die von der Nebenintervenientin an die E... GmbH gelieferten LTE-Basisstationen nicht konkret Streitgegenstand des dortigen Verletzungsverfahrens waren.“

Die Nebenintervenientin hat mit Schriftsatz vom 11. Mai 2020 beantragt, den Antrag der Beklagten vom 24. März 2020 auf Tatbestandsberichtigung im Hauptantrag zurückzuweisen. Die Entscheidung über den Hilfsantrag stellt die Nebenintervenientin in das Ermessen des Gerichts.

Zur Begründung ihres Antrags hat die Nebenintervenientin in dem genannten Schriftsatz vorgetragen, dass der Hauptantrag der Beklagten auf Tatbestandsberichtigung zurückzuweisen sei, da er unbegründet sei. Die von der

Beklagten vorgeschlagene Ergänzung sei nicht entscheidungserheblich und gebe den Vortrag der Nebenintervenientin, mit dem sie im Verfahren ihr berechtigtes Interesse für den Streitbeitritt begründete, nicht zutreffend wieder. Der Antrag der Beklagten auf Tatbestandsberichtigung sei im Hauptantrag zurückzuweisen, weil eine Berichtigung des Tatbestands nur zulässig bei anderen Unrichtigkeiten und Unklarheiten sei.

Hierzu würden insbesondere solche zählen, die sachliche Entscheidungsgrundlage oder für die Rechtsmittelinstanz irgendwie von Bedeutung sein könnten. Der Hauptantrag der Beklagten sei mangels Entscheidungserheblichkeit der vorgeschlagenen Ergänzung zurückzuweisen. Die von der Beklagten vorgeschlagene Ergänzung sei ausweislich der Urteilsgründe keine sachliche Entscheidungsgrundlage des Bundespatentgerichts über die Zulassung der Nebenintervention gewesen. Sie habe die Nebenintervention mit der Streitverkündung der T... GmbH & Co. OHG und der T1... AG begründet. Nach der Rechtsprechung des BGH, reiche es für die Nebenintervention im Patentnichtigkeitsverfahren aus, wenn der Nebenintervenient ein Unternehmen sei, das durch das Streitpatent in seinen geschäftlichen Tätigkeiten als Wettbewerber beeinträchtigt werden könne. Die von der Beklagten vorgeschlagene Änderung würde § 313 Abs. 2 ZPO widersprechen, da sich das Gericht in seiner Entscheidung hinsichtlich der Zulässigkeit der Nebenintervention nicht mit einem angeblichen Vortrag der Nebenintervenientin über von der Beklagten (allgemein) geführte Verletzungsverfahren befasst habe. Dies habe der Senat insbesondere nicht auf Seite 16 seiner Entscheidung getan. Der Senat führe dort nur an, dass die Zulässigkeit der Nebenintervention im Nichtigkeitsverfahren unabhängig von einer Zulässigkeit der Nebenintervention im Verletzungsverfahren zu beurteilen sei. An dieser Stelle gebe der Senat nur beiläufig die Auffassung des LG München I im Verletzungsverfahren wieder, die auf einem Vortrag der Nebenintervenientin im dortigen Verfahren beruhe. Es werde damit kein Sachvortrag der Nebenintervenientin im Nichtigkeitsverfahren behandelt, der entsprechend im Tatbestand abzubilden wäre. Auch im Übrigen sei der Hauptantrag der Beklagten hinsichtlich der Ergänzung des oben angeführten Satzes zurückzuweisen. Die Auslassung dieses Satzes im Tatbestand der

Entscheidung sei keine Unrichtigkeit. Die Ergänzung des Tatbestandes mit diesem Satz würde zu einer Unrichtigkeit des Tatbestandes führen, da die Nebenintervenientin die in dem Satz enthaltene Aussage zur Begründung eines rechtlichen Interesses überhaupt nicht getätigt habe. Dies werde auch aus der auf Seite 3 des Berichtigungsantrags von der Beklagten wiedergegebenen Stelle des Schriftsatzes der Nebenintervenientin vom 2. November 2018 deutlich.

Dort werde nur die Begründung des OLG München für die Unzulässigkeit der Nebenintervention im konkreten Verletzungsverfahren wiedergegeben. Die Nebenintervenientin habe im Nichtigkeitsverfahren nicht geltend gemacht, dass die von der Nebenintervenientin gelieferten Basisstationen generell nicht Gegenstand der von der Beklagten auf der Grundlage des Streitpatents geführten Verletzungsverfahren gewesen seien. Dies wäre in der Sache irrelevant und ihr nicht möglich gewesen, da die Nebenintervenientin keine Kenntnis über alle von der Beklagten auf Grundlage des Streitpatents geführten Verletzungsverfahren habe.

Der hilfsweise geltend gemachte Berichtigungsantrag werde – so die Nebenintervenientin in dem genannten Schriftsatz – in das Ermessen des Gerichts gestellt. Die Nebenintervenientin habe im Nichtigkeitsverfahren nicht vorgetragen, dass die Firma E-Plus Mobilfunk GmbH von der Beklagten auf der Grundlage des Streitpatents auf Verletzung verklagt worden sei. Insofern werde der Sachvortrag der Nebenintervenientin auf Seite 9 der Entscheidung unzutreffend wiedergegeben. Eine Änderung erscheine gleichwohl nicht notwendig, da die betreffende Passage des Tatbestandes für die Entscheidung des Senats nicht relevant gewesen sei.

Die Klägerin zu 4 (Klägerin in der Nichtigkeitssache 2 Ni 9/17 (EP)) hat mit Schriftsatz vom 20. Mai 2020 auf den Schriftsatz der Nebenintervenientin vom 11. Mai 2020 verwiesen.

Die anderen Parteien haben sich zu dem Antrag der Beklagten nicht geäußert.



Der Antrag auf Tatbestandsberichtigung der Beklagten vom 24. März 2020 ist nach § 96 Abs. 1 PatG zulässig, hinsichtlich des Hauptantrags unbegründet und hinsichtlich des Hilfsantrags begründet.

Nach § 117 PatG i.V.m. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hat der Bundesgerichtshof seiner Verhandlung und Entscheidung grundsätzlich die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen. Nach § 99 Abs. 1 PatG i.V.m. § 314 ZPO liefert der Tatbestand des Urteils Beweis für das mündliche Parteivorbringen. Der Beweis kann nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden. Der Tatbestand liefert den Beweis dafür, dass die Beteiligten in der mündlichen Verhandlung etwas vorgetragen haben, oder dafür, dass sie es nicht vorgetragen haben (BGH, Urteil vom 3. November 1982, IVa ZR 39/81, juris, Rn. 20; BGH, Urteil vom 10. November 1983, I ZR 125/81 – Valium Roche, juris, Rn. 45; BGH, Urteil vom 16. Mai 1990, IV ZR 64/89, juris, Rn. 4; *Schulte/Püschel*, Patentgesetz mit EPÜ, 10. Aufl. 2017, § 96 Rn. 4). Der Tatbestand muss deshalb das Vorbringen der Beteiligten klar, richtig und vollständig wiedergeben. Wenn und soweit der Tatbestand diesen Anforderungen nicht genügt, gibt § 96 Abs. 1 PatG die Möglichkeit der Berichtigung (*Benkard/Schäfers*, Patentgesetz, 11. Aufl. 2015, § 96 Rn. 2).

Enthält der Tatbestand der Entscheidung andere als „offenbare Unrichtigkeiten“ i.S.d. § 95 Abs. 1 PatG oder Unklarheiten, so kann nach § 96 Abs. 1 PatG die Berichtigung innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung der Entscheidung beantragt werden.

Ausweislich des Empfangsbekennnisses ist der Beklagten das Urteil des Senats vom 7. November 2019 am 10. März 2020 zugestellt worden, so dass ihr Antrag vom 24. März 2020 auf Berichtigung des Tatbestandes fristgemäß und auch im Übrigen zulässig ist.

Die Beklagte ist antragsberechtigt, weil sie durch die Unrichtigkeit betroffen wird. Die Berichtigung des Tatbestandes nach § 96 Abs. 1 PatG kann nur auf Antrag erfolgen, den die Beklagte an 24. März 2020 gestellt hat. Eine Berichtigung von Amts wegen ist nicht möglich (*Benkard/Schäfers*, a.a.O., § 96 Rn. 6; *Schulte/Püschel*, a.a.O., § 96 Rn. 7; *Schuster* in: *Busse/Keukenschrijver*, Patentgesetz, 8. Aufl. 2016, § 96 Rn. 4).

Über den Antrag entscheidet der Senat, der die zu berichtigende Entscheidung erlassen hat. Die Berichtigung wirkt auf den Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung zurück. Bei der Beschlussfassung können nur die Richter mitwirken, die bei der zu berichtigenden Entscheidung mitgewirkt haben, § 96 Abs. 2 PatG (*Benkard/Schäfers*, a.a.O., § 96 Rn. 8, 9).

Vorliegend geht es nicht um eine „offenbare Unrichtigkeit“ i.S.d. § 95 Abs. 1 PatG, sondern um eine „andere Unrichtigkeit“ i.S.d. § 96 Abs. 1 PatG. Während § 95 PatG nur offenbare Unrichtigkeiten betrifft, gestattet § 96 PatG die Berichtigung „anderer“ Unrichtigkeiten und Unklarheiten (*Benkard/Schäfers*, a.a.O., § 96 Rn. 1, 3; *Schuster*, a.a.O., § 96 Rn. 2).

Die von der Beklagten beantragte Berichtigung betrifft den Tatbestand des Urteils des Senats vom 7. November 2019. Tatbestand i.S.d. § 96 Abs. 1 PatG sind alle Teile einer Entscheidung, die Feststellungen über das Parteivorbringen enthalten (*Schulte/Püschel*, a.a.O., § 96 Rn. 3 mit Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH und des BVerwG).

Der Satz auf Seite 9, erster Absatz, nach den Spiegelstrichen im Tatbestand des Urteils des Senats vom 7. November 2019 ist insofern unrichtig i.S.d. § 96 Abs. 1 PatG, als die Nebenintervenientin weder schriftlich noch mündlich vorgetragen hat, dass das Unternehmen E... GmbH von der Beklagten auf der Grundlage des Streitpatents auf Verletzung verklagt worden sei. Eine Unrichtigkeit i.S.d. § 96 Abs. 1 PatG besteht u.a. dann, wenn eine im Tatbestand enthaltene Angabe unzutreffend ist (*Benkard/Schäfers*, a.a.O., § 96 Rn. 4).

Die Nebenintervenientin hat indes weder schriftlich noch mündlich vorgetragen, die von ihr gelieferten Basisstationen seien nicht Gegenstand der von der Beklagten auf der Grundlage des Streitpatents geführten Verletzungsverfahren. In ihrem Schriftsatz vom 2. November 2018 hat die Nebenintervenientin auf den Seiten 4 und 5 vorgetragen:

„3. Soweit die Beklagte auf den Beschluss des OLG München im Verletzungsverfahren gegen die Nichtigkeitsklägerin zu 3) (Anlage NB 14) verweist, liegt dies neben der Sache.

Wie sich aus der vorgelegten Entscheidung des OLG München unmittelbar ergibt, war tragender Gesichtspunkt der Entscheidung des OLG München, dass die von der Nebenintervenientin an die E...GmbH gelieferten LTE-Basisstationen nicht konkret Streitgegenstand des dortigen Verletzungsverfahrens waren.

Auf diesen Gesichtspunkt kommt es jedoch bei der vorliegenden Nichtigkeitsklage aus den oben geschilderten Gründen nicht an. Tragender Gesichtspunkt für das rechtliche Interesse der Nebenintervenientin am Ausgang des vorliegenden Verfahrens ist, dass sie durch das Streitpatent - jedenfalls nach Auffassung der Nichtigkeitsbeklagten im Verletzungsverfahren - in ihrer geschäftlichen Tätigkeit in Bezug auf das Anbieten von LTE-Basisstationen mit VoLTE-Funktionalität eingeschränkt wird.

Die Nebenintervention ist danach zuzulassen.“

Damit schildert die Nebenintervenientin lediglich den aus ihrer Sicht tragenden Gesichtspunkt der Entscheidung des OLG München und trägt dann vor, dass es aus ihrer Sicht auf diesen Gesichtspunkt für das rechtliche Interesse i.S.d. § 99 Abs. 1 PatG i.V.m. § 66 Abs. 1 ZPO nicht ankommt.

Insofern enthält der Tatbestand des Urteils vom 7. November 2019 keine Unrichtigkeit i.S.d. § 96 Abs. 1 PatG, die der Senat nach dieser Vorschrift

berichtigen könnte. Vielmehr würde die Einfügung des von der Beklagten mit Hauptantrag von 24. März 2020 beantragten Satzes den Tatbestand insoweit unrichtig machen.

Vor diesem Hintergrund ist der Satz auf Seite 9, erster Absatz, nach den Spiegelstrichen im Tatbestand des Urteils des Senats vom 7. November 2019 im im Tenor genannten Umfang zu berichtigen und der Antrag der Beklagten im Übrigen zurückzuweisen.

Die Entscheidung des Senats über den Tatbestandsberichtigungsantrag der Beklagten vom 24. März 2020 ist unanfechtbar (*Schuster*, a.a.O., § 96 Rn. 9).

Hartlieb

Dr. Friedrich

Dr. Zebisch

Dr. Himmelmann

Dr. Kapels