

Dr. Siegfried Broß

Dr. h.c. Universitas Islam Indonesia – UII – Yogyakarta

Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D.

Honorarprofessor an der Universität Freiburg i.Br.

Ehrevorsitzender der Juristischen Studiengesellschaft

Karlsruhe und der Deutschen Sektion der Internationalen

Juristen-Kommission e.V.

Vortrag am 3. November 2011 in München Patentforum

Thema: Das mündliche Sachverständigengutachten im Nichtigkeitsberufungsverfahren vor dem Bundesgerichtshof – verfassungskonform oder verfassungswidrig?

I. Verfassungsrechtslage

1. Allgemeine Überlegungen

Das Thema betrifft eine spezielle Problematik des Prozessrechts und deshalb ist es wenig überraschend, dass wir hierzu in der Verfassung keine besondere Regelung finden. Die Verfassung beschränkt sich auf einige wenige Grundaussagen, von denen wiederum nur zwei spezielle Verfahrenskonstellationen betreffen. Es handelt sich um die Vorschriften des Art. 101 und des Art. 103 GG. Sie werden flankiert von der Regelung des Art 19 Abs. 4 GG. Diese verfassungsrechtlichen Gewährleistungen, gesetzlicher Richter, rechtliches Gehör und effektiver Rechtsschutz (hier allgemein) helfen für die Klärung der hier in Rede stehenden Problematik des Themas nicht weiter.

Es ist deshalb erforderlich, sich der Aufbereitung von allgemeinen Gewährleistungen der Verfassung her zu nähern. Da Art. 19 Abs. 4 GG die Konstellation im Auge hat, dass jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen

Rechten verletzt wird, trifft sie nicht ohne weiteres die hier in Rede stehende. Man wird deshalb eher an Art. 20 GG denken, der das Rechtsstaatsprinzip als eines der zentralen Strukturelemente der Verfassung formuliert und daraus den Grundsatz des fairen Verfahrens ableitet wie auch an das Willkürverbot, das Art. 3 Abs. 1 GG entnommen wird.

Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht in verschiedenen Entscheidungen Stellung bezogen. Es hat z.B. in einer Entscheidung aus dem Jahre 1999 dargelegt, das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes enthalte auch die Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes, der die grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Verfahrensgegenstands ermöglichen müsse. Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verleihe dem Einzelnen einen Anspruch auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle. Dieses Grundrecht sei verletzt, wenn die Gerichte die prozessrechtlichen Möglichkeiten zur Sachverhaltsfeststellung so eng auslegten, dass ihnen eine sachliche Prüfung derjenigen Fragen, die ihnen vorgelegt worden seien, nicht möglich sei und das vom Gesetzgeber verfolgte Verfahrensziel deshalb nicht erreicht werden könne (BVerfGE 101, 275 <294f.>). Im gerichtlichen Verfahren tritt der Richter den Verfahrensbeteiligten in unmittelbarer Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt gegenüber. Er ist deshalb nach Art. 1 Abs. 3 GG bei der Urteilsfindung an die insoweit maßgeblichen Grundrechte gebunden und zu einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung verpflichtet (BVerfGE 106, 28 <48>). Des Weiteren folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip die Verpflichtung der Gerichte zu einer fairen Handhabung des Beweisrechts (BVerfGE 117, 202 <240>).

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts legt als allgemeinen Grundsatz zu Grunde, dass die aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Rechtsschutzgarantie gewährleistet, dass nicht nur ein Rechtsweg zu den Gerichten offen steht, sondern darüber hinaus auch die Wirksamkeit des Rechtsschutzes. Die Rechtsschutzgewährung durch die Gerichte bedarf allerdings einer normativen Ausgestaltung durch eine Verfahrensordnung. Dabei kann der Gesetzgeber auch Regelungen treffen, die für ein Rechtsschutzbegehren besondere formelle Voraussetzungen aufstellen und sich dadurch für den Rechtssuchenden einschränkend auswirken. Solche

Einschränkungen müssen aber mit den Belangen einer rechtsstaatlichen Verfahrensordnung vereinbar sein und dürfen die einzelnen Rechtsuchenden nicht unverhältnismäßig belasten. Darin findet die Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers zugleich ihre Grenze (BVerfGE 88,118 <123f.>).

Die Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens ist von einem Dilemma geprägt. Es geht einerseits um die Findung der Wahrheit und ein gerechtes Urteil. Andererseits gebietet das Rechtsstaatsprinzip auch, dass die Verfahren nicht unziemlich verzögert werden. Gleichrangig mit der Gestaltung eines gerichtlichen Verfahrens als fair geht es im Interesse der Betroffenen und im Interesse der Allgemeinheit auch um die Herstellung von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden. Das Bundesverfassungsgericht fasst diese Gesichtspunkte wie folgt zusammen:

"Das Rechtsstaatsprinzip fordert für das gerichtliche Verfahren einen wirkungsvollen Rechtsschutz des einzelnen Rechtsuchenden, andererseits aber auch die Herstellung von Rechtssicherheit, die voraussetzt, dass strittige Rechtsverhältnisse in angemessener Zeit geklärt werden. Sowohl im öffentlichen Interesse als auch – allgemein gesehen – im Interesse der Rechtsuchenden selbst kann der Gesetzgeber durch verfahrensbeschleunigende Vorschriften, insbesondere durch Fristenregelungen und Präklusionsnormen, Vorkehrungen dagegen treffen, dass gerichtliche Verfahren unangemessen verzögert werden. Derartige Regelungen können im übrigen auch gerechtfertigt sein, um einer Überlastung der Rechtspflege, die ihrerseits wieder den effektiven Rechtsschutz insgesamt beeinträchtigen würde, vorzubeugen. Auch Formerfordernisse für Prozesshandlungen können der Rechtssicherheit dienen, sofern sie geeignet sind, die prozessuale Lage für alle Beteiligten rasch und zweifelsfrei zu klären. Das Rechtsstaatsprinzip gibt nicht im einzelnen vor, wie der Widerstreit zwischen dem allgemeinen Interesse an Rechtssicherheit und Verfahrensbeschleunigung einerseits und dem subjektiven Interesse des Rechtsuchenden an einem möglichst uneingeschränkten Rechtsschutz andererseits zu lösen ist. Es ist Sache des Gesetzgebers, bei der Ausgestaltung des Verfahrens die einander widerstreitenden Gesichtspunkte gegeneinander abzuwägen und für die einzelnen Abschnitte des gerichtlichen

Verfahrens zu entscheiden, welchem von ihnen jeweils der Vorzug zu geben ist. In sachlicher Hinsicht muss der Gesetzgeber dabei allerdings, wie ebenfalls aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt, die betroffenen Belange angemessen gewichten und in Bezug auf die Auswirkung der Regelung auf den einzelnen Rechtsuchenden den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten.

Diese Grundsätze gelten nicht nur für den ersten Zugang zum Gericht, sondern für die Ausgestaltung des gesamten Verfahrens. Sie sind für das Rechtsschutzbegehren der klagenden Partei in gleicher Weise wie für das auf Rechtsverteidigung gerichtete Begehren des Gegners anwendbar."(BVerfGE 88, 118 <124f.>).

Diese Übersicht erlaubt schon erste Schlüsse für die Ausgestaltung des Patentnichtigkeitsverfahrens, in dem es nicht allein um die Interessen der unmittelbar beteiligten Parteien geht, sondern wegen der mit der Erteilung des Patents verbundenen Monopolstellung des Inhabers und der wirtschaftlichen Bedeutung im nationalen wie internationalen Wirtschaftsverkehr auch und nicht zuletzt um öffentliche Belange. Ein Staat wie die Bundesrepublik Deutschland ist darauf angewiesen, dass Unternehmen und Privatpersonen sich forschend und erfinderisch betätigen, damit der Wirtschaftsstandort Deutschland fortwährend gestärkt wird. Andererseits darf man nicht die Augen davor verschließen, dass der Wettbewerb und die widerstreitende Interessenlage der am Marktgeschehen beteiligten eine „ideale“ Gestaltung des Verfahrens nicht zulassen. Es ist erforderlich, das prozessuale Geschehen von gerichtlicher Seite im Griff zu behalten. Dazu muss der Gesetzgeber das sachgerechte Instrumentarium zur Verfügung stellen.

Diese Ausgangslage bedingt auch die Gestaltung der Beweiserhebung und hier im besonderen die Mitwirkung von gerichtlichen Sachverständigen (eingehend Bross, Richter und Sachverständiger, dargestellt anhand ausgewählter Probleme des Zivilprozesses, ZZP 102 (1989), 413).

2. Zur Beweiserhebung im besonderen

Da sich in der Verfassung keine originären Bestimmungen über die Beweiserhebung im gerichtlichen Verfahren finden lassen, ist es geboten, sich Gedanken darüber zu machen, welche Folgerungen aus den allgemeinen

Grundsätzen für die Gestaltung der Beweiserhebung im gerichtlichen Verfahren zu ziehen sind. So geht auch das Bundesverfassungsgericht seit jeher in seiner Rechtsprechung vor. Es betrachtet die Problematik differenziert danach, um welchen Rechtsbereich es sich handelt und von welchen Verfahrensgrundsätzen er geprägt wird. Unabhängig davon, in welcher Verfahrensordnung wir uns bewegen, gilt als all gemeiner und zentraler Grundsatz, dass die an einem gerichtlichen Verfahren beteiligten Personen nicht zum Objekt staatlicher Gewalt werden dürfen. Gleichwohl leuchtet ein, dass etwa im Strafprozess die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Anforderungen an ein faires gerichtliches Verfahren nicht nur besonders hoch, sondern auch anders entwickelt werden müssen als in einem vom Verhandlungsgrundsatz geprägten gerichtlichen Verfahren wie im Zivilprozess.

a) Als Ausgangspunkt der Betrachtung mag vorliegend eine Entscheidung aus dem Jahre 1979 dienen, die mit Stimmgleichheit ergangen ist. Aus diesem Grunde konnte ein Verfassungsverstoß durch das Ausgangsgericht nicht festgestellt werden. Ich mache mir insoweit die das Erkenntnis nicht tragende Meinung der vier Richter zu eigen, die in der angegriffenen Entscheidung des Oberlandesgerichts das verfassungsrechtliche Erfordernis eines fairen rechtsstaatlichen Verfahrens, vor allem den Grundsatz der Waffengleichheit im Prozess (abgeleitet aus Art. 3 Abs. 1 GG), nicht hinreichend beachtet sahen und hierdurch – insgesamt betrachtet – einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG sowie gegen das Grundrecht des Beschwerdeführers aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 2, 3 GG) bejahten (BVerfGE 52,131 <143 >). Im einzelnen wird hierzu ausgeführt:

"Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts liegt ein Verfassungsverstoß bei gerichtlichen Urteilen unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbots des Art. 3 Abs. 1 GG nicht schon dann vor, wenn die Rechtsanwendung oder das eingeschlagene Verfahren Fehler enthalten. Hinzukommen muss vielmehr, dass diese bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich sind und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruhen (BVerfGE 4,1 <7>: 18, 85 <96>).

Die Maßstäbe dafür, ob und in welchem Maße sachfremde Erwägungen zu Grunde liegen, sind in erster Linie den im Grundgesetz konkretisierten Gerechtigkeitsvorstellungen und ihrem Bezug zum jeweiligen Lebenssachverhalt und Regelungsbereich zu entnehmen.

Im Bereich des gerichtsförmigen Rechtsschutzes gebietet der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, dass für jedermann die gleiche Anrufungschance bestehen muss.

.....

Grundsätzliche Waffengleichheit im Prozess und gleichmäßige Verteilung des Risikos am Verfahrensausgang sind verfassungsrechtlich gebotene Erfordernisse des Gleichheitssatzes wie auch des Rechtsstaatsprinzips.

Das Rechtsstaatsprinzip gehört zu den allgemeinen Grundsätzen und Leitlinien, die das Grundgesetz nicht zu einem besonderen Rechtssatz verdichtet hat. Es enthält – soweit dies nicht in einzelnen Sätzen der geschriebenen Verfassung für bestimmte Sachgebiete ausgeformt und präzisiert ist – keine in allen Einzelheiten eindeutig bestimmten Gebote und Verbote von Verfassungsrang, sondern ist ein Verfassungsgrundsatz, der der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten bedarf.

Das Rechtsstaatsprinzip enthält eine materielle Komponente. Sie zielt auf die Erlangung und Erhaltung materieller Gerechtigkeit im staatlichen und staatlich beeinflussbaren Bereich. Hierzu gehört auch der Zivilprozess; das verfassungsrechtliche Gebot erstreckt sich deshalb auch auf ihn.

Auch im Zivilverfahren hat der Richter durch eine entsprechende Verfahrensgestaltung den materiellen Inhalten der Verfassung, insbesondere den Grundrechten, Geltung zu verschaffen. Im Rahmen dieser Verpflichtung hat er für ein faires Verfahren Sorge zu tragen.

Zu diesen Erfordernissen zählt eine grundsätzlich faire Handhabung des Beweisrechts, insbesondere der Beweislastregeln, die als Entscheidungsnormen im Schnittpunkt von sachlichem und Verfahrensrecht stehen." (BVerfGE 52, 143 - 145).

b) Von diesen Grundsätzen aus kann man die Problematik des vorliegenden Themas weiter eingrenzen. Erfreulicherweise finden sich auch hier Hinweise in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die sich für das Berufungsverfahren über Patentnichtigkeitsklagen fruchtbar machen lassen. Art. 103 Abs. 1 GG in Verbindung mit den Grundsätzen der Zivilprozessordnung gebietet die Berücksichtigung erheblicher Beweisanträge. Dieser Grundsatz, aufgestellt für das kontradiktorische Verfahren der Zivilprozessordnung, kann aber nicht ohne weiteres auf Verfahren übertragen werden, die vom Amtsermittlungsgrundsatz beherrscht werden. So hat das Bundesverfassungsgericht zum Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit befunden, dass das Gericht nach § 12 FGG die erforderlichen Ermittlungen selbst anzustellen und die von ihm für geeignet gehaltenen Beweise zu erheben hat. Der Umfang der Ermittlungen und der Beweisaufnahme richtet sich nach den Tatbestandsmerkmalen der entscheidungserheblichen Normen. Das Gericht ist nicht verpflichtet, Beweisanträge zu berücksichtigen, wenn es die angebotenen Beweise nach dem sonstigen Ermittlungsergebnis für nicht sachdienlich oder aus Rechtsgründen für unerheblich hält (BVerfGE 79, 51 <62>).

Im besonderen ergibt sich für die Mitwirkung von Sachverständigen in gerichtlichen Verfahren, dass die Beteiligten Gelegenheit haben müssen, Fragen zu stellen, die die Begutachtungen durch den Sachverständigen und die von ihm zu Grunde gelegten Befundtatsachen betreffen. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Grundsätze im Zusammenhang mit Prozessen über die Miethöhe entwickelt, sie gelten aber allgemein und können auch hier zu Grunde gelegt werden:

"Das Landgericht hat gegen rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze verstoßen, indem es das Gutachten über die Vergleichsmiete verwertet hat, obwohl der Sachverständige nicht bereit war, die Vergleichswohnungen in nachprüfbarer Weise zu kennzeichnen.

Das Rechtsstaatsprinzip gewährleistet in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten elementare Verfahrensregeln, die für einen fairen Prozess und einen wirkungsvollen Rechtsschutz unerlässlich sind. Dazu gehört, dass das Gericht die Richtigkeit bestrittener Tatsachen ohne hinreichende Prüfung bejaht. Das gilt grundsätzlich auch für konkrete Befundtatsachen, auf deren Feststellung

ein Sachverständiger sein Gutachten gestützt hat. Den Parteien muss dabei die Möglichkeit gegeben werden, an dieser Prüfung mitzuwirken. Dazu müssen auch ihnen die konkreten Befundtatsachen, die das Gericht durch Übernahme des Sachverständigengutachtens verwerten will, zugänglich sein. Eine dem Rechtsstaatsprinzip genügende Urteilsgrundlage fehlt jedoch, wenn der Richter einem Sachverständigengutachten, dessen Befundtatsachen bestritten sind, ohne nähere Prüfung dieser Tatsache folgt und sich ohne weiteres darauf verlässt, dass die vom Sachverständigen zu Grunde gelegten und nicht im einzelnen konkretisierten tatsächlichen Feststellungen richtig sind. Auch den Parteien wird auf diese Weise die Möglichkeit abgeschnitten, an einer Überprüfung mitzuwirken. Es wird ihnen dadurch verwehrt, gegebenenfalls die tatsächlichen Grundlagen und somit die Tauglichkeit des Gutachtens zur Streitentscheidung zu erschüttern. Das führt im Ergebnis dazu, dass nicht der Richter unter Beteiligung der Parteien, sondern der Sachverständige die tatsächlichen Urteilsgrundlagen feststellt. "(BVerfGE 91, 176 <181,182>).

Problematisch ist im Zusammenhang mit der Beweiserhebung durch Sachverständige die Frage, ob Gerichte von vorn herein von der Bestellung eines Sachverständigen absehen können oder aber, ob es etwa einer weiteren Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen bedarf. Da das Bundespatentgericht mit technischen Richtern und damit in der Intention des Gesetzgebers schon mit Sachverständigen besetzt ist, muß allerdings die Frage der Bestellung eines Sachverständigen sei es durch das Bundespatentgericht sei es durch den Bundesgerichtshof anders als herkömmlich für die Frage der Bestellung eines gerichtlichen Sachverständigen beantwortet werden.

3. Zusammenfassung der Verfassungsrechtslage

Betrachtet man die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu der hier in Rede stehenden Problematik im Zusammenhang, kann man als Eckpunkte festhalten, dass für die Gestaltung des Verfahrens über eine Klage auf Nichtigerklärung eines Patents keine bestimmten verfassungsrechtlichen Vorgaben bestehen. Das hat auch Auswirkungen auf die Grundsätze der

Beweiserhebung innerhalb eines vorgesehenen Rechtszuges. Zunächst ist der Gesetzgeber von Verfassungs wegen frei, ob er für das Verfahren vor dem Bundespatentgericht und dem Bundesgerichtshof die Ermittlung des Sachverhalts von Amts wegen vorsieht oder ob er wie im zivilgerichtlichen Verfahren den Verhandlungsgrundsatz vorzieht. Allerdings liegt in einem gerichtlichen Verfahren, das nicht allein von privaten Interessen der Beteiligten getragen wird, die Amtsermittlung näher. Dazu steht nicht in Widerspruch, wenn der Grundsatz der Amtsermittlung mit dem Dispositionsgrundsatz kombiniert wird. Das hat sich in den öffentlich-rechtlichen Verfahrensordnungen noch nie als hinderlich erwiesen.

Allerdings hat der Grundsatz der Amtsermittlung Einfluss auf die Ausgestaltung der Beweiserhebung, im besonderen durch gerichtliche Sachverständige. Das gilt sowohl für den ersten als auch für den zweiten Rechtszug. Der Gesetzgeber und die Gerichte müssen die Chancengleichheit der Beteiligten beachten und dürfen die Grundsätze des fairen Verfahrens nicht verletzen. Die Beantwortung der mit dem Thema gestellten Frage richtet sich letztlich danach, ob durch die Gestaltung des Verfahrens über die Beweiserhebung beim Bundesgerichtshof zum einen die Chancengleichheit der Beteiligten und zum anderen die Grundsätze des fairen Verfahrens verletzt sein können.

II. Patentgerichtliches Verfahren

1. Ausgangslage

Die Beiträge von Jänich, Keussen, Meier-Beck und Schülke in der Festschrift für das Bundespatentgericht aus Anlass seines 50-jährigen Bestehens (S. 289,331,403 und 435 – Carl Heymanns Verlag, Köln 2011) geben willkommenen Anlass, die Praxis von Bundespatentgericht und Bundesgerichtshof hinsichtlich der Beweiserhebung im allgemeinen und durch gerichtliche Sachverständige im besonderen näher auszuleuchten.

Jedenfalls vor 1986 und noch viele Jahre danach (mein Eintritt in den X. Zivilsenat war am 2. April 1986) musste man den Eindruck gewinnen, dass das Verfahren über die Erklärung der Nichtigkeit eines Patents erst beim Bundesgerichtshof "so richtig begonnen hat". Aus dieser Zeit bis zum 28. September 1998 (Austritt aus dem Senat) ist mir kein Verfahren in Erinnerung,

bei dem nicht eine Beweiserhebung durch ein vorbereitendes schriftliches Gutachten eines Sachverständigen mit nachfolgender Anhörung in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesgerichtshof stattgefunden hätte. Das hatte nach meiner Beobachtung vielerlei Ursachen, war jedenfalls auch zum damaligen Zeitpunkt unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten äußerst bedenklich; denn auch bei Eröffnung eines Rechtszuges hat jede Instanz eine selbständige und voll umfängliche Verantwortung für die Durchsetzung des Rechts. "Unbeachtliche Durchlaufstationen" gibt es in einem Rechtsstaat nicht.

Es mag zunächst dahinstehen, ob das Bundespatentgericht hierzu einen Beitrag dadurch geleistet hat, dass seine Urteile oft "kärglich" gewesen seien, wie Schülke berichtet (aaO, S. 437). Dem mag in der Vergangenheit so gewesen sein, dass das Bundespatentgericht gleichsam "seine Rolle" als vollwertige gerichtliche Instanz zur Prüfung des Bestands eines Patents nicht in jedem Rechtsstreit voll ausgefüllt hat.

Jedenfalls vermitteln mir vom Vorsitzenden des X. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs für diesen Vortrag überlassene Urteile des Bundespatentgerichts diesen Eindruck nicht (10 Ni 10/07 (EU) vom 27.9.2007; 4 Ni 66/06 (EU) vom 16.9.2008; 3 Ni 9/05 u.a.(EU) an Verkündungs Statt zugestellt, m.V. 24.4.2007; 3 Ni 21/04 (EU) an Verkündungs Staat zugestellt am 4.6.2007). Daraus lassen sich schon sichere Schlüsse für die Beurteilung der Beweiserhebung beim Bundesgerichtshof durch lediglich mündliche Anhörung eines gerichtlichen Sachverständigen ziehen.

2. Einzelheiten

Die Frage, wie die Mitwirkung eines gerichtlichen Sachverständigen im Berufungsverfahren über die Erklärung der Nichtigkeit eines Patents – ob mit schriftlichem Gutachten und mündlicher Anhörung oder lediglich mündliche Anhörung vor dem Bundesgerichtshof – verfassungsrechtlich zu beurteilen ist, hängt maßgeblich von der Gestaltung des Verfahrens vor dem Bundespatentgericht ab. Wird das Bundespatentgericht seiner originären und eigenverantwortlichen Verpflichtung aus dem Rechtsstaatsprinzip gerecht, was insoweit eine Gestaltung der Beweisaufnahme entsprechend der Chancengleichheit der Beteiligten und des fairen gerichtlichen Verfahrens

voraussetzt, kann unter Beachtung einiger "Eckpunkte" das lediglich mündliche Gutachten eines Sachverständigen in der Berufungsinstanz vor dem Bundesgerichtshof verfassungsgemäß sein. Das setzt allerdings die Bereitschaft voraus, die Betrachtung des patentgerichtlichen Verfahrens zu „entmystifizieren“ und von jeglichem "hymnischen Überschuss" zu befreien, wie es nach meinem Eindruck bei dem einen oder anderen Autor anzuklingen scheint (z.B. Keussen, aaO, S. 331; Mitteilung bei Schülke und Meier-Beck, aaO, S. 435 und 403).

Es ist erforderlich, sich von der Vorstellung frei zu machen, dass das patentgerichtliche Verfahren etwas "ganz besonderes" sei – einer "Königsdisziplin" vergleichbar, die es wegen der Gleichwertigkeit der Rechtsordnung in einem demokratischen Rechtsstaat nicht gibt.

a) Wenn man sich unter den Verfahrensordnungen umschaute, liegt die ebenfalls von dem Grundsatz der Amtsermittlung beherrschte Verwaltungsgerichtsordnung nicht fern. Sie kombiniert ebenfalls den Grundsatz der Amtsermittlung mit dem der Dispositionsfreiheit der Beteiligten.

Es ergeben sich aber noch weitere Gemeinsamkeiten zwischen beiden Verfahrensbereichen. Bei vielen Konstellationen, die zu einem nachfolgenden Verwaltungsprozess führen, geht ein Verwaltungsverfahren voraus, dass häufig

gerichtsformig abläuft und zudem die später im Prozess auftretenden Beteiligten schon einbezieht. Dem entspricht es, wenn diesem Verwaltungsverfahren, das in vollem Umfang rechtsstaatlichen Anforderungen entspricht, nur noch eine volle gerichtliche Instanz in dem Umfang nachgeschaltet ist, dass nur noch eine Beweisaufnahme durch ein Gericht vorgesehen ist. Hiergegen ist unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nichts zu erinnern, weil das Begehren der Beteiligten von einem Gericht in vollem Umfang geprüft und nicht allein durch eine Behörde der Streitstoff aufbereitet wird.

Der Gesetzgeber hat während der letzten Jahrzehnte vor diesem Hintergrund das verwaltungsgerichtliche Verfahren grundlegend umgestaltet, so etwa durch die erstinstanzliche Zuständigkeit der höheren

Verwaltungsgerichte oder des Bundesverwaltungsgerichts. Für den vorliegenden Zusammenhang ist allerdings eine Änderung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens bemerkenswert, die vom 31. März 1978 mit dem Gesetz zur Entlastung der Gerichte in der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit einsetzte (das zeitlich befristet war und mehrfach bis zu seiner Einarbeitung in die Verwaltungsgerichtsordnung verlängert wurde). Nach dessen Art. 2 § 5 konnte das höhere Verwaltungsgericht eine Berufung durch einstimmigen Beschluss nach vorheriger Anhörung der Beteiligten zurückweisen, wenn es das Begehren für unbegründet und eine Beweisaufnahme für nicht erforderlich hielt. Zweckmäßigerweise und wegen der eingehend erläuterten verfassungsrechtlichen Grundlagen eines rechtsstaatlichen Gerichtsverfahrens wurde das Hinweisschreiben so gefasst, dass die Angriffe in der Rechtsmittelschrift für unbegründet erachtet wurden, so dass auch der Rechtsmittelführer ersehen konnte, dass seine Angriffe gegen das Urteil der ersten Instanz vom Berufungsgericht nicht für durchgreifend erachtet werden. Das eröffnete ihm die Möglichkeit, über die Angriffe in der Rechtsmittelschrift hinaus ergänzend vorzutragen. Desweiteren wurde dem Rechtsstaatsprinzip, vor allem dem Grundsatz des fairen gerichtlichen Verfahrens dadurch genügt, dass der Beschluss ergänzend zu dem angefochtenen Urteil – wenn auch kurz – auf die Angriffe des Rechtsmittelführers einging. Dieses verkürzte Berufungsverfahren war verschlossen, wenn das Verwaltungsgericht als erste Instanz durch Gerichtsbescheid ohne mündliche Verhandlung entschieden hatte.

Aus diesem Verfahren lassen sich Schlüsse für die Frage, in welchem Umfang in der Berufungsinstanz Beweis durch einen gerichtlichen Sachverständigen zu erheben ist, ziehen. Die konstruktive Symmetrie beider Verfahren, Verwaltungsebene und erste gerichtliche Instanz – hier beim Bundespatentgericht – liegt auf der Hand. Allerdings muss man gedanklich bereit sein, den Schritt zu tun, das patentgerichtliche Verfahren im Vergleich zu den sonstigen gerichtlichen Verfahren nicht als etwas "ganz besonderes" zu betrachten.

b) Gegen eine lediglich mündliche Anhörung eines gerichtlichen Sachverständigen in der Berufungsinstanz vor dem Bundesgerichtshof bestehen dann keine Bedenken, wenn das Bundespatentgericht eine eingehende mündliche Verhandlung durchgeführt hat und in einer Niederschrift der wesentliche Inhalt und der Gang der mündlichen Verhandlung dokumentiert ist. Dabei kommt den technischen Richtern eine zentrale Aufgabe zu, die der Gesetzgeber bei Schaffung des Bundespatentgerichts mit den Regeln über die Zusammensetzung der Spruchkörper deutlich konturiert hat: Der Gesetzgeber sieht als Regelfall die Konstellation in einem Verfahren über die Nichtigkeitsklärung eines Patents so, dass auf die Beiziehung eines Sachverständigen verzichtet werden kann. Er schließt die Bestellung eines gerichtlichen Sachverständigen allerdings auch nicht aus. Es liegt deshalb im pflichtgemäßen Ermessen des Spruchkörpers, ob er sich der Bewältigung der technischen Fragen gewachsen sieht oder ob es angezeigt ist, sich weiteren Aufschluss durch die Bestellung eines Sachverständigen zu verschaffen. Darin würde keine Abwertung der technischen Richter liegen, sondern ganz im Gegenteil wird eine solche Verfahrensweise den Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips in vollem Umfang gerecht, weil die Erkenntnis seiner eigenen Grenzen erst die wahre Größe eines Richters ausdrückt. Zudem werden durch eine solche Handhabung des Verfahrens die technischen Richter keineswegs überflüssig, sondern sie sind berufen und als erste in der Lage, die Ausführungen eines gerichtlichen Sachverständigen zu hinterfragen.

In Fortentwicklung der Praxis muss deshalb auf entsprechende Anträge oder Rügen von am Prozess Beteiligten die jedenfalls durch einen der technischen Richter vermittelte Sachkunde erläutert werden. Dazu bedarf es keines großen Aufwands, weil der Gesetzgeber durch die Zusammensetzung der Spruchkörper, die selbstverständlich noch durch die Geschäftsverteilung konkretisiert werden muss, zum Ausdruck gebracht hat, dass er gerade diese Sachkunde durch die Voraussetzungen für die Berufung in das Richterverhältnis für gegeben erachtet. Es bedürfte also bei solchen Angriffen einer ganz gehobenen Darlegungslast, die keiner

gesonderten Bescheidung bedarf, sondern entweder durch Stattgabe oder durch konkludente Ablehnung im Urteil erledigt werden kann.

Im Berufungsverfahren vor dem Bundesgerichtshof stellt sich dann die Situation so dar, dass die lediglich mündliche Anhörung eines Sachverständigen in der Verhandlung vor dem Senat den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, wenn die Beteiligten im Hinweisschreiben des Vorsitzenden auf die aus Sicht des Senats maßgeblichen Gesichtspunkte hingewiesen werden. Hierfür ist nicht Voraussetzung, ob aus Sicht der Berufungsinstanz das Urteil der Eingangsinstanz auf Bedenken stößt, vielmehr geht es um die Konzentration des Streitstoffs, für die aufgrund der Amtsermittlung das Gericht verantwortlich ist und es kommt ihm hierbei durchaus auch eine „pädagogische“ Aufgabe zu, nämlich die Beteiligten und ihre Prozessbevollmächtigten zu einer verantwortungsvollen Wahrnehmung ihrer prozessualen Möglichkeiten anzuhalten.

Entscheidend für die verfassungsrechtliche Beurteilung ist allein, dass die Beteiligten gleichermaßen Fragen an den gerichtlichen Sachverständigen richten können und selbst in der Einführung von Stellungnahmen durch ihre eigenen Sachverständigen nicht eingeschränkt werden. Bei dieser Handhabung sind die Chancen gleichgewichtig verteilt, so dass auch die Grundsätze des fairen gerichtlichen Verfahrens gewahrt sind. Im übrigen bedarf es der Fertigung einer Niederschrift über die Stellungnahme des gerichtlichen Sachverständigen deshalb nicht, weil keine weitere Instanz vorgesehen ist, für die die Niederschrift von Bedeutung sein könnte.

Allerdings empfiehlt es sich aus Gründen der Transparenz und Selbstkontrolle der Richter, eine Niederschrift über den wesentlichen Inhalt der Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen anzufertigen; denn nur allzu leicht trügt die Erinnerung.

c) Abschließend ist zur Abrundung des Bildes noch auf verschiedene Gesichtspunkte hinzuweisen. Jedes gerichtliche Verfahren und so auch das über die Nichtigerklärung eines Patents dient neben der Durchsetzung einer individuellen Rechtsposition oder – im Officialverfahren – der

Durchsetzung öffentlicher Interessen. In jedem Fall sollen aber Rechtssicherheit und Rechtsfrieden hergestellt werden. Das wird beim Streit über den Bestand eines Patents besonders sinnfällig, weil hier individuelle Interessen und öffentliche Interessen nahezu gleichrangig nebeneinander stehen; denn es ist eine ganz wichtige Staatsfunktion, für einen ungestörten Ablauf der Wirtschaft zu sorgen, auch wenn die Erfahrung lehrt, dass die Quote der Erfolglosigkeit ganz beträchtlich ist. Ausgehend von den Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips, wie sie hier in Gestalt von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden relevant sind, muss man auch sehen, dass die vom Bundesgerichtshof gewählte Verfahrensform der Beschleunigung und damit einer frühest möglichen Herstellung von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden dient. Es bedeutet ein Missverständnis, wenn das Verfahren über die Nichtigklärung eines Patents ungeachtet dieser rechtsstaatlichen Ausprägungen so gestaltet wird, dass durch den Dispositionsgrundsatz die Herbeiführung von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden gleichsam im Belieben der Beteiligten steht.

Wenn man also von der seinerzeitigen Neuregelung in der Verwaltungsgerichtsordnung mit der Möglichkeit ausgeht, eine Berufung ohne neue mündliche Verhandlung und ohne weitere Beweiserhebung zurückzuweisen, weil eine voll umfängliche mündliche Verhandlung mit Beweisaufnahme in der ersten Instanz stattgefunden hat, bestehen gegen eine gleichsam abgekürzte Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz umso weniger Bedenken, wenn die genannten verfassungsrechtlichen Anforderungen gewahrt sind.

Schließlich muss für die Zukunft daran gedacht werden, dass eine rechtskräftige Abweisung einer Klage über die Nichtigklärung eines Patents eine erneute Klage derselben Partei oder eines Dritten ausschließt. Man muss in diesem Zusammenhang sehen, dass Rechtssicherheit und Rechtsfrieden wie auch Vertrauensschutz im Hinblick auf bestehende Schutzrechte – und zwar gleichrangig mit der individuellen Gerechtigkeit – ebenfalls Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips sind (vgl. im einzelnen hierzu BVerfGE 3, 225 <237f.>; 7, 194 <196>; 20, 230 <236f.>; 27, 297 <305f.>; 49, 148 <164>; 60, 253 <268f., 270>). Immerhin erklärt § 79 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht selbst im Falle der

Nichtigerklärung eines Gesetzes darauf beruhende Urteile, die nicht mehr anfechtbar sind, für endgültig (eine Ausnahme hiervon gilt für rechtskräftige Strafurteile). Desgleichen können von Gerichten Normenkontrollen nach Art. 100 Abs. 1 GG nicht beliebig eingeleitet werden, wenn das Bundesverfassungsgericht schon einmal hierüber entschieden hat. Für eine erneute Vorlage ist deshalb eine gehobene Darlegungslast Voraussetzung, die eine grundlegende Änderung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gegenüber der vormaligen Ausgangslage ausführen muss.

Es zeigt sich also, dass sowohl die Maßnahmen des Gesetzgebers in der Vergangenheit als auch die Praxis des Patentprozesses über die Nichtigerklärung eines Patents darunter leiden, dass die allgemeine Rechtsentwicklung nicht in die Betrachtung einbezogen wurde, sondern dass sich ein "Sonderweg" entwickelt hat. Dem gilt es insgesamt zu begegnen und dann verursacht auch die lediglich mündliche Anhörung eines Sachverständigen im Berufungsverfahren vor dem Bundesgerichtshof keine "Schmerzen" mehr.