

Stellungnahme der Initiative Prüferstatus zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 2 BvR 281/00 vom 25.02. 2003.

In dem Beschluss wurden die Verfassungsbeschwerden gegen die im Jahre 1997 im DPMA eingeführte gleitende Arbeitszeit nicht zur Entscheidung angenommen.

1. Die damalige Einführung der gleitenden Arbeitszeit war lediglich der formale Anlass für die Beschreitung des Klagewegs. Tatsächlicher Grund für die Beschwerden waren jedoch die fragwürdigen Einflussnahmen der damaligen Amtsleitung in den gesetzlich festgelegten Kompetenzbereich der Mitglieder des DPMA.

Zwischen den Mitgliedern des DPMA und der Amtsleitung/BMJ bestand daher aktueller Klärungsbedarf, innerhalb welcher Grenzen der Präsident des DPMA als Mitglied des DPMA und den weiteren Mitgliedern des DPMA gemäß PatG §26, Abs.1 Satz 1 in Patentverfahren eingreifen und Weisungen erteilen kann und wie weit der Zuständigkeitsbereich des Präsidenten in Fragen der Organisation gemäß der Verordnung über das DPMA (DPMAV) nach den § 1 Abs.1 und § 12, Satz 2 reicht.

Über die Zuständigkeitsregelung bestand zudem auch deshalb Unsicherheit, da die Vorschriften der DPMAV aus dem Jahre 1968 stammen und somit auf einem Stand sind, welche die Änderungen des PatG 1981 nicht berücksichtigen (vgl. z.B. DPMAV §4 Abs.1 Nr.1, Patenterteilung durch die Patentabteilung anstelle durch die Prüfungsstelle gemäß § 49 PatG 1981). Gegenüber dem BMJ bestand insofern eine Konfliktsituation, als durch das unveränderte Fortbestehen dieser Vorschrift der Eindruck allgemein erweckt werden konnte, als habe sich der Aufgabenbereich der technischen Mitglieder des DPMA seit 1968 nicht mehr wesentlich geändert.

Dieses Problem wurde überlagert von der Haftungsfrage, wie sie sich 1980 stellte (vgl. Kumm, Mitt., 1980, Bd.71, S.50 ff), und nach Angleichung an das Gemeinschaftspatentübereinkommen (1978, 1981) durch einen Präzedenzfall am Schwedischen Patentamt 1998 aktualisiert wurde (vgl. Schweden, Urteil Justizkanzler 1543-98-40, 22.10.1999). In diesem Verfahren wurde ein beträchtlicher Vermögensschaden geltend gemacht, der durch eine fahrlässige Handlung (fehlerhafte Recherche mit rechtswidriger Patenterteilung) verursacht wurde. (allgemein zum Instanzenweg des schwed. Patenterteilungsverfahrens vgl. Mitt., 1985, Bd.76, S.48, Punkt 3).

2. Nach einem umfangreichen Vorverfahren innerhalb des DPMA, in welchem den technischen Mitgliedern von der damaligen Amtsleitung die sachliche und persönliche Unabhängigkeit abgesprochen wurde, hat sich das Bayerische Verwaltungsgericht München im Urteil M 12 K 97.7798 vom 10.11.1998 hauptsächlich auf ein bekanntes, im Jahre 1982 ergangenes Urteil (BVerwG 2 B 72/81 vom 09.07.1982) gestützt und dieses bestätigt, wobei im übrigen – erkennbar an den Zitaten aus den Vorinstanzen (vgl. Bayer. Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 30.03.1981 Nr. 3 B – 1988/79) - davon ausgegangen wurde, dass sich seit 1961 nichts mehr wesentlich geändert hat (vgl. Urteilsbegründung im Urteil vom 10.11.1998, S.13, Abs.2 ff). Die Klage wurde also abgewiesen unter Rückgriff auf den Stand von 1961 mit den Behauptungen:

„ ... die Tätigkeit der derzeitigen ersten Instanz (red. Hinweis: auf Grundlage des Patentgesetzes von 1953) stellt ... keine rechtsprechende Tätigkeit dar ...“

und

„Das Patentverfahren (red. Hinweis: der ersten, patentamtlichen Instanz gemäß PatG 1953, die mit der Patenterteilung endet) ist keine Streitentscheidung, etwa zwischen mehreren, die das Patent beanspruchen ...“ (vgl. Urteilsbegründung, S.15).

3. Die Verfassungsbeschwerde erfolgte, nachdem der Antrag auf Zulassung zur Berufung an den Bayer. Verwaltungsgerichtshof (vgl. Beschluss vom 4.01.2000, 3 ZB 99.578) zurückgewiesen wurde und sich – entgegen der Meinung des Gerichts (vgl. Beschluss, S.2, Z.11 und letzte Zeile) - das Verfassungsgericht mit der Rechtsstellung des Reichspatentamts und des Deutschen Patentamts bisher noch nicht befasst hatte.

Das Verfassungsgericht hat seine Entscheidung (2 BvR 281/00 vom 25.02.2003) in sehr konzentrierter Form dargelegt, wobei die Argumentation nur durch Einbeziehung der Zitate erkennbar wird.

Es wird deshalb im Folgenden versucht, den Inhalt des Beschlusses durch Ergänzung mit den Verweisungen zu kommentieren.

Bei der Prüfung, ob die Tätigkeit der technischen Mitglieder des DPMA Rechtsprechung ist, hat sich das Gericht (2.Senat des Verfassungsgerichts) zunächst auf die eigenen Maßgaben gestützt, die insbesondere durch Entscheidungen aus dem Jahre 1967 (BVerfGE 22, 76 ff) sowie aus dem Jahre 2000 (BVerfGE 103, 137 f) vorgegeben sind. Darin sind im wesentlichen vier Kriterien festgelegt, die die Abgrenzung der Rechtsprechung von der Verwaltung begründen:

- (1) Demnach müssen nach Art. 92 Grundgesetz der rechtsprechenden Gewalt alle diejenigen Aufgaben zugewiesen werden, die die Verfassung selbst an anderer Stelle den Gerichten überträgt.
- (2) Darüber hinaus legt das Verfassungsgericht fest, dass der Verfassungsgeber 1949 (Parlamentarischer Rat) traditionelle Kernbereiche – bürgerliche Rechtspflege und Strafgerichtsbarkeit – der rechtsprechenden Gewalt zugerechnet hat, auch wenn sie im GG nicht besonders aufgeführt sind, wobei in Art. 96 an die herkömmlichen Aufgabenbereiche der einzelnen Gerichtsbarkeiten angeknüpft wurde. Als typische Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt hat daher das Verfassungsgericht die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten vermögensrechtlicher Art bezeichnet.
- (3) Als weiteres Kriterium legt das Verfassungsgericht fest, dass ein Verfahren dann der rechtsprechenden Gewalt zugeordnet ist, wenn der Gesetzgeber dies wollte, auch wenn er zur Zuweisung gerade dieser Materie verfassungsrechtlich nicht verpflichtet gewesen wäre.
- (4) Der rechtsprechenden Gewalt sind auch Verfahren zuzuordnen, die mit allen verfassungsrechtlichen Garantien des gerichtlichen Verfahrens ausgestattet sind.

Die o. a. Maßgaben können im Folgenden als grobe Anhaltspunkte für die Kommentierung dienen.

Zur Meinung, dass die Patenterteilung als rechtsetzender Akt weder Verwaltung noch Rechtsprechung zugeordnet werden könnte (vgl. Mitt.1980, Bd.71, 538) hat sich das Verfassungsgericht nicht geäußert.

3.1. Das Verfassungsgericht hat zunächst zu (1) festgestellt, dass die dem DPMA obliegenden hoheitlichen Aufgaben, zu denen die Erteilung von Patenten gehört, mangels verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht Richtern zugewiesen werden müssen.

Diese Meinung ist möglich, weil das Patentamt und seine Mitglieder ursprünglich überhaupt nicht im GG berücksichtigt wurden. Der Parlamentarische Rat (Verfassungsgeber) hat, soweit ersichtlich, bei seinen Beratungen zum GG 1949 die Rechtsstellung des Patentamts nicht erörtert. In seinen Protokollen wird das Patentamt nicht erwähnt. (vgl. PMZ 63, 123).

Das Verfassungsgericht hat in diesem Zusammenhang auf die spätere Ergänzung des GG im Jahre 1961 durch den Gesetzgeber hingewiesen, wobei in Art. 96 GG zusätzlich der Art. 96a aufgenommen wurde (Gesetz zur Änderung des GG vom 06.03.1961, vgl. PMZ 63, 122. Der Art.96a GG Abs.1 lautet: „Der Bund kann für Angelegenheiten des gewerblichen Rechtsschutzes ein Bundesgericht errichten“).

Schon durch den Wortlaut dieser GG-Ergänzung als Kannbestimmung ist bereits festgelegt, dass der Gesetzgeber eine zwingende Zuweisung von Patentsachen an die rechtsprechende Gewalt verneint. Das Verfassungsgericht hat bei seiner vorliegenden erstmaligen Prüfung - immerhin vier Jahrzehnte nach der Grundgesetzänderung - die Rechtmäßigkeit dieser Bestimmung nicht angegriffen. Damit hat es dem Gesetzgeber die Möglichkeit belassen, z.B. das Patentgericht wieder aufzulösen oder das Patentwesen insgesamt einer europäischen Neuregelung zu unterwerfen.

3.2. Inwieweit zu (2) der Verfassungsgeber (Parlamentarischer Rat 1949) Patentsachen traditionellen Kernbereichen – der bürgerlichen Rechtspflege – nicht zugerechnet haben soll, kann in dem vorliegenden Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichtes aufgrund der verkürzten Darlegung nicht zuverlässig nachvollzogen werden.

Das VerfG hat in vorliegendem Beschluss ohne weitere Ausführungen das Patentwesen der Verwaltung zugeordnet und zur Begründung lediglich auf die bekannte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahre 1959 verwiesen (BVerwGE 8, 350 bzw. PMZ 61, 258ff, insb. S.261, Abs.3). In dieser Entscheidung wird erstmalig festgestellt, dass das Patentamt kein Gericht, sondern Verwaltungsbehörde ist.

3.2.1. Eine solche Auffassung erscheint fragwürdig, da es sich traditionell gesehen beim Reichspatentamt selbstverständlich um ein Gericht handelte. Dies zeigt sich schon daran, dass gegen die Entscheidungen des Amtes direkt die Berufung zum Reichsgericht stattfand (vgl. 5. ÜG von 1953, PMZ 55, 281 zu §42 und PMZ 63, 122, r. Sp. vorl. Abs.). Dies wäre bei einer üblichen Verwaltungsbehörde niemals möglich gewesen.

3.2.2. Es bestand zudem für den Parlamentarischen Rat 1949 kein Grund, bei den Beratungen zum GG die Rechtsstellung des Reichspatentamts zu ändern oder die fortdauernde Gültigkeit der internationalen Verträge in Frage zu stellen (vgl. dazu auch PMZ, 56, 53 Urteil des BGH I ZR 220/52 vom 6.10.1953). Dies galt auch wegen des erwiesenen Einklangs mit internationalen rechtsstaatlichen Grundsätzen nach Art. 25 GG für das Reichspatentamt, wobei, wenn dies „als etwas von sich selbst Verstehendes betrachtet wurde, dies auch nicht in ein Gesetz gehört“ (vgl. analog z.B. RGZ, 22, 130, Urteil des Reichsgerichts Rep I 120/88 vom 12.12.1888 betreffend die Beratungen des Reichstags zum PatG 1877). Es musste deshalb vom Parlamentarischen Rat 1949 die Begründung zum PatG 1936 als weiterhin gültig vorausgesetzt werden, wonach die Abteilungen des Reichspatentamts (seit 1877) und Senate (seit 1936) richterliche Instanzen sind und die Beamten richterliche Tätigkeiten ausüben (vgl. zur Begründung gemäß PatG 1936: PMZ, 1936, S.108 f, zu §15, 17 und 18, sowie zur Stellung des Präsidenten und der Abteilungen gemäß PatG 1877: Mitt, 2002, S.489 und S.492 ff).

Es musste daher selbstverständlich davon ausgegangen werden, dass der Verfassungsgeber (Parlamentarischen Rat 1949) für den Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes stillschweigend eine Bundesgerichtsbarkeit in der bestehenden und bekannten Form des Reichspatentamts habe zulassen wollen (vgl. PMZ , 63, 123, linke Sp., Abs.3).

Anders verhielt es sich mit der Rechtsstellung des Bundesrechnungshofs, der neu zu installieren war. Daher wurde hier vom Parlamentarischen Rat 1949 die richterliche Unabhängigkeit der Mitglieder des Bundesrechnungshofs ins Grundgesetz aufgenommen (vgl. Art.114, Abs.2, S.1 GG), während dies bei den Mitgliedern des Patentamts aus den o.a. Gründen entbehrlich war.

Bis 1959 war Rechtsgrundlage für das Patenterteilungsverfahren das Patentgesetz von 1936 in der Fassung von 1953 (5. ÜG, vgl. PMZ, 55, 269). Nach der damaligen Rechtsauffassung (vgl. z.B. Busse, Patentgesetz 1953, 2.Aufl., Walter de Gruyter & Co, Berlin, 1956, S.8 – 9 und S.271) war das Patentamt

in seiner 1. Instanz: freiwillige Gerichtsbarkeit und
in seiner 2. Instanz: streitige Gerichtsbarkeit.

Zur ersten Instanz wurden alle Verfahren bis zur Eintragung eines Schutzrechts in die Rolle gerechnet (Eintragung von Patent, Gebrauchsmuster und Warenzeichen). Zur zweiten Instanz wurde insbesondere das Gebrauchsmusterlöschungsverfahren und das Patentnichtigkeitsverfahren gerechnet. Die Mitglieder des damaligen DPA waren richterliche Beamte (vgl. Busse a.a.O.).

3.2.3. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahre 1959, die überraschenderweise erstmalig feststellte, dass das Patentamt kein Gericht ist (s.o.), und auf die sich das Verfassungsgericht in seinem Nichtannahmebeschluss beruft (s.o.), betrifft das Gbm-Löschungsverfahren (damals zweite, streitige Instanz, s.o., nach PatG 1961 1.Instanz, vgl. PMZ, 63, 161 f). Es ist darin aber ausdrücklich vermieden worden zu begründen, warum gerade dieses Verfahren zivilrechtliche Züge nicht aufweisen sollte und nicht streitig sein sollte (vgl. PMZ, 61, 260, r. Sp., letzter Abs. und 261, linke Sp., Abs.3).

Aber insbesondere das Gebrauchsmusterlöschungsverfahren eignete sich denn auch denkbar schlecht für eine derartige Erörterung, weil es traditionell als Streitverfahren vermögensrechtlicher Art den Gerichten zugewiesen war. Dies ergibt sich aus der Begründung zum GbmG 1936 zu den §§ 8-11 (vgl. PMZ 1936, S.117): „Einem Verlangen der Industrie entsprechend ist in Aussicht genommen, das Löschungsverfahren in Gebrauchsmustersachen ... von den Gerichten auf das Reichspatentamt zu übertragen ...“. Dies bedeutet, dass das Gbm-Löschungsverfahren von Beginn an (1891) den Zivilgerichten zugeordnet war (vgl. GRUR, 1892, 46). Berufungsgericht war wie beim Patentamt gemeinsam das Reichsgericht.

Grund für die Übertragung der Gbm-Löschungsverfahren von den Gerichten auf das Reichspatentamt war denn auch nicht, dass es sich um die Rücknahme eines Hoheitsaktes handelte, also das Verfahren dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist (vgl. BVerwG aaO), sondern „die durchaus schwankende ... und überzogene Rechtsprechung der Gerichte“ (vgl. Begründung zum GbmG 1936, s.o.)

Wäre das Reichspatentamt kein Gericht gewesen, hätte u.a. auch das Gbm-Löschungsverfahren, das traditionell als Gerichtsverfahren durchgeführt wurde, ab 1936 nicht darin eingebunden werden können.

3.2.4. Das Verfassungsgericht hat in vorliegendem Nichtannahmebeschluss weiter auf eine eigene Entscheidung von 1974 (vgl. BVerfGE, 36, 290; 31, 229) verwiesen und festgestellt, dass „die sichernde und abwehrende Funktion der Eigentumsgarantie es gebietet, die vermögenswerten Befugnisse des Urhebers an seinem Werk als „Eigentum“ im Sinne des Art. 14 GG anzusehen und seinem Schutzbereich zu unterstellen. Das gilt entsprechend für das technische Urheberrecht, da keine Gründe für eine andere verfassungsrechtliche Beurteilung erkennbar sind“. Für die erste Instanz ist auch der öffentlich-rechtliche Anspruch auf die Patenterteilung verfassungsmäßig geschützt.

Wenn sich das Verfassungsgericht auf die zitierte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts von 1959 beruft, kann aber gerade beim Gbm-Löschungsverfahren kein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Patenterteilung mehr vorliegen, da dieser zwangsläufig erlischt, wenn das Patent (hier: Gebrauchsmuster) bereits erteilt ist (Ende der vormaligen 1. Instanz).

Es müsste zu einer nachvollziehbaren Argumentation in dem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts von 1959 schon eingehend begründet sein, weshalb es sich bei der Rechtsnatur der Gebrauchsmustererteilung gemäß der ersten vormaligen Instanz (entsprechend der Patenterteilung im Patenterteilungsverfahren) nicht um eine, die volle Wirkung des Gebrauchsmusterrechts entfaltende Endentscheidung handeln sollte, wie das herrschende Meinung ist (vgl. z.B. Urteile des Reichsgerichts vom 13.02.1911, PMZ 1911, 218, und 25.02.1933, PMZ 1933, 186, sowie BGH, PMZ 97, 320). Mit der Erteilung eines Patents geht demnach das Erfinderrecht, d.h. der öffentlich-rechtliche Anspruch des Erfinders auf Patenterteilung, unter, und an dessen Stelle tritt das Patent mit allen seinen Wirkungen. Verfahren, in welchen über den Bestand eines solchen Rechts entschieden wird, müssten deshalb der 2. Instanz zugerechnet werden.

Es ist deshalb auch nicht einzusehen, weshalb die von einem Antragsteller aufgrund seines eigenen älteren Gebrauchsmusterrechts beantragte Löschung des Rechts eines Anderen, das Eigentum im Sinne des Art.14 GG ist, nicht streitig sein sollte, und weshalb dies nicht vermögensrechtlicher Art sein sollte. Analoges sollte auch z.B. für das Einspruchsverfahren nach 1981 in entsprechenden Patentsachen gelten, das ebenso wie das Gbm-Löschungsverfahren dem Nichtigkeitsverfahren gleichzusetzen wäre (s.w.u.).

3.2.5. Das Verfassungsgericht hat die bürgerliche Rechtspflege auf dem Gebiet des Patentwesens als „nicht traditionell“ angesehen.

Dem wäre auch zu widersprechen, wenn man die gerichtlichen Gbm-Löschungsverfahren (1891) außer Acht lässt (vgl. Punkt 3.2.3.). Traditionell wurden Patentverfahren auf dem Gebiet deutscher Länder vor der Gründung des Deutschen Reichs 1871 und dem Patentamt 1877 zuerst in Bayern beachtlich, weil 1815 mit den linksrheinischen Gebieten (Pfalz) auch Patente gemäß dem franz. PatG von 1791 übernommen wurden. 1825 wurde ein Bayer. Patentgesetz für das gesamte bayer. Staatsgebiet erlassen. Später wurden mit der Prüfung auf Patentfähigkeit im allgemeinen (unabhängige) Mitglieder der Bayerischen Akademie der Wissenschaften betraut (vgl. z.B. 1820 – 1825, Bayer.Akad.d.Wiss., Archivakt VII, 155, S. 1 – 76).

Dies wurde auch für die übrigen deutschen Länder vorbildhaft, wengleich in Preußen die Patenterteilung noch lange Zeit ein Gnadenakt des Landesherrn blieb. Dagegen bestand nach dem franz. Patentgesetz bereits ein Rechtsanspruch auf Patenterteilung. Die Sicherung des intellektuellen Eigentums der Bürger wurde durch Eintragung des Patents in die Patentrolle entsprechend der Rechte am Boden in Grundbüchern bewirkt. Die gewerblichen Schutzrechte wurden jedoch wie auch die in der franz. Revolution formulierten bürgerlichen Rechte mehrfach in Frage gestellt und außer Kraft gesetzt (z.B. Verlust aller deutschen Patente durch den Versailler Vertrag 1918). Die Verbindung gewerblicher Schutzrechte mit den bürgerlichen Rechten wurde jedoch allgemein anerkannt und durch internationale Verträge abgesichert.

Auch in den Anfängen der deutschen Patentrechtsprechung nach Gründung des Deutschen Reichs 1871 blieb das französische Patentgesetz richtungsweisend (vgl. Urteil des Reichsgerichts vom 12.12.1888 (s.o.), unter Bezugnahme auf das franz. Patentgesetz vom 5.07.1844 und 31.05.1856). Die Rechtsprechung des Reichsgerichts kannte keine Trennung von bürgerlichen Streitigkeiten in Zivilsachen und Angelegenheiten des Patentwesens.

Obige Ausführungen zeigen, dass das Patentwesen stets in der bürgerlichen Rechtsprechung integriert war. Auch aus traditionellen Gesichtspunkten wird erkennbar, dass die bürgerliche Rechtsprechung und der gewerbliche Rechtsschutz parallel verliefen und nicht ohne weiteres erkennbar ist, dass das Patentwesen dem Kernbereich der Rechtsprechung nicht zugerechnet werden kann (In Frankreich: Entstehungsjahre Code Civil und Patentgesetz 1804 und 1791, in Deutschen Reich: BGB und PatG 1896 und 1877).

Möglicherweise hat sich aber das Verfassungsgericht an der traditionellen Ausbildung von Juristen seit dem Mittelalter oder am alten feudalen Ständesystem orientiert und deshalb die Geschichte des Patentwesens als „nicht traditionell“ betrachtet (vgl. dazu auch das Rechtssystem Englands, Mitt., 1991, S.65 (zur Tradition der „clean-hands“-Regel) und S.66 (zur Tradition der Haftungsfrage)).

3.3. Nach dem dritten Kriterium (3) ist ein Verfahren dann der Rechtsprechenden Gewalt zuzuordnen, wenn der Gesetzgeber dies wollte.

In dieser Hinsicht muss der Nichtannahmebeschluss des Verfassungsgerichts so ausgelegt werden, dass auf die o.a. Entscheidung des BVerwG 1959 hin der Gesetzgeber zwar nicht verpflichtet war, das Patentwesen der rechtsprechenden Gewalt zuzuordnen. Der Gesetzgeber hat jedoch das anerkannt bewährte Verfahren nach dem PatG 1936 und die Struktur des Reichspatentamts möglichst weitgehend beibehalten wollen. Um also möglichst wenig zu ändern, wurde das PatG 1936 in seinen Grundzügen belassen, wobei mit dem 6. ÜG 1961 (vgl. PMZ, 63, 124 ff) unter Beibehaltung des Instanzenwegs die ehemals der 2. Instanz zugeordneten Verfahren und die damit befassten Spruchkörper (Patentabteilungen gemäß PatG 1877 bzw. Senate gemäß PatG 1936, s.o. Punkt 3.2.2.) zu einem Patentgericht umgestaltet wurden, so dass sie ihren Charakter als Gerichtsinstanz behalten konnten.

Zur 1. Instanz führt das Verfassungsgericht aus, dass der Gesetzgeber diese zusammen mit den übrigen Beschäftigten und Tätigkeiten des DPMA als Verwaltungsbehörde habe ausgestalten wollen.

3.3.1. An sich wären obige Hinweise des Verfassungsgerichts entbehrlich, da sie sich aus der Begründung zum 6. ÜG von 1961 (s.o.) von selbst ergeben. Der Gesetzgeber war sich jedoch der Schwierigkeiten, die sich durch die Trennung der traditionellen Zusammenfassung der beiden Instanzen des Patentamts ergab, bewusst. Dies betraf insbesondere den Status der Mitglieder des DPMA, und die gewünschte Weitergabe von Erfahrung durch Personalaustausch zwischen den Instanzen sowie geeignete Gewinnung von Personalnachwuchs, was Grundlage für das hohe Ansehen war, das sich das Reichspatentamt weltweit nach damals mehr als acht Jahrzehnten erworben hat. Der Gesetzgeber hat aber gemeint, dass der Bundesminister der Justiz, dem die Dienstaufsicht über beide Instanzen gleichermaßen zukommen sollte, ausgleichend wirken kann. Um den traditionell bewährten Austausch zwischen den Instanzen auch nach der Trennung zu ermöglichen, wurde der Status der Mitglieder des DPMA (als planmäßige Gesetzeslücke) offen gelassen.

Das Verfassungsgericht hat mit vorliegendem Beschluss im Jahre 2003 zu erkennen gegeben, dass es jetzt keinen Grund mehr sieht, dem Gesetzgeber – nach immerhin mehr als vier Jahrzehnten seit der Grundgesetz-Ergänzung von 1961 - vorzugeben, dass er diese planmäßige Gesetzeslücke in einer bestimmten Weise schließt. Es gilt daher weiterhin, „dass die Mitglieder des DPMA in ihren sachlichen Entscheidungen praktisch unabhängig sind und nur dem Gesetz unterworfen sind“ (vgl. Bericht des Rechtsausschusses zum 6.ÜG, 1961, PMZ, 63, 170, Punkt III.2.)

3.3.2. Wie bereits weiter oben ausgeführt, ist der Nichtannahmebeschluss des VerfG sowie die Urteile in dessen Zitierungen, betreffend das Patenterteilungsverfahren, aber nur nachvollziehbar, wenn man das Patentgesetz von 1936 i.d.F. von 1953 (5.ÜG) zugrunde legt.

Die Patenterteilung erfolgte damals nach dem sog. Aufgebotsverfahren.

In diesem Aufgebotsverfahren wurde durch den Vorprüfer – nach Prüfung unter Ausschluss der Öffentlichkeit (sog. Vorprüfungsverfahren) - lediglich ein Bekanntmachungsbeschluss erlassen, d.h. es wurde eine Auslegeschrift gedruckt und veröffentlicht, wenn das Patentamt die Erteilung eines Patents nicht für ausgeschlossen erachtete (vgl. Mitt., 6, 1906, S.78).

Der ausgelegte Gegenstand wurde dann durch Eintragung in die Rolle des Patentamts ohne Weiteres ein rechtskräftiges Patent, wenn innerhalb der dafür vorgesehenen Frist nach Bekanntmachung kein Einspruch erhoben wurde. Diese Tätigkeit des Patentamts entsprach somit im Wesentlichen einer Verlagstätigkeit. Der Bekanntmachungsbeschluss des Vorprüfers der Anmeldeabteilung musste wie die folgende Patenterteilung nicht begründet werden (vgl. Mitt., 6, 1906, S.78, rechte Sp.). Dieses Verfahren ist daher keine rechtsprechende Tätigkeit und auch keine Streitentscheidung zwischen mehreren, die das Patent beanspruchen. Es wurde daher ursprünglich der Gebrauchsmustereintragung gleichgesetzt (s.o.).

Falls dem Amt nach der Auslegung durch einen Einsprechenden entgegenstehendes Material genannt wurde, wurde das Patenterteilungsverfahren weitergeführt. In diesem Falle ging die Bearbeitung vom Vorprüfer auf die Abteilung über, die das Patenterteilungsverfahren - nunmehr ohne Geheimhaltung des Anmeldegegenstands - zu Ende brachte.

Gegenstand des Patenterteilungsbeschlusses in diesem erweiterten Prüfungsverfahren durch die Abteilung war der Anmeldungsgegenstand bzw. der ausgelegte Gegenstand. Da also auch dieses Verfahren nicht ein Patent betraf, sondern erst die Patenterteilung, kann auch dies keine Streitentscheidung zwischen mehreren sein, die das Patent beanspruchen. Die diesbezüglichen Ausführungen des Verfassungsgerichts sind daher ohne Weiteres verständlich und folgerichtig.

Die Patenterteilung, welche damals in diesem erweiterten Prüfungsverfahren durch die Abteilung erfolgte, (Ende der 1. Instanz) wurde durch Mehrheitsbeschluss in geheimer Abstimmung durchgeführt (vgl. geltende DPMVA von 1968, §4, Abs.1, Nr.1). Dadurch war sichergestellt, dass eine abweichende entgegengesetzte Meinung (Minderheitsvotum) keine Haftungsfragen auslösen konnte.

Beim Patenterteilungsverfahren nach PatG 1981 muss vor der Patenterteilung die Öffentlichkeit nicht mehr informiert werden. Die Patenterteilung erfolgt (auch nach Offenlegung) nicht mehr anonymisiert durch Mehrheitsbeschluss in einem Gremium, sondern nur durch ein einziges, sachlich unabhängig entscheidendes technisches Mitglied, das - durch Namen und Unterschrift – nunmehr persönlich die alleinige Verantwortung für die gesamte 1. Instanz, und damit auch für die Vollständigkeit der Recherche, trägt.

Auf die von den Verfassungsbeschwerdeführern immer wieder geltend gemachten Gesetzesänderungen, die aufgrund der Anpassung an das Gemeinschaftspatentgesetz in den Jahren 1978 und 1981 eingetreten sind, ist das BVerfG in seinem Nichtannahmebeschluss nicht weiter eingegangen und hat offenbar - wie das BMJ hinsichtlich der DPMVA - die seit 1968 eingetretenen Änderungen als unbeachtlich angesehen (vgl. PMZ, 81, 279, insb. 282 ff, 286ff, 288, r. Sp. zu Nr. 45, i.V.m. BMJ, 17.03.1999, S.2 , Punkt 1).

Dies steht jedoch im deutlichen Widerspruch zur geltenden Meinung der Gerichte (vgl. z.B. PMZ, 86, 47f, insb. S.48, linke Sp. unten; PMZ, 86, 49f, insb. S.49, rechte Sp., letzter Abs. und S.50, Abs. 3). Darin wird festgestellt, dass die Rechtsnatur des Erteilungsbeschlusses nach §49 PatG 1981 völlig verschieden ist von denen des Bekanntmachungsbeschlusses nach § 30 PatG 1953 bzw. 1968, und eine Endentscheidung ist, die den Eintritt der gesetzlichen Wirkungen des Patents zur Folge hat (vgl. auch Punkt 3.2.2.).

Beim Einspruchsverfahren nach dem PatG 1981 geht es also wie beim Gebrauchsmuster-Löschungsverfahren nicht mehr um den öffentlich-rechtlichen Anspruch auf die Erteilung eines Patents. Es wäre deshalb der 2. Instanz zuzuordnen.

Das Verfassungsgericht hat jedoch offenbar seine Begründung auf den Willen des Gesetzgebers abgestellt, da in der amtlichen Begründung des PatG 1981 von einer nur unwesentlichen Änderung zum PatG 1968 ausgegangen wird (vgl. PMZ, 81, 279, r. Sp., Abs.1, S. 286, l. Sp. Abs.8).

3.4. Noch weniger einsichtig könnte schließlich sein, weshalb die mit dem PatG 2001, §147, Abs.3 verbundenen Änderungen (vgl. PMZ, 104, 14 ff., insb. 25, zu Punkt 37) nicht beweisen sollten, dass die Tätigkeiten der technischen Mitglieder des DPMA Rechtsprechung sind.

Im PatG i.d.F. von 2001 hat der Gesetzgeber die Entscheidungen über den Einspruch befristet für drei Jahre den Beschwerdesenaten des Patentgerichts übertragen. Dadurch werden Tätigkeiten der Mitglieder des DPMA für das Einspruchsverfahren identisch mit denen der Richter am Bundespatentgericht.

Dazu hat das Verfassungsgericht mit Hinweis auf Punkt (4) (Rechtsprechung besteht nur bei Ausstattung des Verfahrens mit allen verfassungsrechtlichen Garantien, auch wenn der Gesetzgeber dies nicht im Gesetz festgehalten hat) dargelegt, dass „inhaltsgleiche Prüftätigkeiten“ (red. Anm.: hier Prüftätigkeiten im Einspruchsverfahren gemäß PatG 1953) in Verwaltung und Rechtsprechung nichts Außergewöhnliches sind.

Jedenfalls kann es sich - so das Verfassungsgericht - bei den Tätigkeiten im Einspruchsverfahren vor der Abteilung des DPMA (Spruchkörper gemäß DPMAV, §4, Abs.1, Satz1) im Gegensatz zu den Tätigkeiten im Einspruchsverfahren vor dem Patentgericht schon deshalb nicht um Rechtsprechung handeln, da bei der Abteilung als formale Voraussetzung für Rechtsprechung „ein Verweis auf §§ 21a ff Gerichtsverfassungsgesetz“ fehlt. Stattdessen gelten für die Abteilungen des DPMA im Patenterteilungsverfahren genauso wie im Gebrauchsmuster-Löschungsverfahren die Vorschriften der DPMAV, nach denen die „Geschäftsverteilung allein dem Präsidenten des DPMA obliegt“.

Nach dem Willen des Gesetzgebers wurden die Vorschriften der DPMAV aber seit 1968 unverändert gelassen.

Weil dieser Begründung im Gesamtzusammenhang offensichtlich etwas Gekünsteltes anhaftet, führt das Verfassungsgericht zudem weiter aus, dass auch die Aufgaben, die der Gesetzgeber dem Bundespatentgericht und dem DPMA zugewiesen hat, nicht (völlig) identisch sind. So obliegt der Patentabteilung u.a. auf Ersuchen der Gerichte und Staatsanwaltschaften Gutachten abzugeben und Auskünfte zum Stand der Technik zu erteilen, d.h. Aufgaben, die einem Richter nicht übertragen werden dürfen.

4. Abschließend soll daran erinnert werden, dass die Problematik der Statusfrage überlagert wurde von weiteren organisatorischen Maßnahmen, wie einem Personalabbau, der die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Prüfer und somit den gesamten Patentbereich des Amtes an die Grenzen der Funktionsfähigkeit gebracht hat. Es war der erklärte Wille des Gesetzgebers bei der Grundgesetzänderung 1961, dass die Einheit der Patentbehörden in der ersten und zweiten Instanz erhalten bleibt, indem die gemeinsame Dienstaufsicht vom Präsidenten des DPMA auf den Bundesminister der Justiz übergeht und dieser in Fragen des Personalnachwuchses ausgleichend wirkt (vgl. PMZ, 63, 123, insb. r.Sp., Abs. 2). Eine ausreichende Wahrnehmung dieser Aufgaben war schlecht erkennbar (vgl. auch Punkt 3.3.). Es wurde eine Reduzierung der technischen Mitglieder des DPMA um ein Drittel angestrebt. Der Personalaustausch zwischen dem DPMA und dem Patentgericht kam weitgehend zum Stillstand.

Das Ansehen des DPMA hängt in hohem Maße vom geistigen Kapital ab, das von seinen Mitgliedern eingebracht wird. Für die Gewinnung von qualifiziertem Nachwuchs und die Attraktivität der zu besetzenden Stellen sind - neben Bezahlung und Arbeitsbedingungen - insbesondere das Arbeitsklima und eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit den vorgesetzten Dienststellen maßgeblich.

Wenn aber vom BMJ zur Klarstellung der DPMAV im Hinblick auf die Rechtsstellung der Patentabteilungen als Spruchkörper nichts getan wird, obwohl bekannt ist, dass dort ein Verfahren geregelt wird, das das Gesetz für die Patenterteilung nach dem PatG 1981 nicht mehr vorsieht (Schreiben des BMJ vom 18.09.2002), ist dies nicht vertrauensbildend, sondern schafft eher Unsicherheiten und damit Misstrauen.

Zwar hat der Gesetzgeber zu PatG 1981 ausgeführt, dass „eine Verringerung des Schutzwerts des Deutschen Patents hingenommen werden kann...“, und dass der frühzeitige Erlass des ersten Prüfungsbescheids vorrangig sei, damit der Antragsteller beurteilen könne, ob sich „die Einreichung einer europäischen Patentanmeldung unter Zurückstellung des deutschen Prüfungsverfahrens empfiehlt“ (vgl. Begründung zum PatG 1981, PMZ, 81, 279 rechts oben; sowie Stellungnahme des Rechtsausschusses, PMZ, 81, S.294, Nr.25).

Überlegungen des Gesetzgebers, ob mit der Verringerung des Schutzwerts des Patents ein Anstieg des Haftungsrisikos zum Schaden der Prüfer verbunden sein könnte oder sonstige Änderungen für die technischen Mitglieder des DPMA zu besorgen seien, sind der Gesetzesbegründung 1981 jedoch nicht entnehmbar. Wenn dann auch noch mehr als zwei Jahrzehnte Unsicherheit aufrechterhalten wurde, bis deutlich gesagt wird, dass sich seit 1981 das Haftungsrisiko für die Prüfer tatsächlich erheblich vergrößert hat, dann kann dies dem Vertrauen in die Fürsorge des Dienstherrn nachhaltig schaden. Dies war insbesondere auch im Zusammenhang mit der unveränderten Unterschriftenregelung gemäß Hausverfügung Nr.8 seit 1.09.1966 und der unveränderten DPMAV seit 5.09.1968 zu sehen.

Zudem bleiben Argumente wie Sparzwänge, mit denen man u.a. Raumverdichtungen, Personaleinsparungen u.ä. zu begründen versucht, fragwürdig angesichts der vom DPMA erzielten Überschüsse (vgl. z.B. GRUR, 2000, 131 f). Das alles zeugt nicht von einer hohen Anerkennung für das Schaffen der technischen Mitglieder des DPMA.

Wenn auch das vorliegende Verfahren nicht den gewünschten Erfolg gebracht hat, wurde doch immerhin zwischenzeitlich etwas mehr Aufklärung über die Rechtsstellung des Amtes und die sachliche Unabhängigkeit der Prüfer erreicht. Die Ergebnisse könnten willkommene Grundlage bei der Bewertung künftiger Änderungen von Gesetzen und organisatorischen Maßnahmen sein.

Allen Mitwirkenden, und im besonderen Gerhard Eberle und den Klägern, danke ich für Ihre Zivilcourage und Hilfe unter teils sehr erschwerten Bedingungen.

5.09.2003

Manfred Schmidbauer